



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A inversão do ônus da prova nas relações jurídicas.
Uma visão moderna do instrumento.

Simone de Souza Batista

Rio de Janeiro
2011

SIMONE DE SOUZA BATISTA

A inversão do ônus da prova nas relações jurídicas.
Uma visão moderna do instrumento.

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

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof. Mônica Areal

Prof. Kátia Silva

Prof. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS. UMA VISÃO MODERNA DO INSTRUMENTO.

Simone de Souza Batista

Graduada em Direito pela Universidade
Cândido Mendes. Pós Graduada em Direito
Processual Civil pela Universidade Gama
Filho. Advogada.

Resumo: Este artigo científico busca analisar os principais aspectos sobre a teoria da inversão do ônus da prova no âmbito do Direito do Consumidor, assim como sua aplicação nas relações jurídicas comuns, tendo em vista a incidência da teoria da carga dinâmica da prova, de modo a se ter uma visão panorâmica do tema. O presente trabalho implica na análise do conceito de ônus da prova, bem como dos requisitos e do momento adequado para que ocorra a sua inversão, ressaltando os entendimentos da doutrina e da jurisprudência, de maneira que se tenha uma visão moderna e atual sobre a aplicação da teoria e suas variantes.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Teoria da inversão do ônus da prova. Relações jurídicas consumeristas. Teoria da carga dinâmica da prova. Controvérsias.

Sumário: Introdução; 1- A prova no direito processual civil. 1.1. Conceito. 1.2. Finalidade; 2 – Da distribuição do ônus da prova; 2.1 – Diferenças entre ônus e obrigações; 3 – Da inversão do ônus da prova nas relações de consumo; 3.1 – Requisitos legais para a sua concessão; 3.1.1 – Hipossuficiência técnica; 3.1.1.1 – Diferenças entre a hipossuficiência e a vulnerabilidade; 3.1.2 – Verossimilhança das alegações; 3.2 – Do deferimento do instrumento; 3.3 - Da discussão sobre a natureza jurídica da inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII do Código do Consumidor; 3-4– Da controvérsia sobre o momento processual pertinente para a concessão; 3.5 – Espécies de inversão do ônus da prova; 4 – Da teoria da carga dinâmica da prova; 5 – Do custeio da prova; 5.1 – Da discussão sobre a transferência ao fornecedor das despesas com as provas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A teoria da inversão do ônus da prova foi positivada no Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90, mas, mesmo antes, estava prevista em comandos normativos constitucionais.

Diante do novo contexto político inaugurado pela Constituição da República promulgada em 1988, que tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e, como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária assim como a garantia do desenvolvimento nacional, o legislador se viu premido pela necessidade social para a produção de normas que visassem regulamentar as relações jurídicas que envolvessem os consumidores; ou seja, qualquer um de nós, pobres mortais. A tudo isso, acresça-se o fato de que a defesa do consumidor está assegurado como garantia individual do cidadão frente as arbitrariedades do Estado e como princípio da ordem econômica, conforme preceitua o artigo 170, V da Constituição da República promulgada em 1988.

Esta teoria surgiu num momento em que os juízes se viam diante da solução de um conflito em que, evidentemente, seria injusto e desigual, em vista das regras de distribuição vigentes no ordenamento jurídico. Em prol dos princípios da igualdade material entre as partes numa relação jurídica processual, da verdade real que deve ser apurada nos autos de um litígio, do contraditório e da ampla defesa que devem ser assegurados a todos que deduzem pretensões jurídicas em juízo, é que esta teoria se fortaleceu ainda mais na comunidade jurídica e, especialmente, entre os Julgadores.

Além da disparidade de armas que havia entre as partes, sob o ponto de vista probatório, o consumidor que é a parte vulnerável do processo, em virtude do mercado de consumo, era sempre prejudicado, pois não conseguia se desincumbir de seu ônus, que, naquele momento, era o de provar suas alegações.

1 – A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Inicialmente, há que ser dito que o instituto da prova é de suma relevância na sistemática processual, uma vez que é o meio para se contribuir com o livre convencimento do magistrado a seu favor. Dúvidas não há de que a prova na demanda proposta perante o Poder Judiciário, independentemente de sua natureza, é imprescindível para se chegar à solução dos conflitos de interesses, que é o objetivo principal do processo. Isto porque é ela quem vai confirmar a verdade dos fatos afirmados pelos sujeitos da relação processual, de maneira que serve, inclusive, como fundamento da pretensão jurídica.

O fato é que a atividade probatória é inexorável ao processo. A prova é elemento inevitável para a resolução dos conflitos e pacificação social. Inquestionavelmente, existe uma relação entre a prova e o princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV da Constituição da República.

