



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A inversão do ônus da prova sob o enfoque da extinção do rito sumário na relação jurídica
consumerista

Lucy Aimée da Cunha Gilbert

Rio de Janeiro
2015

Lucy Aimée da Cunha Gilbert

A inversão do ônus da prova sob o enfoque da extinção do rito sumário na relação jurídica consumerista

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil.
Professora Orientadora: Maria Carolina C. de Amorim

Rio de Janeiro
2015

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA SOB O ENFOQUE DA EXTINÇÃO DO RITO SUMÁRIO NA RELAÇÃO JURÍDICA CONSUMERISTA

Lucy Aimée da Cunha Gilbert

Graduada em licenciatura plena em Educação Física pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho. Servidora pública da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O artigo 333 do Código de Processo Civil seguiu a tendência da legislação europeia e definindo o ônus subjetivo da prova, estabeleceu que a prova dos fatos constitutivos do seu direito cabe ao autor; dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor cabe ao réu. Contudo, este critério adotado pelo CPC, apesar de representar grande avanço na solução do problema da distribuição do ônus da prova, apresenta algumas falhas por deixar sem solução inúmeras hipóteses, razão pela qual surge uma das mais importantes inovações processuais do Código de Defesa do Consumidor regulada em seu artigo 6º, VIII, o qual possibilita ao juiz determinar, no processo civil, a inversão do ônus da prova a favor do destinatário final de bens e serviços, quando for verossímil a alegação ou quando se tratar de consumidor hipossuficiente. No entanto, não obstante a inversão do ônus da prova em favor do consumidor a fim de lhe propiciar a facilitação da defesa do seu direito em juízo, observa-se que em inúmeras demandas judiciais consumeristas, o magistrado ao converter o rito processual de sumário para ordinário, visando auferir maior dilação probatória, acaba por afastar a incidência dos artigos 6º, VIII, 12 e 38 do CDC, aplicando o artigo 333 do Código de Processo Civil e desta forma, obsta a inversão do ônus da prova, causando injustiças, desequilíbrio processual entre as partes e o descrédito no Poder Judiciário, já que, neste caso, a existência da oportunidade às partes ao exercício da ampla defesa não significa necessariamente a garantia plena ao devido processo legal. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, lei 13.105 de 16/03/2015, em lugar da dicotomia existente atualmente entre procedimentos ordinário e sumário, foi erigido um novo, o procedimento comum, que será aplicável a todos os processos, ressalvados os de procedimento especial, valorizando a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, de maneira a permitir modificação das regras tradicionais do ônus da prova, quando for verificado que uma das partes se encontra em melhores condições de produzir uma prova específica, vindo, deste modo, ao encontro do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-Chave: Inversão do Ônus da Prova. Código de Processo Civil. Código de Defesa do Consumidor. Da extinção do rito sumário.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos importantes da inversão do ônus da prova segundo o Código de Processo Civil de 1973 e o Código do Consumidor. 2. O advento do Novo Código de Processo Civil e a extinção do rito sumário. 3. Tendência Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O processo de mudanças pelo qual perpassa historicamente uma sociedade impõe ao mundo jurídico uma maior flexibilidade na sua atuação, visando tutelar os direitos do cidadão.

Desde a revolução industrial até a revolução da informática, diversas foram as transformações do pensamento da sociedade.

No século XVIII e XIX, preconizava-se o individualismo, caráter patrimonialista, marcado pelo pensamento de Hobbes e Rousseau através da teoria do contrato, consubstanciado pela liberdade contratual do *laissez-faire* ou *laissez-passer*, ou seja, o homem, livre por essência, só pode se obrigar por sua própria vontade.

Neste período, não se preocupava com a influência do Direito na ordem da esfera da vida social ou da função social, sendo o homem aquilatado por seu patrimônio em prol da dignidade da pessoa humana.

Já nos séculos XX e XXI, prepondera-se a preservação e a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana também esculpido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste princípio norteador encontra-se a proteção do homem como sujeito de direito na relação de consumo, embasada na boa-fé objetiva/subjetiva e solidariedade, a fim de se obter a harmonização da cultura econômica e capitalista da sociedade atual.

