



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Momento da Inversão do Ônus da Prova no Direito do Consumidor

Ticiania Gonçalves Pereira Pires

Rio de Janeiro  
2009

TICIANA GONÇALVES PEREIRA PIRES

Momento da Inversão do Ônus da Prova no Direito do Consumidor

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>a</sup> Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>a</sup> Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2009

## MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Ticiania Gonçalves Pereira Pires

Graduada pela Faculdade de Direito da  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Advogada.

**Resumo:** o presente artigo aborda a controvérsia relativa ao momento de aplicação do instituto da inversão do ônus da prova no âmbito do direito do consumidor, pelo fato de o Legislador não ter disciplinado a matéria. Há polêmica sobre a natureza da norma, se de regra de procedimento ou de regra de julgamento, o que desembocou na formulação de três principais correntes sobre o momento de aplicação da inversão do ônus da prova, quais sejam: 1- no recebimento da petição inicial; 2- durante a fase de saneamento do processo, e 3- na própria sentença. Para análise do instituto em questão, foram expostos os principais entendimentos da doutrina brasileira, bem como da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre o art. 6º, inc. VIII do CDC, como forma de contribuir no debate e em uma futura pacificação doutrinária e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Momento; Inversão; Ônus; Prova; Direito do Consumidor.

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 - Análise dos Interesses Envolvidos. 3 - Requisitos da Inversão do Ônus da Prova. 4 - Momento de Aplicação no Procedimento Comum Ordinário. 4.1 - O Art. 6º, VIII do CDC como Regra de Procedimento. 4.2 - O Art. 6º, VIII do CDC como Regra de Julgamento. 5 - Momento de Aplicação no Procedimento Comum Sumário e no dos Juizados Especiais Cíveis. 6 – Conclusão. Referências.

### 1 - INTRODUÇÃO

O artigo visa a identificar o momento mais razoável e adequado para a inversão do ônus da prova. Observa-se que há três posições em relação à controvérsia. A primeira corrente entende que a inversão deve ocorrer no momento do recebimento da petição inicial; a segunda corrente afirma ser no momento da sentença e a terceira corrente diz ser em momento

anterior à instrução probatória. Analisar-se-á a referida polêmica em sede de procedimento ordinário, sumário e nos Juizados Especiais Cíveis.

O objetivo do trabalho é expor as correntes supracitadas e verificar qual delas é a mais compatível com os direitos constitucionais do contraditório e ampla defesa. Além disso, o trabalho busca destacar a importância do papel do magistrado ao determinar a inversão do ônus da prova, já que o momento escolhido por ele para proceder à decretação vai repercutir no direito de ampla defesa das partes e pode fazer com que uma delas se depare com uma prova diabólica. Objetiva-se enfatizar que o juiz deve ter cautela e prudência para determinar a inversão.

A sociedade, no decorrer dos tempos, sofreu transformações, sentidas, principalmente, no campo das relações de consumo. Verificou-se o estado crítico do consumidor, extremamente vulnerável e alvo das mais abusivas condutas por parte dos fornecedores, os quais monopolizam os meios de produção de produtos e de prestação de serviços.

Assim, adveio a Lei nº 8078/1990, que concentrou normas de diversos ramos do direito com o intuito de harmonizar os interesses de consumidores e fornecedores, estabelecendo o equilíbrio das relações jurídicas formadas e consagrando a igualdade material entre eles, através da criação de institutos protetivos.

Dentre esses, pode ser destacada a inversão do ônus da prova, sempre a favor do consumidor, que acabou por gerar uma revolução no sistema probatório até então conhecido no direito processual brasileiro.

Tal instrumento veio a permitir ao consumidor condições igualitárias para litigar com o fornecedor, visto que este detém as informações pertinentes ao produto e serviço que coloca no mercado de consumo, ficando difícil àquele comprovar o direito alegado.

Com isso, permite-se ao consumidor o acesso a uma ordem jurídica justa, respeitando ainda as garantias do devido processo legal, bem como do contraditório e da ampla defesa. Busca-se, assim, o equilíbrio da relação processual formada entre consumidor e fornecedor.

A mais significativa das regras que prevê a inversão do encargo probatório é a do art. 6º, inc. VIII, da Lei nº 8.078/90. Contudo, a interpretação do dispositivo dá margem a diversas discussões, principalmente porque é uma norma que permite um maior ativismo do juiz em sua aplicação. A sua leitura permite depreender que a inversão do ônus da prova somente será aplicada mediante decisão judicial, por isso, é denominada inversão judicial.

Por fim, lembra-se que não há uma unicidade de tratamento do instituto em âmbito nacional, pretendendo-se demonstrar os principais pontos que norteiam a caracterização e aplicação do instituto conforme as posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes.

Observa-se que a metodologia adotada foi a pesquisa qualitativa bibliográfica parcialmente exploratória.

## **2 - ANÁLISE DOS INTERESSES ENVOLVIDOS**

Em matéria de Direito do Consumidor, observa-se que a primeira coisa sempre a ser dita sobre o tema é que o Código do Consumidor tem como principal objetivo uma igualdade material entre consumidor e fornecedor, estabelecendo uma relação equilibrada entre eles.

É importante desmitificar a idéia de que o Legislador, com os benefícios trazidos, visou alçar o consumidor a uma posição superior a do fornecedor. O que realmente pretendeu foi prever mecanismos que possibilitassem que a parte mais vulnerável da relação tivesse condições de se insurgir contra a mais forte diante de eventuais abusos. Do contrário, se o consumidor fosse colocado em situação de superioridade, se estaria legitimando nova desigualdade, o que violaria o princípio da isonomia.

Isso pode ser observado pelo artigo 4º do Código do Consumidor, o qual estabelece os princípios norteadores da Política Nacional das Relações de Consumo. O inciso III do referido artigo prevê que um desses princípios é o da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.

Extraí-se do mencionado princípio a idéia de que o Código reconheceu a necessidade de conciliar a proteção do consumidor com o progresso econômico e tecnológico. Assim, conclui-se que em ambos os lados da relação de consumo encontram-se interesses legítimos. É preciso pensar, então, tanto na defesa do consumidor como em conceder ao

fornecedor condições de desenvolver sua atividade e, em consequência disso, contribuir para o desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

Como salienta Leonardo (2004), a proteção do consumidor não se confunde com cerceamento de defesa do fornecedor e do mesmo modo, não pode ensejar a procedência de todas as demandas formuladas por consumidores pelo simples fato de os autores ocuparem a posição jurídica de consumidores.