Segundo CAVALIERI FILHO¹, o devido processo legal é o princípio fundamental do processo civil, razão pela qual exterioriza a base de todos os demais princípios. Ele sustenta que seria suficiente a previsão constitucional do devido processo legal para que daí derivassem todos os efeitos processuais garantidos aos sujeitos processuais, que sempre buscam um desenrolar de um processo legítimo que culmina com a entrega da prestação jurisdicional com justiça.

Ocorre que o princípio do devido processo legal inevitavelmente traz consigo uma gama de direitos e deveres, dentre os quais o de se propiciar ao litigante a chance de juntar provas a fim de se firmar o livre convencimento do juiz. Os sujeitos processuais tem o direito de produzir as provas para constituir sua pretensão jurídica na demanda. A produção da prova

¹ CAVALIERI FILHO. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

e da contraprova pelos litigantes no processo são inerentes ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

1.1 – CONCEITO

A prova, conforme leciona o dicionário², é tudo aquilo que se presta para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração; aquilo que mostra ou confirma a verdade de um fato.

O significado desta palavra muito elucidada na sua conceituação, transpondo-a para o processo, mas não expõe as diversas concepções jurídicas.

Para SILVA³, prova, para o processo civil, quer dizer tanto a atividade desenvolvida pelas partes para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que deverão servir de alicerce à convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz.

Observa-se, na doutrina⁴, que a prova pode ser entendida sob dois pontos de vista distintos: objetivo e subjetivo. Sob o ângulo objetivo, significa que é o modo para que seja revelada a existência de um fato jurídico ou meio destinado a fornecer ao magistrado a ciência da verdade dos fatos veiculados no processo. Subjetivamente falando, prova é a convicção que se forma no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos.

1.2 – FINALIDADE

² HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1. Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2003.

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Segunda Série, 1980.

A parte, ao propor uma demanda, visa a entrega da prestação jurisdicional para resolver um conflito de interesse, de sorte que apresenta sua pretensão jurídica com base nos fatos que ocorreram ou deixaram de ocorrer. Tais acontecimentos são aferidos no momento da produção da prova.

A finalidade da prova é demonstrar a veracidade dos fatos para que se possa autorizar a incidência da norma. Para que o juiz forme sua convicção baseado na verdade apurada nos autos e aplique o direito ao caso concreto.

A prova é imprescindível à instrumentalização do processo. Tanto faz se ela for produzida nos autos na fase de instrução ou previamente apresentada pelas partes.

Seguindo as lições da professora Ada Pellegrini Grinover⁵, por meio das provas se vislumbra a ocorrência ou inoocorrência dos pontos duvidosos de fatos relevantes para a decisão judicial, ou seja, a conformação das afirmações de fato feitas no processo com a verdade objetiva.

2 – DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O legislador criou regras para que o magistrado observe, nas hipóteses em que não restarem comprovados os fatos alegados; isto é, nas demandas em que, mesmo após a utilização de seu poder instrutório, o juiz não possa ter o juízo de certeza necessário para o deslinde da questão.

Isto se deve ao fato de que o juiz não pode se eximir de julgar, como revela o princípio da vedação ao *non liquet* constante do artigo 126 do Código de Processo Civil. Tudo se exterioriza como uma decorrência da inércia jurisdicional. A jurisdição é estática; está parada. Mas, se a parte lesada a provoca, através do exercício de seu direito de ação, a

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

demanda é instaurada e se desenvolve por impulso oficial, já que o que se visa é a efetiva prestação jurisdicional que se dá com a prolação da sentença. Portanto, provocado o juiz pela parte, que formula seus pedidos na petição inicial, não lhe é facultado a possibilidade de eximir-se do julgamento da demanda, ao argumento de que não há provas suficientes nos autos para isso. Aliás, esse é o objetivo do processo: a pacificação social. É a sentença que o autor espera para compor seu conflito de interesse com o réu.

Firmado o seu livre convencimento motivado através da análise das provas, o julgador deve decidir a demanda. Nesse momento, não lhe cabe perquirir se incumbia ao autor ou ao réu o ônus da prova. Somente se não estiverem comprovadas as argumentações deduzidas, deve ser sopesada acerca dessa incumbência a fim de prolatar a sentença.

O Código de Processo Civil, promulgado em 1973, no artigo 333, traz um comando estático para a distribuição do ônus da prova e que, por isso, pode ameaçar a efetividade da prestação jurisdicional. Este dispositivo legal toma como norte a igualdade formal que deveria existir entre as partes. Entretanto, não raro foi observado que as partes estavam em posições jurídicas materialmente desiguais, de maneira que a aplicação desta regra imperativa, coercitiva, genérica e abstrata conduziria a hipóteses de imensa injustiça.

