



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

ANTONIO JOSÉ MARTINS ROSA

**INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

**SOUSA - PB
2004**

ANTONIO JOSÉ MARTINS ROSA

**INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Manoel Pereira de Alencar.

**SOUSA - PB
2004**

ANTONIO JOSÉ MARTINS ROSA

**INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Dr. Manuel Pereira de Alencar(Orientador)

Prof(a). Ms. _____

Prof(a). Ms. _____

SOUSA – PB

2004

Aos meus pais e irmãos pelo apoio moral, educacional e familiar que sempre me deram, além daqueles que nesta caminhada da vida me deram um pouco de seus ensinamentos.

RESUMO

A presente monografia vem tratar de um assunto de grande importância e contemporaneidade no ordenamento jurídico brasileiro, que consubstancia na inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Tema este que será relatado e analisado em todos os seus atributos e requisitos desde sua história, com seu referente conceito e seus meios e métodos de atuação no mundo jurídico, discutido também a sua relação com outros institutos do direito e a sua devida aplicação quanto a momento mais adequado diante de um fato concreto nas relações jurídicas. A história do instituto da inversão do ônus da prova é um tema que traz preocupação aos juristas desde dos primeiros ensinamentos jurídicos brasileiro. Em torno desta preocupação, o cientista do direito brasileiro muito evoluiu e concretizou esta garantia de inverter a prova para quem tem a maior potencialidade de demonstrar as provas de um fato juridicamente regulado. A inversão do ônus da prova tem seu conceito baseado nas determinações contidas no Código de Defesa do Consumidor, em específico no seu art. 6º, inciso VIII, o qual relata que haverá a inversão do ônus da prova a partir do instante que for levantado pelo impetrante a verossimilhança do seu direito requerido e a sua hipossuficiência. Teremos a oportunidade de identificarmos a inversão do ônus da prova contida no Código de Processo Civil Brasileiro, com suas devidas semelhanças e distinções em relação àquela regulamentada no Código de Defesa do Consumidor. Por fim, o presente trabalho constará de um estudo específico e minucioso da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor diante de seus requisitos essenciais para ser determinada a sua aplicação, e de uma análise doutrinária e jurisprudencial a respeito do momento mais adequado para o juiz vir a ordenar que ocorra a inversão do ônus da prova dentro do processo, discussão esta que se reporta em que a inversão se realize antes da sentença, ou seja, na fase de saneamento do processo, ou que seja efetuada apenas no momento de se proferir a sentença.

Palavras-chaves: inversão, ônus, prova, consumidor, hipossuficiência, verossimilhança.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1 - HISTÓRIA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	11
1.1 A evolução do direito na defesa do consumidor	11
1.2 A defesa do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro	14
CAPÍTULO 2 – DEFINIÇÃO DE PROVA, SEUS MEIOS E LIMITES DE ATUAÇÃO	18
2.1 Conceito de prova	18
2.2 Os meios e limitações de prova	20
CAPÍTULO 3 – DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	21
3.1 Distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor	21
CAPÍTULO 4 – DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	25
CAPÍTULO 5 – DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL	28
5.1 Da verossimilhança da alegação do consumidor	30
5.2 Da hipossuficiência do consumidor	32
CAPÍTULO 6 – DA ALTERNÂNCIA OU DA CUMULAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO ART. 6º, VIII, CDC	38

CAPÍTULO 7 – MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	43
7.1 Da Inversão do ônus da prova antes da sentença, ou na sentença	43
7.2 Momento mais adequado para a inversão: saneamento do processo(art. 331, CPC)	51
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	59

INTRODUÇÃO

A monografia ora apresentada tratará de um assunto de grande importância diante das relações jurídicas brasileira, sejam elas negociais ou contratuais. Tema que vem de preocupação da antigüidade em que as relações negociais de conteúdo de direito privado eram reguladas apenas pelo Código Comercial, de 1850, e pelo Código Civil, de 1916. Primavam as legislações desta época pelos princípios do individualismo e da autonomia da vontade, os quais imperavam de maneira quase absoluta.

Estas relações jurídicas não primavam pela igualdade. Teria causa ganha quem possuía o maior poder de controle da sociedade. Em vista desta discordância com fim maior do direito, que é a igualdade, viu-se necessário o estado intervir nas relações jurídicas de direito privado, com o fim de dar às partes a real proteção e igualdade entre as mesmas, para discutirem seus direitos e deveres sob o manto protetor e regulador do poder estatal, dirimindo, assim, os conflitos de interesses.

A evolução da sociedade e das relações negociais, em decorrência do desenvolvimento tecnológico e industrial, trouxe para os cientistas do direito uma grande preocupação em adequar as normas jurídicas às novas regras de negócios que estavam sendo aplicadas, tendo como referência as partes de uma relação de consumo, fornecedor e consumidor, que se tornaram cada vez mais díspares, piorando, no mais das vezes, a posição deste último, em decorrência do fornecedor se colocar nas relações consumeiristas como a parte de maior poder de defesa e de se eximir da obrigação, por ser ela a que determina as regras negociais.

Em vista desta problemática nas relações negociais, e em específico nas relações de consumo, o Estado, como órgão diretor e elaborador do Direito, teve a preocupação em regular a matéria com todas as suas mudanças com o decorrer da evolução social, cultural e econômica.

Surgiu, então, com determinação da Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (lei n.º 8.078/90), com o fim de promover o reequilíbrio das relações consumeiristas, assegurando aos consumidores uma série de direitos que fortaleceram sua posição diante dos fornecedores, os quais foram demasiadamente beneficiados pela estrutura do capitalismo do século XX.

Tal inversão ocorrerá nos termos da lei, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor ou se for este hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (art. 6º, inc. VIII, CDC). O mesmo ocorrerá sempre que a demanda versar sobre veracidade e correção de informação ou comunicação publicitária (art. 38, CDC).

Por todos os problemas e evoluções levantados, a presente monografia se propõe a analisar as normas referentes à inversão do *ônus probandi* no Código de Defesa do Consumidor, bem como as principais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

Inicialmente, buscar-se-á a justificativa para a adoção pelo legislador pátrio da inversão do ônus probatório a favor do consumidor. Em seguida, examinar-se-á a prova, procurando fixar seu conceito, os meios de prova e suas limitações, bem como o motivo pelo qual a incumbência de provar os fatos alegados constitui um ônus para as partes, e não um dever.

Ultrapassados os pressupostos teóricos necessários à plena compreensão da inversão do ônus da prova no Código Consumeirista, o objetivo principal desta

monografia será o estudo específico sobre o tema, no qual se buscará analisar, dentre outros aspectos, os requisitos da inversão.

Questão bastante controvertida e que exigirá análise doutrinária e jurisprudencial mais aprofundada é a referente ao momento oportuno para a decretação da inversão do *ônus probandi*.

Espera-se que, ao final da presente monografia, estejam devidamente expostos e analisados os principais aspectos e polêmicas envolvendo a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, recorrer-se-á aos textos legais, ensinamentos doutrinários e posicionamento jurisprudencial.

CAPÍTULO 1

HISTÓRICO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

1.1. A Evolução do Direito na Defesa do Consumidor

O desenvolvimento industrial e principalmente o tecnológico, como é de todos sabido, trouxeram inúmeras transformações no corpo social, modificando sobremaneira uma boa parte das relações jurídicas de direito privado.

Negócios passaram a ser feitos em grande escala, com o fim de escoar a fabricação de produtos e a prestação de serviços em massa. Contam os fornecedores com recursos dos mais variados, entre os quais, destacam-se o *marketing* e o crédito, longe do velho sistema de troca, progredindo-se para relações de leasing, modernos métodos mercantis, até o mais inovador que são as relações de consumo realizadas via internet.

O homem atual vive em uma sociedade de consumo. Mas este modelo de sociedade, ao contrário do que se pode imaginar, não trouxe consigo apenas vantagens para os seus participantes.

As partes de uma relação de consumo, fornecedor e consumidor, tornaram-se cada vez mais díspares, piorando, no mais das vezes, a posição deste último. Se antes

fornecedor e consumidor encontravam-se em uma condição de relativo equilíbrio de poder de barganha, até porque se conheciam, agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação consumeirista e que, por conseguinte, dita as regras do jogo.

Mais que evidente, o capitalismo em seu estado puro, partindo da voracidade pelo lucro, fez surgir o lado cruel deste consumismo, que é a formação dos cartéis, escravizando desta forma o consumidor pela necessidade de prover certos bens e serviços de que necessita. Daí o divisor-de-água na história contemporânea que com o aparecimento de legislações protetoras do homem contra ele mesmo. (RADLOSS, 2002, P. 25)

O mercado, por sua vez, não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal inferioridade do consumidor. Portanto, o progresso tecnológico fez-se acompanhar de uma necessidade crescente de intervenção estatal na esfera privada, que antes era deixada ao alvedrio dos particulares.

