ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

A INVERSÃO PROBATÓRIA NO CDC E A HERMENÊUTICA JURÍDICA

THE INVERSION OF PROOF IN THE CDC AND THE LEGAL HERMENEUTICS

Rodrigo Ribeiro Romano*

RESUMO: O presente artigo revela uma proposta de adequação de conceitos provenientes da hermenêutica jurídica à seara processual das lides de consumo. Por meio da percepção de que a norma jurídica é construída pela ação criativa do intérprete e de que a legitimidade do sentido proposto depende de uma ação argumentativa, é possível vencer as implicações da dualidade doutrinária e jurisprudencial (regra de procedimento ou regra de julgamento) acerca do adequado momento de inversão do ônus da prova nas ações de consumo. A racionalidade da presente proposta exige a delimitação de um campo de atuação da norma (contida no programa normativo do art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 8.078/1990) ora produzida, o qual se vislumbra para as lides indenizatórias de fato de produto ou serviço – posto que, diante dos ensinamentos sobre o ônus da prova enunciados por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao fornecedor cabe a prova do defeito do produto/serviço (arts. 12, §3º, e 14, §3º, do CDC). Desse modo, ante o fato do produto ou serviço exposto no processo pelo consumidor, a inversão do ônus probatório poderia ser declarada quando da sentença, uma vez presente o requisito da verossimilhança da alegação, ou antes da dilação probatória, como regra de procedimento, visto a presença da hipossuficiência técnica do consumidor. A hipossuficiência, desta feita, importaria, quando verificada, situação de não esclarecimento da relação de causalidade sobre o fato de serviço/produto.
Palavras-chave: Hermenêutica jurídica contemporânea. Responsabilidade civil do fornecedor. Momento de inversão da distribuição do ônus da prova.

ABSTRACT: This article reveals a proposal of adequacy in the concepts from the Legal Hermeneutics to the procedure seara of the consumption labors. Through the perception that the legal norms are built by creative action of the interpreter and that the legitimacy of the direction proposed depends on an argumentative action. It is possible to overcome the implications of doctrine and jurisprudence duality (rule of procedure or rule of trial) on the appropriate time in the reverse of the proof's onus in consumption actions. The rationality of this proposal requires a definition of a rule's playing field (contained in the legislative

* Mestrando em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN e Cientista Social pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Advogado. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

program of Art. 6 th, VIII, Federal Law no. 8.078/90) sometimes produced, which is in fact envisioned for the compensation labors of product or service – since of the lessons about proof's onus that was enunciated by Luiz Guilherme Marinoni and Sergio Cruz Arenhart, it is the responsibility of the supplier to prove the defect of the product/service (Art. 12, § 3. and Art. 14, § 3 , of the CDC). Thus, compared to the fact that the product or service were exposed by the consumer during the process, the reversal of the evidential onus could be declared when the sentence, once be requirement of pleading's likelihood, or before the evidential delay, as a rule of procedure, because of the presence of hypo sufficiency technical of consumers. The hypo sufficiency, this time, matter, when checked, a non situation of clarification of the causal relationship about the fact the service/product.
Keywords: Contemporary Legal Hermeneutic. Civil responsibility of the Supplier. Inversion Moment of Distribution of Proof's onus.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DA HERMENÊUTICA JURÍDICA; 3 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA; 4 MOMENTO ADEQUADO PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo revela a proposta de implantação de uma perspectiva processual aliada aos anseios da sociedade de massa no que tange ao momento mais adequado para a aplicabilidade da inversão do ônus da prova, regulado pelo art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 8.078/1990, também conhecida pela denominação Código de Defesa do Consumidor (CDC). Tal questão deve ser investigada levando em conta que uma lide de consumo exige, além de uma celeridade própria da sociedade de massa, técnicas processuais que permitam a paridade de armas dos litigantes.

A racionalidade da proposta deste artigo fundamenta-se na delimitação de um campo de atuação da norma contida no enunciado normativo do artigo supramencionado do CDC. Trata-se, antes de tudo, de uma adequação de conceitos provenientes da hermenêutica jurídica à seara processual das lides de consumo.

Pela premissa de que a norma jurídica é construída pela ação criativa do intérprete e de que a legitimidade do sentido proposto depende de uma ação argumentativa coerente com os valores constitucionais, notadamente com a

concretização do direito fundamental de defesa (art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88), permite-se propor duas modalidades de inversão probatória, a depender do requisito normativo utilizado: "verossimilhança" e "hipossuficiência". Logo, a inversão do ônus da prova pode ser declarada na sentença quando presente o requisito da verossimilhança da alegação, bem como antes da dilação probatória, como regra de procedimento, na presença da hipossuficiência técnica do consumidor.

