



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aspectos Controvertidos sobre a Inversão do Ônus da Prova
no Código de Defesa do Consumidor

Joyce Cristina Alves Gimenes

Rio de Janeiro
2009

JOYCE CRISTINA ALVES GIMENES

Aspectos Controvertidos sobre a Inversão do Ônus da Prova
no Código de Defesa do Consumidor

Artigo Científico Jurídico apresentado como
exigência final da disciplina Trabalho de
Conclusão de Curso à Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Orientadores: Nelson Tavares, Néli Fetzner e
Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Joyce Cristina Alves Gimenes

Resumo: O presente trabalho visa analisar os principais aspectos controvertidos sobre o instituto da inversão do ônus da prova no âmbito do Direito do Consumidor, a fim de possibilitar aos operadores jurídicos uma melhor compreensão e aplicação da legislação consumerista. Tal estudo implica na análise do conceito de ônus da prova, bem como dos requisitos e do momento adequado para que ocorra a sua inversão, fazendo um paralelo entre o posicionamento doutrinário e o jurisprudencial, apontando assim as principais controvérsias.

Palavras-chaves: Direito do Consumidor. Direito Processual Civil. Inversão do Ônus da Prova. Aspectos Controvertidos.

Sumário: Introdução; 1 – A Prova no Direito do Consumidor: Considerações Gerais; 2 - O Ônus da Prova e a sua Inversão: análise sob o foco do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor; 2.1 – Conceito de ônus da Prova; 2.2 – Da Necessidade e Importância da Inversão do Ônus Probatório nas Relações Consumeristas; 3 – Da Extensão da Aplicação do Art. 6º, III do CDC Para Além das Relações Consumeristas: teoria da carga dinâmica das provas; 4 – Requisitos para a Inversão do Ônus da Prova; 5 – Momento Processual Adequado para a Inversão; 5.1 – Controvérsia Doutrinária Sobre o Tema; 5.2 – Análise Jurisprudencial; 6 – Natureza Jurídica da Decisão que (In)Defere a Inversão do Ônus Probatório; 7 – Do Custeio de Produção da Prova; 8 – Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar os principais aspectos controvertidos sobre o instituto da inversão do ônus da prova no âmbito do Direito do Consumidor, que consiste em um dos mais importantes instrumentos para a persecução dos interesses dos consumidores, indispensável à uma justa e eficiente tutela jurisdicional.

As relações de consumo há muito já deixaram de ser um campo exclusivo do estudo da ciência econômica, fazendo parte também do estudo jurídico, no qual vem ganhando papel de importante destaque hodiernamente.

Vive-se em uma verdadeira sociedade de consumo, que, devido ao crescente número de ofertas cada vez mais baratas, somado às novas tecnologias e novos meios de transporte, geram um desenfreado incentivo à aquisição de bens e serviços.

É nessa realidade social e jurídica que surge o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078) em 1990, tendo como uma de suas finalidades a de reconhecer a posição de vulnerabilidade em que muitas das vezes se encontram os consumidores dentro dessa relação de produção e consumo em massa, outorgando-lhes direitos específicos.

E para a facilitação desses direitos, a legislação consumerista traz em seu art. 6º, III, a regra da inversão do ônus da prova, com o intuito precípua de garantir o equilíbrio da relação de consumo, buscando uma igualdade material entre o fornecedor e o consumidor.

Dessa forma, o objetivo geral do presente trabalho é analisar as controvérsias e demonstrar a importância desse instituto processual da inversão do ônus da prova, com vistas a auxiliar a formação do convencimento dos operadores jurídicos quanto à sua aplicação em cada caso concreto, partindo de uma análise pontual do inciso VIII do art. 6º do CDC, para que este atinja o seu escopo na defesa do consumidor.

A importância desse artigo justifica-se pelo já citado crescimento das relações jurídicas consumeristas, em que em sua maioria o consumidor encontra-se em posição de desvantagem, tanto jurídica quanto economicamente. A possibilidade de inversão do ônus da prova é um dos mais importantes meios de facilitação dos direitos do consumidor, pois transfere para o fornecedor a responsabilidade sobre determinada prova, que, apesar de ser essencial à pretensão do consumidor, seria inalcançável pelas suas próprias mãos.

Assim, o presente artigo aborda, inicialmente, o conceito de ônus da prova, diferenciando sua concepção dentro do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do

Consumidor, e em seguida, passa a analisar pontualmente as principais controvérsias existentes a cerca da sua inversão, com foco especial na legislação consumerista.

1. A PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR: CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Constituição Federal de 1988 teve um cuidado especial com as relações consumeristas, de modo que traz em seu bojo artigos que se referem expressamente à proteção e defesa do consumidor, tais como o artigo 5º, XXXII, em que além de elevar a proteção do consumidor à esfera constitucional, insere-a entre os direitos fundamentais, que são direitos inatos, absolutos, invioláveis e imprescritíveis (SILVA, 2002).

Com a finalidade de regulamentar o art. 5º, XXXII da Constituição Federal, no qual o constituinte determina que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, foi publicada, em 11 de setembro de 1990, ou seja, há dezenove anos, a Lei nº 8.078/90, estabelecendo uma série de preceitos norteadores das relações consumeristas.