Tendo em vista que o consumidor se subordina econômica, científica e tecnologicamente ao fornecedor, resta notória sua vulnerabilidade por ausência de tal conhecimento, razão pela qual surge de forma imprescindível a inversão do ônus da prova para equilíbrio das relações jurídicas, inserta no artigo 6º, VIII, do Código do Consumidor.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Porquanto os critérios de distribuição da prova na esfera do processo civil apresentam-se diferenciado do âmbito das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que a inversão do ônus da prova é um direito do consumidor, devendo o julgador inverter o ônus da prova no processo, presentes os requisitos da vulnerabilidade e verossimilhança das alegações.

Portanto, a matéria probatória, crucial para uma decisão justa, fundamentada e motivada, vigora como ponto chave pela formação do livre convencimento do magistrado (sistema de persuasão racional).

Contudo, em determinadas demandas judiciais de natureza consumerista, ao se converter o rito processual de sumário para ordinário, visando auferir maior dilação probatória, a lide passa a ser julgada nos termos do artigo 333 do Código de Processo Civil, afastando os artigos 6º, VIII, 12 e 38 do Código de Defesa do Consumido, afastando a inversão do ônus da prova, o que causa injustiças, desigualdades entre as partes, tornando para a mais vulnerável, a prova excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática e, por conseguinte, cresce o descrédito no Poder Judiciário.

Art. 333 do CPC. O ônus da prova incumbe:

- I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

- I - recair sobre direito indisponível da parte;
- II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Art. 6º do CDC. São direitos básicos do consumidor:

- VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Art. 12 do CDC. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 38 do CDC. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Este artigo busca investigar e analisar a aplicação da inversão do ônus da prova no procedimento comum em relações jurídicas consumeristas, contextualizada à luz da sistemática do Código de Processo Civil e Código de Defesa do Consumidor, apresentando para tal entendimento jurisprudencial da Justiça Comum Estadual e ainda, suscitando parcimônia ao paradigma judicial pragmático a fim de possibilitar uma produção probatória compatível com a realização e a garantia dos direitos fundamentais.

1. Aspectos importantes da inversão do ônus da prova segundo o Código de Processo Civil de 1973 e o Código do Consumidor

Tendo em vista a vulnerabilidade do autor, em se tratando de consumidor e as dificuldades existentes para provar a ocorrência do dano e o nexo causal, o tema é de grande relevância para a área cível e especializada em direito do consumidor no que diz respeito à produção de provas em processo judicial, pois não obstante a adoção da teoria objetiva da responsabilidade civil, que nem sempre representa efetiva garantia de proteção, a inversão do ônus probatório torna-se imprescindível para equilíbrio das relações jurídicas.

Leciona Maria Antonieta Zanardo Donato:

“Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, o que se verificava era a volumosa dificuldade de, diante de determinada circunstância danosa presente na relação de consumo, desincumbir-se o consumidor do encargo de provar a ocorrência do fato danoso. O sistema probatório tradicional do Código Processo Civil não servia, como não serve, à minoração do estado de fragilidade do consumidor perante o fornecedor”.¹

Aliás, o eminente Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2000.002.01897 pela 2ª Câmara Cível desta Corte, ao negar provimento ao recurso, citou o jurista José Carlos Barbosa Moreira, que afirmava:

¹ MELLO, Rogério Licastro Torres de. Inversão do ônus probatório nas ações de consumo. In: CARVALHO, Fabiano (Org). Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor. v. 1. SP: RT, 2008. p.312-313.

“Permite a lei que se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na dispensa do ônus da prova de determinado fato, o qual, sem a inversão, lhe tocaria demonstrar, à luz das disposições do processo civil comum; e se, de um lado, a inversão exime o consumidor daquele ônus, de outro, transfere ao fornecedor o encargo de provar que o fato – apenas afirmado, mas não provado pelo consumidor – não aconteceu. Portanto, no tocante ao consumidor, a inversão representa a isenção de um ônus; quanto à parte contrária, a criação de novo ônus probatório, que se acrescenta aos demais, existentes desde o início do processo e oriundos do art. 333 do Código de Processo Civil”.