Desta feita, o presente artigo, por uma questão de didática, é dividido em três seções: a) Da hermenêutica jurídica, que estabelece a premissa do artigo, posto este trabalho apoiar-se em um modelo filosófico de hermenêutica jurídica que legitima a construção normativa pelo intérprete; b) Da inversão do ônus da prova, em que se empreende um estudo do art. 6, VIII, da Lei Federal nº 8.078/1990, em especial, o instituto que define a inversão do ônus *probandi*, bem como se vislumbram os diversos momentos para a aplicabilidade desse instituto; e c) momento adequado para a inversão do ônus da prova, conclusão do presente artigo, uma vez que se configura a construção normativa do artigo referido do CDC, aliando a celeridade processual e a paridade de armas dos litigantes.

2 DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

A perspectiva que pauta o momento adequado da inversão do ônus da prova no presente artigo somente é possível pela concretização de pautas constitucionais, ou seja, pela permissão – hermenêutica – de construção da norma adequada. Nesse contexto, é preciso estabelecer algumas premissas.

A hermenêutica jurídica, lastreada na hermenêutica contemporânea[1], vislumbra que a norma jurídica é produto da atividade interpretativa[2]. As normas jurídicas, por sua vez, são sentidos (proposições) construídos a partir dos textos (enunciados) do sistema do direito positivo, observada a realidade social, e regulam condutas "como obrigatória, proibida ou permitida diante da ocorrência do relato do evento descrito ou do valor referido no antecedente normativo" (FRANÇA, 2007, p. 23), de modo que o texto positivado é apenas uma norma em potência. Em sentido estrito, são estruturadas de modo hipotético-condicional, havendo um antecedente normativo, que descreve o evento da realidade ou refere-se a um valor, e um consequente normativo, que qualifica a conduta como obrigatória, proibida ou permitida, ante a ocorrência do antecedente (FRANÇA, 2007). Sua produção, no entanto, não é de maneira arbitrária, tendo como ponto de partida e limite criativo o enunciado normativo. Desse modo, Grau (2006, p. 86)[3] preceitua que "o produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) parcialmente preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado".

A interpretação é uma ação mediadora que busca compreender o que foi dito ou escrito por outrem. Trata-se de uma escolha de proposições (sentidos), que, para adquirir legitimidade, necessita se fundamentar em

1 A hermenêutica jurídica contemporânea desenvolveu-se a partir da hermenêutica filosófica, a qual possui data muito recente, sendo creditada a Hans-Georg Gadamer e a Paul Ricoeur. Situa-se como ramo da filosofia que intenta a investigação da verdade em razão da elaboração e interpretação de conceitos, bem como da busca por sentidos e significados. Assim, "tanto na palavra sentido como na palavra significado está implícita a idéia de linguagem como um todo. Se precisamos do sentido e do *significado* para conhecer, isto significa que precisamos da linguagem para podermos conhecer" (STEIN, 1996, p. 26). Na lição de Palmer (1999, p. 19), trata-se de uma proposta hermenêutica que "chega à sua dimensão mais autêntica, quando deixa de ser um conjunto de artifícios e técnicas de explicação de texto e quando tenta ver o problema hermenêutico dentro do horizonte de uma avaliação geral da própria interpretação".

2 Nesse sentido, "a norma jurídica somente adquire normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável aos casos concretos. Ou melhor, concretização da norma é construção da norma" (CAMBI, 2010, p. 108).

3 Na atividade interpretativa, "o intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação" (GADAMER apud GRAU, 2006, p. 87).

proposições morais aceitas pela comunidade[4]. A interpretação é, portanto, ação moral. Nesses termos, "a tarefa da decisão moral é acertar com o adequado em uma situação concreta, isto é ver o que nela é correto fazê-lo" (GADAMER, 1998, p. 43).

A decisão razoável, aquela que produz a norma adequada, é, segundo Perelman (apud CAMARGO, 2003), a que apresenta melhor condição de se impor pela força do seu argumento. De acordo com Camargo (2003, p. 254), "a interpretação que prevalece é a do argumento mais forte, ou seja, aquele que, ao menos num determinado momento, apresenta-se como irrefutável; e irrefutável porque coadunado com os valores admitidos pela sociedade ou mesmo por um determinado grupo". Nesse sentido, as decisões fundamentadas na CRFB/88 são razoáveis, pois são impostas pela força do argumento; assim, são aceitas e, portanto, legítimas. Ainda, o Texto Constitucional, como norma jurídica fundamental que disciplina a relação do indivíduo com as autoridades ou órgãos estatais, consagra valores[5] que sedimentam os direitos fundamentais[6]. Desse modo, impor uma construção normativa adequada, por meio de uma argumentação pautada na Carta Magna, é concretizar os valores positivados no conteúdo dos direitos fundamentais.