2.1 – DIFERENÇAS ENTRE ÔNUS E OBRIGAÇÕES

A produção da prova é o confronto dos fatos controvertidos, a demonstração da verdade em relação ao que é alegado no processo. É o meio para se chegar à verdade dos fatos necessários ao deslinde do conflito, pois os fatos irrelevantes ao processo não constituem objeto de prova.

Há que se afirmar que existem diferenças entre obrigações e ônus⁶ e, neste trabalho modesto, ora discorre-se sobre os ônus mais detidamente. O que a parte faz ao provar suas argumentações é um ônus, já que, se não o cumprir, esta mesma sofreria o prejuízo de uma decisão contrária aos seus próprios interesses. Não se trata de ato ilícito.

A obrigação, por um outro lado, é um dever jurídico previsto em lei que, se descumprido pela parte que a detém, configura ato ilícito.

A primordial diferença entre ônus e obrigação se reflete na possibilidade de se impor sanção no caso de inobservância da obrigação, o que o ônus não sofre, pois seu descumprimento implica apenas em prejuízo da parte interessada.

Sucintamente, traz-se as lições do professor José Carlos Barbosa Moreira⁷ que classifica o *onus probandi* em subjetivo e objetivo, de modo que o primeiro se exterioriza pelos esforços que a parte deve envidar para a produção da prova que leve ao julgamento favorável a si. O segundo são os comandos que devem ser utilizados pelo magistrado no julgamento da causa, no caso de não haver provas a alicerçar o seu convencimento que indica a um determinado sentido.

Havendo carência de meios para firmar o livre convencimento do juiz, quem não cumpriu com o seu ônus de provar arcará com o prejuízo da decisão desfavorável. No caso de vasto conjunto probatório colhido, o julgador determinará o comando com base neles, de modo que se torna irrelevante saber qual das partes a produziu ou deveria ter produzido.

3 – DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

⁶ GRECCO, Leonardo. Busca da Verdade e Paridade de Armas na Jurisdição Administrativa. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, Nº 9 – Dezembro de 2006.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Segunda Série, 1980.

O legislador ordinário, tal como a previsão contida no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu comandos especiais de distribuição do ônus probatório, em que é autorizada a inversão do ônus probatório.

Antes de ver tais hipóteses, vale dissertar sobre o que se passa quando se inverte o ônus da prova.

A inversão do ônus da prova não quer dizer o que a expressão parece significar. Se assim fosse, se poderia depreender que ao réu incumbiria provar o fato constitutivo do direito do autor, e a este os eventos impeditivos, modificativos ou extintivos de seu direito. Entretanto isto se revela um completo absurdo!

De fato, a modificação que se verifica é a cisão da atividade de prova dos fatos constitutivos em dois níveis: o de probabilidade e a de certeza. Se confere ao autor, em vista de sua hipossuficiência técnica, o direito de que a mera verossimilhança das suas argumentações seja o suficiente à constituição do seu direito, de sorte que não se impõe a certeza, via de regra. Na verdade, ele permanece com a incumbência de provar a constituição de seu direito. Todavia, lhe basta provar a verossimilhança, e não a certeza, como deveria ser caso fosse aplicada a regra geral da distribuição do ônus. Ao réu, via de conseqüência, incide idêntica incumbência por elucidar seus fatos novos, em havendo, os impeditivos, modificativos ou extintivos. Além do mais, deve o réu, ainda, esclarecer sobre os acontecimentos que desconstituem o direito da contraparte, o que não seria sua incumbência, em regra, quando o autor não comprovou a constituição do seu próprio direito. Assim sendo, são efeitos da inversão do ônus da prova a suficiência da probabilidade do direito do autor e a necessidade de que o réu prove a desconstituição de tal direito, de modo que lhe fica assegurada a ampla defesa e o contraditório.

3.1 – REQUISITOS LEGAIS PARA A SUA CONCESSÃO

A teoria da inversão do ônus da prova, verdadeiramente, está positivada no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Nesta regra há a genuína inversão dos preceitos contidos no artigo 333 do CPC, que é a regra geral. Ocorre que, para que a exceção se verifique, imprescindível que sejam observados os requisitos da hipossuficiência do consumidor e verossimilhança nas alegações por ele deduzida.

3.1.1 – HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA

A hipossuficiência do consumidor a ser observada é a técnica⁸ que é aquela que deriva do pouco ou nenhum conhecimento sobre o produto ou serviço consumido e que, por isso, há dificuldades na produção destas provas. As outras duas espécies de hipossuficiência existentes são a econômica, que diz respeito a escassez de recursos para custeio do processo e que é amenizada por instrumentos específicos, a gratuidade de justiça e a defesa patrocinada pela Defensoria Pública, e a hipossuficiência jurídica, que se trata da dificuldade na defesa em juízo, que pode ser sanada pela constituição de advogado ou até mesmo pela Defensoria Pública.