Desse jeito, o instituto da inversão do ônus da prova não deve ser aplicado de forma que inviabilize, mesmo que indiretamente, a continuidade das atividades dos fornecedores, e, principalmente, deve ocorrer de forma que não seja suprimido seu direito à ampla defesa, o que dá ao fornecedor um mínimo de garantias para que ele estabeleça sua tese defensiva, que certamente ficaria prejudicada se a inversão judicial fosse aplicada visando apenas e a qualquer custo o benefício do consumidor.

Isso quer dizer que, se por um lado a instituição da inversão do ônus da prova se fundamenta no princípio constitucional da isonomia, deve-se ponderar com a garantia constitucional à ampla defesa, de forma que as normas constitucionais convivam, no processo do consumidor, harmoniosamente. Tratando-se de normas constitucionais que detêm a mesma hierarquia, devem ser ponderadas no caso concreto, de modo que fornecedor e consumidor tenham condições igualitárias, sem que a posição de inferioridade deste transfira-se para aquele.

Assim, por exemplo, se, em averiguação feita pelo juiz, este constatar que, junto a sua petição inicial, já conseguiu o consumidor comprovar os fatos nela apostos que consubstanciam o direito que alega ser seu, não há necessidade de inversão do ônus da prova, devendo ser aplicada a regra geral do art. 333 do CPC. No caso, já estaria presente todo o conjunto probatório necessário e suficiente à formação do convencimento do magistrado a favor do consumidor, devendo o réu refutá-lo, provando fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Proceder de forma oposta acarretaria flagrante cerceamento de defesa.

Caso o consumidor possua provas da constituição de seus direitos, mesmo que sem a absoluta certeza, mas suficiente para convencer o julgador, deve deduzi-las em juízo em função da boa-fé. Assim procedendo, não deve o juiz aplicar a inversão do ônus da prova, sob pena de atribuir ao fornecedor um ônus injustificado. Aqui será a vantagem probatória do consumidor a causadora de desequilíbrio da relação jurídica formada.

O juiz, contudo, também tem de considerar a conduta ou a postura que o fornecedor deveria assumir, em atenção aos riscos da atividade econômica, de sua exclusiva responsabilidade.

É, portanto, sob este panorama que se estabelece o momento correto para que se proceda à decretação da inversão do ônus da prova a favor do consumidor, consideradas todas as particularidades que permeiam a aplicação deste instituto.

### **3 - REQUISITOS DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**

Através da leitura do art. 6º, inciso VIII da Lei nº 8.078/90 podem ser apontados dois requisitos que possibilitam a inversão do ônus da prova: a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança das suas alegações.

Tais pressupostos não foram definidos pelo legislador. O conceito e a delimitação dos mesmos dependerá, em última análise, do subjetivismo de cada julgador ao analisar as circunstâncias do caso concreto.

Não obstante a doutrina procura tecer as principais delimitações de que cada um deles se reveste e, com isso, auxilia os magistrados no momento da aplicação da norma.

É grande a discussão sobre o tema, razão pela qual se busca a seguir elucidar as principais lições.

Em relação à verossimilhança das alegações, Câmara (2002) entende que alegação verossímil é a que parece verdadeira. Deste modo, deve-se considerar verossímil toda alegação que não contrarie qualquer norma jurídica, princípio geral do direito, fato notório ou as regras de experiência comum ou técnica.

Uma alegação se torna verossímil quando adquire aparência de verdade, ao se tornar aceitável perante a percepção inicial feita pelo julgador conforme o que ordinariamente acontece. Significa, de outra sorte, aconselhável que os fatos sejam narrados de forma convincente e persuasiva.

A análise desse requisito, para alguns autores, envolve um juízo de probabilidade. Esclarece Carvalho (2003, p. 245) que a verossimilhança “não nasce simplesmente da palavra do consumidor, pois depende de indícios que sejam trazidos ao processo. Sobre estes é que o juiz, segundo as regras ordinárias da experiência, poderá chegar ao juízo de probabilidade”.

Discorda-se deste juízo de probabilidade, pois a verossimilhança da alegação do consumidor pode ser extraída a partir de um raciocínio lógico aparente sobre os fatos narrados,

levando-se em consideração aquilo que ordinariamente acontece. De acordo com Souza (2000), pode a verossimilhança fundamentar-se apenas em indícios.

Não é necessária a existência de provas, ao contrário do que ocorre com a probabilidade, cujo conteúdo é mais forte. A probabilidade tem como base a relação entre um fato provado e um fato que se pretende provar. Para o processo, é provável tudo aquilo que possivelmente ocorreu tendo em vista um fato já provado.

Ademais, a caracterização deste requisito não deve ser o mesmo dado ao art. 273 do CPC, que permite o deferimento da tutela antecipada desde que o juiz se convença, por meio de prova inequívoca, da verossimilhança da alegação. Se há prova inequívoca, há certeza e não simplesmente verossimilhança, e no dispositivo do art. 6º, inc. VIII, não há referência à necessidade de prova inequívoca, justificando assim, a não utilização da interpretação do art. 273 do CPC na mencionada norma do CDC. É a posição de Leonardo (2004).

Vale elucidar que a coordenação lógica dos fatos deduzidos pelo consumidor, em sua exordial, é necessária para que o magistrado a receba, o que se depreende através da leitura do art. 295, inciso I, §único, inciso II do Código de Processo Civil. A petição inicial indefinida será considerada inepta, da narração dos fatos não decorrendo logicamente a conclusão.

Pelo exposto, para verificar a verossimilhança das alegações do consumidor, ou seja, se estas gozam de pelo menos aparência de verdade, fará o juiz uma análise das alegações do consumidor e de eventuais indícios, que podem ser extraídos da narração da petição inicial, além do juiz contar com as regras ordinárias de experiência para efetivar a verificação.

Outrossim, a verossimilhança não é um requisito absoluto, ou seja, poderá o fornecedor, durante a instrução processual, demonstrar que nada têm de verossímil os fatos alegados pela parte adversa.

Por outro lado, se o consumidor imputar ao fornecedor e contra ele deduzir fatos absurdos em sua exordial, que nada têm a ver com o que ordinariamente acontece, não será cabível a inversão do ônus da prova.