Tendo em vista as relações de consumo se encontrarem hoje de maneira globalizada, diferente de tempos passados, a comunidade internacional se preocupou com a proteção humana, reivindicando sobretudo a ONU, a proteção econômica da população. Com base nestas preocupações houve, em 11 de dezembro de 1969, a Declaração das Nações Unidas tratando-se do desenvolvimento social, sendo uma medida importante na linha de proteção ao consumidor. Neste desdobramento, seguiu-se, em 1973, a Proclamação dos Direitos Fundamentais e Universais do Consumidor, através da Comissão de Direitos Humanos da ONU. Já em 1985, com base nos direitos anteriormente assegurado e protegido ao consumidor, foi enunciada pela ONU a resolução 39/248, que de maneira detalhada veio a descrever normas de proteção ao consumidor.

E o Direito, como sistema coordenado de normas que regulam a conduta humana, não poderia ficar insensível a tão profundas mudanças. E, assim, relações que eram reguladas pelo Direito Civil, Comercial e Processual Civil, passaram a reclamar um novo tratamento jurídico para as controvérsias surgidas dessa nova forma de negócios, com um enfoque diferente daquele dado pelas legislações que então cuidavam da matéria.

Este movimento de elaboração de medidas protecionistas ao consumidor trouxe diversas normatizações legais sobre o tema no direito brasileiro, dentre as quais o Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933, que trata da Lei de Usura; com o decorrer da história veio a Constituição de 1934 prever normas de proteção à economia popular; posteriormente o Decreto-Lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938, e o de n.º 9.840, de 11 de setembro de 1946, regulamentaram os crimes contra a economia popular; outra norma, também de natureza protecionista nas relações de consumo, foi a Lei de Repressão ao Abuso de Poder Econômico, Lei n.º 4.137/1962, que na oportunidade criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); Já em 16 de junho de 1986, entrou em vigor a Lei n.º 7.492, regulando os Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, conhecido como “crimes de colarinho branco”.

Outras medidas foram criadas, tendo em vista a proteção do consumidor, como a promulgação da Lei n.º 7.347/1985, que tratou da ação civil pública protegendo os danos causados ao consumidor e outros bens que vem a amparar. Foi também elaborado o Decreto Federal n.º 91.469, alterado pelo de n.º 94.508, de 23 de junho de 1987, que fundou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor.

1.2. A Defesa do Consumidor no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Legislador Constituinte de 1988, percebendo a necessidade de oferecer uma maior proteção ao consumidor, em decorrência das grandes mudanças econômicas, instituiu uma série de disposições que tratam da proteção do consumidor.

Em vista a essa proteção, a atual Carta Política estabeleceu, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, que:

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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Mais adiante, no título que discorre sobre a Ordem Econômica e Financeira, mais especificamente no capítulo que traz os princípios gerais da atividade econômica, a Constituição Federal de 1988, dispõe:

Art. 170. 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 legislador maior, entendendo que as proposições acima transcritas não bastavam, determinou, no Ato das disposições Constitucionais Transitórias, que: “Art.

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

Em obediência aos mandamentos constitucionais, o legislador ordinário tratou de regular as novas situações, dando um tratamento diverso daquele estabelecido anteriormente para as relações de consumo.

Diante destas previsões e da necessidade social e econômica, surgiu a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que trouxe inúmeros direitos e garantias ao consumidor, parte mais fraca, ou, na dicção legal, vulnerável da relação de consumo, nos termos de seu art. 4º, I.

Essa vulnerabilidade torna-se visível quando se tem em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que, como e para quem produzir.

Portanto, com a entrada em vigor do CDC, as relações jurídicas de direito privado, em que figuram de um lado o fornecedor (art. 3º, CDC) e do outro o consumidor (art. 2º, CDC), passaram a ter um sistema jurídico próprio, reduzindo o espectro de aplicação das normas de Direito Civil e Comercial, sempre tendo por pedra de toque a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor.

Essa tutela especial do consumidor não fere, de modo algum, o princípio da igualdade, muito pelo contrário, realiza-o em sua inteireza, pois o tratamento desigual de pessoas desiguais é exigência do próprio conceito de justiça, consoante nos ensina Moraes (2001, p. 62) verbis:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de

justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

A desigualdade na lei só produz efeito quando não há razoabilidade entre a discriminação normativa e a finalidade que se busca com a diferenciação, o que não ocorre com o Código de Defesa do Consumidor.

O CDC, dando um tratamento jurídico desigual para o consumidor e fornecedor, com o fim de mitigar a desigualdade fática existente entre ambos e de estabelecer uma maior harmonia nas relações de consumo, previu uma série de direitos e garantias aos consumidores, entre os quais, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, contra práticas e cláusulas abusivas; a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais; a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Não bastaria, pois, o reconhecimento da existência desses novos valores e a edição de normas tendentes à sua proteção e realização, como igualmente não bastaria o puro e simples repúdio ao processo, enquanto instrumento estatal imprescindível à resolução de conflitos.

A ordem jurídica vem assentada na simbiose entre os sistemas de direito material e de direito processual, resulta da conjugação e da integração harmônica de ambos, um depende do outro.

Tornou-se, então, inevitável, com o reconhecimento de novos valores pelo ordenamento jurídico, a revisão do sistema processual-civil pátrio, com a mudança de seus escopos e a criação de novas técnicas para tanto eficientes.

Com uma evolução de reformas no sistema processual civil brasileiro, tendo como fim à eficiência da justiça, veio o Código de Defesa do Consumidor prever a facilitação da defesa dos direitos dos consumidores, com a inversão do ônus da prova em matéria publicitária, bem como com a possibilidade de inversão desse ônus, em qualquer caso, no processo civil, desde que preenchidos os requisitos legais.

CAPÍTULO 2

DEFINIÇÃO DE PROVA, SEUS MEIOS E LIMITES DE ATUAÇÃO.

2.1. Conceito de Prova

Previamente ao estudo específico da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, impera fazermos algumas breves ponderações do que seja prova, seus meios e limites de atuação.

A parte autora, quando vem a juízo requerer uma providência jurisdicional, deve deduzir sua pretensão em fatos que a fundamenta. No entanto, as afirmações de fato feitas pelo autor podem não corresponder à verdade objetiva, onde que para isto, deve estar acompanhada de provas ou justificativas que consubstanciem seus direitos.

O réu, por seu turno, alega, na maioria das vezes, fatos em sentido oposto ao afirmado pelo autor, alegações que também podem não corresponder à verdade, pelo que surge a dúvida no espírito do julgador.

Logo, não basta às partes alegar fatos. É preciso que o juiz verifique a verdade dos fatos alegados. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas por ambas as partes no processo constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à luz das provas trazidas aos autos.

Derivada do latim *probatio*, a palavra "prova" denota comprovação, demonstração da verdade de um fato. Juridicamente, o termo comporta diferentes acepções.

Objetivamente analisada, a prova designa os instrumentos ou meios hábeis para demonstração dos fatos alegados (documentos, testemunhas, perícias, etc.).

Bem esclarece sobre a importância da prova a afirmação de GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO (2001, p. 162) segundo os quais: "A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo".

A fim de que se tenha a noção exata acerca do conceito de prova, são imprescindíveis as diversas acepções que a palavra comporta, ou seja, reunir o significado de prova como instrumento para demonstração dos fatos, como o estado de espírito produzido no julgador e, por fim, como ação de provar. Assim, o fez o renomado processualista cearense Rocha (1996, p. 257) ao dar a definição de prova:

O conceito amplo de prova reúne as três significações anteriores: a) prova como meio de prova; b) a prova como ação de provar; c) a prova como fenômeno psicológico (convencimento). Partindo disso, 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.

Percebe-se que a prova é um instrumento de grande valor que se utiliza as partes e o juiz, com o fim de se ter uma decisão justa, respeitando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório na persecução dos direitos almejados. Provas estas que devem obedecer as determinações legais.

2.2. Os Meios e Limitações de Prova

Os meios de prova são todos os elementos (dados, objetos ou coisa) capazes de influir na ementa do magistrado suas razões de convencimento. Na legislação processual civil, encontram-se previstos nos arts. 342 a 443 do Código de Processo Civil. Tal previsão, todavia, não é taxativa, já que o próprio Código, em seu art. 332, permite a utilização de outros meios não especificados, desde que “moralmente legítimos”.