3.1.1.1 – DIFERENÇAS ENTRE A HIPOSSUFICIÊNCIA E A VULNERABILIDADE

Convém esclarecer a diferença que há entre hipossuficiência e vulnerabilidade⁹, muito embora sejam institutos que beiram a semelhança, mas que, de fato, não possuem o mesmo significado.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

⁹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 4.ed., Bahia, *Jus Podivum*, 2010.

A hipossuficiência, como acima já exposto, é um fenômeno de direito processual no qual seu conteúdo deve ser fixado pelo magistrado tendo em vista cada caso em concreto, já que há que ser aferida segundo as regras ordinárias de experiência. Diferentemente, a vulnerabilidade é um fenômeno de direito material dotado de presunção absoluta (*jure et de jure*), de modo que o consumidor é reconhecido pela lei como ente vulnerável.

Hipossuficiência, conforme o Desembargador Sérgio Cavalieri Filho¹⁰:

É também um conceito jurídico indeterminado cujo conteúdo há de ser fixado pelo Juiz em face do caso concreto. Não se confunde com vulnerabilidade, embora integre suas características. Todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor será hipossuficiente.

Esta foi empregada pelo legislador em sua forma mais ampla, já que objetivou atingir toda e qualquer hipótese em que a superioridade do fornecedor diminui a capacidade de informação, de educação, de participação, de conhecimento técnico e de recurso econômico do consumidor.

3.1.2 – VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES

O segundo requisito para que o magistrado conceda a inversão é que as alegações do consumidor sejam verossímeis, isto é, cheirem a verdades.

Verossímil é aquilo que é crível aos olhos dos outros, tendo em vista a situação fática. É uma aparência de verdade. Não se exige do consumidor uma prova contundente, mas, sim uma prova que, segundo as regras de experiência comum, conduza o Juiz ao convencimento sobre a aparência de verdade.

¹⁰ CAVALIERI FILHO. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

Não se trata de um requisito subjetivo, ao contrário do que se possa pensar. Preceituou a regra legal, de maneira a torna-lo objetivo, que ele está presente, caso esteja em conformidade com as regras de experiência comum. E, por estas, deve-se entender que são as regras cotidianas da vida; aquelas regras que ordinariamente são aplicadas; os comportamentos normais das pessoas em determinada situação fática.

E ambos os requisitos devem estar preenchidos, de sorte que devem ser cumulativos e não alternativos como alguns doutrinadores aventam. A inversão do ônus da prova foi criada para que seja atribuída a igualdade material entre as partes. Se assim não fosse, o resultado seria a inversão do panorama da desigualdade. Por exemplo: um consumidor tem todas as condições de provar sua alegação, ou seja, não tem hipossuficiência técnica, mas, ao mesmo tempo, suas alegações são verossímeis: esta verossimilhança inverteria o ônus em favor de quem não precisava de tal inversão. Da mesma forma, se o consumidor é tecnicamente hipossuficiente, mas consigna alegações absolutamente inverossímeis, seria invertido o ônus pelo primeiro requisito, fazendo recair a prova desconstitutiva daqueles fatos absurdos sobre o fornecedor.

3.2 – DO DEFERIMENTO DO INSTRUMENTO

Na decisão em que o juiz irá conceder a inversão do ônus da prova, deve fazê-la, justificadamente, já que estarão presentes os requisitos legais na situação fática. Somente assim estará o magistrado autorizado a deferi-la, pois, como, inclusive, já foi decidido pelos Tribunais Superiores, este instrumento não tem concessão automática. Isto quer dizer que deve ser pleiteada pelo consumidor na sua petição inicial, porque somente ele tem condições de informar ao juízo que se encontra em situação de desigualdade, na relação jurídica.

Se não for postulado em juízo, transportando ao raciocínio da aplicação desta teoria às relações jurídicas comuns, não poderá o juiz, ainda que diante de evidente desequilíbrio processual, conceder este instrumento *ex officio*. Imprescindível a provocação da parte que se sente vulnerável porque o Poder Judiciário é inerte e não há autorização legal para essa decisão independentemente de provocação.

3.3 – DA DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PREVISTA NO ARTIGO 6º, VIII DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Nessa esteira, não se pode perder de vista que a doutrina e a jurisprudência discutem sobre a natureza jurídica da inversão do ônus da prova contida no artigo 6º, VIII do CDC. A pergunta a que se faz é: Trata-se de regra de procedimento ou de regra de julgamento?