A princípio, cumpre observar que versando a demanda sobre direito do consumidor, deve o magistrado verificar a existência de uma relação jurídica de consumo através dos seguintes elementos: o consumidor (arts. 2º, caput, parágrafo único, 17 e 29, CDC), o fornecedor (art. 3º, caput, CDC) e o objeto, o serviço ou produto (art. 3º, §1º e 2º, CDC).

Art. 2º do CDC. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º do CDC. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Art. 17 do CDC. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29 do CDC. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Porquanto a inversão judicial do ônus da prova do artigo 6º, inciso VIII do CDC é uma medida de exceção que quebra a regra geral do artigo 333 do Código de Processo Civil e por isso, uma vez presentes os requisitos legais da verossimilhança ou hipossuficiência, o juiz deverá, em sede de decisão interlocutória, inverter o ônus da prova em favor do consumidor,

cuja decisão deverá ser fundamentada, nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988 e artigo 165 do Código de Processo Civil.

Art. 6º do CDC. São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Art. 333 do CPC. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito

Art. 93 da CRFB/88. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 165 do CPC. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Corroborando o entendimento de Carlos Roberto Barbosa Moreira:

“ O ato judicial, devidamente motivado, indicará a ocorrência de uma dentre essas duas situações: a) a alegação do consumidor é verossímil; b) o consumidor é hipossuficiente. O emprego da conjunção alternativa, e não aditiva ‘e’, significa que o juiz não haverá de exigir a configuração simultânea de ambas as situações, bastando que ocorra a primeira ou a segunda”.²

² MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em benefício do Consumidor*. RePro 86, abr./jun.1997

Ademais, Érico de Pina Cabral suscita que o artigo 6º, VIII do CDC não fundamenta a inversão do ônus da prova no juízo de probabilidade, mas, sim, na verossimilhança da alegação, pois enquanto a verossimilhança atua no plano da mera alegação, a probabilidade exige algo material probatório. A seguir, o autor brilhantemente conceitua verossimilhança e hipossuficiência:

“10. Verossímil é o que apresenta como verdadeiro, que tem semelhança com a verdade, ou que é possível ou provável por não contrariar a verdade ou, o que tem probabilidade de ser verdade. Verossimilhança é a qualidade do que é verossímil, do que se apresenta como verdadeiro. Ressalve-se que verossímil não é exatamente o que acontece repetidas vezes, mas aquilo que pode acontecer, deduzido da observação dos fatos que normalmente se repetem. Assim, o estouro da tampa de uma garrafa de refrigerante não é um fato comum e que acontece repetidas vezes, mas da observação dos fatos comuns, através das regras ordinárias da experiência que esta afirmação é verossímil: este fato pode acontecer. Em suma, verossímil não é exatamente a alegação de um fato comum, mas a alegação de um fato que pode acontecer. Ou seja, o incomum também pode ser verossímil”.

(...)

“12. A hipossuficiência é um conceito relacional e é sempre aferível por critério que leva em consideração a condição comparativa dos sujeitos da relação processual (consumidor e fornecedor), e que tem, por objetivo, determinar qual dos dois tem a melhor condição (técnica, econômica, jurídica, etc) de produzir a prova de determinado fato relevante para o processo. Observa-se que no processo civil que versa sobre relação de consumo, a hipossuficiência só produz o efeito da inversão, em favor do consumidor, jamais do fornecedor (art. 6º, inc. VIII do CDC). Quando a produção da prova for mais fácil para o consumidor, este não será hipossuficiente em relação ao fornecedor, e não terá a seu favor um dos requisitos para a inversão do ônus da prova.