Isto se explica pelo fato de que as inovações científicas e tecnológicas produzem, constantemente, novos instrumentos aptos à demonstração de fatos e, inclusive, com eficiência cada vez maior. Fitas de vídeo, gravadores, arquivos em disquete e outros tantos produtos oriundos do processo tecnológico podem ser fundamentais se utilizados como instrumentos probatórios.

A Prova deve recair sobre os fatos controvertidos que tenham importância para um correto deslinde da causa. São eles os objetos da prova. É sobre eles que as partes devem centrar suas atenções para garantir um pronunciamento judicial favorável.

Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa, nos termos do art. 332, do CPC. Além disso, é inadmissível a prova obtida de modo ilícito, limitação esta de índole constitucional (Art. 5º, LVI, CF/88).

CAPÍTULO 3

DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

3.1. Distribuição do Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor

A palavra “ônus” deriva do latim *onus*, que significa carga, peso, fardo. A diferença entre ônus, dever e obrigação reside no fato de que, quanto ao primeiro, a parte tem liberdade de adimpli-lo ou não, sofrendo, todavia, um dano em relação ao interesse em jogo. Assim, o não atendimento do ônus, embora não acarrete a incidência de sanção, coloca a parte em situação desvantajosa. No que se refere a deveres e obrigações, inexistente disponibilidade para as partes, que, em caso de descumprimento, podem ser coativamente compelidas a realizar a prestação ou, então, sofrer sanção legalmente prevista.

A inexistência de preceito sancionatório, em relação ao ônus, explica-se pelo fato de que este envolve apenas o direito ou interesse da própria parte, ao passo que deveres e obrigações envolvem direitos de outrem.

Explicitado o que é ônus, necessário analisar a questão do ônus da prova.

Na inicial, o autor alega os fatos em que se fundamenta seu pedido, e o réu, na contestação, os fatos em que se fundamenta a defesa. Tais fatos serão levados em conta pelo juiz ao proferir a sentença, desde que convencido quanto à verdade dos mesmos.

Contudo, a simples alegação dos fatos não é suficiente para formar a convicção do magistrado, razão pela qual se impõe a questão da prova, ou seja, da comprovação dos fatos alegados em juízo. O ônus da prova envolve justamente o problema de se saber a quem incumbe a comprovação dos fatos.

Tal incumbência se trata de ônus, e não dever, porque sua desobediência não encerra nenhuma sanção, tão somente e parte colocará a si própria em situação de desvantagem, vez que o juiz, via de regra, não fundamenta seus provimentos em fatos não comprovados.

Não há, desta forma, dever de provar, nem direito de a parte exigir a prova da outra. O que existe é mero interesse dos litigantes em produzir as provas que lhes incumbem, sob pena de obtenção de decisão desfavorável.

As regras gerais sobre distribuição do ônus da prova encontram-se previstas no art. 333, do Código de Processo Civil, o qual dispõe que:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

- I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nulo 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.

A distribuição do ônus da prova repousa na premissa de que cabe à parte desenvolver sua atividade no sentido de criar no julgador a convicção de julgar a seu favor. Como não seria justo deixar somente a uma parte o ônus de provar os fatos em seu proveito, este é repartido.

O ônus da prova, como se pode perceber, recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu cabe a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Se algum fato controvertido não restar devidamente provado, cabe ao juiz, na sentença, proferir decisão em sentido contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu satisfatoriamente.

No estudo das regras de distribuição do ônus da prova, NERY JÚNIOR (1999, p. 195) esclarece a sua aplicação:

O juiz, na sentença somente vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da prova se houver o *non liquet* quanto à prova, isto é, se o fato não se encontrar provado. Estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu. Somente quando não houver a prova é que o juiz deve perquirir quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu.

Cumprido destacar que, em casos excepcionais, as partes não precisam provar os fatos alegados, pois o próprio diploma processual civil, em seu art. 334, estabelece não dependerem de prova os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela contrária, os admitidos como incontroversos e, por fim, aqueles em cujo favor milita presunção legal.

Entende-se por fato notório aquele de conhecimento pleno da sociedade ou do grupo social onde ocorreu, como, por exemplo, o desabamento ou incêndio de um

grande edifício. A confissão de que trata o mencionado artigo pode ser judicial ou extrajudicial, espontâneo ou provocado. Quanto aos fatos admitidos como incontroversos, diz que são os afirmados por uma parte e não contestados pela outra. Por fim, acrescenta-se que a presunção legal acima referida poderá ser relativa (*iuris tantum*), quando admitir prova em contrário, ou absoluta (*iuris et de iure*), caso não admita seja produzida prova em contrário.

Há ainda, situações em que a própria lei desincumbe a parte de provar os fatos alegados, transferindo à parte adversária o ônus de apresentar provas contrárias a tais fatos. São as hipóteses de inversão do *ônus probandi*, previstas no art. 6º, inc. VII, e art. 38, do Código de Defesa do Consumidor.

CAPÍTULO 4

DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Conforme já salientamos, entre as novidades trazidas pela Lei n.º 8.078/90, (CDC), ao sistema processual civil pátrio, em razão do conhecimento da já mencionada vulnerabilidade do consumidor, está a inversão do ônus da prova em favor deste.

A inversão do *onus probandi* pode se dar por determinação judicial (inversão *ope judicis*), prevista no art. 6º, VIII, CDC, ou legal (*ope legis*), estabelecida no art. 38, CDC, verbis:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

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

Sobre a segunda hipótese acima transcrita, referente à distribuição do ônus da prova em matéria publicitária, não pairam maiores questionamentos.

Ao contrário da primeira, independe de qualquer ato do juiz. É ela obrigatória. Logo, não há necessidade de declaração judicial, já que opera automaticamente. O

tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em irreprochável acórdão cujo relator foi o Des. Aldo Magalhães, esgotou com muita propriedade o tema, *litteris*:

Ainda que hipoteticamente se admita que a inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor depende de prévia declaração judicial de que assim se fará, não há como igualmente entender no tocante ao ônus probatório em matéria publicitária que o art. 38 incisivamente faz recair sobre quem a patrocina, sem condiciona-lo ao critério do juiz. Entender que o juiz, no caso do art. 38, deve decidir previamente que o patrocinador da publicidade tem o ônus de provar a veracidade e correção do que nela se contém equivalente a entender que também deve previamente decidir que ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu do fato impeditivo, modificativo do direito do autor, impondo num e noutro caso o insustentável entendimento de que o juiz deve previamente proclamar que dará exato cumprimento ao que dispõem o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 333 do Código de Processo Civil." (TJSP – 9ª Câmara, rel. Des. Aldo Magalhães, 1995, p. 222-j.)

A inversão refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção. A veracidade tem a ver com a prova da adequação ao princípio da veracidade e a correção abrange os princípios da não-abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.

Concordamos com a parcela da doutrina que entende no sentido de não ser o art. 38, CDC, uma verdadeira hipótese de inversão do ônus da prova. O dispositivo apenas distribui ao fornecedor o encargo de provar a veracidade e a correção da mensagem publicitária, assim como o art. 333, CPC, o faz em relação ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Trata-se, pois, de uma simples regra de distribuição do ônus da prova. Esse é o entendimento de GIDI (1995, P. 36). Todavia, preferimos manter a denominação "inversão", porquanto assim vem tratada a matéria na maior parte da doutrina nacional.

Embora a inversão de que se cuida compreenda apenas os aspectos acima referidos (veracidade e correção), tal não quer ao juiz seja vedado inverter o ônus da prova em relação a outros fatos que devem ser provados em eventual ação civil do consumidor e que, de regra, ficariam a cargo deste provar.

Benjamim (2001, p. 317) possui o mesmo entendimento, *litteris*:

Assim, o juiz pode (melhor, deve), nos casos em que a alegação do consumidor for verossímil ou for ele hipossuficiente (art. 6º, VIII), inverter o ônus da prova em seu favor, por exemplo, quanto ao nexo causal ou ao dano em si mesmo considerado, tão difícil de provar em sede publicitária, diante da difusidade dos interesses e bens protegidos.

Todavia, a inversão do ônus probatório quanto a estes fatos terá disciplina jurídica diversa, devendo-se operar por determinação judicial, uma vez preenchidos os pressupostos do art. 6º, VIII, do CPC, que será estudado adiante.

CAPÍTULO 5

DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL

Já vimos que a Lei n.º 8.078/90 previu os direitos básicos do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Essa facilitação atua como instrumento de supressão da desigualdade entre as partes, em atenção ao já mencionado princípio da isonomia (CF/88, art. 5º, caput e inc. I).

Sublinha-se, desde já, que a inversão do *ônus probando* por determinação judicial, prevista no art. 6º, VIII, CDC, não representa um direito em si mesmo, mas apenas um meio de implementação do direito básico de facilitação da defesa dos direitos do consumidor, de sorte que ela somente será legítima se e quando, atendidos os requisitos legais, o juiz reconhecer a sua necessidade para a efetivação daquele direito básico.