Em verdade o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), ao tutelar as relações consumeristas, envolve normas de diversas naturezas, como, v.g., normas de direito civil (ex: responsabilidade civil do fornecedor de um produto ou serviço), normas de caráter administrativo (ex: aspectos administrativos das relações de consumo) e até mesmo de direito penal (determinadas condutas nas relações de consumo podem determinar tipos penais). Por isso a doutrina reconhece a presença de um verdadeiro microsistema, visto que regula aspectos de diversas naturezas relacionadas ao direito do consumidor.

Dentro desse panorama, o art. 6º da legislação consumerista traz um elenco de direitos materiais fundamentais do consumidor que, por ser impossível o legislador esgotar todas as situações da vida cotidiana, não pretende ser exaustivo. Cuida-se, portanto, de rol meramente exemplificativo.

Ocorre que, como é sabido, os direitos materiais fundamentais devem corresponder a garantias processuais indispensáveis à sua efetivação, sob pena de se tornarem meras normas programáticas, ou seja, apenas promessas não cumpridas (CAVALIERI FILHO, 2008).

Diante disso, o legislador previu, dentre esses direitos do rol do art. 6º, a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, III), que consiste em verdadeira garantia processual, cujo escopo é assegurar a efetividade e aplicação dos direitos consumeristas.

Há inclusive, processualistas como o ilustre professor Leonardo Greco, que entendem que essa garantia de inversão do ônus da prova prevista no inciso III do art. 6º pode ser utilizada para outras relações que não apenas as consumeristas, conforme veremos adiante mais detalhadamente.

2 – O ÔNUS DA PROVA E A SUA INVERSÃO: ANÁLISE SOB O FOCO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1 – CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA

A prova no processo é todo meio destinado a convencer o magistrado a respeito da verdade de alguma situação de fato que tenha relevância para a solução do litígio.

Para que o juiz possa formar o seu convencimento e decidir o objeto do processo, é primordial que se faça a colheita de provas, a fim de possibilitar a valoração dos fatos da causa (CÂMARA, 2007).

Desta forma, incumbe às partes em demanda judicial, para obter a decisão favorável na lide, provar os fatos por elas alegados.

Ao receber os autos para proferir sua decisão, deverá o juiz averiguar se existem nos autos as provas que sustentam os argumentos do autor e do réu da demanda.

Ocorre que, muitas das vezes, o magistrado se vê diante de demandas com insuperável penúria probatória, e, mesmo com a utilização dos seus amplos poderes instrutórios, se torna impossível formar um juízo de certeza para decidir a demanda.

Nesses casos, a solução encontrada pelo legislador foi estabelecer regras no Código de Processo Civil distribuindo a incumbência probatória, que serão observadas pelo magistrado quando não restarem comprovados os fatos alegados.

O ônus da prova está intimamente ligado ao art. 126 do Código de Processo Civil, que traduz o princípio da *proibição do non liquet*, ou seja, da proibição do “não julgamento”, segundo o qual o juiz não pode abster-se de dirimir a lide sob a alegação de não haver provas suficientes para tanto.

Certo é que, existindo provas satisfatórias, deverá o juiz decidir a demanda, sem sequer indagar a quem incumbia o ônus da prova, se ao autor ou ao réu. Apenas caso não entenda estarem presentes os elementos comprobatórios das alegações das partes, deverá se verificar a quem incumbia a prova, para então poder decidir.

Nesse viés, o Código de Processo Civil traz em seu art. 333 as regras de distribuição do ônus probatório, valendo-se do critério da autoria da alegação do fato, segundo o qual cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Essas regras são um dos instrumentos de realização de equilíbrio entre as partes do processo, porque parece absolutamente justo que sobre cada uma delas recaia o encargo de demonstrar os fatos que tiverem alegado ou que lhe interessem (GRECO - B, 2006).

Ressalte-se que, não se deve confundir ônus com dever de prova, posto que são conceitos absolutamente diversos, com conseqüências diversas.

Tratando-se de dever jurídico, caso o sujeito que figura no pólo passivo se omita e não cumpra com sua obrigação, este pode ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Por outro lado, no ônus, o indivíduo que não cumpre suas atribuições apenas sofre as implicações inerentes ao próprio descumprimento.

A esse critério distintivo acrescente-se outro, fundado no interesse: enquanto o dever jurídico se impõe para a tutela de um interesse alheio, no ônus o liame volta-se à tutela de interesse próprio.

O ônus consiste, portanto, em uma conduta não obrigatória, colocada pelo ordenamento jurídico como uma faculdade à quem pretende alcançar determinada utilidade. Desta forma, a conseqüência pelo seu não cumprimento será apenas o não gozo dessa utilidade, não havendo qualquer sanção.

Dever jurídico, no entanto, é a necessidade de todos em cumprir os comandos legais, sob pena de sanção.

Assim, conforme posicionamento assente em doutrina e jurisprudência, o ônus da prova nada mais é do que uma regra de julgamento, posto que será observada por ocasião da sentença, quando não produzida a prova necessária à comprovação dos fatos alegados pelas partes.

2.2 – DA NECESSIDADE E IMPORTÂNCIA DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Conforme visto acima, o ônus da prova é uma regra de julgamento, utilizável sempre que houver uma penúria probatória, de modo que deverá cada parte comprovar aquilo que alegou.