13. A hipossuficiência não se confunde com vulnerabilidade. A hipossuficiência é um conceito de direito processual, aferível em cada caso específico e que só tem uma finalidade: servir de requisito para a inversão do ônus da prova. A vulnerabilidade é um conceito de direito material, da qual decorre uma presunção absoluta de fraqueza em favor de todos os consumidores, na relação de consumo (art. 4º, inc. I do CDC”. 3

De outro modo, na ótica do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe inicialmente ao demandante por força do artigo 282, III, ao impor a apresentação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido na exordial e ao demandado, nos termos do artigo 333, II, o momento da incidência do ônus ocorrerá quando da elaboração da sua defesa apresentando fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

Art. 282 do CPC. A petição inicial indicará:

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

³ CABRAL, Érico de Pina. Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Prof. Arruda Alvim; v.8), p.460.

Art. 333 do CPC. O ônus da prova incumbe:

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Com relação ao momento processual em que o juiz deve apreciar sobre a inversão do ônus da prova, Érico de Pina Cabral aponta que a doutrina e a jurisprudência divergem entre si e se dividem em três correntes: (i) para a primeira, a inversão do ônus da prova deve ocorrer a partir do recebimento da inicial até a decisão de saneamento; (ii) para a segunda, somente na decisão de saneamento e; (c) para a terceira, por ser regra de julgamento, a apreciação ocorre no momento da prolação da sentença.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma) consolidou o entendimento de que a decisão de se atribuir diversamente o ônus da prova é de procedimento e não de julgamento, e, portanto, deve ocorrer na fase de instrução, momento em que será possível à parte produzir a prova que até então não achava necessária, ou até mesmo impugnar a decisão por meio de agravo, em garantia ao princípio do contraditório e ampla defesa, artigo 5º, LV da CRFB/88, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. CDC. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ENUNCIADO N. 297 DA SÚMULA DO STJ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC). MOMENTO PROCESSUAL. FASE INSTRUTÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. Há muito se consolidou nesta Corte Superior o entendimento quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (enunciado n. 297 da Súmula do STJ) e, por conseguinte, da possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII do artigo 6º da lei consumerista.

2. O Tribunal de origem determinou, porém, que a inversão fosse apreciada somente na sentença, porquanto consubstanciaria verdadeira "regra de julgamento".

3. Mesmo que controverso o tema, dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória - momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes -, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal, conforme precedentes.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, provido.

(REsp 662.608/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 242)

2. O advento do Novo Código de Processo Civil e a extinção do rito sumário

O sistema brasileiro civil processual de 1973 abrange tanto o princípio dispositivo, fatos e pedidos delimitados pelos litigantes (artigo 128), quanto o princípio inquisitivo que confere também ao juiz a iniciativa probatória (artigo 130).

Art. 128 do CPC. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 130 do CPC. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Já a conversão do rito processual é matéria de ordem pública e portanto, indisponível e em via de regra, o ônus de provar cabe a quem alega o fato, atuando as normas de distribuição do ônus da prova de forma subsidiária, em respeito ao princípio dispositivo.

De acordo com o Código de Processo Civil, as regras para atribuição do ônus da prova no procedimento ordinário estabelecem que cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

Com relação ao Código do Consumidor, o reconhecimento da situação de desigualdade entre consumidor e fornecedor fez com que o Código atribuísse ao juiz da causa a possibilidade de passar ao fornecedor a obrigação de provar que não lesou o consumidor em razão de seu conhecimento tecnológico do produto ou serviço colocado no mercado.

Ocorre que não obstante o entendimento jurisprudencial de conversão do rito sumário em ordinário, os conflitos relacionados ao consumo não devem ser resolvidos segundo os moldes gerais do Código de Processo Civil, CPC, mas, sim, com base nas normas específicas do Código do Consumidor, CDC, que excetua a regra geral, invertendo o ônus probatório, pois do contrário não ocorrerá efetiva prestação jurisdicional que atenda às necessidades do jurisdicionado.