Muito já se discutiu sobre essa questão, no passado. Atualmente, forçoso é reconhecer que, a par desta controvérsia existente, há o Enunciado nº 91 da lavra do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*, que traz a orientação de que “a inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”, o que direciona para a natureza de regra de procedimento. Também é a posição majoritária da doutrina.

De fato, o entendimento acima mencionado é o que melhor encampa os princípios da ampla defesa, contraditório, devido processo legal, isonomia entre as partes na demanda, instrumentalidade do processo e efetividade da prestação jurisdicional. A inversão é ônus que deve ser requerido pela parte que a pretende obter na petição inicial, partindo-se da premissa ser a parte vulnerável (o consumidor) o autor. Mas, nada mudaria, caso o consumidor fosse o réu, pois a natureza da relação jurídica existente entre as partes continuaria sendo consumerista e, portanto, preenchidos os requisitos legais, nada obstaría o deferimento do

pleito a seu favor. O consumidor poderia estar sendo demandado ilegitimamente pelo prestador ou fornecedor de serviço ou produto e sem a inversão do ônus da prova a seu favor estaria, sempre, fadado a uma sentença de procedência dos pedidos formulados.

Além do mais, o deferimento da inversão do ônus da prova ao autor não implicaria em qualquer prejuízo ao réu, mas, ao contrário, teria ele toda a fase instrutória para trazer ao juízo a certeza de seu direito.

3.4– DA CONTROVÉRSIA SOBRE O MOMENTO PROCESSUAL PERTINENTE À CONCESSÃO

Discute-se, ainda, sobre o momento processual adequado para a concessão da inversão do ônus da prova. Seguindo a divergência citada no item anterior, por certo, àqueles¹¹ que entendem se tratar de regra de julgamento, estabelecem a sentença para a fixação deste ônus processual. No entanto, outros¹² que sustentam se verificar uma regra de procedimento, divergem sobre o momento processual: uns pelo despacho liminar positivo e outros pelo despacho saneador.

Sobre essa ramificação vacilante, irremediavelmente a melhor posição é aquela que sustenta que a inversão do ônus da prova é regra de procedimento e deve ser fixada no despacho saneador, haja vista se tratar do momento processual para se fixar os pontos controvertidos na demanda sobre os quais se desenrolará a atividade probatória.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹² 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.

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.

Concretamente, o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor preceitua que é direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus interesses em juízo, razão pela qual lhe atribui a possibilidade de o juiz lhe conferir a inversão do ônus da prova, nas demandas em que estiver convencido da verossimilhança das alegações do autor, e de sua hipossuficiência em sentido amplo.

Esta norma visa a preencher um dos requisitos para que um processo judicial atinja, definitivamente, a pacificação social; qual seja, a instrumentalidade do processo, já que busca-se a verdade real e a justa composição dos conflitos.

3.5– ESPÉCIES DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova, segundo a Lei nº 8.078/90, como regra de isonomia das posições jurídicas, pode decorrer da lei, a qual se chama de inversão *ope legis*. É o que sucede com os artigos 12, § 3º; 14, § 3º e 38, todos do CDC. Também pode derivar de autorização judicial, a qual denomina-se inversão *ope judicis*. Esta é a modalidade de inversão que acoberta o dispositivo legal ora em comento - artigo 6º, VIII do CDC.

E é justamente esta natureza *ope judicis* da inversão do ônus da prova que admite a aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova.

Indubitavelmente, a praxe revela que os causídicos militantes se indignam diante de tal regra, tendo em vista a quantidade de recursos inominados existentes contendo esta alegação, ao argumento de se atribuir grande margem de discricionariedade ao magistrado. Entretanto, isto não se verifica, já que não lhe é dado proferir juízo de conveniência e oportunidade quanto à concessão do direito. Ao revés, lhe é exigido a análise dos requisitos legais: convencimento sobre a verossimilhança das alegações e hipossuficiência em sentido amplo. Basta a verificação desses requisitos para que tenha, o postulante, o deferimento da

inversão do ônus da prova. Evidentemente, se não se coadunarem com os ditames impositivos não terá direito a inversão do ônus da prova, incidindo a regra prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil (teoria estática), incumbindo a cada parte a comprovação de suas próprias alegações.

Também está presente na lei protetiva do consumidor a inversão decorrente de lei, face o teor dos artigos 12, § 3º; 14, § 3º e 38, todos da Lei nº 8.078/90. Ressalte-se que esta opera seus efeitos ainda que não haja qualquer decisão judicial ou atividade de quaisquer das partes. É o caso de inversão necessária e obrigatória.