Ocorre que, essa divisão probatória é compreensível apenas quando se está diante de partes em igualdades de condições, bem como quando versar sobre direitos disponíveis, o que não se verifica nas relações de consumo (CAVALIERI FILHO, 2008).

Na relação de consumo tem-se o consumidor figurando em um pólo e o fornecedor em outro.

Consumidor, à luz do artigo 2º da lei 8078/90, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final.

Por sua vez, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 4º da lei 8078/90).

Entre o consumidor e o fornecedor decorre, em regra, uma manifesta desigualdade fática, econômica e jurídica, o que gera um flagrante desequilíbrio entre as partes em litígio.

Em conseqüência, é no campo da prova que o consumidor encontra as maiores dificuldades para fazer valer os seus direitos em juízo, e para mudar esse quadro, buscando a promoção de maior justiça e equidade, o legislador infraconstitucional previu expressamente o instituto da inversão do ônus da prova no art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor.

A possibilidade de inversão do ônus da prova tem por escopo, portanto, facilitar a produção probatória, contribuindo para o esclarecimento e para a resolução das questões de consumo (WATANABE, 2004).

Uma vez concedida a inversão do ônus da prova, o consumidor ficará desincumbido de provar o dano e o nexo de causalidade entre o produto/serviço e o evento danoso, cabendo ao fornecedor produzir prova capaz de ilidir a presunção de verossimilhança ou a hipossuficiência que favorece o consumidor, bem como uma das excludentes de responsabilidade previstas nos artigos 12, § 3º, I, II e III, e 14º, § 3º, I e II, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre a natureza jurídica dessa regra de inversão probatória, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ainda não há um posicionamento pacificado, sendo grande a discussão na seara doutrinária e jurisprudencial.

Há quem entenda se tratar de regra de julgamento, de forma que o órgão jurisdicional no momento do proferimento da sentença, poderá determinar, ou não, a inversão do ônus.

Nesse sentido encontram-se Cavalieri Filho, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior, e alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça, nos quais se admite, inclusive, ser plenamente possível a decretação da inversão até mesmo em segundo grau de jurisdição pois, em sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, a sua ocorrência nesse momento não implica em cerceamento de defesa para nenhuma das partes.

O julgado AgRg nos EDcl no Ag 977795 / PR, cuidou especificamente de um caso em que a Terceira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça aplicou a inversão do ônus da prova em segundo grau de jurisdição, ressaltando que não implicaria esse momento da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, principalmente ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se fazia necessária a inversão do ônus da prova diante da patente hipossuficiência técnica da consumidora que não possuía nem mesmo a documentação referente ao contrato de seguro. (STJ – 3ª Turma. AgRg nos EDcl no Ag 977795 / PR. Ministro SIDNEI BENETI. Julgado em 23/09/2008. DJe 13/10/2008).

De todo modo, Cavalieri Filho entende que nada obsta que o magistrado defira a inversão do ônus da prova no momento da dilação probatória, no despacho saneador, ou em qualquer outro momento que se torne possível, uma vez presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que depende de circunstâncias concretas apuradas pelo Juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Poderia o magistrado também advertir às partes que essa inversão poderá ser feita no momento da sentença, com o que afastaria qualquer futura alegação de cerceamento de defesa. (CAVALIERI FILHO, 2008).

Em sentido contrário ao sustentado pelas respeitáveis vozes acima, há também grandes autores, como José Carlos Maldonado de Carvalho, que afirmam ser a inversão do ônus da prova uma regra de procedimento, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como, em última análise, do devido processo legal (art. 5º, LV da Constituição Federal).

Para esse segundo posicionamento, a inversão do ônus da prova na sentença violaria bruscamente o contraditório, visto que se a parte não souber se é ela que tem que provar ou não, ela não terá oportunidade de influir de forma eficaz nas decisões judiciais.

Essa doutrina ressalta que o contraditório deve ser visto sob o enfoque do chamado contraditório participativo, ou seja, às partes deve ser dado o direito constitucional que lhes assiste de se manifestarem “previamente sobre todas as questões submetidas à apreciação do juiz, contribuindo assim para que as decisões que se seguirem sejam as melhores possíveis e sempre considerem os interesses e opiniões das partes interessadas.” (GRECO – B, 2006, pág. 122).

Encontram-se julgados do Superior Tribunal de Justiça também nesse sentido, sob o fundamento de que a decisão de inversão alterará todo o sistema de provas no curso do processo, de modo que não se pode decidir sobre a inversão do ônus da prova depois de passado o momento da prova, porque a parte tem o direito de saber se é ela que tem que provar ou não (STJ – Terceira Turma. REsp nº 442.854 - SP. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 11/11/2002. DJ 07/04/2003).

De toda forma, não obstante a divergência sobre a sua natureza jurídica, certo é que o Código de Defesa do Consumidor prescreve duas formas de inversão do ônus da prova: a inversão *ope judicis* e a *ope legis*.

A inversão *ope judicis* é a abordada no art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor, que consiste naquela que será decidida a critério do juiz, como fator de equilíbrio entre os sujeitos processuais, que são naturalmente desiguais nos litígios judiciais que tenham por objeto relação de consumo.