Caso o juiz entenda, examinado o caso concreto, que não resulta manifesta a posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor, em que este esteja

impossibilitado de provar os fatos constitutivos de seu direito, deve ser mantida a regra disposta no Código de Processo Civil, reconhecendo ser do consumidor (autor) a carga probatória.

Existe, na doutrina, certa tendência em considerar que a hipossuficiência refere-se, tão somente, ao aspecto econômico. Entretanto, é preferível interpretar tal expressão além do critério econômico, incluindo também os aspectos de informação, social, de educação, etc., porque esta interpretação, além de coerente, proporciona melhor tutela ao consumidor.

De fato, a inversão do ônus da prova justifica, em determinados casos, ser difícil para o consumidor a comprovação de suas alegações, e isto, ocorrerá não apenas quando este não tiver recursos financeiros, mas também quando for, por exemplo, desinformado ou tiver nível de escolaridade.

Ressalte-se que a inversão do ônus da prova não exige a verificação conjunta de verossimilhança e hipossuficiência, pois o Código procurou tutelar tanto aqueles que apresentem alegações verossímeis, quanto os que, embora não as tenham, mas demonstrando a sua hipossuficiência, poderá o juiz deferir-las.

Além disso, deve-se ter em conta a inversão, mesmo quando caracterizada a hipossuficiência do consumidor, jamais será lícita, se impuser ao fornecedor a produção de "prova diabólica" (a expressão é de Cândido Dinamarco), destruindo assim, o seu sagrado direito constitucional de ampla defesa.

Portanto, em suma, a inversão *sub examine* pressupõe, de um lado, que ela atue, no caso concreto, como instrumento necessário à implementação do direito de facilitação da defesa dos direitos do consumidor e, do outro, que ela não imponha ao fornecedor a produção de uma prova impossível.

Isto porque o que a regra quis garantir foi a plena igualdade processual entre as partes, objetivo colimado pelo Código, e não a obtenção de provimentos jurisdicionais em favor do consumidor, mesmo quando ele não tenha o alegado direito.

Estabelecidas estas premissas, passemos à análise dos pressupostos exigidos pela lei para que o juiz possa inverter o ônus probatório.

5.1. Da Verossimilhança da Alegação do Consumidor

O dispositivo estudado prevê duas situações distintas: a verossimilhança da alegação do consumidor ou a sua hipossuficiência.

Verossímil, segundo o dicionário, é algo semelhante à verdade, que parece verdadeiro, que repugna a verdade. Seria algo além da simples possibilidade. Chegando mais próximo da probabilidade.

É mais do que o *fumus boni jûris*, requisito exigido para a concessão de provimentos cautelares no sistema processual civil brasileiro. A verossimilhança de que fala o dispositivo em questão, a nosso sentir, é a mesma a que alude o art. 273, do Código de Processo Civil, para a concessão de tutela antecipada.

Verossimilhança da alegação será aferida com base nas máximas de experiência e nas regras de vida do magistrado. Este verificará, segundo essas máximas de experiência, se a situação afirmada pelo consumidor no processo é realmente plausível.

Nesse ponto, concordamos inteiramente com a autorizada lição de Watanabe (2001, p. 733), um dos autores do anteprojeto do CDC, segundo a qual, constatada a

presença da verossimilhança, não estará o juiz diante de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova. O mesmo se refere nestes termos:

Na primeira situação (verossimilhança), na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, 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 do curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.

O dispositivo contido no Código constitui, portanto, somente uma particularização moderna das regras tradicionais sobre as presunções que ao juiz é lícito estabelecer no processo. Nessa técnica tão conhecida (mas pouco aplicada, diga-se de passagem), é sempre importante lembrar que o juiz só pode legitimamente dar por invertido o ônus probatório quando estiver diante de “fatos-base” suficientemente comprovados e souber, pela vivência cultural, que tais fatos costumam ter a consequência alegada pela parte no processo.

Assim, o legislador, ao tratar da verossimilhança, cuidou apenas de explicar a regra, e o fez com propósitos didáticos, com o fim de lembrar aos julgadores, não muito propensos a semelhante critério de julgamento, que é ele inafastável em processos que tenham por conteúdo o direito do consumo. Há também no dispositivo a lembrança de que, tratando-se de tutela do consumidor, deve ser utilizado, com mais freqüência, a regra inscrita no art. 335, do Código Civil Brasileiro.

5.2. Da Hipossuficiência do Consumidor

O segundo requisito previsto legalmente que autoriza a inversão do ônus da prova por parte do juiz é o da hipossuficiência do consumidor.

Muito já se discutiu acerca do exato alcance do vocábulo hipossuficiente. Vários doutrinadores incorriam no equívoco de afirmar que a hipossuficiência a que alude o dispositivo era apenas a econômica.

Esclarece Watanabe (2001, p. 734) que:

Nos primeiros comentários ao Código de Defesa do Consumidor, havia sido sustentado a opinião de que o conceito de hipossuficiência será o constante no art. 2º da Lei n.º 1.060/50, dizendo respeito somente à situação econômica do consumidor.

Mencionado vocábulo, contudo, não pode ter um alcance tão diminuto, consoante reconhece o próprio doutrinador acima indicado.

Se fosse levado a efeito tal interpretação do texto legal, bastaria que o juiz determinasse que caberia ao fornecedor suportar as despesas com a prova, quando o consumidor não tivesse condições econômicas para tanto. A dispensa do consumidor dos gastos com a prova conduziria a uma solução menos rigorosa ao fornecedor do que a de inversão do ônus da prova e o dispositivo legal, por certo, permite que tal providência seja adotada. Determinar-se-ia a inversão do pagamento, ou seja, o consumidor produz a prova e o fornecedor arca com os gastos e, aí sim, estar-se-ia protegendo, de forma justa, o economicamente mais fraco.

Não podemos esquecer, ainda, que, para os pobres, na acepção jurídica do termo, existe a justiça gratuita, a qual ao beneficiário a isenção do pagamento das custas judiciais, o que não significa estar isento de provar os fatos constitutivos de seu direito.

Lembremos, finalmente, que a produção de prova nem sempre está legada à dinheiro. A prova testemunhal, *verbi gratia*, não requer dispêndio algum.

Por outro lado, figuremos um exemplo em que um médico riquíssimo adquirisse, de uma pequena firma, um computador para sua casa. Poucos dias depois, o computador apresenta vários defeitos em seu funcionamento, decorrentes da montagem das peças feita pela firma. Estamos, inegavelmente, diante de uma relação do consumo. A firma, procurada pelo médico, afirma que o defeito foi causado pelo mau uso do equipamento. Se o médico ingressar em juízo, a interpretação restritiva da hipossuficiência obrigaria o consumidor (o médico) a assumir o ônus da prova de que o defeito foi decorrente da montagem das peças pela firma fornecedora, haja vista que o consumidor, na hipótese, é dotado de capacidade econômica para suportar os custos da demanda, o que seria de todo inadmissível. A situação do consumidor é de evidente hipossuficiência, independentemente de sua situação econômica privilegiada.

A teleologia do Código de Defesa do Consumidor não é proteger somente o pobre, mas sim garantir a todos os consumidores (pobres, ricos ou milionários), dentre outros direitos, o do amplo acesso à justiça, conferindo-lhes uma tutela jurisdicional efetiva e justa.

Visto, pois, que o vocábulo não pode ter essa interpretação, quadra explicitar qual o seu real significado, tal como previsto no art. 6º, VIII, CDC.

A hipossuficiência representa um *plus* em relação à vulnerabilidade. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, I, dispõe que todos os consumidores são vulneráveis.

A condição de vulnerabilidade é imposta ao consumidor por determinação legal, ou seja, todos são vulneráveis porque assim reconhece a lei consumeirista. Trata-se de uma presunção legal absoluta e, como tal, não admite prova em sentido contrário.

Aliás, justamente por ser o consumidor a parte mais frágil da relação de consumo (vulnerável) é que se viu a necessidade de criação de um sistema de normas que harmonizasse essa situação de desequilíbrio. Assim a vulnerabilidade do consumidor é a própria razão de ser do Código, como se explicou linhas atrás.

E o consumidor é considerado vulnerável por várias razões: é o fornecedor quem detém os meios de produção, é ele quem dita as regras do mercado, sobre o que produzir e quando produzir, é ele quem elabora as cláusulas contratuais, é ele quem possui os produtos que o consumidor deseja ou, na maioria das vezes, necessita.

Destarte, basta ser considerado consumidor (art. 2º, CDC), para ser considerado vulnerável e merecer a proteção do Código, não importando se pobre, rico ou milionário.

