

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO MEIO FACILITADOR DA DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

*Valéria Martins Oliveira**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Pressupostos: verossimilhança e hipossuficiência; 3. Momento Processual; 4. Facultatividade ou Imperatividade; 5. Notas Conclusivas; 6. Referências.

1. Introdução

Dentre as inúmeras inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova, é, na área processual, um importante instrumento a fim de assegurar o equilíbrio processual entre fornecedor e consumidor, compensando as desigualdades existentes.

Imagine-se a seguinte situação: o consumidor de sabonete que ao utilizar o produto adquirido surpreende-se cortado por três lâminas de barbear inseridas dentro dele. De acordo com o Código de Processo Civil (art. 333)¹, que impõe ao autor a prova constitutiva do seu direito, caberia ao consumidor a prova de que as lâminas foram colocadas ali durante o processo de fabricação.

Certamente o consumidor desistiria de postular seu direito em juízo já que a produção desta prova mostra-se bastante difícil face às dificuldades técnicas e econômicas. Com a inversão do ônus da prova prevista no CDC facilitou-se sobremaneira o ingresso de ações como esta, assim, neste caso, sobrevindo a inversão, quem teria que provar a impossibilidade de ter ocorrido a inserção das lâminas durante o processo de fabricação é a indústria e não mais o consumidor.

* Mestranda em Direito Ambiental, Empresa e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de Maringá - CESUMAR.

¹ Art. 333 O ônus da prova incumbe:
- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

Justifica-se a inversão probatória em favor do consumidor como parte mais vulnerável na relação de consumo posto que não dispõe de informações ou de acesso aos elementos técnicos da produção. O fornecedor é a parte detentora dos dados da produção do bem e que se encontra em melhor posição para fornecê-las ao magistrado.

Há de se destacar que o direito previsto no inciso VIII do artigo 6º é o de “facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo”, sendo a inversão do ônus da prova um dos meios para que tal defesa seja assegurada, como sugere o advérbio “inclusive”, contido no inciso. Esta facilitação é proporcionada também por outras regras como a que prevê o domicílio privilegiado para o consumidor. Assim, no exemplo citado, além de ter o ônus da prova invertido em seu favor, o consumidor do sabonete poderia ingressar com a ação em seu domicílio, facilitando ainda mais a postulação do seu direito.

A inversão do ônus da prova é um dos meios pelos quais o direito procura atingir seu objetivo máximo de obtenção de justiça, compensando a real desigualdade em que se encontram os litigantes e dando efetividade ao sistema jurídico de proteção ao consumidor.

No presente artigo procuramos examinar esta importante conquista do consumidor na área processual, admitida quando presentes os pressupostos de verossimilhança da alegação e hipossuficiência do consumidor. De suma importância é a análise do momento processual mais adequado para que se ocorra a inversão probatória e o que representa a verossimilhança e a hipossuficiência, dispostos no artigo.

Analisaremos ainda, se a norma prevista no inciso VIII do artigo 6º é impositiva ou facultativa.

2. Pressupostos: verossimilhança e hipossuficiência

Os dois pressupostos para que ocorra a inversão do ônus da prova são: a verossimilhança da alegação, a ser aferida pelo juiz, e a hipossuficiência do consumidor, segundo as regras ordinárias da experiência.

Abordemos a questão da verossimilhança:

De acordo com Tupinambá Miguel Castro do Nascimento²: “A qualidade de verossimilhança tem o significado que a alegação parece verdadeira, não repugnando a verdade. Não se exige que ela seja verdadeira, porque então sempre dependeria de prova; basta a aparência com a verdade, a crença de que seja faticamente real”.

² Nascimento, T. M. C. do. *Responsabilidade civil no código do consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 127.

A preocupação dos juristas é identificar qual deve ser o grau de certeza para que se afirme ser verossímil ou não a alegação do autor, já que a inversão do ônus da prova pode determinar a procedência em favor do autor no caso de falta de prova desconstitutiva do seu direito por parte do réu.

Verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, de tal modo que se apresente provavelmente verdadeira a alegação do consumidor. O juiz não aceita o fato como verdadeiro, apenas como provável. O consumidor não precisa provar cabalmente o fato alegado, porque, neste caso, não haveria necessidade de se inverter o ônus da prova, mas de demonstrar que o fato alegado é provável, não é descabido.

O professor Cândido Rangel Dinamarco nos auxilia no conceito de verossimilhança ao fazer a seguinte colocação³: “Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor”.

A hipossuficiência ainda é questão controvertida entre os doutrinadores, sendo que alguns julgam ser ela ligada à questão econômica. Bastaria então que o consumidor demonstrasse sua dificuldade econômica em produzir as provas necessárias para que se configure a hipossuficiência exigida. Acreditamos que a hipossuficiência do consumidor vai além do caráter econômico, pois se assim fosse, bastaria transferir ao fornecedor as despesas decorrentes da produção da prova. Mais que econômica, a hipossuficiência do consumidor se consubstancia na dificuldade técnica de provar suas alegações.

Na maioria dos casos o consumidor é tecnicamente hipossuficiente. A não ser por exemplo no caso de um médico que contrata outro para fazer o parto de sua esposa ou, de um advogado que contrata outro para defender-lhe em determinada causa.

Tomemos a Ação Revisonal contra instituição bancária julgada pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual não se contemplou em nenhum momento a hipossuficiência do correntista no sentido econômico, mas sua impossibilidade técnica de produzir a prova e ao mesmo tempo a facilidade do banco em juntar cópia dos contratos e dos demonstrativos da conta⁴:

CONSUMIDOR - Ação revisonal de contrato bancário. Ônus da prova imposto à instituição financeira - Admissibilidade - Inteligência do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90.

³ Dinamarco, C. R. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 143.

⁴ Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 758, dez. 1998, p. 344.

Ementa da redação - Na ação revisional de contrato bancário a instituição financeira pode ser obrigada a juntar documentos demonstrativos da evolução dos débitos e créditos se houver dificuldade do cliente em fazê-lo, em face do princípio da inversão do ônus da prova consagrado no art. 6, VIII da lei 8.078/90....

Por isso, identificada a dificuldade do demandante em produzir determinada prova que está em poder do demandado, a distribuição do ônus da prova (art. 333 CPC) é flexibilizada com a aplicação do art. 6, VIII, do CDC.

Outro exemplo poderia ser o do paciente sujeito à transfusão de sangue que descobre-se portador do vírus HIV, depois de dois anos da transfusão. Ocasão a qual não se encontra mais em poder dos documentos que comprovem a intervenção sofrida. Neste caso, inverter-se-ia o ônus da prova, a fim de que o laboratório ou hospital comprove, não só a inexistência de erro no procedimento mas também que o paciente efetivamente se submeteu ou não a uma transfusão de sangue naquele estabelecimento, naquela época.

Carlos Roberto Barbosa Moreira nos mostra o escopo que a inserção da hipossuficiência no artigo quer atingir⁵: “A hipossuficiência do consumidor deve ser interpretada teleologicamente, ou seja, buscando a finalidade para a qual ela foi inserida no texto legal, que é, sem dúvida, facilitar a defesa dos direitos do consumidor em juízo, no campo específico da instrução”.

Sob esta ótica é que deve ser entendida a hipossuficiência do consumidor. Não se prestou o CDC a defender o consumidor pobre, mas o hipossuficiente, tendo como tal aquele em situação desfavorável para fornecer a prova.

Apesar da maioria dos doutrinadores comungarem da idéia de que o emprego da conjunção alternativa *ou* e não da aditiva *e* significa que o juiz deverá exigir a presença de um dos dois pressupostos - verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor - para inverter o ônus da prova, não nos parece o melhor entendimento. Acreditamos haver necessidade da presença da hipossuficiência do consumidor concomitantemente com a verossimilhança da sua alegação.