A construção normativa do momento adequado de inversão do ônus da prova nas relações de consumo pressupõe a concretização do direito fundamental de defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88), a partir do qual se impõe a criação de amplas oportunidades de participação das partes ao longo do processo. Tal direito possui corolário no princípio da participação, que estabelece a exigência de "que o Estado e todas as suas instâncias aperfeiçoem os seus atos através de procedimentos que permitam a participação real dos efetivamente atingidos e interessados (fundamento último do contraditório

4 A possibilidade da compreensão do outro reside justamente na natural condição humana de repartir vivências. Afinal, "a compreensão é indagar sobre as possibilidades do significado de um acontecer próprio das relações humanas" (CAMARGO, 2003, p. 20).

5 Se é certo que a CRFB/88 outorga valores, não é certo que os positiva de modo hierárquico.

6 Os direitos fundamentais são "direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerra caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual" (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 49).

e da fundamentação das decisões)" (LAMY, 2009, p. 319). Assim, tanto o autor quanto o réu, em um processo, possuem o direito de participar de forma efetiva e adequada do processo e, como tal, a norma processual deve permitir um adequado momento de produção de provas. Também é certo que a concretização dessa pauta constitucional permite evidenciar direta aplicação dos princípios da celeridade e da paridade de armas na construção normativa.

3 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Considerando as diversas possibilidades interpretativas incentivadas pelos vários enunciados jurídicos sobre o procedimento da dinâmica probatória, é mister estabelecer algumas considerações.

A prova é tudo aquilo que pode influenciar de algum modo a formação da convicção do juiz para decidir de uma forma ou de outra. Seu objeto, segundo o ordenamento infraconstitucional, é exclusivamente o fato (art. 332 do Código de Processo Civil – CPC). Conforme aduz a doutrina processualista clássica, o direito não se prova, posto ser de conhecimento do juiz[7], porém nem todos os fatos são passíveis de ser provados. Dessa forma, por respeito ao princípio da economia processual, o legislador pátrio determinou que somente as provas que demonstram fatos relevantes para o julgamento da ação são deferidas e produzidas; mesmo entre tais fatos relevantes, não precisam ser provados os de conhecimento geral, os incontroversos ou aqueles presumidos legalmente (art. 334 do CPC).

Por meio das provas, consoante a processualística clássica, atesta-se a existência (ou não) de algum fato ao qual se pretendem atribuir efeitos jurídicos. De fato, a prova de fatos é requisito indispensável para a *aletheia* (abertura de sentido) do magistrado sobre a situação da vida, na qual se aplica a disposição textual. Aliás, antes disso, trata-se de um meio retórico, porque "destina-se a estabelecer diálogo entre as partes e o Estado-Juiz, necessário para a 'fixação dos pontos controvertidos'" (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 52).

7 A não ser quando, pelo art. 337 do CPC do ordenamento jurídico pátrio, há necessidade de apuração de vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.

A responsabilidade pela prova dos fatos, na temática do CPC, é, desde antemão, predeterminada. O art. 333 do código estabelece a distribuição do ônus da prova da seguinte maneira: a) ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito; b) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ressalte-se que ônus é o agir de determinado modo para a satisfação de interesse próprio, evitando uma situação de desvantagem; assim, cabe a quem tem o ônus provar. Ademais, o ônus da prova é a possibilidade de a parte praticar atos para seu próprio benefício e, todavia, também sofrer consequências legais pela omissão da prática de tais atos. Difere-se, desse modo, da obrigação da faculdade, sendo uma obrigação, na lição de Lopes (2000), a subordinação de um interesse próprio a outro alheio, ao passo que o ônus seria uma subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio.

Na ciência do processo judicial, são inúmeras as teorias sobre a distribuição do ônus da prova, das quais o CPC adotou o critério vislumbrado por Chiovenda (apud MARINONI; ARENHART, 2009), para quem, em respeito à igualdade das partes, o ônus de afirmar e provar distribui-se entre as partes, de modo que cada um tem o encargo de provar os fatos que pretende ver considerados pelo juiz. Diante disso, segundo Patti, citado por Marinoni e Arenhart (2009)[8], a ideia de ônus da prova não deve ser encarada como uma relação de necessidade, mas, sim, como uma relação de chances de provimento, como adiante se demonstrará.