Já a hipossuficiência é uma condição a maior, isto é, alguns consumidores, além de vulneráveis, possuem algo além que os torna mais frágeis ainda, deixando-os impossibilitados de realizar a prova dos fatos constitutivos de seus direitos.

Segundo Benjamim (2001, p. 321), que bem exprimiu a idéia, dispondo nesta forma: "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".

A hipossuficiência de que cuida o dispositivo é vista de forma ampla e engloba outros aspectos de vulnerabilidade. Abrange aqueles consumidores de idade pequena

ou avançada, de saúde frágil, ou ainda todos os que não detêm o conhecimento técnico suficiente para provar suas alegações em juízo.

Entendimento amplo do termo hipossuficiência foi esposado de forma brilhante por Matos (1994, p. 46) em sua dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da USP, *litteris*:

A hipossuficiência, característica integrante da vulnerabilidade, demonstra uma diminuição de capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas a social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros.

Entre todos estes aspectos englobados por esta acepção do termo hipossuficiência, o principal que desponta no contexto da inferioridade do consumidor com relação ao fornecedor, no que diz respeito à produção probatória, está na desigualdade que existe quanto à detenção dos conhecimentos técnicos inerentes à determinada área da atividade econômica.

A inversão tem por objetivo auxiliar aquele que não tem condição de dialogar em situação de equilíbrio com o fornecedor, pois não tem conhecimento técnico necessário para subsidiar suas alegações em juízo, não sabendo sequer como provar os fatos constitutivos de seu direito.

Isto ocorre com muita frequência naqueles ramos de atividade econômica que requerem um conhecimento técnico especializado, em constante evolução, como o setor automotivo e o de informática.

Foi precisamente em razão dessas situações, enquadradas no conceito amplo de hipossuficiência, que o legislador consumeirista estabeleceu a inversão do ônus da prova, com o fim de facilitar a defesa dos consumidores.

Imaginemos a seguinte situação, muito fácil de acontecer nos dias atuais: uma pessoa compra um carro e, poucos meses depois, seu motor pára totalmente de funcionar. O consumidor, irresignado com o defeito de fábrica, ingressa em juízo em face da montadora do veículo, a qual alega ser o defeito decorrente do combustível utilizado pelo consumidor, que estava adulterado. A demonstração apenas do defeito não autoriza a estabelecer um juízo de verossimilhança quanto à afirmação do consumidor de que é de fabricação o vício. Não se configura, portanto, o primeiro requisito previsto no dispositivo em exame.

Nesta relação de consumo, é evidente a situação de vantagem da montadora, pois somente ela tem perfeito conhecimento do projeto, da técnica e do processo de fabricação e de funcionamento do veículo e, por isso mesmo, possui melhores condições de provar a inexistência do defeito de fábrica. O consumidor, por sua vez, está em manifesta inferioridade, vendo-se impossibilitado de provar sua alegação de defeito de fabricação, diante de fatos tão específico ou técnicos.

Somente com a inversão do ônus da prova pode-se proteger um pouco mais esse consumidor hipossuficiente, em face da suficiência do fornecedor, ficando assim estabelecido o justo equilíbrio processual entre partes desiguais.

Afirma Watanabe (2001, p. 741) com muita propriedade, que:

Ocorrendo, assim, situação de manifesta posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor, de que decorra a conclusão de que é mais fácil ao fornecedor provar a sua alegação, poderá o juiz proceder à inversão do ônus da prova.

É de ponderar-se, por fim, que tal condição deve ser aferida à luz da situação concretamente exposta no processo, de tal sorte que a inversão da carga probatória

ficará subordinada à constatação dessa condição de hipossuficiência do consumidor pelo juiz, de tal sorte que seja difícil para ele, sempre diante do caso concreto, produzir a prova que normalmente lhe caberia.

CAPÍTULO 6

DA ALTERNÂNCIA OU DA CUMULAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO ART. 6º, VIII, CDC.

O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao indicar os requisitos necessários à inversão do ônus probatório, prescreve que o consumidor precisa ser hipossuficiente ou a sua alegação ser verossímil.

A existência desses pressupostos, no caso concreto, é aferida pelo magistrado, segundo as regras ordinárias de experiência.

Estudado o real alcance dos termos utilizados pela lei, cabe agora verificar a necessidade da presença de ambos ou de apenas um deles, chegando ao primeiro tema polêmico do presente trabalho.

A despeito da literalidade do dispositivo em análise, que utiliza a conjunção alternativa "ou", alguns autorizados doutrinadores do Direito do Consumo entendem que tal partícula tem um sentido aditivo, sendo necessária, pois, a presença de ambos os requisitos estabelecidos na lei.

Segundo essa corrente, verossímil a alegação sempre deve ser. Além disso, precisa o consumidor ser hipossuficiente, pois, caso contrário estaria em igualdade de

condição de provar os fatos constitutivos de seu direito, não se justificando a inversão do ônus da prova.

Essa é a opinião de Gidi (1995, p. 92) que afirma, verbis:

Afigura-se-nos que verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor "per se" não respaldaria uma atitude tão drástica com a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do 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) estava estacionado nas dependências do "shopping" e que, nele, não estavam guardados todas as suas compras de natal. Em sendo verossímil a alegação do consumidor, ainda seria preciso aferir a sua hipossuficiência? Como vimos, inverte-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.

Na lição de Dinamarco (1987, p. 121) o dispositivo deve ser entendido não literalmente, mas à luz do ordenamento jurídico como um todo, atendendo-se que para as inafastáveis garantias positivadas na Constituição e na lei, quer para os valores componentes do universo axiológico da nação. Entender-se diferentemente:

Equivaleria ao legislador uma arbitrariedade e à lei uma inconstitucionalidade, ao substituir uma desigualdade por outra. Equivaleria também a dar foros de normalidade a algo que é em si mesmo extraordinário no sistema romano-germânico do direito, como é o ônus da prova. (...) No caso, a prevalência da conjunção "ou", em seu sentido gramatical, seria um culto à "lógica do absurdo", ao reconhecer na lei em preceito injusto e discrepante da Constituição e da necessidade de preparar e produzir uma tutela jurisdicional a quem tiver razão e não necessariamente ao autor, só porque autor, ou ao consumidor, só porque consumidor.

A autora abaixo citada conclui que tanto a verossimilhança, bem como a hipossuficiência precisam estar presentes para que o juiz proceda à inversão do ônus da prova. Segundo ela:

De nada adianta ser o consumidor hipossuficiente numa relação de suas alegações forem completamente descabidas, pois, se isso fosse possível, estar-se-ia onerando excessivamente uma das partes. O ônus da prova será invertido, a critério do juiz, somente quando o fornecedor tiver mais condições de produção de prova, não quando fatos absurdos forem imputados a ele, por que, nesse caso, as provas seriam muito difíceis, se não impossíveis de serem produzidos. (SANSONE, 2001, P. 62)

Acreditamos que o dispositivo deve ser interpretado literalmente, de forma que o juiz estará autorizado a inverter a carga probatória se verificar a verossimilhança da alegação do consumidor ou a sua hipossuficiência.

Isto porque, como frisamos, entendemos que, na hipótese de o juiz verificar a verossimilhança, não estará ele, a rigor, diante de uma autêntica inversão do ônus da prova.

Com a ajuda das regras de vida, o magistrado considera produzida a prova que incumbe ao autor. Assim. Diante de fatos-base suficientemente provados e souber, de acordo com sua vivência cultural, que tais fatos costumam ter a conseqüência alegada pela parte no processo, o juiz entende que tal conseqüência ocorreu, salvo se a outra parte (fornecedor) provar o contrário.

Não se pode olvidar, ainda, de que a interpretação de qualquer regra infra-constitucional deve ser feita em consonância com a Carta Magna, a qual estabelece uma série de princípios que servem de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Desse modo, verificando tratar-se de uma alegação de todo o ordenamento jurídico. Desse modo, verificando tratar-se de uma alegação totalmente descabida do consumidor, deve o juiz socorrer-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e não inverter o ônus da prova, pois, nesse caso, não estaria a inversão servindo como instrumento de facilitação da defesa do direito do consumidor,

mas apenas como meio de ele adquirir um privilégio indevido e, aí sim, estar-se-ia onerando excessivamente o fornecedor.

Deve-se lembrar também que a inversão não era legítima, mesmo que verificada a hipossuficiência do consumidor, se impuser ao fornecedor a produção de uma prova impossível ("prova diabólica"), pois, nesse caso, estar-se-á ferindo o seu direito de ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, previsto constitucionalmente.