Se em tais circunstâncias fosse ela concedida, seria estabelecido um novo desequilíbrio na relação consumidor-fornecedor, na medida em que acarretaria um encargo excessivo, constituindo até cerceamento de defesa. O fornecedor, em tese, enfrentaria enorme dificuldade de elidir fatos impossíveis ou inexistentes.

Cumprе lembrar que as partes, ao deduzirem suas alegações em juízo, devem fazê-lo com base na boa-fé, o que é preconizado pelo art. 14 do CPC, que ainda impõe o dever

de expor os fatos conforme a verdade; logo, se alterarem as partes a verdade dos fatos, serão reputadas como litigantes de má-fé e responderão por perdas e danos.

Esta disposição não é incompatível com a exigência de apenas aparência de verdade para caracterizar a verossimilhança enquanto requisito da inversão judicial.

A razão é simples. A análise de tal requisito pode ocorrer de forma superficial antes da fase da instrução processual destinada à produção das provas e, conseqüentemente, à apuração da veracidade dos fatos alegados. Desta forma, requer menos rigidez na aplicação da norma que permite a inversão.

De outra sorte, a regra do art. 14 só tem a contribuir para que as alegações do consumidor sejam reputadas como verossímeis. Sendo o consumidor bem orientado e havendo o cumprimento ao disposto no art. 14, com alegações claras e convincentes, facilitará o reconhecimento da verossimilhança.

Em relação ao requisito da hipossuficiência, a doutrina, em regra, oscila entre uma análise restritiva e ampla do seu conceito.

Através de uma análise menos abrangente, a hipossuficiência do consumidor reflete a dificuldade financeira que este tem de arcar com a produção das provas de seu interesse, assim como com as custas processuais e honorários advocatícios. Importante nome na doutrina brasileira que defende esta posição é Dinamarco (2004).

A interpretação de que a hipossuficiência está ligada apenas a critérios econômicos encontra sua origem na elaboração legislativa do CDC.

Watanabe (1999), um dos autores do ante projeto do Código, confirma a veracidade da asserção ao dispor que, no início, sustentavam os autores que o conceito de hipossuficiência era o constante do art. 2º da Lei nº. 1060/50, ou seja, hipossuficiente era aquele cuja situação econômica não lhe permitia arcar com o pagamento de custas e honorários de advogado, sem prejuízo de sustento próprio e de sua família.

No entanto, admite que tal interpretação não pode perdurar. Apesar de, em algumas hipóteses, ela ser suficiente para que o consumidor tenha a proteção necessária, em muitas outras isso não acontece, porque não há a plena consecução do objetivo colimado pelo legislador.

Com efeito, a inferioridade financeira do consumidor não se restringe apenas ao pagamento de custas e honorários de advogado, vai além, abrangendo a dificuldade com o pagamento das provas em geral, retirada de certidões, pagamento de custos de transporte de testemunhas, pagamento de honorários de perito, etc.

Porém, mesmo cumulando mais estas dificuldades não deixa de ser restritiva a interpretação da hipossuficiência apenas pelo viés econômico.

A prova nem sempre está relacionada à situação financeira daquele que dela necessita, e, se assim fosse, bastaria que o Código do Consumidor tivesse estabelecido como regra que caberia ao fornecedor arcar com os custos da produção de provas necessárias ao consumidor, ou seja, invertesse o ônus financeiro para a produção da prova.

A falta de recursos financeiros, que de alguma forma dificultava o acesso do consumidor à justiça e o exercício de seus direitos, foi em grande parte relativizada com alguns benefícios trazidos pelo legislador.

Primeiramente, aduz-se que o problema específico para o pagamento das despesas processuais com custas e honorários advocatícios já havia, em muito, sido dirimido antes da elaboração do CDC com a Lei nº 1060/50, que se aplica a todos, consumidores ou não, que se enquadrem na caracterização de hipossuficiente econômico exposto em seu art. 2º.

Mais uma vez enuncia-se que o problema dos consumidores ia muito além da falta de condições financeiras em arcar com as mencionadas despesas processuais e, com relação a elas, já havia solução paliativa. Não é justificável, então, atrelar a aplicação de um instituto processual de tamanha importância, como a inversão do ônus da prova, a um requisito interpretado tão restritivamente. A norma não terá o alcance que todo o sistema de proteção e defesa do consumidor busca.

Quanto à dificuldade para contratação de advogados, já que nem todos aceitavam trabalhar de forma gratuita, foi consagrado constitucionalmente, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a Defensoria Pública, cujo objetivo principal é prestar assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados.

Houve ainda a criação dos Juizados Especiais, através da Lei nº 9.099/95, que permite que os consumidores, em processos cíveis, litiguem sem representação de advogado nas causas até 20, vinte, salários mínimos, além de não ser necessário o pagamento de custas, em primeiro grau de jurisdição, para os atos praticados durante o processo.

Ainda sob o aspecto negativo da interpretação restritiva, pode-se dizer que com ela, em regra, ficam excluídos do benefício da inversão consumidores que, apesar do elevado poderio econômico, e por isso excluídos, têm dificuldade de provar fatos constitutivos de seus direitos devido à falta de conhecimentos técnicos a respeito dos meios de produção adotados pelos fornecedores ou, mais do que isso, à falta de informação adequada e clara de produtos ou serviços, e de educação e divulgação sobre o consumo adequado dos mesmos.

Pelo exposto, e em prol do interesse social de proteção do consumidor e equilíbrio das relações de consumo, entende-se que interpretar o conceito de hipossuficiência para além do critério econômico, é proporcionar uma melhor e mais ampla tutela ao consumidor, sem impor restrições.

Como é o fornecedor que detém e monopoliza as informações e conhecimentos pertinentes aos produtos e serviços que disponibiliza no mercado de consumo, outra parte da doutrina, capitaneada por Souza (2000), dá ao vocábulo hipossuficiência interpretação mais ampla, vislumbrando uma hipossuficiência técnica ou de informação, a qual independente de classe social e condição econômica do consumidor.

Em suma, a hipossuficiência é identificada pela falta de conhecimento mínimo razoável sobre o produto ou serviço fornecido e pela dificuldade, muitas vezes, em encontrar os elementos de prova necessários ao bom resultado da demanda, o que gera, por exemplo, a não compreensão do valor de determinado documento como prova e sua preservação, não saber identificar pessoas habilitadas a prestar depoimentos, etc.

Como bem colocado por Matos (1994, p.166), deve ser ela analisada “sob o prisma do acesso à informação, educação, associação e posição social”.