O regramento expressado pelo CPC, entretanto, tem sistemática excepcionada quando se trata de lides de consumo. Com efeito, o art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 8.078/1990, possibilita a inversão do ônus da prova, seja por um meio convencional[9], seja judicialmente – quando a lei permite que o juiz altere a distribuição do ônus da prova –, nestes termos:

8 Desse modo, "a produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável – ou para o resultado favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir para se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, mas o aumento do risco de um julgamento contrário" (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 164-165).

9 Desde que se trate de direito disponível e que também não sobrecarregue a parte com uma prova muito difícil.

> 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, dor verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (BRASIL, 1990).

Mesmo que tal inversão dependa de ato do juiz, trata-se de um direito conferido ao consumidor para facilitação de sua defesa no processo, desde que presente um dos requisitos legais determinados, quais sejam: a) verossimilhança da alegação do consumidor; ou b) hipossuficiência do consumidor, aferida segundo as regras ordinárias de experiência[10]. Aliás, é importante pontuar o contexto em que esses requisitos são utilizados, ou melhor, as razões de distribuição e inversão do ônus probatório concernentes à natureza das relações de consumo e à posição ocupada nelas pelo consumidor.

Primeiramente, é preciso deixar bem "claro que o fato de o consumidor não precisar provar culpa diante do adimplemento imperfeito ou dos danos nada tem a ver com inversão do ônus da prova" (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 192). Na sequência, deve-se esclarecer que, em ações de responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, o consumidor é dispensado, por expressa menção do enunciado legal, de provar o defeito do produto ou do serviço.

Nesse contexto, a Lei Federal nº 8.078/1990 procura distinguir os termos 'defeito' (arts. 12 a 14) e 'vício' (arts. 18 a 20): ao passo que vícios são características de qualidade e quantidade que tornam os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e que lhes importa diminuição do valor[11] (NUNES, 2008), os defeitos são "vícios"

10 Há, contudo, posição diversa. Gidi (1995, p.13-34), verifica que a utilização da partícula 'ou' na letra da lei tem um sentido aditivo, posto afirmar que "verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor *per si* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade".

11 Do mesmo modo, são considerados "vícios" os decorrentes da disparidade em relação às indicações constantes em embalagens, recipientes etc.

que potencialmente ensejam fatos lesivos à esfera jurídica material, moral, estética ou à imagem do consumidor. Em resumo, o defeito é o vício encarado sob a perspectiva da responsabilidade civil do fornecedor, por fato criado pelo vício do produto ou serviço.

No caso de responsabilidade pelo fato do produto, o art. 12, § 3º, da Lei Federal nº 8.078/1990 prenuncia que:

> O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I) que não colocou o produto no mercado; II) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (BRASIL, 1990).

Já no caso de responsabilidade por fato de serviço, diz o art. 14, §3º, da mesma lei que "o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro" (BRASIL, 1990). Observa-se assim que, em se tratando de responsabilidade por fato de produto/serviço, o consumidor não precisa provar o defeito, ou seja, o vício do produto/serviço que enseja o fato lesivo, cabendo ao fornecedor o ônus da prova da ausência de defeito. Nesse ponto específico, não há que se falar em inversão do ônus probatório pelo juiz, visto que a lei já inverte o ônus probatório.

No Recurso Especial 802.832/MG, em voto proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o ministro Paulo de Tarso Sanseverino atenta para essa distinção ao elucidar que as situações elencadas nos enunciados normativos dos arts. 12, §3º, II, e 14, §3º, I, da Lei Federal nº 8.078/1990 constituem inversão decorrente da lei (*ope legis*)[12], motivo pelo qual não há que se conhecer a inversão por via judicial (*ope judicis*) do ônus da prova, estabelecida no art. 6º, VIII, da mesma lei.

12 Nessas duas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois esta foi feita pelo próprio legislador (*ope legis*) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhes foi atribuído por lei (STJ, 2011).

Não obstante se concordar com o ministro Paulo de Tarso Sanseverino no tocante ao ônus da prova do fornecedor decorrente da lei federal anteriormente mencionada, que enseja o fato lesivo, ainda se faz preciso avaliar a quem cabe o ônus da prova do nexo de causalidade entre o dano e o fato lesivo. Isso porque não haveria uma inversão *ope legis* para todos os elementos da responsabilidade civil nas hipóteses descritas pelos arts. 12, §3º, II, e 14, §3º, I, da Lei Federal nº 8.078/1990.