No mesmo sentido ensina o professor Antônio Gidi⁶:

O consumidor precisa ser hipossuficiente ou sua alegação ser verossímil. Seria necessário a presença dos dois requisitos para se inverter o ônus da

⁵ Moreira, C. R. B. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, 1993, p. 135.

⁶ Gidi, A. Aspectos a inversão do ônus da prova no código do consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, 1995, p.14.

prova? Teria a partícula “ou” sentido disjuntivo ou aditivo? Verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor por si só não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova.

Oscar Ivan Prux compactua do mesmo entendimento quando afirma que⁷: “o CDC prescreveu que a inversão do ônus da prova é possível, a critério do juiz, quando se verificar que são verossímeis as alegações do consumidor e for ele hipossuficiente.” Deixando clara a necessidade da presença dos dois pressupostos.

O anteriormente citado professor Carlos Roberto Barbosa Moreira, em um primeiro momento⁸, se colocou contra a alternatividade dos pressupostos, alegando que a verossimilhança deveria andar junto com a hipossuficiência, já em sua derradeira explanação sobre o assunto⁹ alegou que tal entendimento ensejaria exegese desfavorável ao consumidor, o que é inadmissível.

Pelo contrário, acreditamos que a exigência dos dois requisitos para a inversão probatória, antes de ser um mecanismo desfavorável ao consumidor criaria um sistema jurídico além de célere e efetivo, seguro. Ademais, se a alegação não for verossímil, não há que se pensar em inversão do ônus da prova. O que não se pode exigir é que o consumidor prove cabalmente sua alegação, como já demonstrado anteriormente, mas, sempre que se apresentar “verossímil” sua alegação tenha ele o direito à inversão probatória, quando demonstrar sua hipossuficiência.

3. Momento processual

Questão ainda controvertida na doutrina é o momento mais adequado para que se inverta o ônus da prova. Há autores que afirmam ser o melhor momento o do despacho inicial, junto com a citação do demandado, outros, que o momento ideal seria a sentença, e outros, com os quais concordamos, que o momento propício seria na decisão proferida na audiência do art. 331 do CPC¹⁰, o antes denominado despacho saneador.

⁷ Prux, O. *Responsabilidade civil do profissional liberal no código do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 331.

⁸ Moreira, C. R. M. A defesa do consumidor em juízo. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, 1993, p. 190.

⁹ Idem. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, 1997, p. 135.

¹⁰ Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas sessões precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta (30) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

A linha doutrinária que defende a decretação da inversão probatória no **despacho inicial** não encontra muitos adeptos pelo fato de faltar-lhe elementos que a justifiquem. Neste momento processual, sequer houve manifestação do demandado, e, não se pode precisar sequer os pontos controvertidos do processo. A inversão deve ser determinada se necessária e se o fato, quando controverso exigir que o faça. A impossibilidade de se inverter o ônus da prova neste momento se fundamenta pelo fato de, sem a contestação, ser impossível ao juiz aferir quais os pontos controversos do processo.

A inversão do ônus da prova no momento da **sentença** encontra abrigo na opinião de muitos renomados doutrinadores, entre eles Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Ada P. Grinover. Fundamentam sua posição no fato de que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e como tal, devem ser aplicadas no momento do julgamento, que é, em primeiro grau, a sentença.

Assim, teríamos a seguinte situação: se houver nos autos provas do direito do autor, julgará o juiz a favor deste. Quando os fatos não forem provados, cumprirá ao juiz verificar se este é hipossuficiente e se suas alegações são verossímeis; preenchidos os requisitos e na ausência de prova produzida pelo réu elidindo a alegação do autor, julga procedente o pedido.

De acordo com Cecília Matos¹¹: “qualquer conclusão sobre o ônus da prova não pode ser emitida antes de encerrada a fase instrutória, sob o risco de sersr6 um pré- julgamento, parcial e prematuro”.