Souza (2000) ainda denota que, dentro desta interpretação, poder-se-ia incluir uma outra hipótese de hipossuficiência, a jurídica, relacionada, segundo ele, à assistência jurídica imperfeita devido à baixa ou má qualificação do profissional contratado. E como ela também pode agravar a deficiência probatória e judicial enfrentada pelo consumidor, seria pertinente a sua observância quando se analisa a hipossuficiência enquanto requisito para a aplicação da inversão do ônus da prova.

Não obstante o exposto, pode-se ir além, ou seja, não entender a hipossuficiência somente como a falta de conhecimentos técnicos das atividades desempenhadas pelo fornecedor ou somente como a falta de recursos financeiros para a produção de provas e para o pagamento de despesas processuais.

A regra da inversão do ônus da prova deve abranger e beneficiar todos os consumidores que de alguma forma tenham dificuldade em desempenhar a atividade probatória de fato essencial à comprovação de seu direito, ou seja, como entende Teodoro Júnior (2000), a simples demonstração de tal conjuntura ao julgador basta para caracterizar a hipossuficiência do consumidor como requisito de tal instituto processual.

E essa dificuldade deve ser perquirida levando-se em consideração as condições pessoais do consumidor diante do caso concreto, junto à sua situação social, econômica, cultural, educacional, informativa, etc . Neste sentido, mostra-se o Tribunal de Justiça do Rio

de Janeiro, na Apelação Cível nº 2006.001.16632, de relatoria do Desembargador Jorge Luiz Habib, 18ª Câmara Cível, cuja data do julgamento foi 01/08/2006.

Assim, qualquer tipo de hipossuficiência, se técnico-informativa, econômica ou jurídica, desde que gere a insuficiência pessoal do consumidor em cumprir o ônus probatório que lhe cabe, é suficiente para caracterizá-la como requisito autorizador da aplicação da inversão do ônus da prova.

Depois da análise dos requisitos da verossimilhança e hipossuficiência, deve ser observada outra questão a eles atinente. O legislador ao elaborar o texto do art. 6º, inc. VIII do CDC, precisamente ao referenciar-se aos requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova, dispôs “[...] quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação **ou** quando for ele hipossuficiente [...]”.

Infere-se daí outra importante indagação quando se analisa a inversão judicial: se a conjunção utilizada pelo legislador de fato representa alternatividade ou se, na verdade, deve ser interpretada como conjunção cumulativa “e”.

Para que seja invertido o ônus da prova a favor do consumidor, basta a ocorrência isolada de um dos requisitos ou é preciso que a presença deles seja concomitante?

A favor da alternatividade dos requisitos está a literalidade do dispositivo legal, que utiliza a conjunção alternativa “ou”. Esta utilização estaria em consonância com a finalidade do instituto, ou seja, a facilitação da defesa dos direitos dos consumidores.

Enxergar “e” onde está “ou” seria restringir a aplicação da inversão do ônus da prova e conseqüentemente adotar interpretação mais prejudicial ao consumidor.

A favor desta corrente aponta-se Caldeira (2001), ao afirmar que o magistrado determinará ou não a aplicação do art. 6º, VIII, pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência, sendo certo que, em havendo apenas uma das duas situações, estará o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.

Não obstante o que foi acima mencionado, parte da doutrina se posiciona a favor da aglutinação dos requisitos verossimilhança da alegação e hipossuficiência do consumidor, entendendo esta como uma interpretação restritiva, mas justificável para que o instituto da inversão não configure abuso de poder.

As normas do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor visam estabelecer a igualdade formal entre consumidor e fornecedor. Desta forma, sua interpretação não deve ser feita de maneira que crie uma desvantagem injustificada ao fornecedor a ponto deste ter violado seu direito a ampla defesa, caso em que não se manteria a dita igualdade.

Por isso, diz-se que a cumulação dos requisitos é mais condizente ao equilíbrio das partes processuais.

A verossimilhança, enquanto aparente verdade, é imprescindível, pois se não verificada, pode-se atribuir um encargo probatório que nem mesmo o mais poderoso dos fornecedores poderia arcar, pela impossibilidade de se fazer prova de algo que não existe ou cuja comprovação seja impossível.

Por outro lado, se a hipossuficiência é caracterizada como a insuficiência pessoal do consumidor em cumprir o encargo probatório atribuído pela lei, caso o consumidor tenha como realizar todos os meios de provas necessários ao bom resultado da demanda, ou seja, não enfrente nenhum tipo de deficiência probatória, a decretação da inversão não manteria o equilíbrio entre fornecedor e consumidor.

De fato, a presença de apenas um requisito para autorizar a inversão faz com que o consumidor tenha sua defesa facilitada. Esta não é incondicional; devem-se equilibrar os princípios constitucionais que acabam se chocando: o princípio da isonomia e o princípio da ampla defesa.

Importante é a lição de Câmara (2002) para quem seria absurda a idéia de se inverter o ônus da prova quando a alegação não fosse verossímil; e seria inteiramente desnecessária a inversão quando não houvesse hipossuficiência quanto à produção da prova. A inversão baseada em apenas um desses dois requisitos certamente levaria a resultados extremamente injustos.

Ademais, a interpretação literal nem sempre é determinante do melhor sentido do texto legal, pois constitui mero ponto de partida para o estabelecimento da norma, assim como o seu alcance.

A Jurisprudência do Estado do Rio de Janeiro já se posicionou por mais de uma vez em prol da cumulatividade dos requisitos.

Pode-se dizer que a hipossuficiência parece ser o requisito mais forte e importante, dadas as características antes expostas. Se o consumidor é hipossuficiente e alega fatos inverossímeis, desde que estes não sejam impossíveis, parece muito mais fácil ao fornecedor provar a falsidade do alegado pelo consumidor do que este conseguir, sozinho, suprir sua deficiência probatória.

Então, nota-se que imprescindível é a presença da hipossuficiência, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 700845, de relatoria da Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 08/11/2005, deixou claro que sem a hipossuficiência, não há que se falar em inversão do ônus da prova. Como não há

possibilidade de ser sustentado que, da leitura do disposto no art. 6º, inc. VIII, extrai-se que a presença daquela é obrigatória enquanto da verossimilhança não, a fim de que a hipossuficiência esteja sempre presente, pende-se para o lado da doutrina que defende a cumulatividade dos requisitos.