Sobre essa preocupação, repousa o voto da ministra Maria Isabel Gallotti, proferido no Recurso Especial 422778-SP, perante a Segunda Seção do STJ, para quem caberia a inversão do ônus da prova, segundo o art. 6º, VIII, da lei suprarreferida, para fins de nexo causal entre o dano e a ação do réu de fabricar o produto[13] (STJ, 2012). Assim, caso o fornecedor (réu) não consiga demonstrar a inexistência do defeito (do vício que enseja pretenso fato lesivo), faz-se ainda imperioso comprovar a ligação entre esse defeito e o dano (MARINONI; ARENHART, 2009), uma vez que a prova da ligação do defeito ao dano, sendo fato constitutivo do direito do autor/consumidor (art. 333 do CPC), é *a priori* ônus deste. Nesse ponto, pode-se verificar a inversão do ônus da prova. A prova da ligação do defeito (não elidido pelo fornecedor) ao dano patrimonial, moral, estético ou à imagem do consumidor pode ser por demais custosa ao autor, ora consumidor[14]. Afinal, o fornecedor que contraria a norma de proteção do consumidor e lança produto/serviço com defeito "assume o risco da dificuldade de prova de causalidade" (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 194).

Voltando ao enunciado normativo do art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 8.078/1990, é importante tentar estabelecer um sentido parcial para os requisitos enunciados. A verossimilhança, por exemplo, é a aparência da verdade, sem pretender sê-la. Desse modo, pontua Camargo (2003, p. 21) que

13 Caberia a inversão do ônus de comprovar a identidade do fabricante do produto defeituoso (nexo causal entre o dano e a ação do réu de fabricar o produto), mas ela tem por fundamento o art. 6º, VIII, do CDC (fundamento adotado pelo acórdão da apelação e pelo acórdão embargado) (STJ, 2012).

14 "A inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil provar sua existência" (MARINONI, 2007, p. 336).

"a verossimilhança não depende de fatos ocorridos, mas da probabilidade da realização de um projeto".

Na prudência de definir uma decisão comprometida com os requisitos de legitimidade de uma comunidade (projeto de ação), o julgador faz dispensar a busca pela verdade dos fatos e admite a aparência, como modo de se antecipar ao devir. Por sua vez, a decisão do intérprete que produz a norma constitui técnica construída pelo "acordo sobre a escolha do significado que pareça mais adequado às partes discursivas; acordo este fundamentado em provas concretas e opiniões amplamente aceitas" (CAMARGO, 2003, p. 21-22).

A verossimilhança – que já é aceita pelo enunciado do art. 334 do CPC – não pode ser simplesmente negada, por se tratar apenas de uma probabilidade (e não de verdade nua e crua). Aqueles que ainda a negam cometem a falácia de argumentar com base na ignorância – *argumentum ad ignoratiam* –, posto que "o fato de uma proposição nunca ter sido provada não faz dela uma proposição falsa" (WALTON, 2006, p. 59). Nesse sentido, Marinoni e Arenhart (2009, p. 194) expressam que, como a verossimilhança está incrustada na natureza do direito, não seria um requisito do art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 8.078/1990 para a inversão do ônus da prova, mas, sim, uma técnica de redução de exigência de provas:

> Essa convicção de verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de provas, e assim, em princípio, seria distinta da inversão do ônus da prova. Mas, o Art. 6º, VIII do CDC alude, expressamente, à possibilidade de inversão do ônus da prova quando a alegação for verossímil. Na verdade, quando esse Código mistura verossimilhança com inversão do ônus da prova, está querendo dizer que basta a verossimilhança preponderante ou que a inversão do ônus da prova pode ser utilizada como regra de juízo, ainda que ao réu não tenha sido dada a oportunidade para a produção de prova e que a convicção, que deu origem à decisão que inverteu o ônus da prova, seja apenas de verossimilhança.

Pela constatação – que deve ser motivada em decisão (art. 93, IX, da CRFB/88) – de verossimilhança do alegado pelo consumidor (autor), o juiz

dispensa a produção de provas pelo réu, posto que a verossimilhança atribui-se a "tudo aquilo em que a confiança é presumida" (REBOUL, 2004, p. 95)[15].

No que tange à hipossuficiência, Ribeiro (2005) pontua que a doutrina aponta três concepções: a) informativa; b) técnica; e c) econômica. Alega, no entanto, que a doutrina brasileira consagra o aspecto técnico, "embora haja distinções, ainda que sutis, entre tais posicionamentos e aqueles favoráveis à hipossuficiência sob o aspecto informativo" (p. 47). Observa, ainda, que "a hipossuficiência técnica compreenda a hipossuficiência informativa, não obstante represente um nível mais elevado de incapacidade probatória por parte do consumidor" (p. 47)[16].