Sobre a produção da *probatio diabólica*, referindo-se explicitamente à inversão judicial autorizada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas levando em conta a vedação constante do art. 333, parágrafo único, inciso II, do CCP, Dinamarco (1987, p. 126), embora tenha chegado à conclusão diversa, afirma, com impecável lógica, que:

Se a lei veda a inversão convencional para evitar a *probatio diabólica*, com maior razão "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". (trecho extraído do trabalho *legal opinion* já referido)

Esta é a opinião de Matos (1994, p. 89), que ensina, *verbis*:

Pretendeu o Código de Defesa do Consumidor tutelar tanto aquele que apresente alegações verossímeis como aqueles outros que, apesar de não verossímeis suas alegações sejam hipossuficientes e vulneráveis, segundo assim entenda o julgador com base em suas regras de experiência.

Possui entendimento no mesmo sentido, o autor citado a seguir:

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. (NERY JUNIOR, 1999, P. 689)

Cumpra lembrar, por fim, que a inversão do ônus da prova não se dá em termos gerais, mas apenas em relação a determinado fato que, examinado a situação concreta posta no processo, o juiz entenda ser o consumidor hipossuficiente para prová-lo, de modo que o fornecedor se apresente mais capaz de produzir tal prova, utilizando-se de seus conhecimentos técnicos, estabelecendo-se, assim, o justo equilíbrio processual entre partes desiguais, objetivo colimado pelo Código.

CAPÍTULO 7

MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

7.1. A Inversão do Ônus da Prova Antes da Sentença, ou no Ato da Sentença

Este é, por certo, o tema mais polêmico do presente trabalho e um dos mais controvertidos de toda a doutrina consumeirista. Esta mostra-se extremamente dividida a respeito da oportunidade do pronunciamento de inversão do ônus da prova e conseqüentemente da natureza dessa decisão.

Em sede doutrinária, há três entendimentos principais, absolutamente apartados entre si, acerca do momento ideal em que deva ocorrer a inversão do ônus da prova.

Uma primeira corrente entende que a inversão insere-se no campo das provas e deve ser determinada liminarmente, quando do recebimento da petição inicial. Essa opinião é defendida, *exempli gratia*, por (Nogueira, 1994, p. 59)

Há julgados nesse sentido, conforme nos mostra o acórdão abaixo transcrito, *verbis*: Ônus da prova. Inversão. Possibilidade concedida pelo Código de Defesa do Consumidor. Requisito. Oportunidade. Inversão concedida no despacho inicial. Possibilidade". (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Dês. Sílvio Marques Neto, 2001)

No voto, o Desembargador relator expôs:

Não se ignora a lição da doutrina e a orientação da jurisprudência sobre o momento de incidência da regra inscrita no inc. VIII do art. 6º do CDC. Entretanto, sabe-se também que o art. 333 do CPC dirige-se não apenas ao juiz, como regra de julgamento, mas também ao Ministério Público e às partes, como baliza da atividade instrutória que terão de desenvolver, no propósito de convencer o magistrado. Assim e por força do disposto nos arts. 283 e 396 do CPC e, bem assim, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tenho para mim que, presentes os requisitos legais, incumbe ao juiz já no despacho inicial advertir o autor e o réu da alteração do critério de distribuição do ônus da prova. De prejulgamento, a seu turno, também não se há d que falar, uma vez que, como visto, cuida-se de decisão que se apóia também na verossimilhança das alegações do demandante.

Não entendemos, contudo, ser este o momento mais adequado para tal pronunciamento, uma vez que nessa fase processual a parte contrária ainda nem se manifestou nos autos. Não se faz necessária ainda tal providência, pois pode perfeitamente ocorrer a revelia, com a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, o reconhecimento da procedência do pedido, a transação ou a desistência da ação.

Uma segunda linha de pensamento entende que o momento de aplicação da regra de inversão do ônus da prova é o do julgamento da causa, pois as regras sobre distribuição do ônus da prova são de juízo e devem orientar o julgador quando constatado um *non liquet* em determinada matéria de fato.

Portanto, segundo esse entendimento, o magistrado deve julgar a causa com base nos fatos que restarem provados. Caso ainda haja fatos controvertidos, verificada está uma situação de *non liquet*, sendo necessária a utilização das regras de distribuição do ônus da prova, invertidas ou não.

Se invertida a carga probatória antes da sentença, haverá um prejulgamento da causa, parcial e prematuro.

Esse foi o pensamento externado por Matos (1994, p. 210/216; 236/237) em sua já referida dissertação de mestrado, *litteris*:

No instante de sentenciar, apreciará o julgador a necessidade de utilizar-se das regras do ônus da prova, invertidas ou não. (...) A partir destes argumentos discorda-se da posição dos autores que sustentam que a inversão deve se dar no recebimento da petição inicial, no despacho saneador ou, ainda durante a instrução, justificando esta posição com o argumento de que, do contrário, haveria ofensa à ampla defesa do fornecedor.

A inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida. (...) Cada parte deverá nortear sua atividade probatória de acordo com o interesse em oferecer as provas que embasem seu direito. Se não agir assim, assumirá o risco de sofrer a desvantagem de sua própria inércia, com a incidência das regras de experiência a favor do consumidor.

Consoante a mencionada autora, o fato de ser a sentença o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova não ofende o princípio da ampla defesa do fornecedor, porquanto este tem ciência do art. 6º, VIII, do CDC, segundo o qual o ônus probatório pode ser invertido, não podendo, pois, alegar sua surpresa.

Efetivamente, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquit*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dize-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejudgamento da causa, o que é de todo inadmissível. (WATANABE, 1999, P. 736)

Comunga dessa tese, o doutrinador Nery Junior (1999,p1805):

Cabe ao magistrado verificar se estão presentes os requisitos legais para que se proceda à inversão. Como se trata de regra de juízo, quer dizer, de julgamento, apenas quando o juiz verificar o *non liquit* é deverá proceder à inversão do ônus da prova, fazendo-o na sentença, quando for proferir o julgamento de mérito.

Esse entendimento também vem amparado por jurisprudência, que assim já se manifestou:

Preceito legal algum determina que citado art. 6º, VIII, só pode ser aplicado quando o juiz, antes do início da instrução probatória, tenha decidido ser o caso de sua incidência. (...) se a inversão do ônus probatório, no caso do art. 6º, VIII, depende da verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, força é entender que o juiz não pode decidir antecipadamente a respeito, posto que as citadas circunstâncias fáticas ao menos na maioria dos casos dependem de elucidação probatória, não comportando, portanto, decisão antecipada. (TJSP, rel. Des. Aldo Magalhães, 1995)

A despeito de contar com defensores abalizados no assunto, entendemos que mencionada tese não merece vingar.

O juiz sempre deve se manifestar sobre a inversão do ônus probatório antes da sentença. Não pode ser parte prejudicada com a inversão (fornecedor), por ocasião do julgamento da demanda, ser surpreendido com o julgamento desfavorável, devido à ausência de prova de determinados fatos que ela sabia que lhe cabia provar.

Se a inversão do ônus probatório for determinada apenas na sentença, o fornecedor sofrerá uma condenação sem saber que deveria ter provado um fato que normalmente caberia ao consumidor-autor provar, malferindo, no nosso sentir, os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos constitucionalmente.

O princípio do contraditório, no processo civil, resume-se no binômio informação necessária e participação eventual. Portanto, as partes devem ser necessariamente informadas dos atos processuais, para que possam, se assim o desejarem, participar ativamente do processo e fazer valer seus direitos em juízo.

Dissertando sobre os princípios mencionados, Dinamarco; Grinover; Cintra (1990, p. 55/56) assim escreveram:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra;

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará para ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. (...) Decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório.

Nery Júnior (1999, p. 93), por sua vez, corrobora a lição acima transcrita:

A garantia do contraditório compreende para o autor a possibilidade de poder deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, seu informado sobre a existência e conteúdo do processo e poder reagir, isto é, fazer-se ouvir. (...) Pra tanto, é preciso dar as mesmas oportunidades para as partes e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer em juízo os seus direitos.

Destarte, caso a inversão do ônus da prova for determinada somente na sentença, serão desrespeitados os princípios referidos, pois a parte ré (fornecedor) não terá sido informada devidamente do conteúdo do processo, já que não terá sabido, a tempo de esboçar uma atividade probatória dirigida a tal fim, se esta regra for a aplicada e autorizada pelo Código de Defesa do Consumidor, quais aspectos fáticos deveria ter provado, caso quisesse vencer a demanda.