Outrossim, como já mencionado, a inversão do ônus da prova nada mais é do que um dos meios de se facilitar a defesa do consumidor, ou seja, não é o único, podendo o juiz utilizar-se de outros meios, mesmo os não previstos expressamente em lei. Não se pode esquecer ainda do art. 131 do CPC, que autoriza ao juiz determinar as provas necessárias à instrução processual.

Estas, então, são mais algumas razões que servem para demonstrar que, mesmo sem a inversão, pode o consumidor ter sua defesa facilitada por outros meios, portanto, não deixará de ter assegurado o direito que lhe é próprio, o que poderá, inclusive, incidir no campo da atividade probatória. Logo, a restrição trazida pela aglutinação dos requisitos não lhe é prejudicial.

Por fim, no que toca a estes requisitos, o legislador, apesar de não ter conceituado a verossimilhança e a hipossuficiência, atrelou a análise das mesmas ao crivo do juiz, que deve fazê-la segundo as regras ordinárias de experiência.

Nery Junior (2001) define regras ordinárias de experiência como o conjunto de juízos fundados sobre a observação do que pode acontecer, podendo formular-se em abstrato por todo aquele de nível mental médio. Servem como critério e guia para a solução relativa à questão da prova, não sendo necessário que o juiz sobre elas se pronuncie expressamente na sentença.

Já Moreira (1988), denota que elas são dotadas de generalidade e abstração, constituindo noções que refletem o reiterado repassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, se apresentarem no futuro.

Importante destacar que, antes do advento do CDC, já se fazia menção a estas regras, também relacionadas à atividade probatória. O Código de Processo Civil Brasileiro determinava que, em falta de normas jurídicas particulares, o juiz deveria aplicar as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvando quanto a esta, o exame pericial (art. 335).

Existem, portanto, regras ordinárias de experiência comum ou técnica. As regras de experiência comum seriam as regras obtidas da averiguação de fatos comuns, da cultura geral, além de fatos notórios conhecidos pelo padrão médio da sociedade.

As regras de experiência técnica, de acordo com Nogueira (1994), são aquelas em que o conhecimento sobre determinados fatos, via de regra, não é aferido por tal padrão médio, mas por uma determinada classe ou categoria de profissionais. No último caso, dependerá o magistrado de esclarecimentos que podem ser obtidos, por exemplo, através de artigos e pareceres.

Ademais, salienta-se que a aplicação das regras ordinárias de experiência, na forma como previstas no CPC, se dá em matéria probatória como instrumento de apuração dos fatos, formação das presunções judiciais, além de trazerem ao julgador critérios de valoração da prova.

Transportando a aplicação destas normas para o âmbito do CDC, pode-se afirmar que a função primordial delas é ajudar na aferição da existência dos requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova, conceitos juridicamente indeterminados, ou melhor, vão orientar a concretização dos requisitos com fins à aplicação da inversão do ônus da prova a favor do consumidor.

Outrossim, se concluir o juiz pela ocorrência da verossimilhança e da hipossuficiência, estará criando presunções judiciais, diga-se relativas, que podem ser afastadas por prova em contrário do fornecedor. É o que entende Dinamarco (2004).

Por outro lado, um problema aparente vislumbrado a respeito da utilização das regras ordinárias de experiência é que, em regra, só poderá o juiz decidir baseado em conhecimentos que adquiriu durante o processo por meio da colheita de provas.

Afirma Sansone (2001, p. 160) que “constituiria absurdo patente exigir do juiz que, ao exercer suas funções judicantes, se despojasse de todas as noções por ele apreendidas como homem, ao longo da vida, sob condições análogas às dos restantes dos membros”.

Por derradeiro, nota-se que as regras ordinárias de experiência trarão mais racionalidade e limites à aferição da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência do consumidor. O magistrado deve manter-se imparcial na demanda e fundamentar suas decisões por força de dispositivo constitucional (art. 93, X da CF/88), sob pena de nulidade da mesma.

Não há que se falar em discricionariedade absoluta do juiz, segundo a qual a escolha pela inversão do ônus da prova ficaria a sua livre escolha, conforme sua oportunidade e conveniência. De toda sorte, é possível perceber que a regra consagrada no art. 6º, inc. VIII

do CODECON traz a ampliação dos poderes do magistrado, sem, no entanto, deixar de estabelecer-lhe limites.

#### **4 - MOMENTO DE APLICAÇÃO NO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO**

O momento em que deve o juiz decretar a inversão do ônus da prova tem grande relevância, na medida em que a partir desta decisão toda distribuição probatória é modificada e mais do que nunca, a atividade probatória a ser realizada pelas partes terá influência decisiva no deslinde da causa. Como não tratou o legislador de estabelecê-lo expressamente, merecem destaque as disposições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto.

Tratando-se de procedimento comum ordinário podem ser enumeradas três principais correntes sobre o momento da inversão do ônus da prova na hipótese do art. 6º, inc. VIII do CDC: 1- no recebimento da petição inicial; 2- durante a fase de saneamento do processo, e 3- na própria sentença.

Na doutrina, dentre os defensores da inversão do *onus probandi* como regra de procedimento, estão Moreira (1996), Wambier (2006), Gidi (1995), Nunes (1997) e outros. Entre os que entendem ser regra de julgamento, estão Grinover (1998), Watanabe (1999), Nery Junior (2001), que são autores do Anteprojeto do CDC, Dinamarco (2004), dentre outros.

Dinamarco (2004) define as inversões do ônus da prova como alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei, podendo tais inversões serem legais, convencionais ou judiciais. As inversões legais determinam-se pelas presunções relativas instituídas em lei; as judiciais consistem em presunções criadas nos julgamentos dos juízes ou por determinação destes quando autorizada por lei; e as convencionais são criadas pela vontade comum das partes.

Não é pacífico o entendimento sobre a natureza da inversão do ônus da prova no âmbito do direito do consumidor. Para Dinamarco (2004) e grande parte da doutrina, tal instituto na legislação consumerista é inversão judicial. Andrade (2002), no entanto, não distingue: todas as inversões seriam legais, porque decorrem da lei, uma vez presentes os requisitos legais, cuja existência seria apenas reconhecida no caso concreto.