Por outro lado, existe ainda a chamada inversão *ope legis*, que é a inversão determinada pela própria lei, ou seja, o órgão jurisdicional não precisa se manifestar sobre a sua aplicabilidade, pois esta já é determinada pela lei. Tem-se como exemplo as normas do art. 12, §3º, art. 14, §3º e art. 38, todos do Código de Defesa do Consumidor.

3 – DA EXTENSÃO DA APLICAÇÃO DO ART. 6º, III DO CDC PARA ALÉM DAS RELAÇÕES CONDUMERISTAS: TEORIA DA CARGA DINÂMICA DAS PROVAS.

Segundo o entendimento clássico, as regras de ônus da prova estabelecidas pelo art. 333 do Código de Processo Civil, segundo as quais cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, seriam regras objetivas e fixas, distribuídas de forma imutável pelo legislador ao magistrado.

Entretanto, essa visão estática de distribuição do ônus da prova vem sofrendo críticas da doutrina moderna e, felizmente, perdendo força, visto que essa rigidez muitas vezes dificulta a obtenção de uma decisão justa em cada caso concreto.

Nesse sentido, autores como o ilustre Luiz Guilherme Marinoni e Leonardo Greco, afirmam que a inversão do ônus da prova disciplinada no art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor não deve se restringir às relações consumeristas, de modo a ser estendida à todas as situações em que as regras do art. 333 do Código de Processo Civil gerem uma real desigualdade entre as partes ou tornem a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática que lhe interessa (GRECO, 2005).

Haveria um grande equívoco em supor que o juiz apenas poderia inverter o ônus da prova quando se tratar de relação de consumo. O fato dessa garantia processual estar inserida dentro do Código de Defesa do Consumidor não limita a sua aplicação à outras situações de direito material.

Tais doutrinadores, portanto, são adeptos da chamada teoria da carga dinâmica da prova, que vem sendo amplamente aceita não só pela doutrina, mas também pela jurisprudência, através da qual se prega uma flexibilização das regras quanto ao ônus da prova.

Propõe-se que, diante do caso concreto, o órgão jurisdicional pode determinar a inversão do ônus da prova, desde que presentes dois critérios: o da disponibilidade da prova, e o da facilidade probatória. Assim, consoante essa teoria, o ônus da prova não caberia necessariamente à quem alega, mas sim àquele que tem melhores condições de produzi-la.

Seria o caso do réu que possui melhores condições técnicas, fáticas, econômicas ou jurídicas para produzir a prova, ocasião em que cabe a inversão probatória, se o autor não tiver essa facilidade. Isso é carga dinâmica valorativa da prova.

Exemplo de situação onde esta inversão se faz necessária é na prova de fato negativo, pois a alegação de fato negativo, em linha de princípio, transfere o ônus da prova para à parte contrária, presumindo-se, por exemplo, que a afirmação de inadimplemento é de difícil prova para o credor, mas o seu contrário, ou seja, o adimplemento, é facilmente provável pelo credor.

Ademais, percebe-se que, não permitir, em determinadas situações, a inversão do ônus da prova, seria o mesmo que negar o próprio acesso à uma justa decisão, garantia constitucional assegurada à todos (art. 5º, da Constituição Federal).

Assim, é cada vez mais aceita essa teoria da carga dinâmica das provas, através da qual se defende uma atuação mais ativa do juiz no âmbito da instrução processual, podendo

inverter o ônus da prova com o escopo de corrigir eventuais desequilíbrios na produção probatória vislumbrados caso a caso, para, com isso, proferir uma decisão mais justa e equânime.

4 – REQUISITOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão probatória *ope judicis*, disposta art. 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, não se dá de forma incondicionada, sendo necessário que o juiz analise as peculiaridades do caso concreto e, apenas caso apurada a presença dos pressupostos legais, deverá deferir justificadamente a inversão da prova (STJ – Resp 284.995-SE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 26.10.2004).

A referida norma do art. 6º, III traz dois pressupostos a serem observados pelo magistrado: a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência.

Havia grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a cumulatividade ou não desses pressupostos, porém hoje se encontra praticamente pacificado o entendimento no sentido da alternatividade desses requisitos, corroborando o estatuído pelo legislador no inciso III que expressamente utilizou-se da conjunção alternativa “ou”.

Entende-se por verossímil tudo aquilo que se assemelha à realidade.

Formada pelos vocábulos *vero* (de verdadeiro, real, autêntico) e *símil* (de semelhante, similar), o termo verossímil significa, conforme o dicionário Houaiss, aquilo que parece verdadeiro.

A verossimilhança não exige a certeza da verdade, porém deve existir uma aparente verdade demonstrada nas alegações do autor, que, uma vez comparadas com as regras de experiência, possa ensejar a inversão.

Importante ressaltar que, o legislador, ao estatuir que o juízo de verossimilhança deve ser feito de acordo com as regras ordinárias da experiência, evidencia a necessidade de haver no processo ao menos indícios que autorizem ao magistrado a visualização da grande probabilidade acerca da veracidade das alegações trazidas pelo autor.

Não se deve confundir o requisito ora em comento com a verossimilhança exigida para a concessão da tutela antecipada prevista no art. 273 do Código de Processo Civil. Nesta se exige também prova inequívoca da alegação, sendo, por isso, mais rigorosa.

A alegação verossímil para fins de inversão do ônus da prova deve ser aquela que passa uma quase convicção de que os fatos narrados são verdadeiros.

