

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Alexandre Guimarães Gavião Pinto
Juiz de Direito do TJRJ

É sabido que o Código de Defesa do Consumidor, criado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, provocou importantes alterações no cenário jurídico brasileiro, assegurando um notório maior equilíbrio nas relações jurídicas travadas entre fornecedores de produtos e serviços e consumidores.

Na realidade, o Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor para debelar imperfeições, inevitáveis no mercado de consumo, conferindo ao consumidor uma igualdade jurídica suficiente para compensar a sua desigualdade econômica frente ao fornecedor.

A Lei nº 8.078/90, com vistas a proteger um específico grupo de indivíduos, fragilizados, muitas vezes, por agressivas práticas abusivas perpetradas no mercado livre, de maneira legítima, intervém nas relações de direito privado, que, anteriormente, eram intocáveis, sob a alegação do princípio da autonomia de vontades.

Mister salientar que, nas relações jurídicas de consumo, se aplicam os princípios e normas de ordem pública de assento constitucional, contidas na Lei Consumerista, que, diante da natureza de normas de ordem pública, são inafastáveis pela vontade individual.

Vê-se, destarte, que o Código de Defesa do Consumidor pode ser considerado uma lei de função social e, conseqüentemente, de ordem pública, com origem constitucional, o que implica no reconhecimento de que, nas relações de consumo, devem ser observados, fielmente, os princípios básicos que informam a Lei Consumerista.

Verifica-se que a Lei nº 8.078/90 criou um verdadeiro sistema de normas e princípios orgânicos, visando proteger o consumidor hipossuficiente, e efetivar os seus direitos, propiciando o surgimento de uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer uma relação de consumo.

Entre os poderosos instrumentos de efetividade das normas e princípios extraídos da Lei Consumerista, encontra-se o mecanismo da inversão do ônus da prova, que passou a ser autorizada pelo legislador, desde que, obviamente, estejam presentes certos requisitos.

O artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90 estabeleceu expressamente que constitui direito básico do consumidor *“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 verossímel a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.”*

Com efeito, o supra mencionado dispositivo legal possibilita que a defesa dos direitos dos consumidores seja facilitada, em juízo, pelo instrumento processual da inversão do ônus da prova, permitindo ao Magistrado assegurar a igualdade entre as partes, ao menos no plano jurídico.

Na doutrina pátria, capitaneada por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, CLÁUDIA LIMA MARQUES E KAZUO WATANABE, prevalece a concepção, com a qual se comunga, de que, para a decretação da inversão do ônus da prova, somente é exigível apenas um ou outro requisito, já que a própria interpretação gramatical autoriza essa conclusão, não sendo lícito ao intérprete ampliar o que o legislador restringiu, exigindo a presença cumulativa dos requisitos da verossimilhança da alegação e da impotência técnica do consumidor.

Registre-se, contudo, que há entendimento doutrinário minoritário, adotado, por exemplo, por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que exige, para o decreto de inversão, a presença cumulativa de ambos os requisitos delineados no inciso VIII, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor. Argumentam os defensores de tal tese que somente a conjugação dos dois requisitos previstos na lei seria capaz de revelar, no âmbito processual, a efetiva desigualdade das partes, a justificar a inversão do ônus da prova.

É importante consignar, outrossim, que a inversão do ônus da prova, medida extraordinária, e que, por isso, não pode ser considerada norma geral, não deve ser manejada, de forma automática e imoderada, em todo e qualquer processo em que se discuta uma relação de consumo, pelo mero fato de se vislumbrar a presença do consumidor em um dos pólos da relação processual, e do fornecedor de serviços e produtos, no pólo oposto da mesma relação.

Em se tratando de produção de provas, a inversão, em hipótese de relação de consumo, não pode ser considerada automática, tendo em vista que incumbe ao Magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, requisitos indispensáveis na análise judicial sobre a aplicação do artigo 6º, inciso VIII, da Lei Consumerista.

Não se pode perder de perspectiva que a inversão do ônus da prova atenua a regra prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil, que estabelece que incumbe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, e ao réu a demonstração da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, e que, de acordo com a regra que vigora no sistema legal do ônus da prova, a cada parte incumbe provar os pressupostos fáticos do direito que pretende ver aplicado, pelo Magistrado, na solução do litígio.