#### 4.1 - O ART. 6º, VIII DO CDC COMO REGRA DE PROCEDIMENTO

Esta interpretação baseia-se principalmente no fundamento segundo o qual o fornecedor precisa de comunicação prévia pelo juízo acerca da inversão do ônus da prova, sob pena de ser inteiramente surpreendido e ter cerceada sua defesa, com a respectiva violação de princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Moreira (2005, p.111) sustenta esta primeira linha de raciocínio, pois para ele é preciso dar a chance de o fornecedor produzir provas e isto só é possível se o juiz inverte o ônus da prova em “etapa de procedimento que ainda comporte a produção de provas. O correto será que o juiz ordene tal inversão antes do início da fase instrutória, fixando, precisamente, os fatos que o fornecedor deverá provar”.

Há algumas vozes, como Nogueira (1998), que advogam que se deve fazer a determinação quando do recebimento da petição inicial, pois, ao se citar o fornecedor, este já seria intimado da referida decisão e, por conseguinte, desde já desempenharia sua atividade probatória com parâmetro na inversão. Este entendimento tem merecido crítica segundo o argumento de que a aplicação da inversão não deveria ser proferida em fase tão inicial do processo, na qual a relação jurídica não estaria ainda angularizada, pois faltaria a presença do réu.

Soma-se a isso o fato de nem sempre pela leitura da petição inicial ser possível ao juiz verificar a presença dos requisitos necessários à decisão de inversão. O réu pode, na contestação, apresentar documentos que afastam, irrefutavelmente, ou a verossimilhança das alegações do consumidor ou o fato de sê-lo hipossuficiente, que, conforme prescrito no art. 6º do Código, constituem requisitos para a concessão da inversão, como já analisado.

Cumprе ressaltar que a inversão não recai sobre todos os fatos alegados, mas tão somente sobre os controvertidos e importantes à decisão. E, em regra, o juiz somente consegue visualizá-los após a manifestação do réu.

A decisão de inversão do ônus da prova no recebimento da inicial parece-nos prematura, podendo acarretar um cerceamento da defesa do réu, a quem pode acabar atribuída carga probatória muito maior da que de fato era necessária que se comprovasse.

Moreira (2005), dentre outros autores, defende a inversão antes da instrução processual, mais precisamente na fase do saneamento do processo, no momento de o juiz fixar os pontos controvertidos, em audiência preliminar quando a conciliação restar infrutífera (art.

331, §2º do CPC). Caso a causa verse sobre direitos indisponíveis, deve fazê-lo na própria decisão de saneamento.

Na fase instrutória há a apresentação, por autor e réu, dos elementos de convicção ao juiz, que, assim, se prepara para o julgamento da causa; daí a importância de a decisão determinar a inversão..

A inversão não pode, todavia, ser genérica: o juiz, além de fixar os pontos controvertidos, deve indicar, diante da inversão, quais fatos cuja prova deveria ser feita pelo consumidor e agora cabe ao fornecedor, que conseqüentemente arcará com os prejuízos oriundos de sua não produção.

Voltaire Lima de Moraes (*apud* Carvalho Neto, 2002) acredita que o momento adequado à decretação da inversão do ônus da prova dar-se-á por ocasião do saneamento do processo, quando, inexistente a audiência de conciliação, o juiz tiver fixado os pontos controvertidos. As partes ficam, assim, cientes da “postura processual” que adotarão, não mais alegando surpresa.

Carvalho Neto (2002) sustenta interessante posicionamento que permite a decretação da inversão desde o recebimento da inicial, devendo, contudo, prioritariamente acontecer na fixação dos pontos controvertidos. Entende que, como o dispositivo fala em facilitação dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, a idéia é de facilitar. Assim, muitas vezes o consumidor não poderá custear a prova, conforme dispõe o art. 19 do CPC, ao esperar a regra de julgamento, o que causaria em muitos casos, prejuízo ao consumidor, em vez de facilitação de seus direitos, como preceitua o art. 6º, inc. VIII do CDC.

Ataca o argumento de que a decretação antes do julgamento é um pré-julgamento, pois não necessariamente a inversão significa julgamento contrário aos fornecedores. O juiz só julga após o exame da prova. A inversão do ônus da prova serve para igualar as partes diante do processo, não se cogitando mais da figura do juiz passivo atento apenas à igualdade formal, de importância secundária se comparada à igualdade substancial das partes. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entende a referida norma do CDC como regra de procedimento. Diz a súmula 91 do TJ/RJ: “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”.

#### 4.2 - O ART. 6º, VIII DO CDC COMO REGRA DE JULGAMENTO

Para importantes juristas, as normas de distribuição de ônus da prova constituem regras de julgamento, que auxilia o juiz a julgar a ação no caso de insuficiência de prova, distribuindo os riscos e conseqüências da inércia das partes na parte probatória. Assim, para estes, a inversão deve ser determinada na sentença.

No entanto, muitos de seus defensores salientam que o juiz deve advertir as partes sobre a possibilidade de o ônus ser invertido, para respeitar o direito à ampla defesa e o princípio constitucional do contraditório.

Por outro lado, a regra que permite a inversão do ônus da prova também é regra de comportamento dirigida às partes, que através dela tomam conhecimento dos fatos que cabem a cada uma provar.

Para Dinamarco (2004), o problema do ônus da prova só surge nas hipóteses de *non liquet*, isto é, quando permanece dúvida acerca da ocorrência dos fatos alegados, pois quando a prova convence o juiz da veracidade ou da inveracidade da alegação, este decidirá conforme sua convicção, não havendo o que questionar quanto ao ônus da prova. As regras de distribuição, portanto, refletem a preocupação do legislador em evitar o *non liquet*.

O referido autor, todavia, afirma que o juiz tem o dever de informar as partes, na audiência preliminar (art. 331 do CPC), dos ônus que cada uma tem e de avisá-las das possíveis conseqüências de omissão, não tendo tal informe, contudo, natureza de decisão, pois a efetiva inversão só ocorreria no momento de julgar a causa, quando já se conhecem os resultados da instrução probatória. Tal dever adviria da exigência do devido processo legal, que implicaria uma necessidade de transparência das condutas judiciais.

Watanabe (1999), co-autor do anteprojeto da Lei nº 8.078/90, defende o julgamento da causa como o momento adequado à aplicação da regra de inversão do ônus probatório, filiando-se à posição que vê as regras de distribuição do ônus da prova como regras de juízo, orientadoras do magistrado nos casos de *non liquet* acerca de fatos necessários ao deslinde da causa. Antes da instrução não teria o juiz condições de verificar a existência ou inexistência de *non liquet* e, por isso, estabelecer a inversão do ônus neste momento significaria realizar um prejulgamento da causa.