O requisito da hipossuficiência, para Marinoni e Arenhart (2009), é somente verificado pela manutenção da situação de não esclarecimento da relação de causalidade (de ligação) entre o defeito e o dano causado. É analisado quando não se pode julgar o citado liame pela presença de verossimilhança – ou pela insuficiência de provas trazidas pelo consumidor. Trata-se de um estado de permanência de dúvida que impede a presunção de confiança do alegado pelo autor (consumidor). Assim, pelo dever de proteção ao hipossuficiente, que orienta a distribuição probatória pela paridade das armas, há inversão do ônus probatório.

4 MOMENTO ADEQUADO PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A lei é omissa no que diz respeito ao momento de inversão judicial do ônus da prova. A tradição jurídica insta por adequado o momento estabelecido em duas posições preponderantes: na decisão de

15 Continua Reboul (2004, p. 95-96) que, "por exemplo, os juízes nem sempre são independentes, os médicos nem sempre capazes, os oradores nem sempre sinceros. Mas presume-se que o sejam; e, se alguém afirma o contrário, cabe-lhe o ônus da prova. Sem esse tipo de presunção, a vida seria impossível; e é a própria vida que rejeita o ceticismo".

16 No que se refere à hipossuficiência econômica, Eich (2008) afirma: "Quanto à insuficiência econômica, alega-se de inversão do ônus da prova, pois a parte poderia pedir assistência judiciária gratuita, com isenção de custas despesas processuais, nestas incluídas as relativas às perícias e à obtenção de certidões, o que de certa forma, afastaria a hipossuficiência econômica como autorizadora da inversão do ônus da prova".

saneamento do processo ou na sentença[17]. Hoffman (2008) assim resume tais propostas: a primeira como critério de julgamento e a segunda como critério de procedimento.

> São duas as situações envolvendo a definição da inversão do ônus da prova, uma relacionada ao momento em que o Juiz sabe, com certeza, que precisará lidar com a inversão (sentença); outra, em respeito ao contraditório, isonomia, ampla defesa e imparcialidade, na qual o Juiz adverte o fornecedor de que poderá presumir provados determinados fatos em favor do consumidor (HOFFMAN, 2008, p. 238).

Importa agora explicitar, preliminarmente, essas teorias para, na sequência, construir como conclusão a norma adequada para o momento de inversão, a partir do raciocínio desenvolvido na seção anterior.

A perspectiva de inversão do ônus probatório na sentença deriva da concepção de sentido do ônus da prova como regra de julgamento, ou seja, somente ao receber os autos para proferir sua decisão, deverá o juiz averiguar a existência neles das provas que sustentam os argumentos ofertados; não existindo, deverá verificar a quem incumbia fazer a prova e não o fez.

Seguindo esse horizonte de sentido, a inversão do ônus da prova antes do momento da sentença implicaria um prejulgamento. Grinover, citada por Zarif (2008, p. 40), afirma que, na antecipação da inversão do ônus da prova pelo magistrado, ele "estará não só pré-julgando a causa, o que o tornaria suspeito, mas eivando sua decisão de nulidade por ausência de motivação (art. 93, IX, CRFB/88), uma vez que a cognição seria sumária e

17 Há quem entenda que o momento adequado para o juiz determinar a inversão do ônus da prova é o despacho inicial. Esse entendimento, minoritário, é defendido por Nogueira (1994), que afirma: "Entendo que o autor consumidor deverá já na inicial requerer a inversão do ônus da prova, e desta forma a fase processual em que o Juiz deverá se manifestar sobre a questão será no ato do primeiro despacho, que não se trata de mero despacho determinante da citação, mas decisão interlocutória, passível portanto de recurso de agravo".

superficial"[18]. Já para Pacífico (2001, p. 160), não há cerceamento de defesa caso a inversão dê-se somente no momento da sentença, pois:

> Não nos parece constituir ofensa aos cânones constitucionais a inversão no momento da decisão. A partir do conteúdo da petição inicial – com a exposição da causa de pedir e do pedido – às partes envolvidas no processo é perfeitamente possível avaliar se há a possibilidade de aplicação das normas do Código do Consumidor ao caso concreto.

Este era o antigo posicionamento do STJ[19].