O exemplo recorrente é a responsabilidade civil por acidente de consumo, em que a lei determina que o fornecedor tem a incumbência de provar as causas de exclusão de responsabilidade. Isso não significa que o consumidor está dispensado da produção de provas nos autos. A lei presume que, feita a prova da probabilidade, por meio das regras de experiência, o produto ou serviço é defeituoso. Só é autorizado pelo CDC a exclusão da responsabilidade do fornecedor se ele comprovar que o defeito não existe ou uma das outras causas previstas no elenco legal. Se não houver prova do fato do produto ou serviço, não incidirá a presunção relativa, porque ela pode ser afastada (*juris tantum*), de que o defeito não existe. Não cabe ao fornecedor robustecer a não ocorrência do acidente, já que não lhe é possível fazer prova de fato negativo.

Adequada está a conformação legislativa que transferiu ao fornecedor o ônus de elucidar a não ocorrência de defeito ou acidente do produto. Segundo CAVALIERI FILHO, “se para a vítima é praticamente impossível produzir prova técnica ou científica do defeito, para o fornecedor, como já assinalado, é perfeitamente possível ou pelo menos muito mais fácil.” É que o fornecedor tem o domínio do processo produtivo e, por isso, possui melhor condição de esclarecer se o seu produto tem ou não defeito.

Como consequência da concessão da inversão probatória *ope judicis* se ressalta que incumbe ao fornecedor comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do consumidor, uma vez que este está dispensado da produção de provas no que tocam os fatos constitutivos do seu direito.

Sobre o tema, há um julgado oriundo da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, da relatoria do desembargador Sérgio Cavaliere Filho¹³ cuja direção é no sentido de, uma vez deferida a inversão do ônus probatório pelo juiz, interessa ao fornecedor a produção da prova, pois, se não conseguir fazer a contraprova, não afastará a presunção que incide em prol do consumidor. E segue orientando que, nas hipóteses que se revela imprescindível a prova técnica, sua produção é da incumbência da parte que passou a ter o ônus de produzi-la.

4 – DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA

Existem vínculos jurídicos que não são de natureza consumerista, ou seja, são relações jurídicas comuns, e demonstram clarividente disparidade entre as partes. Estas necessitam da presença dos mesmos requisitos exigidos para a inversão do ônus da prova na Lei nº 8078/90.

Nestas relações comuns que evidenciam a disparidade entre seus pólos, a incidência geral do artigo 333 do CPC eclodiria numa situação injusta, da mesma forma como nas relações consumeristas.

Ocorre que essa análise estática da distribuição do ônus da prova nas relações comuns vem sendo amplamente debatida pela doutrina moderna e pela jurisprudência. É que

¹³ Agravos de Instrumento números 3094/2001; 9403/2001; 5098/2003.

o comando normativo pertinente traz uma carga de coercitividade na sua aplicação, o que, invariavelmente conduz às situações de tamanho desequilíbrio processual.

Por esse motivo, o ilustre autor Leonardo Greco¹⁴ é hábil em sustentar que, nos casos em que há o efetivo desequilíbrio entre os sujeitos processuais parciais numa demanda em que se deduz uma relação jurídica comum, há que ser deferida pelo juiz a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça, em atenção aos entendimentos doutrinários que surgiram, atualmente, vem aplicando a teoria da carga probatória dinâmica. Esta teoria nada mais é do que a teoria da inversão do ônus da prova aplicada, na casuística, nas relações jurídicas comuns. Se a relação é de injusta distribuição dos ônus probatórios, mas não se aplica o CDC, porque não é de natureza consumerista, esta teoria se aplica.

Cuida-se, aliás, de uma forma de interpretação sistemática das regras constantes do ordenamento jurídico, na medida em que a Constituição da República estabelece o princípio do devido processo legal, o Código de Processo Civil estatui a distribuição do ônus da prova de modo estático porque as partes, em tese, na relação jurídica processual estão em situação de igualdade, e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor proclama a aplicação da teoria da inversão do ônus da prova, nas relações de consumo, em prol da desigualdade latente entre as partes nesta demanda. Nada mais natural do que se permitir a incidência das regras especiais a uma relação jurídica comum, mas que se encontra numa situação especial, a fim de que se atenda a norma política.

A teoria da carga dinâmica da prova, originada do direito argentino, admite a viabilidade da redistribuição do ônus da prova¹⁵, ainda que seja uma relação jurídica comum em que não incida norma consumerista, nos casos em que seja verificado pelo juiz que uma

¹⁴ GRECCO, Leonardo. *Busca da Verdade e Paridade de Armas na Jurisdição Administrativa*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, nº 9 – Dezembro de 2006.