A inversão do ônus da prova somente pode ser admitida, quando o Magistrado constate a verossimilhança da afirmação feita pelo consumidor, ou a sua hipossuficiência, requisitos que deverão ser criteriosamente avaliados, segundo as regras ordinárias de experiência.

Deixando o julgador de se basear na verossimilhança do alegado, que consiste no juízo de probabilidade extraído do material probatório, a indicar ser, provavelmente, verdadeira a versão exposta pelo consumidor, ou na sua condição de hipossuficiente, que é a efetiva

demonstração de sua impotência, estar-se-á violando flagrantemente o princípio constitucional do devido processo legal.

O mecanismo da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, no processo civil, somente poderá ser admitido para estabelecer um justo equilíbrio processual entre consumidor e fornecedor, e não para ser aplicado, de forma automática, a gerar um novo desequilíbrio na relação processual, impondo ao fornecedor um encargo insuscetível de desempenho.

Não se pode conceber, por exemplo, que a inversão do ônus da prova seja utilizada como instrumento de transferência para o réu do encargo da prova de fato que se revela insuscetível de ser provado, reputando-se juridicamente impossíveis as provas que, além de negativas, se referem a argüições genéricas decorrentes de fatos indefinidos.

O momento processual da inversão do ônus da prova vem provocando acirradas divergências doutrinárias e jurisprudenciais no Brasil.

Muitos juristas, como JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA E HUMBERTO THEODORO JÚNIOR entendem que, de preferência, o momento processual adequado para a prolação da decisão de inversão do ônus da prova é o saneador, no qual o Juiz, saneando o processo, no intuito de que o mesmo possa prosseguir de forma regular, livre de vícios ou de questões aptas a obstar a análise do mérito da causa, põe em ordem o processo, determinando providências de natureza probatória. Isto se justifica, pelo fato de que, após o ajuizamento da demanda, com a apresentação da petição inicial, e a juntada aos autos da contestação, o Magistrado passa a ter conhecimento sobre os fatos alegados por ambas as partes, podendo, portanto, aferir a verossimilhança da afirmação feita pelo consumidor na petição inicial, e, concluindo pela presença dos requisitos legais, deferir a inversão do ônus da prova, em fase processual que não venha a cercear o constitucional direito de defesa da parte adversa.

Vale lembrar que, no saneador, são adotadas as providências indispensáveis para que o processo seja regido pelo princípio do contraditório, sendo, por isso, o momento processual verdadeiramente apto para que se opere a inversão do ônus da prova.

Note-se que tal deliberação, no saneador, evita a surpresa da parte, possibilitando que a mesma produza todas as provas que entenda oportunas e convenientes, o que atende aos princípios orientadores da prova *prima facie*, sem a vulneração da defesa dos interessados.

Os defensores do posicionamento de que o momento processual próprio para a inversão do ônus da prova é o saneador, alegam que, como as normas sobre a repartição do ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes, a inversão no momento do julgamento, atenta contra os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, provocando injusta surpresa para a parte contra a qual foi invertido o ônus da prova.

Outros juristas, como NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY consideram que a regra de distribuição do ônus da prova é regra de juízo, sendo a

oportunidade de sua aplicação o momento da sentença, após ter o julgador apreciado suficientemente a qualidade da prova colhida durante a instrução processual. Os processualistas que defendem tal ponto de vista asseveram que, por ser uma norma de julgamento, qualquer conclusão sobre o ônus da prova não pode ser emitida antes de ser encerrada a fase instrutória, sob o risco de ser feito um prejudgamento da causa.

O entendimento acima exposto é o de que o momento processual para a apreciação da necessidade da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova e de sua inversão é por ocasião do julgamento, e não quando do recebimento da petição inicial, na decisão saneadora, ou no curso da instrução probatória.

Argumentam aqueles que se perfilham na trincheira do posicionamento de que o momento da aplicação da inversão do ônus da prova é na sentença, que a fixação da sentença como momento processual próprio da inversão não implica em ofensa ao princípio da ampla defesa, eis que, da simples leitura da norma contida no artigo 6º, inciso VIII, da Lei Consumerista, tem o fornecedor plena ciência de que, em tese, serão invertidas as regras do ônus probatório, se o Juiz considerar como verossímeis as alegações do consumidor ou se for evidenciada a sua hipossuficiência, não podendo, portanto, alegar surpresa e perplexidade.