Atualmente, a tendência é a afirmação de que a conversão do rito processual de sumário para ordinário não acarreta prejuízo às partes, sob o argumento da necessidade de dilação probatória, devendo ser fundamentada e para tanto, são apresentados acórdãos, despachos e suas reflexões sobre o papel da Justiça Comum Estadual na inibição ou aplicação da regra de inversão do ônus da prova no momento em que se aplica esta conversão processual.

Contudo, em determinadas demandas judiciais de natureza consumerista, ao se converter o rito processual de sumário para ordinário, visando auferir maior dilação probatória, a lide passa a ser julgada nos termos do artigo 333 do Código de Processo Civil, afastando os artigos 6º, VIII, 12 e 38 do Código de Defesa do Consumido, surgindo a faculdade da inversão do ônus da prova, o que causa injustiças, desigualdades entre as partes, torna a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática e, por conseguinte, cresce o descrédito no Poder Judiciário.

Art. 6º do CDC. São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Art. 12 do CDC. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 38 do CDC. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, lei 13.105 de 16/03/2015, desaparece o procedimento comum sumário, surgindo o procedimento comum que abrange: petição inicial, citação, audiência de conciliação, defesa do réu (contestação ou reconvenção),

saneamento no gabinete ou audiência específica, audiência de instrução e julgamento e sentença.

Apesar disso, as disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais, que forem revogadas, aplicar-se-ão às ações propostas até o início da vigência do Novo Código, desde que ainda não tenham sido sentenciadas.

Para que não restem mais dúvidas acerca do momento processual oportuno da inversão do ônus da prova, o artigo 373, §1º do Novo Código de Processo Civil, além de valorizar a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, corolário do princípio constitucional da isonomia, alicerça o entendimento de que a decisão que inverte o ônus probatório é de procedimento e não de julgamento, determinando que o juiz observe o contraditório e dê oportunidade para que a parte, a quem foi atribuído o ônus, possa produzir a prova.

Artigo 373 NCPC: “O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído

§2º. A decisão prevista no §1º. deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil

§3º. A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§4º. A convenção de que trata o §3º. pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

Com a consagração pelo Novo Código de Processo Civil da técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova, amplamente aceita pela doutrina nacional e já consagrada em nível jurisprudencial, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, proposta com base em: i) regra geral de distribuição do ônus da prova; ii) possibilidade de redistribuição, nos casos de prova diabólica ou de maior facilidade de obtenção da prova contrária; ii) possibilidade de redistribuição consensual do ônus da prova, o Brasil passa a ter o código com a disciplina mais minuciosa e tecnicamente correta sobre a distribuição do ônus da prova de que se tem notícia.

Entretanto, torna-se imprescindível o estímulo crítico dos profissionais do direito sobre as consequências devastadoras no que concerne à questão em voga.

Especialmente no que concerna à confusão entre o ônus da prova e o dever de produção da prova, afirma Sérgio Arenhart em parecer aos projetos de lei nº.6025/2005 e lei nº.8046/2010, ambos do Senado Federal, que tratam do Novo Código de Processo Civil (revogam a lei nº.5869 de 1973):

“Inicialmente, sob o ponto de vista técnico, o art. 358 não trata de modificação do ônus da prova, mas sim da imputação pelo juiz do dever de produção de prova a alguém que não sofrerá o ônus pela sua falta. O ônus da prova, conforme orientação pacífica da doutrina estrangeira e da doutrina nacional mais abalizada, constitui o ônus (prejuízo) decorrente da não produção da prova. (...) O juiz não distribuirá com antecedência o “prejuízo” pela não produção da prova, mas sim imporá a alguém que produza certa prova no interesse do processo. De outro lado, vê-se que o art. 358, par. 2º, ao estabelecer que a modificação do regime do ônus não implica a alteração quanto ao ônus de sua despesa, gera a absurda situação de que o dever de produção de certa prova será atribuído a uma parte, mas o seu custo será imposto à outra. Pior, se essa outra parte não adimplir com a despesa da prova, ela não será realizada, e o ônus de sua ausência será imputado à parte contrária!” (Corrigida a antinomia apontada por Sérgio Arenhart na parte final da sua justificativa: “Se o ônus financeiro da prova for excessivo, a parte pode pedir o benefício da gratuidade, cuja disciplina foi também revista, exatamente para deixar clara a possibilidade de que ele seja concedido para a prática de apenas um ato”).