Além disso, segundo a autora, não se justifica o argumento de que seria uma ofensa ao princípio da ampla defesa “ já que o fornecedor tem ciência de que, em tese, poderão ser invertidas as regras do ônus da prova, se verossímeis as alegações do autor ou se for ele hipossuficiente”.

Termina sua exposição, com a qual discordamos, explanando o seguinte argumento¹²: “Se o demandado, fiando-se na suposição de que o juiz não inverterá as regras do ônus da prova em favor do demandante, é surpreendido com uma sentença desfavorável, deve creditar seu insucesso mais a um excesso de otimismo do que à hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa.”

A corrente a qual nos filiamos juntamente com o professor Carlos Roberto Barbosa Moreira, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Tereza

...

Parágrafo 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

¹¹ Matos, C. O ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista do Direito do consumidor*, São Paulo, v. 11, 1994, p. 167.

¹² Idem, *ibidem*.

Arruda Alvim, Antonio Gidi e outros, defende o momento oportuno para a inversão do ônus da prova no chamado despacho saneador, que depois da reforma do CPC não é mais despacho mas decisão, proferida na audiência de saneamento do processo, prevista no parágrafo 2º do artigo 331, do CPC.

Matéria que envolva meio de prova, deve ser decidida, interlocutoriamente, antes do início da instrução do processo. A fim de que, já no início da instrução, as partes fiquem cientes dos pontos controvertidos sobre os quais deverão produzir prova e a quem incumbirá o ônus de fazê-lo.

A inversão do ônus da prova não significa que o juiz julgará a causa em favor do consumidor, ela tem o escopo de facilitar a defesa dos direitos do consumidor em juízo, não de assegurar-lhe a procedência da ação. Não procede o argumento de que seria um pré-julgamento. O juiz, ao inverter o ônus probatório, está reconhecendo a hipossuficiência do autor/consumidor em produzir a prova constitutiva do seu direito e a verossimilhança (que não é um juízo de certeza, mas de probabilidade) das suas alegações.

A regra geral norteadora do processo é a prevista no artigo 333, I, do CPC, a qual impõe ao autor o ônus de fazer prova constitutiva do seu direito. Se admitíssemos a inversão do ônus da prova no momento da sentença, ocorreria a situação de se atribuir ao réu um ônus sem dar-lhe oportunidade para dele se desincumbir. Numa ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa¹³.

Relevante analisar ainda a situação em que, terminada a instrução, o juiz percebe que deveria ter aplicado o princípio da inversão probatória e não o fez. Neste caso, deve ser aberto prazo para que a parte incumbida agora de um novo ônus, dele se libere produzindo a prova. E não se diga que tal procedimento afrontaria o princípio da eventualidade, segundo o qual, superada uma fase, não mais é possível a ela retornar. A própria inversão do ônus da prova já é uma subversão aos princípios tradicionais do processo civil, devendo os outros princípios adequarem-se à nova realidade processual. Em qualquer caso, a decisão do juiz deve ser fundamentada, não apenas a fim de citar “que o consumidor é hipossuficiente e que suas alegações são verossímeis”, mas explicitando as razões que o levaram a tal convencimento, desta forma, a parte que se sentiu prejudicada poderá deduzir suas razões de recurso ou conformar-se porque convencida da decisão judicial. O recurso apropriado para impugnar a decisão que inverte ou não o ônus da prova é o agravo por tratar-se de decisão interlocutória.

¹³ O tribunal de alçada do Rio Grande do Sul decidiu, neste sentido: “quando, a critério do juiz, configurar-se a hipótese de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, sob pena de nulidade, é mister a prévia determinação à parte, para que prove o fato controvertido. A inversão, sem esta cautela processual implicará em surpresa e cerceamento de defesa”. AC 194110664, da 4ª. Câmara cível, julgada em 18.08.1994, rel. juiz Márcio Oliveira Puggina.