¹⁵ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 4.ed., Bahia, Jus Podivum, 2010.

das partes possui muitas dificuldades na produção de provas de suas argumentações. Neste caso, em prol da igualdade material, da ampla defesa, do contraditório, da efetividade da prestação jurisdicional, a inversão do ônus da prova está autorizada.

Existem três alicerces justificantes da aplicação desta teoria. Primeiramente, a busca pela igualdade material. Há, ainda, a existência do dever de cooperação entre as partes processuais, de sorte que se exige da parte que produzir a prova que a faça para o esclarecimento da questão e aprimoramento da cognição judicial. Além disso, há o poder instrutório do juiz, previsto no artigo 130 do CPC, que lhe permite comandar a prova que bem entenda, se relevante para sua cognição.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, hodiernamente, vem aplicando a carga dinâmica em várias situações, dentre elas as lides em que se discute sobre os expurgos inflacionários dos planos econômicos, tal como o julgamento prolatado, no dia 22.03.2011, nos autos do agravo de instrumento 0034057-93.2010.8.19.0000, advindo da 1ª Câmara Cível, da relatoria da desembargadora Maria Augusta Vaz.

O objetivo desta teoria construída pela jurisprudência é dar concretude aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

5- DO CUSTEIO DA PROVA

Cuida-se de um tema de bastante relevância, tendo em vista que a partir do momento processual em que for deferida a inversão do ônus probatório, incumbirá ao fornecedor fazer a contraprova, de modo que esta deve ser capaz de afastar a verossimilhança deduzida na inicial pelo autor.

O fato é que se transfere somente o ônus da prova, mas, caso o fornecedor entenda não ser hipótese para contribuir à formação do livre convencimento do juiz, deixará de

realizar a prova e terá contra si a presunção de veracidade que está sempre em prol do consumidor.

Portanto, a produção da prova é de total interesse do fornecedor, já que, se desincumbindo do seu ônus, provará os fatos desconstitutivos dos direitos do autor e, desta forma, elidirá a verossimilhança autoral. O custeio da prova deve ser arcado pelo fornecedor, já que ele é a parte a quem aproveitará.

5.1 – DA DISCUSSÃO SOBRE A TRANSFERÊNCIA AO FORNECEDOR DAS DESPESAS COM AS PROVAS

Por fim, há que ser discorrido sobre o custeio da produção da prova, especialmente quando a prova pericial se revela necessária.

Nesse passo, surge uma questão vacilante. O professor Kazuo Watanabe¹⁶, liderando uma primeira corrente de pensamento, sustenta que a inversão, nos casos em que há a hipossuficiência do consumidor, implicará na transferência ao fornecedor das despesas com as provas. Se assim não se entendesse a inversão do ônus da prova resultaria inaplicável, já que, quase sempre o consumidor é hipossuficiente econômico, desprovido de recursos para a produção da prova técnica.

O Superior Tribunal de Justiça, inicialmente, também encampou tal posicionamento, senão vejamos:

Inversão do ônus da prova. Cartão de crédito. A inversão do ônus da prova em ação revisional ajuizada contra administradora de cartão de crédito autoriza o juiz a determinar à ré a antecipação dos honorários do perito, em perícia requerida pelo autor. Recurso conhecido e provido. (Resp 436731/RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar)

¹⁶ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

Código de defesa do consumidor. Leasing. Inversão do ônus d aprova. Perícia. Antecipação de despesas. Aplica-se o CDC às operações de leasing. A inversão do ônus da prova significa também transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas de perícia tida por imprescindível ao julgamento da causa. Recurso não conhecido. (Resp 383276/RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar)

É que o STJ entendia que a inversão do ônus da prova implicaria necessariamente, nos casos de hipossuficiência declarada pelo juiz, na transferência ao réu das despesas com a prova, sob pena de tornar este instrumento processual inócuo, pois o consumidor é hipossuficiente econômico e, por isso, parte desprovida de recursos para a confecção da prova técnica.

Em momento ulterior, no entanto, o entendimento jurisprudencial veio evoluindo para reconhecer que a inversão do ônus da prova não se confunde com o custeio da produção da prova. A jurisprudência do S.T.J., por sua 3ª Turma, decidiu, *in verbis*:

A inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, o fornecedor sofre as conseqüências processuais advindas de sua não produção. Precedentes. Recurso não provido. (AGResp 542281/RJ, 3ª Turma Relatora Ministra Nancy Andrighi)

No I Encontro de Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ficou acertado que “constitui direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova, respeitados os pressupostos previstos no artigo 6º, VIII do CDC, sem implicar a reversão do custeio, em especial quanto aos honorários do perito”.