Os adeptos desse ponto de vista possuem como pré-juízo a perspectiva de que a regra do ônus da prova é relacionada ao juiz, bem como de que "sua única função é a de viabilizar a decisão no caso de dúvida" (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 160). Patti, citado por Marinoni e Arenhart (2009, p. 160), afirma que "tal regra confere ao Juiz a oportunidade de acolher ou rejeitar a demanda quando, não obstante a atividade probatória das partes – ou mesmo na sua ausência –, ele esteja em dúvida em relação a 'verdade' dos fatos".

Noutro passo, encontra-se a perspectiva de sentido do critério do procedimento. Cambi (apud ZOLANDECK, 2005), ao ponderar sobre as garantias constitucionais – especialmente a do art. 5º, LV –, esclarece que a inversão do ônus probatório deve ser realizada na fase do saneamento do processo, mais precisamente na audiência preliminar, no momento em que o juiz fixa os pontos controvertidos. Ainda para ele, nada impede que a inversão ocorra em momento posterior, se for respeitado o direito do fornecedor de produzir a prova contrária ainda em tempo, caso queira[20].

18 Trata-se, dizem os adeptos da segunda corrente, "de uma regra técnica para evitar o *non liqued* e que o fornecedor não pode alegar qualquer surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente no texto legal" (SILVA, 2008, p. 18-19).

19 Ver, nesse sentido, Agravo Regimental na Medida Cautelar 11.970/RJ (STJ, 2006), Recurso Especial 422.778-SP (STJ, 2012) e Recurso Especial 241831/RJ (STJ, 2003).

20 Nesse sentido, encontram-se os julgados à época da divergência jurisprudencial, que reputavam a regra da inversão do ônus da prova como regra de procedimento, ora determinada antes do término da dilação probatória (STJ, 2007a, 2007b, 2011).

Kriger Filho (2006, p. 287-288), como consequência da garantia constitucional da ampla defesa – da inversão anterior à sentença, no despacho saneador –, atesta que:

> Por consistir numa regra de procedimento com força capaz de alterar a distribuição usual da carga probatória, em respeito ao princípio maior da ampla defesa, imprescindível que sua aplicação seja previamente anunciada, inclusive dando ciência ao demandado do ponto controvertido sobre o qual o ônus será invertido.

A divergência quanto à natureza jurídica da inversão do ônus da prova, no entanto, foi pacificada pelo STJ, no Recurso Especial 422778-SP (STJ, 2012), ratificando entendimento esboçado no Recurso Especial 802.832-MG e, com isso, a inversão da prova segundo critério do procedimento. Desta feita, a inversão deve ser realizada, preferencialmente, na fase de saneamento do processo ou em outra oportunidade, desde que seja assegurado à parte um contraditório[21]. Todavia, o aresto em questão não trabalha a comple-

21 "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. 1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no Art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada. 3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no Art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame. 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, Art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no Art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida 'preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade' (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). 5. Embargos de divergência a que se dá provimento" (STJ, 2012).

xidade da relação entre o nexo de causalidade (a que cabe o ônus) e a qualidade do requisito do art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 8.078/1990, considerando apenas o nexo de causalidade para fins de identificação da qualidade do fornecedor. É preciso, assim, uma compreensão analítica dos requisitos do artigo da lei suprarreferido.

Dessa forma, retornando aos pré-juízos expostos anteriormente, importa considerar que o adequado momento de inversão judicial do ônus da prova depende da qualidade do requisito exposto no art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 8.078/1990, para constatar o liame entre o defeito do serviço/produto e o dano material, moral, estético ou à imagem do consumidor.

Uma vez o nexo de causalidade exposto em situação de verossimilhança pelo consumidor, presume-se confiança no alegado; assim, em sentença, o intérprete julgador, ao acolher o pedido indenizatório, deve declarar que se faz inexigível a produção de provas (das já produzidas) pelo réu[22]. Logo, pelo convencimento da verossimilhança, aplica-se o critério de julgamento.

Por outro lado, quando o intérprete julgador vislumbra situações de impossibilidade técnica, seja porque impossível, seja porque muito difícil a comprovação do nexo de causalidade pelo consumidor – hipossuficiência –, recomenda a prudência que, uma vez sendo viável ao réu, ou mais fácil, a demonstração da inexistência do liame, se justifica a inversão na audiência preliminar (MARINONI, 2007). Merece ser ressaltado que tais hipóteses de hipossuficiência somente devem ser consideradas pela não constatação de verossimilhança da alegação sobre o liame pelo consumidor, como também pela possibilidade de produção de provas pelo fornecedor. Nessa situação, quando a inversão legitima-se pelo critério da hipossuficiência, estando vencida a hipótese de verossimilhança, trata-se de uma regra de procedimento.