Passando à análise do segundo requisito, a hipossuficiência do consumidor, é de se notar que a palavra hipossuficiente é formada pelo prefixo *hipo*, que significa escassez ou inferioridade, e do vocábulo *suficiente*, indicando assim aquilo que satisfaz ou que basta.

Segundo o Dicionário Houaiss, hipossuficiente é a “pessoa de poucos recursos econômicos, que não é auto-suficiente.” (HOUAISS, 2001, pág. 1.540).

Do conceito léxico acima, pode-se verificar que é feita uma correlação direta entre a hipossuficiência e o estado econômico da pessoa, de modo que a vulnerabilidade estaria intimamente ligada à incapacidade econômica.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência ampliam esse conceito de vulnerabilidade quando for para fins de inversão do ônus da prova, dando-lhe sentido não só de fragilidade econômica, mas também de desconhecimento técnico, informativo ou qualquer desvantagem em geral do consumidor perante o fornecedor.

Desta forma, o conceito de hipossuficiência não envolve apenas a pessoa pobre, desprovida de recursos financeiros, mas todo aquele que não tenha condições econômicas, técnicas, estruturais ou processuais para demonstrar seu direito, a fim de contornar o flagrante desequilíbrio da relação entre consumidor e fornecedor, em detrimento do primeiro.

De todo modo, é preciso ressaltar que a verossimilhança e a hipossuficiência são conceitos jurídicos indeterminados, cabendo, portanto, uma análise valorativa pelo magistrado para a sua verificação em cada caso concreto.

O STJ possui inúmeros julgados nesse sentido, afirmando veementemente que a inversão do ônus da prova não é automática, de modo que sempre dependerá de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor (STJ - REsp 332869/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito).

5 – MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A INVERSÃO

5.1 – CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA

Diante da omissão legislativa, a doutrina e a jurisprudência ainda não se sedimentaram acerca do momento processual adequado em que se deve dar a inversão do ônus da prova. Tal controvérsia possui íntima ligação com a discussão sobre a natureza jurídica da inversão, se seria regra de procedimento ou de julgamento. Três são as posições de destaque na doutrina acerca do tema: a) no despacho liminar de conteúdo positivo (na inicial), b) na decisão de saneamento e c) na sentença.

As duas primeiras posições, entendendo se tratar de regra de procedimento, homenageiam o princípio do contraditório e da ampla defesa afirmando que, se for invertido o ônus da prova, terá que ser assegurada ao fornecedor a oportunidade de desincumbir-se do novo encargo, sob pena de violação do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Parte da doutrina, em que podemos citar Antônio Gidi e Frederico da Costa de Carvalho, se posiciona no sentido de que a inversão deve ser decretada *ab initio*, ou seja, quando o juiz, ao analisar a petição inicial, verificar a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor.

Para esses autores, essa conduta do magistrado facilitaria a situação do consumidor, que desde logo saberia estar dispensado do encargo probatório. Com isso, seria também possível evitar futuras alegações de surpresa por parte dos fornecedores, que via de regra sustentam o cerceamento de sua defesa quando a inversão ocorre por ocasião do julgamento (CARVALHO NETO, 2002).

Aduzem, ainda, não se tratar de pré-julgamento da lide, visto que inverter o ônus da prova não implica necessariamente julgar procedente a demanda, mas tão-somente a aplicação de uma norma legal que assim tutela o direito do consumidor.

Outra parte da doutrina, por sua vez, como Nelson Nery Júnior e Kazuo Watanabe, sustenta que, por ser regra de julgamento, apenas quando for proferida a sentença é que caberá ao juiz verificar se se trata ou não de hipóteses de inversão do ônus da prova (NERY, 2004, pag. 798).

Rebatem o posicionamento daqueles que defendem ser o despacho liminar de conteúdo positivo o momento adequado, alegando que nesta ocasião ainda não se teria definidos todos os pontos controvertidos sobre os quais se desenvolverá a instrução probatória, sendo impossível ao magistrado aferir, de pronto, sobre a necessidade e cabimento da inversão do ônus da prova.

Criticam também aqueles que entendem ser adequado o momento do despacho saneador, pois em muitos procedimentos, *vg.*, juizados especiais e rito sumário, não há sequer a fase de saneamento do processo.

Por fim, como resposta à alegada violação ao contraditório e à ampla defesa que as doutrinas anteriores alegam, aduz essa corrente doutrinária que a inversão do ônus da prova não atribui ao fornecedor um novo *onus probandi* ao fornecedor. Em verdade, este já tem, desde o início da demanda, o conhecimento de que, em se tratando de lides de consumo, o CDC em seu art. 6º, VIII autoriza o juiz a presumir como verdadeiras as alegações do consumidor.

Desta forma, o fornecedor, para não ser surpreendido na sentença, deve durante a instrução probatória produzir todas as provas em seu interesse, ou demonstrar a efetiva impossibilidade de sua produção, sob pena de vir a sucumbir na demanda consumerista.

O autor Fábio Costa Soares, explicita de forma clara não ser crível que o fornecedor, litigante habitual, alegue desconhecimento das regras de inversão probatória, muito menos que exija um prévio alerta do juiz para que possa exercer sua ampla defesa e contraditório (SOARES, 2006).

Kazuo Watanabe vai mais além e afirma que “somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação *non liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível.” (WATANABE - B, 1997, pág. 119).