Neste sentido corrobora o entendimento de Teresa Cristina Gaulia:

“(...) forçoso é concluir que a distribuição do ônus da prova no processo civil é fator determinante da justiça ou injustiça das decisões jurisdicionais em um grande número de casos, mormente naqueles em que há indubitavelmente a fragilidade maior de uma das partes em face da outra”.

E ainda:

“(...) De nada adiantará um novo direito pátrio cobrindo com seu manto de proteção os consumidores se esse direito não encontrar caminhos processuais que lhe determinem eficácia no momento em que surge o conflito. A inversão do ônus da prova a favor do consumidor é esse mecanismo implementador de mudança”.⁴

3. Tendência Jurisprudencial

Assim o nosso Tribunal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro já decidiu:

⁴ GAULIA, Cristina Tereza, in artigo publicado na Revista da Emerj, ano 2001, v.4, p. 88 e106, intitulado “A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”.

2ª Vara Cível:

Despacho

Não obstante o valor atribuído à causa, recomenda-se a utilização do rito ordinário como forma de abreviar o processamento da causa. Assim porque, dado o elevado aumento do número de demandas, a pauta de audiências preliminares (art. 277 do CPC) encontra-se assoberbada, exigindo o aguardo de alguns meses até a próxima data. E, havendo algum problema no ato citatório, tem-se como necessária a designação de nova data de audiência, comprometendo ainda mais a celeridade do rito. Assim sendo, anote-se o rito ordinário, que além de permitir o mais rápido processamento da causa, garante às partes o pleno exercício do direito de defesa. Anote-se onde couber. Defiro à jg, nos termos da Lei 1060/50. Preclusa esta decisão, cite-se. Cumpra-se.

No processo nº.0192410-92.2014.8.19.0001, que tramita perante a 2ª Vara Cível da Comarca do Capital do Estado do Rio de Janeiro, a demanda foi proposta e distribuída sob o rito sumário em 07/06/2014, porém convertida para o rito ordinário dado o elevado número de demandas que assoberba a pauta, muito embora não exista previsão legal para tal justificativa.

Houve a interposição do agravo de instrumento e agravo regimental sob a alegação de que não obstante o entendimento jurisprudencial favorável à conversão do rito sumário em ordinário nas hipóteses previstas em lei, conforme já destacado anteriormente, os conflitos relacionados com o consumo não devem ser resolvidos segundo os moldes gerais do Código de Processo Civil, mas, sim, com base nas normas específicas do Código do Consumidor que excetua a regra geral, invertendo-se o ônus probatório, pois do contrário não ocorrerá efetiva prestação jurisdicional que atenda às necessidades do jurisdicionado.

No entanto, os recursos não foram providos com fundamento na relativização de matéria procedimental de ordem pública com vistas a possibilitar maior eficiência à prestação da tutela jurisdicional e inexistência do prejuízo às partes (art. 250, parágrafo único do CPC).

13ª Vara Cível:

Despacho

Defiro JG. Objetivando preservar a pauta, e, considerando que nenhum prejuízo acarretará às partes, convole-se o rito para ordinário, sendo desnecessária a complementação de custas. Após, cite-se. O pedido de antecipação dos efeitos da tutela será apreciado após a resposta.

No processo nº 0186856-16.2013.8.19.0001, em ação de reparação de danos cumulada com repetição de indébito por negativação indevida nos cadastros restritivos de

crédito, distribuída em 04/06/2013 para 13ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, ocorreu a convocação do rito sumário para ordinário a fim de preservar a pauta, seguida por decisão de produção de outras provas necessárias e posteriormente, em sede de sentença, o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, I, CPC, concluindo pela improcedência dos pedidos sob o fundamento de que como a Ré, sem nada provar, alegou que a cobrança impugnada pelo autor se referia a outra linha de sua titularidade, não houve falha na prestação dos serviços por parte da ré, não havendo que se falar em cobrança indevida, ação ou omissão injustamente praticada pela ré, contudo, sequer houve a decretação da inversão do ônus da prova e nem mesmo análise da regularidade das cobranças, ponto crucial para o deslinde da demanda.