Assim, a despeito de não haver no dispositivo do art. 6º, VIII, do CDC, qualquer determinação sobre o momento em que deva o juiz decidir acerca da inversão do ônus da prova, deve-se buscar uma interpretação da norma conforme a Constituição, pois, sendo esta o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, só serão válidas as normas que com ela se harmonizem, devendo o intérprete encontrar o sentido da forma que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando a sua declaração de inconstitucionalidade e consequência retirada do ordenamento, o que

A interpretação conforme a Constituição, portanto, exclui da norma determinada interpretação incompatível com a Carta Política, reduzindo o seu alcance valorativo e adequado-a às normas constitucionais.

A inversão da prova já é uma providência extremamente gravosa ao fornecedor, que ficará incumbido de provar fatos que ordinariamente caberiam ao consumidor provar. Deve-se, ao menos, de conhecimento prévio dessa inversão ao fornecedor, para que ele dirija sua atividade sabendo perfeitamente quais fatos lhe incumbe provar para afastar o possível *non liquit* quanto à matéria fática objeto da inversão.

Perfeita é a crítica de Moreira (1997, p. 127) à orientação que ora se combate, *literis*:

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 um ônus – que, para ele, não existia antes da adoção da medida, obviamente, deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de lê se desincumbir. A aplicação do dispositivo em exame, se observado a orientação doutrinária aqui combatida, redundará 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.

Muitos adeptos da tese ora combatida, com o objetivo de expurgar as críticas que se lhes fazem, reconhecem a conveniência de o juiz alertar as partes, por ocasião da audiência preliminar, para a possibilidade de inversão do ônus da prova quando do julgamento da causa, ficando assim cientes das conseqüências perniciosas que lhes poderão advir de sua eventual inércia, não podendo alegar que foram surpreendidas.

Dever do juiz, na audiência preliminar (art. 331), informar as partes do ônus da que cada um tem e adverti-las da conseqüência de eventual omissão – porque uma das tarefas a realizar nessa oportunidade é a ‘organização da prova’ mediante fixação dos limites do seu objeto e determinação dos meios

probatórios a desencadear. É uma inerência do '*due process of law*' a transparência das condutas judiciais e o processo civil moderno quer muita explicitude do juiz e das suas intenções, que são fatores indispensáveis à efetividade do 'justo processo'. Por isso, a locução "determinará as provas a serem produzidas" (art. 331, § 2º) inclui a exigência de 'esclarecer as partes sobre seus ônus probatórios. Esse mero esclarecimento, que não deve ser prestado em forma de 'decisão', vale como advertência e convite a participar da instrução probatória, na medida do interesse de cada uma e com a consciência das conseqüências que poderá suportar em caso de omissão. (DINAMARCO, 1987, P. 239)

Na nossa modesta opinião, o simples ou "esclarecimento" do juiz, no sentido de que poderá inverter o ônus da prova, não é suficiente para extirpar as críticas já feitas.

As partes de uma relação de consumo já sabem, de antemão, que o juiz, tendo em vista o art. 6º, VIII, do CDC, poderá inverter o ônus da prova. O que elas precisam saber previamente é se, naquele processo, o magistrado vislumbra os pressupostos da inversão.

Frise-se não basta a ciência de que o juiz poderá, em tese, inverter o ônus da prova. É necessário que as partes saibam se, naquele caso concreto, o juiz o fará, e acerca de quais fatos se operará a inversão, para que possam organizar sua atividade probatória de modo a se desincumbir satisfatoriamente de seus ônus.

Como se conclui da leitura do dispositivo em análise do ônus da prova a favor do consumidor, o mesmo dar-se-á quando for verossímil sua alegação ou for ele hipossuficiente, a critério do juiz, segundo as regras ordinárias de experiência.

E o pronunciamento judicial que reconhece a existência, no caso concreto, dos requisitos legais para a inversão é inegavelmente uma decisão interlocutória, nos termos do que dispõe o art. 162, §2º, do Código de Processo Civil: "Art. 162. *omissos*: § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente."

Como toda e qualquer decisão, a de que inverte o ônus da prova deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, segundo estabelece o art. 93, IX, da Carta Magna de 1988, esclarecendo o juiz porque vislumbra a verossimilhança ou a hipossuficiência, para a parte prejudicada (fornecedor) possa aduzir argumentos hábeis em suas recursais.

Sendo uma decisão interlocutória, é possível de ser revista por meio do recurso de agravo.

Decidindo, no curso do processo, sobre a inversão do ônus probatório, não acreditamos esteja o magistrado prejudgando a causa.

No momento de julgar, o magistrado deve fazer com base nos fatos que restarem provados e de acordo com o seu livre convencimento. Caso existam fatos relevantes que persistam controvertidos, verificada está a situação de *non liquet*. Com o objetivo de afastar esta situação e permitir um julgamento seguro e justo, deve o juiz socorrer-se das regras de distribuição do ônus da prova e proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu.

A verificação da situação de *non liquet*, por certo, só pode ser feita por ocasião do julgamento, quando da valoração da prova. Mas, uma vez verificada a situação e a necessidade de utilização das regras de distribuição do ônus, o juiz deve utilizar as regras previamente estabelecidas e conhecidas de ambas as partes, que não poderão, portanto, alegar surpresa.

Assim, quando o juiz decide previamente que o ônus da prova sobre determinado aspecto fático está invertido, ele apenas está dizendo que, se for preciso utilizar as regras sobre distribuição do ônus da prova, esta regra está invertida.

Portanto, uma coisa é decidir se estão presentes os pressupostos legais do art. 6º, VIII, do CDC e inverter o ônus da prova quanto a determinação fato que normalmente caberia ao consumidor provar, o que pode ser feito no curso do processo.

Outra coisa é verificar se existe a situação de *non liquit* sobre aquele fato e utilizar-se das regras de distribuição do ônus da prova previamente invertidas, o que só pode ser realizado por ocasião do julgamento.

Visto que o juiz deve previamente se pronunciar sobre a inversão do ônus probatório e não ser o despacho inicial o momento mais adequado para tal pronunciamento, cumpre-nos dizer em qual momento mencionada decisão deverá ser tomada.

Concordamos com a terceira corrente doutrinária, segundo a qual a inversão do *ônus probandi* deve ser determinada antes do início da instrução, por ocasião do saneamento do feito.

Explicaremos o porquê a seguir.

7.2. Momento Mais Adequado Para a Inversão: Saneamento do Processo (art. 331,CPC)

Após a reforma do Código de Processo Civil, mais precisamente com Lei n.º 8.951/94, foi extinto o saneamento do feito por meio de pronunciamento escrito nos autos, devendo tal providência sempre ser realizada em audiência, a qual o Código chamou erroneamente de audiência de conciliação.

A matéria sofreu recente alteração com a Lei nº 10.444/2002, que deu nova redação ao *caput* do art. 331, e acrescentou um parágrafo (§3º). Eis a nova disciplina jurídica do dispositivo, em sua redação atual, *verbis*:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do §2º.

A nova lei trouxe duas alterações: a audiência passou a se chamar de audiência preliminar; esta, que era obrigatória, passou a ser facultativa, voltando a existir o velho despacho saneador escrito nos autos.

A primeira alteração foi positiva, haja vista que a audiência preliminar não serve apenas para a tentativa de conciliação, prestando-se, ainda, para o saneamento do feito, com a decisão das questões processuais pendentes, e para a organização da instrução, com a fixação dos pontos controvertidos e com a determinação das provas que irão as partes produzir.

A segunda alteração, todavia, não foi muito feliz. A audiência preliminar mostra-se como uma manifestação moderna do tradicional despacho saneador, com muitas vantagens em relação a este. A audiência apresenta-se como um ato concentrado e oportuno, em que o órgão julgante leva adiante sua função participativa, buscando obter a conciliação, sanear o feito e organizar a instrução. Tudo isso é realizado com a colaboração das partes envolvidas no litígio, estimulando o diálogo dos sujeitos

envolvidos no processo (autor, réu e juiz) e facilitando a aceitação das decisões que ali sejam tomadas, o que é de todo salutar. Não havia, portanto, qualquer razão que explicasse a volta do saneador escrito nos autos.

Assim, atualmente, cumpridas as providências preliminares ou não havendo necessidade delas, juiz poderá designar audiência preliminar (se a causa versar sobre direitos que admitam transação) ou poderá, desde logo, por pronunciamento escrito, sanear o processo e organizar a instrução.

Não obtida, por qualquer a conciliação, passará o juiz proceder ao saneamento do feito, com a resolução das questões processuais pendentes. Note-se que estas já deveriam ter sido solucionadas com as providências preliminares. Conforme o teor das preliminares e a decisão que se tome a respeito, poderá o juiz extinguir o processo, nos termos do art. 329, do CPC. Não reconhecido qualquer dos casos de extinção, só então deverá o magistrado verificar se é cabível o julgamento antecipado da lide (art. 330), por que não poderia fazê-lo sem antes decidir acerca das questões processuais pendentes.