Porém, alguns doutrinadores como o ilustre Cavalieri Filho, suavizam essa posição e entendem que, não obstante não estar o juiz obrigado a se manifestar anteriormente à sentença, nada impede que ele assim proceda, e esclareça ser caso de inversão ou não, de modo que não poderá ser alegado posteriormente pelas partes cerceamento de defesa. (CAVALIERI FILHO, 2008).

Por último, tem-se uma posição intermediária, com adeptos de peso como Humberto Theodoro Júnior, segundo a qual o momento adequado não seria no despacho inicial, pois nesse momento não haveria sequer manifestação do demandado, sendo prematura a inversão

nessa fase, bem como também não seria na ocasião da sentença, pois não se permitiria que o fornecedor se desincumbisse desse ônus que lhe foi judicialmente imposto, prejudicando-lhe a defesa.

O momento adequado para decidir sobre a inversão do ônus da prova, segundo essa terceira corrente doutrinária, seria no despacho saneador.

Sustentam que não é correto exigir do fornecedor uma atuação precavida, com a realização prévia da prova em sua plenitude, pois isso feriria o princípio da isonomia. Deve ser assegurado igualmente a cada uma das partes em litígio o conhecimento prévio de qual será o objeto de prova e a quem caberá produzi-la, preservando-se, assim, a garantia da ampla defesa e da isonomia entre os litigantes. O fato do fornecedor ser litigante habitual não retira a necessidade de decisão prévia e motivada sobre a inversão (THEODORO JÚNIOR, 2009).

Segundo essa corrente, não se trata de prejudicar a causa, nem de perder a imparcialidade do juiz, mas tão-somente de alertar o fornecedor sobre como julgará na ausência de provas relacionadas a determinado fato, o que deve ser feito em homenagem ao contraditório e à ampla defesa.

Por fim, é importante esclarecer que, ainda que se entenda pela natureza de regra procedimental da inversão do ônus da prova, somente se poderia argüir a nulidade se demonstrado efetivo prejuízo para a ampla defesa do fornecedor.

O fornecedor precisará demonstrar um efetivo prejuízo, ou seja, deve comprovar que se tivesse sido previamente alertado pelo juízo sobre a inversão, teria alguma prova a produzir que fosse hábil a alterar o julgamento da demanda.

Trata-se de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, disciplinado pelos arts. 154 e 244 do Código de Processo Civil, segundo o qual a forma nada mais é do que meio para consecução de um fim.

Assim, não demonstrado pelo fornecedor que lhe foi suprimida a possibilidade de produzir alguma prova a seu favor, que poderia efetivamente ter influência no julgamento da demanda, não seria caso de anular a sentença, por falta de demonstração de efetivo prejuízo.

5.2 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Mas não só no campo doutrinário, como também no jurisprudencial pode-se verificar a inexistência de uma posição pacífica sobre o assunto.

Há decisões no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no sentido de que a inversão do ônus da prova é regra de juízo e não de procedimento, sendo irrelevante a decisão em agravo de instrumento que afaste ou conceda a inversão do ônus probatório no curso do processo, pois seria na sentença o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova (TJRJ – Sexta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 2006.002.19544 – Des. Ronaldo Alvaro Martins. Julgado em 30/05/2007).

Também reconhecendo a sentença como o momento processual adequado, há precedentes no Superior Tribunal de Justiça, nos quais se reconhece que a inversão do ônus da prova é regra de juízo e não de procedimento, sendo irrelevante a decisão em agravo de instrumento afastando a inversão do ônus probatório no curso do processo, pois é na sentença o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova (STJ – Terceira Turma. AgRg na MC 11970/RJ. Mis. Nancy Andrichi. Julgado em 07/12/2006. DJ 18/12/2006).

Nesse mesmo sentido podemos encontrar também algumas decisões de outros Tribunais, como o Tribunal de Justiça do Paraná, cujas decisões em inúmeros acórdãos foram no sentido de que a dita inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor se dá no momento do julgamento, quando o magistrado avalia quem deveria ter provado tal fato, em face do acesso à prova. (TJ-PR – Sexta Câmara Cível. Ac. 7994, Rel. Des. Jair Ramos Braga, DJ 08.11.2001).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, possui um acórdão no sentido de que, quando já produzida a prova, não há vício em acolher-se a inversão do ônus da prova por ocasião da decisão (STJ – Quarta Turma. Resp 203225/MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 02/04/2002. DJ 05/08/2002).

Por outro lado, há Tribunais que rejeitam o posicionamento explicitado nos julgados acima, afirmando que a permissibilidade de que a inversão do ônus da prova seja declarada somente na sentença, pode configurar uma verdadeira armadilha processual, ferindo o princípio do contraditório e da ampla defesa, deixando de dar às partes iguais condições de defesa dentro do processo.

Adotando a tese contrária, para qual a sentença não é o momento processual mais adequado para seja decidido acerca da inversão do ônus da prova, podemos citar o Tribunal do Rio Grande do Sul, que vêm decidindo a favor do princípio do contraditório, entendendo que o momento mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é aquele posterior à contestação e no qual se prepara a fase instrutória.