Transcreve-se importante passagem do livro do professor desembargador Sergio Cavaliere Filho¹⁷:

Como conciliar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor com o custeio da prova nos casos em que esta se faz necessária? Essa é a questão nodal. A toda evidência, ordenar a inversão do ônus da obrigação de provar, sem se impor qualquer ônus processual à parte economicamente mais forte quanto à produção da prova, tornaria inócuo a garantia da defesa do consumidor em juízo, instituída pelo CDC em cumprimento à Constituição. E mais, se a defesa do consumidor hipossuficiente depender da produção de prova técnica, que requereu, e a parte mais forte da relação de consumo se

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

recusa a custear-lhe a produção, sem qualquer conseqüência processual, estar-se-ia a acentuar, e não a remover a desigualdade que as distancia, em prejuízo do consumidor, que permaneceria, então, indefeso diante do pólo passivo da relação.

Por fim, há que ser salientado que deferida a inversão do ônus da prova, fica sob a incumbência do fornecedor produzir prova hábil a afastar a presunção de veracidade que incide em favor do consumidor tendo em vista a plausibilidade da sua pretensão.

Conforme os ensinamentos doutrinários, o que se pretende é transportar ao fornecedor o ônus da prova em sentido oposto e não coagi-lo a custear a prova, como no caso de honorários periciais. Se ele deixar de realizar a prova, somente terá contrariamente aos seus interesses a presunção de veracidade que milita em favor do consumidor, de maneira que se tornou o maior interessado na sua produção. O fornecedor tem a chance de comprovar que os fatos alegados pelo consumidor não são verdadeiros, razão pela qual a questão pertinente à despesa processual é meramente acessória.

CONCLUSÃO

A prova, como meio de formação do livre convencimento do juiz, se revela de suma importância, já que é o alicerce para que se provoque o Poder Judiciário.

No caso das questões consumeristas, ressalta-se o ônus da prova, tendo em vista a desigualdade existente entre os sujeitos processuais (fornecedor/prestador X consumidor) de relações jurídicas desta natureza.

Com o advento da Constituição da República promulgada em 1988, imbuída de seu espírito democrático que privilegia a dignidade humana e a justiça social, assim como prestigia o acesso ao órgão jurisdicional e à ordem jurídica justa e, adiante, o Código de Defesa do Consumidor em 1990, veio ao sistema jurídico pátrio o instituto da inversão do ônus da prova, que se revela, indubitavelmente, expressivo.

Isso significa que é possível a aplicação desta teoria nas relações jurídicas comuns, o que exterioriza um imenso avanço na ordem jurídica brasileira, de maneira que se aplica a teoria da carga dinâmica da prova, nos casos em que se verifica tamanha desigualdade na produção de provas entre as partes.

Para que seja assegurada a efetividade da prestação jurisdicional, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, é necessário muito mais que a simples viabilidade do exercício do direito de ação que se concretiza com a propositura de uma demanda. Se quer muito mais. Se busca a intromissão do Poder Judiciário para que seja garantida igualdade material, a verdade real entre as partes de uma relação consumerista, de modo que, assim sendo, serão resguardados os direitos dos indivíduos bem como da coletividade.

Muito embora a lei consumerista traga preceitos sobre a viabilidade da inversão do ônus da prova, o certo é que reconheceu a fragilidade das regras existentes sobre a distribuição do ônus da prova que vigem no ordenamento jurídico. Diversos temas sobre a sua aplicação não foram regulamentados, de sorte que até o presente momento a doutrina e a jurisprudência debatem.

Com este artigo se visou dar uma visão moderna da teoria da inversão do ônus da prova e das questões que giram em seu torno, razão pela qual se demonstrou a relevância desta teoria nas relações consumeristas assim como nas relações paritárias, com vistas, sempre, a resguardar a igualdade entre os sujeitos processuais, a ampla defesa, o contraditório para que se atinja o acesso à ordem jurídica justa e a efetividade da prestação jurisdicional.

Além do mais, abordando os principais aspectos referentes à inversão do ônus da prova, na forma como tratada dentro do Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que muitas são as divergências que ainda recaem sobre a aplicação dessa teoria.

A viabilidade de inversão do ônus da prova busca a facilitação da atividade probatória, o que somente ocorrerá com um imprescindível amadurecimento da comunidade

jurídica, causídicos e magistrados, a fim de que esta teoria se solidifique no sistema processual civil vigente.

REFERÊNCIAS:

- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 4.ed., Bahia, Jus Podivum, 2010.
- GRECO, Leonardo. *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. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- JÚNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- 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.
- _____, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Segunda Série, 1980.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. *Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.
- _____, 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, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- _____, Kazuo. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.