48ª Vara Cível

“... Revela salientar, finalmente, que a autora dispunha do pleno acesso ao Juizado Especial Cível para buscar a tutela ao direito que afirma ter sido lesado, sem necessidade de pagamento de qualquer valor, quer a título de custas quer de honorários e, na medida em que renuncia a tal benefício e opta por litigar na Justiça Comum não há motivo para que seja beneficiada pela gratuidade de justiça até porque não restou comprovada sua hipossuficiência financeira...

...No caso examinado, considerando a natureza da suposta lesão do direito e a pretensão do agravante, a tutela almejada poderá ser postulada na esfera dos Juizados Especiais Cíveis, com total isenção de custas e maior informalidade na tramitação. Outrossim, se prefere valer-se das vias ordinárias, certamente na expectativa de obter reciprocidade reparatória mais expressiva, deverá assumir os ônus das despesas judiciais. O Poder Judiciário é a via democrática colocada a disposição da sociedade para proteção e tutela de seus direitos quando lesados ou ameaçados de lesão e não para busca de lucro fácil ou obtenção de vantagens indevidas. Enquanto os profissionais do Direito não se derem conta e atentarem para essa afirmação tão óbvia quanto constitucionalmente prevista, não haverá JUSTIÇA para aqueles que dela realmente necessitam posto que toda a estrutura judiciária estará envolvida e sendo ocupada para rechaçar pretensões espúrias. E o mais estranho disso tudo é que são os próprios nobres causídicos que causam esse problema e que mais reclamam de suas consequências...”

No processo nº. 0153442-27.2013.8.19.0001, que tramitou perante a 48ª Vara Cível em ação indenizatória em face de plano de saúde, rito sumário, a sentença foi prolatada em audiência de conciliação.

Trata-se de uma decisão bizarra e esdrúxula na qual não houve pronunciamento sobre a inversão do ônus da prova e considerando tão somente as “comprovações” do Réu em peça de defesa, desse célere convencimento, julgou improcedente o pedido autoral,

legitimando a recusa do plano de saúde em realizar exame laboratorial, condenando a autora por litigância de má-fé e revogando a gratuidade de justiça outrora concedida.

Absurdamente, o juiz declarou em sentença que a demanda consumerista estava rechaçada por pretensões espúrias, tolheu a prerrogativa do direito quando afirmou que a tutela almejada deveria ser ajuizada em juizado especial devido ao baixo valor da causa e criticou, infundadamente, a classe dos advogados ao alegar que os profissionais do direito buscam lucro fácil ou obtenção de vantagens indevidas, humilhando e expondo a autora à situação ridícula, sem que soubesse que a causídica era recém-formada em Direito e aquela havia sido sua primeira audiência.

Em sede de recurso, a apelação foi conhecida, provida e a sentença totalmente reformada.

Conclusão

Conclui-se que o instituto da inversão do ônus da prova tem como pretensão tão somente a facilitação da defesa e não, conferir vantagem à parte hipossuficiente para vencer mais facilmente uma demanda.

Portanto, constatando-se a presença de verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, sendo o permissivo legal inclusivo e não exclusivo, o juiz estará obrigado a inverter o ônus da prova, não sendo caso de discricionariedade sua aplicação ou não ao processo, tendo em vista o direito subjetivo da parte e a natureza pública das normas de proteção ao consumidor.

A circunstância de constar no artigo 6º, VIII, Código do Consumidor, a expressão “a critério do juiz” deu margem a que se afirmasse que o magistrado, desde que presentes os requisitos, teria o “poder discricionário” de inverter ou não o ônus da prova em favor do consumidor.