Segundo esse entendimento, apenas ser estabelecido o contraditório é que se faz possível delimitar os fatos controvertidos e a natureza de cada um, de modo a possibilitar uma justa distribuição do ônus da prova. (TJRS – Décima Nona Câmara Cível. Apelação Cível nº 70027620616. Relator: Guinther Spode. Julgado em 05/05/2009.)

Sustentam, desta forma, que a inversão do ônus da prova, como exceção à regra geral do art. 333, do CPC, depende de decisão fundamentada do magistrado antes do término da instrução processual, sob pena de não poder ser adotada na sentença, o que incorreria em cerceio de defesa, devendo ser decidida, de preferência, no momento do saneador, podendo, todavia, ser decretada no despacho inicial, após especificação das provas, na audiência de conciliação ou em qualquer momento que se fizer necessária, desde que assegurados os princípios do contraditório e ampla defesa.

Na mesma linha de raciocínio vem decidindo o Tribunal Justiça de São Paulo, em que podemos citar a guisa de exemplo o Agravo de Instrumento nº 1004348-2, em que restou estabelecido que:

“PROVA – Ônus. Inversão. Decisão que relega para final, no momento da entrega da prestação jurisdicional, a deliberação a respeito. Descabimento, ante o direito das partes de saber se incidirá ou não na relação jurídica a regra do art. 6º, VIII, do CDC. Determinação para que o Juízo de 1º grau se pronuncie agora sobre o direito a inversão, não podendo o Tribunal apreciar diretamente, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. Recurso parcialmente provido para esse fim.

(1º TACSP – AI 1004348-2 – (39036) – São Paulo – 7ª C. – Rel. Juiz Waldir de Souza José – J. 08.05.2001)

Assim, a inversão do ônus da prova deve ser levada a efeito antes da instrução do processo. Este é o momento adequado, sob pena de se criar verdadeira surpresa à parte adversária.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, inclusive, editou o enunciado nº 91 da Súmula de sua jurisprudência, no qual se estabeleceu que “a inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”.

Segundo a supracitada súmula, a parte deve ter o conhecimento prévio dos critérios de distribuição que serão utilizados pelo magistrado para direcionar sua sentença, para ter a

oportunidade de provar suas alegações no momento ideal, e evitar ser ao final surpreendida por um provimento favorável ao seu adversário.

Destarte, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem seguido o entendimento de que, estabelecida a inversão do ônus da prova pelo juiz, passa a ser do interesse do fornecedor a produção da prova sob pena de não elidir a presunção que milita em favor do consumidor.

6 – NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE (IN)DEFERE A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Em se admitindo a possibilidade de manifestação sobre a inversão em decisão anterior à sentença, o que vem sendo aceito pela jurisprudência, cabe, pois, indagar se o esclarecimento ou a manifestação do juízo acerca da distribuição do encargo probatório configuraria decisão interlocutória e, conseqüentemente, se seria atacável por recurso de Agravo.

Para aqueles que enxergam no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor uma regra de julgamento, a eventual manifestação prévia do juízo acerca da distribuição do encargo probatório configura mero despacho, ou seja, sem conteúdo decisório.

Com isso, seria incabível o recurso de agravo, pois lhe falta requisito essencial às decisões interlocutórias, qual seja, a aptidão para gerar prejuízo ou gravame.

Assim sendo, para os adeptos desse entendimento, não haveria recurso disponível às partes.

Por outro lado, em se entendendo que a inversão do ônus da prova constitui regra de procedimento, como o ilustre Carlos Roberto Barbosa Moreira, parecem tender pela admissibilidade do Agravo de Instrumento contra tal manifestação judicial, porque consideram que a inversão não decorre da lei, mas de ato do juízo, a quem cabe decidir pelo cabimento ou não da inversão.

No Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro predomina esse segundo posicionamento, conforme pode-se depreender do aresto a seguir:

“AGRAVO INOMINADO. APELAÇÕES CÍVEIS. CONSUMIDOR. SAQUES INDEVIDOS DA CONTA CORRENTE EM CAIXA ELETRÔNICO (...) Não prospera a irresignação da instituição financeira com a inversão do ônus da prova, que foi deferida pelo Juízo *a quo*, em decisão proferida a folhas 81, publicada no DO em 27/01/2009, tendo restado preclusa diante da não interposição de agravo no momento oportuno. Precedente desta Corte.”

(TJRJ – Décima Quarta Câmara Cível. Apelação 2009.001.25699. Des. José Carlos Paes. Julgado em 03/06/2009)

De todo modo, na perspectiva de que a aplicação da inversão se dará por decisão, é importante ressaltar que esta, como tal, deverá ser devidamente fundamentada, na forma do art. 93, IX da Constituição Federal. Assim, o juiz, ao deliberar sobre a inversão do ônus da prova, deverá demonstrar a presença, no caso *sub examine*, de alegações verossímeis ou de hipossuficiência do consumidor. (THEODORO JÚNIOR, 2009)

7 – DO CUSTEIO DE PRODUÇÃO DA PROVA

Outra importante questão que norteia o instituto da inversão do ônus da prova consiste em saber se, ao ser reconhecido pelo julgador a necessidade de proceder-se à inversão do ônus da prova, passaria a ser também encargo da parte contrária o custo referente à realização da prova.

Isso porque, ordenar a inversão do ônus da prova, sem impor qualquer ônus processual à parte economicamente mais forte quanto à produção da prova, não tornaria inócua essa garantia do consumidor em juízo?