Consideram os defensores de que é, na sentença, o momento apropriado para a inversão do ônus da prova, que o fornecedor, diante do comando legal, tem plena consciência da possibilidade iminente da inversão, dispondo, também, do material técnico sobre o produto ou serviço que disponibiliza no mercado de consumo, já que é o consumidor a parte vulnerável da relação consumerista. Sustentam os doutrinadores, ainda, que se o fornecedor de produtos ou serviços, confiando na suposição de que o Magistrado não iria inverter o ônus da prova em favor do consumidor, é surpreendido com uma sentença desfavorável, deve atribuir a sucumbência mais a um excesso de otimismo do que a hipotética não observância do princípio da ampla defesa.

Para os doutrinadores que adotam tal ponto de vista, incumbe à parte orientar sua atividade probatória, de acordo com o interesse em produzir todas as provas que embasam suas pretensões, assumindo o risco de que, com sua inércia, possa vir a suportar a desvantagem de sua omissão, com a incidência das regras de experiência a favor do consumidor.

Por isso, é que, para os doutrinadores que entendem que a aplicação do inciso VIII, do artigo 6º, da Lei nº 8.078/90 deve ser efetivada quando da prolação da sentença, a inversão do ônus da prova no momento do julgamento não constitui ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, eis que, a partir da análise da petição inicial, as partes litigantes já podem avaliar, de plano, se há a possibilidade de aplicação, na hipótese que se descortina nos autos, das normas do Código de Defesa do Consumidor, não havendo que se falar em surpresa ou inconstitucionalidade, caso efetivada a inversão do ônus da prova naquele momento processual.

Tais doutrinadores registram, também, o posicionamento, de que a aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor submete-se ao poder discricionário do

Magistrado, já que o seu objetivo é justamente formar o seu convencimento, e que, estando portanto, sujeita ao critério do Juiz, em tese, caberá ao mesmo escolher o momento processual mais oportuno para determinar a inversão do ônus da prova.

É pacífico, entretanto, o entendimento de que o Juiz deve, no momento da decisão saneadora, registrar a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a conseqüente possibilidade de inversão do ônus da prova, nas hipóteses em que a existência da relação de consumo não se apresente, de plano, evidente.

Forçoso convir, contudo, que a jurisprudência não se encontra tão dividida quanto a doutrina, havendo significativa preponderância de entendimento, no sentido de ser a inversão do ônus da prova somente possível antes da sentença, ou seja, de que a sua aplicação apenas pode ser feita antes do término da instrução probatória.

Neste sentido, diversos julgados dos tribunais pátrios consignam o entendimento de que a inversão do ônus da prova, que constitui exceção à regra do artigo 333 da Lei de Ritos, depende de decisão fundamentada proferida antes do término da instrução processual, sob pena de não poder ser adotada na sentença, por violar o princípio da ampla defesa, devendo ser decidida, de preferência, no momento do saneador, ou, decretada no despacho inicial, após a especificação das provas, na audiência de conciliação, ou em qualquer outro momento em que se fizer necessária, desde que assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo impossível, ainda, o exame, em grau de recurso, de matéria sobre a qual não houve manifestação do primeiro grau de jurisdição, sob pena de supressão de instância.

É, por isso, que prevalece, na jurisprudência, o entendimento, que entendo, de fato, mais condizente com as garantias do devido processo legal, de que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável, decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova, que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu encargo.

Tormentosa questão que vem instigando interessantes debates doutrinários é sobre o momento do decreto da inversão do ônus da prova nas lides instauradas em sede de Juizados Especiais Cíveis.

Como é de todos sabido, os artigos 28 e 33 da Lei nº 9.099/95 consagram o princípio da concentração dos atos processuais nos feitos que têm seu trâmite nos Juizados Especiais Cíveis, o que implica no reconhecimento de que as provas devem ser produzidas na audiência de instrução e julgamento, momento em que a atividade de saneamento também é promovida.

Desta feita, para aqueles que entendem que o momento processual pertinente para a inversão do ônus da prova não pode ser o da prolação da sentença, a inversão do ônus da prova, caso não tenha sido deferida *ab initio*, quando da apreciação da petição inicial, deverá ser promovida na própria audiência de instrução e julgamento, cujo fracionamento é aconselhável para prosseguimento em data próxima, facultando-se ao fornecedor a

possibilidade de produzir todas as provas que lhe parecerem pertinentes na audiência seguinte.