Todavia, esse entendimento afronta até mesmo a interpretação meramente literal do dispositivo. Com efeito, não diz a lei que fica a “critério do juiz” inverter o ônus da prova. O que fica “a critério do juiz”, a partir de seu livre convencimento motivado, é a tarefa de aferir, no caso concreto levado à sua presença, se o consumidor é hipossuficiente e se a sua inversão dos fatos é verossímil. Apenas até aí vai a sua esfera de decisão.

Ou seja, compartilhando o entendimento da desembargadora do TJ/RJ Dra. Cristina Tereza Gaulia, uma vez se tratando de relação de consumo, o juiz deverá sempre,

inclusive de ofício, pois a lei revela no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor ser de ordem pública, sem qualquer requerimento da parte, inverter o ônus da prova a favor do consumidor e se posteriormente, ao final da instrução, o magistrado concluir que o consumidor não tem razão, deverá julgar improcedente o pedido.

Elucida que, por outro lado, caberá ao consumidor sempre provar os danos que alega ter sofrido, bem como demonstrar o nexo de causalidade entre o fato danoso e o dano cuja composição está a pretender.

Com base nas jurisprudências colacionadas ao presente, o que se nota é a banalização desta tendência, permitindo aos magistrados decidir pela conversão arbitrária do rito processual sob argumentos que extrapolam as cláusulas taxativas do artigo 275 do Código de Processo Civil de 1973, como por exemplo, assoberbamento de pauta ou nítido protecionismo paternalista e cooperativista.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, lei 13.105 de 2015, que extinguiu o procedimento comum sumário e instituiu o procedimento comum, prestigia-se a distribuição dinâmica do ônus da prova que permitirá ao magistrado, diante de cada caso concreto, por decisão devidamente motivada (artigo 489, §1º), em consonância com o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, modificar as regras tradicionais do ônus da prova, atribuindo-o a quem tiver melhores condições de sua produção (artigo 373), o que consagra avanço importante no ordenamento jurídico e enaltece o Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, não se pode confundir a distribuição do ônus probatório com o encargo financeiro, posto que na teoria das cargas dinâmicas da prova, o encargo financeiro é distribuído juntamente com o encargo probatório e na inversão do ônus da prova, que não importa em automática inversão do ônus financeiro, caberá ao consumidor, quando autor da demanda e não amparado pelos benefícios da assistência jurídica gratuita, arcar: (i) com as despesas prévias de atos ordenados de ofício pelo juiz ou (ii) requeridos pelo Ministério Público (artigo 19, §2º, Código Processo Civil de 1973) e (iii) com as despesas de perícia requerida por si ou por ambos os litigantes (artigo 33, Código Processo Civil de 1973).

REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. SP: RT, 1995.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 07/01/2015
- BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 07/01/2015
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07/01/2015
- BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02/04/2015
- DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 6. ed., v. 1. Salvador: Jus PODIVM, 2006.
- GAULIA, Cristina Tereza. *A Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. In: artigo publicado na Revista da Emerj, n. 13, v.4, 2001, p.88 e 106.
- GIDI, Antônio. *Aspectos da Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.13, jan./mar 1995, p. 32.
- GODINHO, R. R. *Prova e acesso a justiça: apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova*. In: CARVALHO, F.(Org). Aspectos processuais do código de defesa do consumidor. v. 1. SP: RT, 2008, p. 243-261.
- HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso Completo de Processo Civil*. Niterói, RJ: Impetus, 2014.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Inversão do ônus probatório nas ações de consumo*. In: CARVALHO, Fabiano (Org). Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor. v. 1. SP: RT, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Forense, 1997.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor*. RePro 86/302, abr./jun. 1997.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. SP: Saraiva, 2005.
- SANTOS, S. A. S. dos. *A Inversão do Ônus da Prova como Garantia Constitucional do Devido Processo Legal*. SP: RT, 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da apud NUNES, Anelise Coelho. *Apreciação Probatória no Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001, p. 15.

RADLOFF, Stephan Klaus. *A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa Do Consumidor*. RJ: Forense, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, *Processo Civil Moderno – Parte Geral e Processo de Conhecimento*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 248.