Somente após o saneamento, serão necessárias as providências tendentes à organização da instrução. Neste ponto, como já foi dito, o juiz fixará os pontos controvertidos e determinará as provas que deverão ser produzidos para extirpar esta controvérsia.

Isto porque sabendo o que provar (os pontos controvertidos), fica muito mais fácil como provar (meios de prova). Portanto, e agora chegamos ao ponto que queríamos, nada mais lógico do que, no momento da designação das provas, o juiz, verificando se estão ou não presentes os pressupostos legais, decida inverter ou não o ônus da prova

sobre determinado aspecto fático da demanda, para que as partes saibam de antemão o que deverão provar para vencer o litígio.

A reforma do Código de Processo Civil, ao antecipar a delimitação dos pontos controvertidos para o saneamento do processo (antes, essa fixação era feita na própria audiência de instrução e julgamento – art. 451, CPC), quis precisamente que as partes soubessem, antes de toda a instrução probatória, exatamente o que deveriam provar, em homenagem ao princípio do contraditório.

No mesmo sentido é a opinião de Gidi (1995, p. 143): “para que o momento apropriado para o juiz inverter o ônus probatório é anterior à fase instrutória, do momento em que despacha a inicial até o saneamento do feito”. Procura afirmar que, ao atingir essa fase, o magistrado já deve dispor de dados suficientes para decidir sobre a inversão, analisando se reconhece ou não a presença dos requisitos básicos para a decisão. Desse modo, a atividade instrutória já inicia com as regras probatórias transparentemente distribuídas entre as partes.

Também compartilha dessa opinião Moreira (1997, p. 145), que fundamenta seu entendimento nas alterações do Código de Processo Civil, que anteciparam, no procedimento ordinário, o momento no qual o juiz fixa os pontos controvertidos do processo. Nesse mesmo momento, acredita o autor, deve ser a decisão sobre a inversão do ônus da prova.

Esse entendimento também já foi sufragado pela jurisprudência pátria, *litteris*: “O deferimento da inversão do ônus da prova deverá ocorrer entre o ajuizamento da demanda e o despacho saneador, sob pena de se configurar prejuízo para a defesa do réu.” (TJSP, REL. DÊS. JOSÉ GERALDO DE JACOBINO RABELLO, 1996)

No entanto, uma ressalva merece ser feita. Apesar do entendimento de ser este o momento processual mais adequado para operar-lhe a inversão, não acreditamos que seja o único.

É que a fixação dos pontos controvertidos pode ser feita no curso da fase instrutória, pois é perfeitamente possível que o juiz se aperceba da necessidade de provar outros pontos não incluídos na delimitação feita por ocasião do saneamento do feito.

Devemos considerar, ainda, que a possibilidade de inversão do ônus da prova represente uma flexibilidade do processo civil moderno, frente às rígidas regras de distribuição do ônus da prova, ampliando os poderes do juiz e tornando-se cada vez mais ativo na solução dos conflitos sociais.

Por conseguinte, o juiz pode, durante a instrução do processo, entender que há outro ponto controvertido que ainda não havia sido analisado e determinar a quem incumbe o ônus de prová-lo.

Todavia, cuida-se de uma situação excepcional, porquanto a regra é a fixação dos pontos controvertidos por ocasião do saneamento do feito e, de qualquer modo, se isso vier a ocorrer, será necessário, sempre, flexibilizar o procedimento e permitir que outros elementos probatórios sejam trazidos pela parte a quem incumbe o ônus da prova. Do contrário, estar-se-ia privando um dos litigantes do seu direito à prova e ofendendo, frontalmente, o princípio da ampla defesa.

CONCLUSÃO

De todo o exposto no presente trabalho, podemos concluir:

O progresso tecnológico transformou sobremaneira algumas relações jurídicas de direito privado, as quais necessitaram de uma nova disciplina jurídica para regulá-las. Surgiu, assim, o Código de Defesa do Consumidor, que procura dar um tratamento desigual a partes desiguais, tendo como pedra de toque a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor de produtos e serviços. Entre as muitas garantias previstas pelo Código aos consumidores, destacamos a inversão do ônus probatório em matéria publicitária (art. 38, CDC) e a possibilidade de inversão. Em qualquer caso, no processo civil, por obra do juiz, se presentes os pressupostos legais essas garantias serão respeitadas.

As regras de distribuição do ônus auxiliam o magistrado no momento de julgar a causa afastando a situação de *non liquit* e permitindo um julgamento seguro e justo. Assim, no momento de sentenciar, deve o juiz julgar com base nos fatos que restarem provados e de acordo com seu livre convencimento. Caso ainda restem fatos relevantes controvertidos, deve o julgador socorrer-se das regras sobre distribuição do ônus da prova e preferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu.

A inversão do ônus probatório em matéria publicitária (art. 38, CDC) opera-se automaticamente, não necessitando de qualquer pronunciamento judicial a respeito. Refere-se a dois aspectos da mensagem publicitária: veracidade e correção.

A inversão do *ônus probandi* por determinação judicial, prevista no art. 6º, VIII, CDC, não representa um direito em si mesmo, mas apenas um meio de implementação do direito básico de facilitação da defesa dos direitos do consumidor, de sorte que ela somente será legítima se e quando, atendidos os requisitos legais, o juiz reconhecer a sua necessidade para a efetivação daquele direito básico.

Quanto à inversão judicial do ônus da prova, o Código enumera dois requisitos alternativos: verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua hipossuficiência. A primeira é a probabilidade das alegações corresponderem à autêntica hipótese de inversão do ônus da prova, mas apenas considerará produzida a prova que incumbe a uma das partes, a menos que a parte adversa demonstre o contrário.

A hipossuficiência não deve ser entendida somente no aspecto econômico, mas deve ter uma significação mais ampla, abrangendo a diminuição da capacidade econômica, social, de informações, de associações, entre outros fatores. O principal aspecto que se apresenta na hipossuficiência é o técnico, constante na diminuição da capacidade de provar suas alegações devido à falta de informação técnicas acerca de uma determinada atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor.

A despeito de uma parte da doutrina defender que devem estar presentes ambos os requisitos legais, o dispositivo do art. 6º, VIII, CDC, deve ser interpretado literalmente, de forma que o juiz estará autorizado a inverter a carga probatória se verificada a verossimilhança da alegação do consumidor ou a sua hipossuficiência. Isto porque, consoante já mencionado, constatada a verossimilhança da alegação, não estará o juiz diante de uma inversão do ônus da prova, mas estará apenas utilizando de uma presuntiva que lhe é lícito estabelecer em qualquer processo. Se exigível fosse também a hipossuficiência, o Código estaria exigindo um requisito não exigido

normalmente e, ao invés de facilitando, estaria dificultando a defesa do consumidor. Por outro lado, se verifica a hipossuficiência, mesmo que a alegação não seja verossímil, não se estará, onerando excessivamente o fornecedor, pois este poderá utilizar-se de seus conhecimentos profissionais e provar os fatos que fundamentam seu direito.

O juiz sempre deve se manifestar sobre a inversão do ônus probatório antes do julgamento da demanda, ser surpreendido com um julgamento desfavorável, devido à ausência de prova de determinados fatos que ela não sabia que lhe cabia provar. Se isso ocorrer, haverá ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O momento mais adequado para se operar a inversão é o do saneamento do feito, quando o magistrado fixar os pontos controvertidos e determinar as provas que serão produzidas, pois as partes saberão, desde o início da instrução, exatamente quais fatos terão que provar para vencer a demanda.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo – Agravo de Instrumento n.º 188.660.4/9, 8ª Câ. De Direito Privado, rel. Dês. Sílvio Marques Neto, j. 05.03.2001
- BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo – Ap. Civ. 255.461-2/6, rel. Des. Aldo Magalhães, j. 06.04.095.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 7ª ed., 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: RT, 1987.
- _____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GIDI, Antônio. *Aspectos da Inversão do ônus da Prova no Código de Processo Civil*. *Revista de Direito do Consumidor* 13/33-41, São Paulo, jan.-mar. 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii.*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MATOS, Cecília. *O Ônus da Prova do Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor 11/161-169, São Paulo, jul.-set. 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10º ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor 22/135-149, São Paulo, abr.-jun. 1997.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

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

NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. *Direitos Básicos do Consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova*. Revista de Direito do Consumidor 10/58-65, São Paulo, out.-dez. 2001.

RADLOSS, Stephan Klaus. *A Inversão do Ônus da Prova no Código de defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros: 1996.

VASCONCELOS BENJAMIM, Antônio Herman de *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WATANABE, Kazuo *et alii*. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.