Insta ressaltar, ainda, que a inversão do ônus da prova dá-se *ope judicis*, por obra do juiz, e não *ope legis*, como ocorre na distribuição do ônus da prova, regulada no artigo 333 do Código de Processo Civil, incumbindo ao Magistrado a análise da presença dos requisitos legais para o deferimento da inversão, que, inclusive, deverá ser fundamentado, em atenção ao artigo 93, inciso IX, da Carta Magna.

Para que o decreto de inversão do ônus da prova seja legítimo, o julgador deverá, ainda que de forma sucinta, expor, à saciedade, quais os elementos que formaram a sua convicção de estarem presentes os requisitos legais autorizadores.

Cumprido destacar, também, que, hodiernamente, a jurisprudência amplamente majoritária é no sentido de que constitui direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova, respeitado os pressupostos previstos no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, sem implicar na reversão do custeio, em especial, quanto aos honorários do perito. Nesta esteira de raciocínio, foi criado o Enunciado nº 10, do I Encontro de Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ocorrido entre 24 e 26 de agosto de 2001.

Assim sendo, vem entendendo a jurisprudência majoritária de nossos tribunais que a inversão do ônus da prova não importa em obrigar a parte a suportar o pagamento dos honorários periciais, mas, apenas, em lhe transferir o ônus da prova de afastar a presunção que milita em favor do consumidor, cabendo à parte decidir sobre a conveniência de produzir ou não a prova pericial pleiteada, arcando com as conseqüências de sua decisão.

Sobre o tema, restou registrado em diversos julgados que a inversão do ônus da prova não importa em reverter o ônus do pagamento da mesma, ainda que requerida por ambas as partes, sob pena de se obrigar à ré a produção de prova contra si mesma, o que é proibido por nosso ordenamento jurídico.

Ressalte-se, entretanto, que a parte que não almeja produzir determinada prova ou que a requer, mas depois deixa de arcar com os gastos necessários para a sua realização, perderá a dilação probatória, suportando os ônus processuais de seu ato. Nesse sentido, vem se posicionando o Colendo Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, no julgamento dos Recursos Especiais nº 683518/DF e nº 845601/SP, ambos da 4ª Turma, tendo como relator do primeiro recurso o Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, e do segundo recurso o Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, e no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 648625/MG, da 3ª Turma, tendo como relator o Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS.

Por fim, resta concluir que o mecanismo da inversão do ônus da prova, nas relações consumeristas, somente pode ser efetivado, no processo civil, em favor do consumidor, parte mais debilitada da relação de consumo; que a inversão do ônus da prova deve ser reputada como uma providência excepcional, não podendo ser automaticamente aplicável em qualquer lide, pelo mero fato de se tratar de uma relação consumerista, sob pena de se

revestir de flagrante abusividade, com ofensa ao devido processo legal; que a inversão do ônus da prova não pode ser utilizada como instrumento de transferência para o réu do encargo da prova de fato que se revela insuscetível de ser provado, reputando-se juridicamente impossíveis as provas que, além de negativas, se referem a arguições genéricas decorrentes de fatos indefinidos; que não se trata de uma hipótese de inversão *ope legis*, mas sim de uma modalidade *ope judicis*, condicionada ao preenchimento dos requisitos legais, e de decisão fundamentada, sob pena de nulidade; que, para a decretação da inversão do ônus da prova, somente é exigível apenas um ou outro requisito, já que a própria interpretação gramatical autoriza essa conclusão, não sendo lícito ao intérprete ampliar o que o legislador restringiu, exigindo a presença cumulativa dos requisitos da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência do consumidor; que prevalece, na jurisprudência, o entendimento mais condizente com as garantias do devido processo legal e com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, de que o momento processual adequado para a prolação da decisão de inversão do ônus da prova é o saneador, o que evita a surpresa da parte, possibilitando que a mesma produza todas as provas que entenda oportunas e convenientes para ensejar a improcedência do pedido contido na inicial, e que a inversão do ônus da prova não implica na reversão do custeio, em especial, quanto aos honorários do perito, posto que não importa em reverter o ônus do pagamento da mesma, ainda que requerida por ambas as partes, sob pena de se obrigar à ré a produção de prova contra si mesma, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, ressaltando-se que a parte que não almeja produzir determinada prova ou que a requer, mas depois deixa de arcar com os gastos necessários para a sua realização, assume integralmente o risco de ver contra si proferida um *decisum* desfavorável.