Ainda merece a ressalva de Marinoni (2007) para quando há casos em que a prova do liame é impossível ou muito difícil para ambos os litigantes, não conseguindo o juiz alcançar uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. Nesse caso, como o direito material da Lei Federal nº 8.078/1990 é de índole protetiva ao consumidor, ante a facticidade da

22 Tais provas produzidas pelo réu, pelo óbvio do acolhimento da pretensão do autor, não são passíveis de excluir eventual defeito.

sociedade de massas, conclui-se que a inversão ocorre na sentença, uma vez que o "esclarecimento da situação fática não deve ser pago pelo autor" (p. 337). Nessa peculiar situação, não se fazem presentes os requisitos de verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor.

5 CONCLUSÃO

A construção normativa do momento adequado de inversão do ônus da prova nas ações de consumo depende da sucessiva aplicação dos requisitos exposto pelo art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 8.078/1990. Tal aplicação é fruto de uma interpretação que alia a tradição jurídica e os anseios de uma sociedade de massas, sendo nada mais que conformar situações do pretérito (enunciado normativo do CPC e CDC) e do presente (a célere dinâmica das relações da vida e a distribuição paritária de ônus probatório).

Caso o intérprete julgador vislumbre no processo a verossimilhança das alegações do consumidor, faz-se regra de julgamento, ou seja, na sentença, o juiz declara não mais haver necessidade de produção de provas pelo réu (fornecedor) e julga a demanda com as provas do nexo de causalidade já produzidas. Noutro passo, se o intérprete julgador constatar que não se confere verossimilhança às alegações do consumidor (autor) e observando que a inexistência do liame entre o defeito e o pretenso fato lesivo pode ser provada pelo réu (visto que ao autor é impossível ou muito difícil)[23], aplica-se o requisito de hipossuficiência antes da dilação probatória, como regra de procedimento.

Assim, as situações de regra de julgamento e de procedimento fazem-se vincular à sucessiva aplicação dos requisitos de "verossimilhança" e "hipossuficiência".

23 Nesse ponto, encaixa-se o exame da razoabilidade do encargo do ônus probatório entre os litigantes, a fim de se estabelecer uma equilibrada paridade de armas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

EICH, Raniere. Inversão do ônus da prova no CDC e CPC. **Estudando o Direito**, 10 jul. 2008. Disponível em: <http://estudandoodireito.blogspot.com/2008/07/jus-navigandi-doutrina-inverso-do-nus.html>. Acesso em: 27 nov. 2010.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1998.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 34, n. 13, p. 13-41, jan./mar, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HOFFMAN, Paulo. **Inversão do ônus da prova prevista no CDC**: aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KRIGER FILHO, Domingo Afonso. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LAMY, Marcelo. O princípio da legalidade sob ótica da teoria e da jurisdição constitucional. In: BRADÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão da prova. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, n. 59, p. 48-60, abr./jun. 1994.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44).

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: 70, 1999.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RIBEIRO, Débora de Oliveira. **Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. 2005. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

SILVA, Bruno Ferreira e. **Inversão judicial do ônus da prova no CDC**: aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPCRS, 1996.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial 241831/RJ. Relator: Ministro Castro Filho. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 3 fev. 2003.

_____. Agravo Regimental na Medida Cautelar 11.970/RJ. Relator: Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 18 dez. 2006.

_____. Recurso Especial 881.651/BA. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 21 maio 2007a.

_____. Recurso Especial 662608/SP. Relator: Hélio Quaglia Barbosa. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 5 fev. 2007b.

_____. Recurso Especial 802.832/MG. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 13 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12437901&sReg=200502038653&sData=20110921&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 1 abr. 2013.

_____. Recurso Especial 422778-SP. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 21 jul. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.

asp?sSeq=1079945&sReg=200702335000&sData=20120621&formato=PDF>. Acesso em: 1 abr. 2013.

WALTON, Douglas N. **Lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZARIF, Cláudio Cintra. **Ônus da prova nas ações coletivas**: aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor**. Curitiba: Juruá, 2005.

Correspondência | Correspondence:

Rodrigo Ribeiro Romano
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário,s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-3487.
Email: rodrigoribeiroromano@gmail.com

Recebido: 20/08/2012.
Aprovado: 01/04/2013.

Nota referencial:

ROMANO, Rodrigo Ribeiro. Reflexões sobre a inversão probatória no CDC: uma perspectiva da hermenêutica jurídica. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 2, p. 137-157, maio/ago. 2013. Quadrimestral.