Matos (1994) entende também ser a sentença o momento da apreciação da necessidade de utilização das regras sobre ônus da prova. Por estar a regra sobre a inversão expressa em Lei (art. 6º, VIII do CDC), não caberia argumentar que tal entendimento viola a ampla defesa do fornecedor, já que este não seria surpreendido. Entretanto, admite a possibilidade de que, no despacho saneador, o juiz previna as partes sobre a possibilidade de

inversão do ônus da prova. Assim como Dinamarco, porém, a autora não interpreta tal informe como uma decisão, mas como mero lembrete.

Nunes (1997) acredita que a inversão possui caráter de decisão e que, na hipótese do art. 6º, VIII do CDC, a aplicação da inversão requereria anterior produção de prova pelo autor consumidor no que tange à sua hipossuficiência ou à verossimilhança da alegação. Para esta aceção do dispositivo, a aplicação do texto legal como regra de julgamento não viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois a corrente adversária partiria de uma falsa premissa: não necessariamente o fornecedor estaria, antes da manifestação sobre o ônus da prova, sob o regime geral do art. 333 do CPC.

Andrade (2002) assevera que, ao contrário do que muitos defensores da regra de procedimento acreditam, a manifestação do juízo não determinaria que o caso passará a se submeter ao regime do art. 6º, VIII do CDC, pois a inversão do ônus da prova decorre da Lei, uma vez presentes os requisitos, e não da discricionariedade do juízo, motivo pelo qual as partes não seriam surpreendidas. O juiz determina a inversão do ônus probatório porque a lei determina, e não por atividade discricionária.

## **5 - MOMENTO DE APLICAÇÃO NO PROCEDIMENTO COMUM SUMÁRIO E NO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

Tratando-se de procedimento comum sumário marcado pela concentração procedimental, autor, na petição inicial, e réu, na resposta, deverão de antemão apresentar o rol de testemunhas e, se requererem perícia, formularem os quesitos. Portanto, o que se infere é que as partes já devem comparecer em juízo munidas de todas as provas que entendem necessárias ao deslinde da causa.

Desta forma, caberá ao juiz inverter o encargo probatório na audiência de conciliação prevista no art. 277 do Código de Processo Civil. Este é o entendimento de Araújo (2002).

Apenas a título elucidativo cita-se Santos (2002), que especifica que o exato momento para a análise da pertinência da inversão seria após a apresentação da contestação, visto que daí poderiam surgir quatro possibilidades: a) ocorre qualquer das hipóteses previstas no art. 267 e nos incs. II a V do art. 269, ambos do CPC, situações em que, nos termos do art. 329, o juiz declara extinto o processo; b) sendo revel o réu, haverá o julgamento antecipado da

lide (art. 278, §2º), ou se não for necessária a produção de prova oral, pois a matéria é só direito, haverá o julgamento antecipado da lide, já na audiência (art. 275); c) incabível o instituto da inversão, tendo em vista a inexistência dos requisitos legais; d) contestado o pedido, e havendo necessidade de provas, será redesignada audiência de instrução e julgamento para data próxima (art. 278, §2º), caso em que, então, poderá ocorrer a inversão, determinada pelo magistrado, em observância ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

No que concerne aos Juizados Especiais Cíveis, foram criados através da Lei nº 9.099/95 com o objetivo principal de tornar mais céleres demandas cíveis de menor complexidades.

Não há restrição, por parte do CDC ou na Lei dos Juizados, para a aplicação da inversão do ônus da prova em demandas consumeristas que nele tramitem. A regra estabelecida no Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicada em qualquer procedimento, no entanto, dado as particularidades dos Juizados Cíveis, é preciso especial atenção ao momento da respectiva aplicação.

Isto porque o referido procedimento é caracterizado pela oralidade e concentração dos atos processuais, tanto que o art. 2º da Lei nº 9.099/95 preconiza expressamente que o processo no Juizado deve ser orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Além disso, estabelece a lei que a instrução processual e o proferimento da sentença, como regra, devem-se dar em uma única audiência, a audiência de instrução e julgamento.

Tal conjuntura também é agravada pelo fato de que nas causas até 20, vinte, salários mínimos podem as partes litigar sem representação de advogado, portanto, em princípio não terão auxílio prévio quanto ao encargo probatório necessário à satisfação de seu direito.

Neste sentido, a aplicação da inversão do ônus da prova deve ser com tais particularidades compatibilizadas, de forma ainda a permitir a efetiva facilitação da defesa dos direitos do consumidor e o exercício efetivo da garantia da ampla defesa e do contraditório por parte do fornecedor.

Quando proposta demanda perante um Juizado Especial Cível, se designará data para a audiência de conciliação, determinando o art. 22, *caput*, da Lei nº 9.099/95 que esta se realizará por juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.

Não se obtendo conciliação, deve ser imediatamente instaurada audiência de instrução e julgamento desde que não haja prejuízo à defesa. Na impossibilidade do imediatismo ou havendo prejuízo à defesa, deverá ela ser designada para os quinze dias subsequentes.

Tomando por base estas características, é possível concluir que, sendo a audiência de conciliação conduzida por juiz togado ou leigo, caso não obtido acordo, deverão emitir decisão invertendo ou não o ônus da prova a favor do consumidor. É a posição de Araújo (2002).

Se invertido o encargo probatório, não caberá a marcação imediata da audiência de instrução e julgamento, para que o fornecedor tenha chance de buscar mais alguma prova que lhe seja proveitosa. Assim, não haverá prejuízo à sua ampla defesa, nem mesmo deixará o consumidor de ter a defesa de seus direitos facilitada.

Sendo, porém, a primeira audiência conduzida por conciliador este deverá, em ata de audiência, advertir às partes da possibilidade de ser invertido o ônus da prova, devendo as partes, assim, providenciar todas as provas que entendam necessárias à ratificação de suas alegações e conseqüente afastamento daquelas aduzidas pela parte contrária.

Enfim, no procedimento específico dos Juizados Especiais Cíveis é conveniente que os conciliadores, especificamente, adotem a prática de alertar as partes da possibilidade de inversão judicial do ônus da prova, já que no Juizado há apenas, ou, ao menos, deve haver, uma única audiência de instrução, resguardando-se, assim, a ampla defesa e a não-causação de prejuízo, inviabilizando-se, por isso, qualquer decretação de nulidade.