Em resposta à essa indagação, há autores, como Rizzatto Nunes, sustentando que com a inversão do ônus, há também automaticamente a inversão da responsabilidade pelo custeio da prova.

No entanto, em contraposição, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem sedimentado o posicionamento de que a inversão do ônus da prova não tem o condão de

obrigar a parte contrária a pagar as custas da prova requerida pelo consumidor, porém ela sofrerá as consequências de não produzi-la.

Nesse sentido podemos citar o REsp 443.208, o REsp 845601 / SP e o seguinte trecho do voto do Relator do REsp 665699 / MG, o Exmo. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito:

“O Magistrado de primeiro grau pode, a seu critério, determinar a inversão do ônus da prova, de acordo com a análise concreta de cada caso. Mas, ainda que haja tal inversão, não tem ela o condão de transferir para aquele que tenha contra si revertido o ônus probatório a obrigação de pagar os honorários periciais.”

(STJ – Terceira Turma. REsp 665699 / MG. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito. Julgado em 16/11/2006)

Significa que, quando a demanda versar sobre relação de consumo, a regra probatória será a da inversão do respectivo ônus, porém daí não se segue que o réu esteja obrigado a antecipar os honorários do perito, por exemplo. Efetivamente não está obrigado a custear a prova, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem corroborando o explanado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e decidindo no mesmo sentido.

No Agravo de Instrumento nº 2009.002.19961, o TJRJ decidiu que nem a inversão do ônus da prova nem o fato de ser o autor beneficiário da gratuidade de justiça, são motivos capazes de ensejar a inversão do pagamento das custas, pois não há confusão entre o ônus de provar e o ônus financeiro de realização dos atos probatórios, sendo da parte autora a obrigação de antecipar os honorários periciais, tal como determina o artigo 33 CPC.

Neste sentido o Enunciado nº 10 do I Encontro de Desembargadores do TJERJ: “Constitui direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova, respeitado os pressupostos previstos no art 6º, inciso VIII do CDC, sem implicar a reversão do custeio em especial, quanto aos honorários do perito.”

Assim, o supracitado enunciado evidencia que a inversão do ônus da prova não significa transferir para a parte contrária o ônus do pagamento dos honorários do perito, devendo, contudo, arcar com as consequências processuais advindas da sua não produção.

8 – CONCLUSÃO

A prova é uma das matérias mais importantes do direito processual civil, pois é a base para qualquer pretensão jurisdicional, e, em se tratando de matéria relacionada ao direito do consumidor, ela ganha uma especial atenção no tocante ao seu ônus, devido a evidente falta de equivalência entre os dois litigantes normais que figuram no litígio judicial consumerista (o consumidor e o fornecedor).

O código de Defesa do Consumidor, com a finalidade de facilitar aos consumidores o acesso à justiça, trouxe ao nosso ordenamento jurídico novos institutos na esfera da relação de consumo, sendo o instituto da inversão do ônus da prova sem dúvidas um dos mais significativos deles.

A mera possibilidade de propor determinada demanda, ou de fazer tramitar um pleito em juízo, não satisfazem, por si só, o princípio constitucional do acesso ao Poder Judiciário em termos de justiça efetiva.

A previsão desse instituto possibilita a intervenção do órgão jurisdicional no sentido de mitigar a enorme disparidade de forças verificada entre consumidor e fornecedor litigantes, garantindo a efetividade do princípio da igualdade, assim como, assegurando os meios para que os direitos do indivíduo e da coletividade se tornem efetivos.

Ocorre que, não obstante o código consumerista prever a possibilidade de sua inversão, reconhecendo assim a flagrante insuficiência das regras tradicionais de distribuição do ônus da prova disciplinadas no Código de Processo Civil, algumas questões sobre a sua aplicação não foram regulamentadas, de modo que até hoje permanecem como objeto de discussão não só doutrinária, mas também jurisprudencial, o que acaba por prejudicar o acesso à justiça e dificultar a efetiva tutela do direito consumerista.

O presente trabalho buscou, portanto, em primeiro lugar, demonstrar a importância desse instituto dentro das relações consumeristas, e até mesmo uma atual tendência na sua utilização para as demais relações jurídicas que não consumeristas, sempre visando resguardar o equilíbrio entre as partes, em homenagem ao acesso à justiça e a eficiência da prestação jurisdicional.

Em segundo, ao abordar os principais aspectos referentes à inversão do ônus da prova, na forma como tratada dentro do Código de Defesa do Consumidor, pode-se concluir que muitas são as controvérsias que ainda recaem sobre a aplicação desse instituto.

A possibilidade de inversão do ônus da prova visa a facilitar a produção probatória, porém enquanto não houver um necessário amadurecimento por parte dos operadores do direito, para que haja uma consolidação desta norma no sistema processual civil, esse instituto não terá atingido de forma plena a intenção a que veio.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Vol. 1.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

GRECO, Leonardo - A. **As provas no processo ambiental**. *RePro 128/48*. São Paulo: RT, 2005.

GRECO, Leonardo - B. **Busca da Verdade e Paridade de Armas na Jurisdição Administrativa**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Código de Processo Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Frederico da Costa Carvalho. **Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3^a ed. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda; et al. **Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

WATANABE - B, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.