4. Imperatividade ou Facultatividade

A aplicação do princípio contido no inciso VIII, do art. 6º não deve ser automática em todos os processos que envolvam relação de consumo. Antes, aplica-se ao processo a regra geral do artigo 333, I, do CPC que determina que o autor deve arcar com o ônus de provar suas alegações.

Nas palavras de Nelson Nery Junior¹⁴: “A inversão do ônus da prova aplica-se *ope judicis* e não *ope legis*...”. Ou seja, não se trata de inversão legal, mas de inversão judicial. Pois, enquanto o juiz não se pronunciar vigora as normas do CPC. Se se tratasse de inversão legal não dependeria de pronunciamento judicial. Faz-se necessário o pronunciamento do juiz no sentido de inverter ou não o ônus probatório¹⁵.

Porém, se avaliada a situação do consumidor e suas alegações, o juiz verificar presentes os pressupostos de hipossuficiência e verossimilhança, deverá determinar a inversão probatória.

A expressão “a critério do juiz” contida no artigo 6º, VIII, refere-se ao exame que este deve fazer da presença dos pressupostos e não, como pode parecer que, presentes dos pressupostos, o juiz “a seu critério” poderia ou não inverter a prova. Ao juiz cabe apenas aferir se o consumidor é hipossuficiente e se suas alegações são verossímeis, caso em que, obrigatoriamente, deverá optar pela inversão.

A inversão do ônus da prova pode ser determinada pelo juiz, sempre que se convencer da presença dos pressupostos exigidos, independentemente de requerimento da parte, porque assegura direito básico do consumidor e se trata, assim como todo o CDC, de norma de ordem pública, de acordo com o artigo 1º do referido diploma legal.

5. Notas conclusivas

De tudo o que analisamos neste artigo, podemos concluir o seguinte:

¹⁴ Nery Junior, N. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 1, 1992, p. 200.

¹⁵ O tribunal de Justiça de São Paulo confirmou decisão que indeferiu a inversão probatória porque o juiz não entendeu presentes os pressupostos que a amparariam, confirmando a tese de que a inversão é ato discricionário do juiz e não se opera por força de lei:

Ação de Indenização- Danos causados em motor de veículo por engano de combustível em seu abastecimento pelo frentista do posto - pretendida a inversão da prova com base no Código do Consumidor - Deslocamento da regra geral do art. 333, I, do CPC, a critério do juiz, ao reconhecer, em sendo o caso, a vulnerabilidade do consumidor - Ausentes as hipóteses para tal inversão, quais sejam a prova da hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança da alegação (art. 6º, VIII, do CDC) - Recurso improvido (grifo nosso)

Os pressupostos de hipossuficiência do consumidor e verossimilhança da sua alegação para o deferimento da inversão probatória, devem andar lado a lado, sendo necessária a presença dos dois cumulativa e não alternativamente;

A inversão não é um direito a ser deferido automaticamente ao consumidor em toda ação que envolva relação de consumo, pode ser deferida ou não, dependendo de avaliação judicial quanto à presença dos pressupostos necessários;

O momento processual adequado para a inversão é antes do início da instrução na audiência saneadora;

Para bem utilizar-se deste novo instrumento é fundamental que o juiz tenha prudência para utilizá-lo, nas palavras de Antonio Gidi¹⁶: “É preciso uma conduta eminentemente moderada: nem pródigo nem parcimonioso deve ser o magistrado.”

6. Referência

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13-41, p. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

JUNIOR, Nelson Nery. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo, v.1, p. 200-221, 1992.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, p. 161-184, 1994.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 22, p. 135-149, 1997.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. A defesa do consumidor em juízo. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 5, p. 190-201, 1993.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade civil no código do consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no código do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: RT, v. 758, dez. 1998, p. 343 a 345.

¹⁶ Gidi, A. ob. cit., p. 14.