Neste caso, também deverá se designar audiência de instrução e julgamento para data posterior e nesta poderá o juiz inverter o ônus da prova sem que se abra prazo para a manifestação do fornecedor de forma a prejudicar a celeridade do procedimento, visto que anteriormente foram ambas as partes advertidas formalmente da dita possibilidade.

Na hipótese de o juiz somente aplicar o art. 6º, inc. VIII, do CDC, na segunda audiência, sem que haja o referido alerta, terá o dever, apesar de inconveniente à celeridade, de conceder prazo para que o fornecedor realize mais alguma prova, desde, que haja esta possibilidade, pois se não houver mais provas a produzir, não se justificará a concessão do prazo e o adiamento do julgamento.

Destaca-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entende de forma diferente quanto à necessidade de advertência da parte. Assim foram formulados os enunciados n.9.1.1 e 9.1.2 que se aplicam aos Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais Cíveis do referido Estado. Segundo eles, respectivamente, “é cabível a inversão do ônus da

prova, com base no princípio da equidade e nas regras de experiência comum, a critério do Magistrado, convencido este a respeito da verossimilhança da alegação ou dificuldade da produção da prova pelo reclamante”, e “a inversão do ônus da prova nas relações de consumo é direito do consumidor (art. 6º, *caput*, C.D.C.), não sendo necessário que o Juiz advirta o fornecedor de tal inversão, devendo este comparecer à audiência munido, desde logo, de todas as provas com que pretenda demonstrar a exclusão de sua responsabilidade objetiva”.

Admite-se, também, a exemplo da justiça comum, que caso a inversão não se dê antes de iniciada a instrução e, no decorrer dessa, ou mesmo após, e até mesmo em outro grau de jurisdição, venha a se verificar a necessidade de que tivesse ocorrido, que seja então determinada. Neste caso, confere-se ao fornecedor nova oportunidade de produzir prova, até mesmo reabrindo-se a instrução, se já encerrada.

Também aqui se repudia a decretação da inversão no momento do recebimento da petição inicial, ou da sentença, pelos mesmos motivos expostos quando da análise feita do procedimento comum ordinário.

Cumprе ressaltar que atualmente, dados o volume de processos e dificuldades de ordem prática, acabou se tornando hábito nos Juizados Cíveis Brasileiros, ao menos nos de comarca com vasto atendimento, o juiz apenas examinar a petição inicial do autor um pouco antes da audiência, quando não na mesma, ficando a cargo do cartório providenciar os trâmites necessários à citação do réu e à marcação das audiências.

## **6 - CONCLUSÃO**

Não há dúvidas de que a Lei nº 8.078/90 trouxe relevantes avanços no que tange à matéria probatória. Pode-se considerar que a referida Lei é revolucionária, já que interveio em um mercado desigual, onde a tendência sempre foi a prevalência dos interesses dos fornecedores.

Entretanto, para que seja aplicada a inovação processual do art. 6º, inc. VIII, do Código do Consumidor, deve-se ponderar, junto à proteção do consumidor, o direito constitucional à ampla defesa do fornecedor.

A idéia é manter o equilíbrio entre as partes, a igualdade material entre elas, sem que com a inversão o consumidor passe a se sobrepor ao fornecedor. É preciso uma conduta eminentemente moderada: nem pródigo nem parcimonioso deve ser o magistrado.

Deverá observar, declarando, quando atendidos os requisitos legais, a inversão das regras do ônus da prova, sem prejudicar os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Verificou-se que a polêmica sobre o momento da decretação ou declaração da inversão do ônus da prova no direito do consumidor reside na compreensão sobre a função da norma sobre o ônus da prova. Para quem entende que o CDC prevê uma regra de julgamento, a conclusão é de que o preceito informa o juiz, em caso de dúvida, e que a aplicação da inversão deve ser realizada na sentença. Por outro lado, para aqueles que vêem a regra como preceito de procedimento, não há como a modificação do ônus dar-se na sentença.

Observou-se que a doutrina encontra-se dividida, assim como a Jurisprudência do país. No Rio de Janeiro, porém, foi sumulado o entendimento de que não é a regra de julgamento, vez que não pode ser a inversão determinada na sentença.

Diante do exposto, deve-se adotar o entendimento de que o momento mais adequado para que seja invertido o *onus probandi* é o da fase do saneamento do processo, no momento em que o juiz fixar os pontos controvertidos, em audiência preliminar quando a conciliação restar infrutífera ou na própria decisão de saneamento se a causa versar sobre direitos indisponíveis. Ressalva-se sempre, contudo, a necessidade de o juiz indicar, diante da inversão, os fatos cuja prova deveria ser feita pelo consumidor e agora cabe ao fornecedor, pela necessidade de transparência do juiz inerente ao devido processo legal.

Assim, evita-se a violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV da CF/88), que impedem que qualquer das partes seja surpreendida pela atividade estatal, chegando-se a uma relação processual equilibrada.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAÚJO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Processual* (arts. 6º, VIII, 38 e 81 a 119), São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor - o momento em que se opera a inversão e outras questões. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, 2002.

CAMARA, Alexandre de Freitas. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 88-103, 2002.

CALDEIRA, Mirela D'Angelo. Inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 166-180, abr./jun., 2001.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. A inversão do ônus da prova e a inversão do encargo decorrente sob a ótica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 245-251, Abril- Junho, 2003.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova: no Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, v. 3.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 13, p. 33-41, Janeiro/março, 1995.

GRINOVER, Ada Peregrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 3. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro; São Paulo: Recife: Renovar, 2004.

MATOS, Cecília, O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº11, p. 161-169, Julho/ Setembro, 1994.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 69-86, maio/ago., 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. *Temas de Direito Processual*, segunda série, 2. ed., 1988, Saraiva.

NERY JUNIOR, Nelson *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. *A Prova no Direito do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 1998.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. Direitos Básicos do Consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.10, abril/ junho, 1994.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANSONE, Priscila David. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 129-169, out./dez., 2001.

SANTOS, Sandra Sá Aparecida dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Rogério de Oliveira. Da Inversão do ônus da Prova. *Doutrina Adcoas*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 260-265, outubro, 2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 jun.2009.

TEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 22 fev.2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 134, ano 31, p. 97-109, abril, 2006.

WATANABE, Kasuo. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.