

Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR
Momento Processual Adequado

ISABEL CRISTINA AROUCK GEMAQUE GALANTE

SANTOS (SÃO PAULO)

2010

ISABEL CRISTINA AROUCK GEMAQUE GALANTE

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Momento Processual Adequado

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* TeleVirtual em Direito Processual Civil, na modalidade Formação para Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil .

**Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

Orientador: Prof. Nilson Martins Lopes Junior

SANTOS (SÃO PAULO)

2010

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas na presente monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Santos, 12 de dezembro de 2010.

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo aos meus pais Silvio e Maria das Graças, grata por todo apoio, dedicação e luta na minha formação, na transmissão de valores e, principalmente, por todo o carinho e amor dispensados à família.

Aos meus irmãos Silvio e Sandro, e à minha sobrinha Letícia, com muito amor.

Ao meu esposo Alexandre e ao meu filho Maximiliano, os alicerces da minha vida pessoal, e minha principal motivação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu esposo Alexandre e ao meu filho Maximiliano, com muito amor, por toda compreensão com minha ausência durante os estudos.

Agradecimento especial a minha mãe, Maria das Graças, cujo auxílio incansável proporcionou-me a oportunidade de conciliar a maternidade e os estudos.

RESUMO

Este artigo versa sobre a inversão do ônus da prova no direito do consumidor. O silêncio da lei trouxe dúvidas a respeito do momento processual adequado para referida medida de inversão. Doutrina e jurisprudência se manifestaram a respeito, dividindo-se em duas correntes: uma que entende que a medida de inversão deve ser aplicada no momento da sentença, e outra que sustenta que deve ser determinada no despacho saneador.

Palavras-chave:

Direito do consumidor, ônus da prova, momento processual adequado.

ABSTRACT

This article concerns about burden of proof reverse on the consumer's law. The silence of the law brought into question the proper time to this reverse measure in the lawsuit. Doctrine and jurisprudence voice their opinions, splitting up on two different opinions. One understands that reverse measure must be taken on the sentence, and the other one what affirms that reverse measure must to be taken when the judge decide about the proof's production.

Key words:

Consumer's Law, burden of proof, proper time im the lawsuit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1	11
Prova: conceito	
CAPÍTULO 2	13
Ônus da Prova: considerações gerais	
CAPÍTULO 3	16
Inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor	
3.1. Verossimilhança das alegações	19
3.2. Hipossuficiência	20
CAPÍTULO 4	24
Momento da inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor	
4.1. Na sentença	24
4.2. No saneador	28
CONCLUSÃO.....	33
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

A relevância do tema do Direito do Consumidor foi reconhecida constitucionalmente ao receber previsão na Carta Magna de 1988.

Transcreve-se, por oportuno, o texto dos artigos em que a matéria é prevista:

Artigo 5º, inciso XXXII: “ o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”;

Artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V – defesa do consumidor;

(...)”

Nesta esteira de sensibilização do legislador constituinte, e por força da determinação contida no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, adveio, oportunamente, a Lei no. 8078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor.

O crescimento econômico e a expansão da produção em larga escala trouxeram novas questões e conflitos, próprios das relações de consumo. Uma vez reconhecida a vulnerabilidade da massa consumidora, ante o fortalecimento dos grandes entes econômicos de produção, demandou-se uma tutela mais efetiva do

Estado, mormente no que se refere ao restabelecimento do equilíbrio entre as partes.

Assim, o aspecto marcadamente coletivo de proteção processual do Código de Defesa do Consumidor surgiu como uma resposta do legislador à exigência da sociedade contemporânea, de um posicionamento mais eficaz do Poder Público.

Referido código instituiu um subsistema jurídico próprio e autônomo em relação às outras normas, marcado pela sua natureza protecionista e dotado de medidas eficazes para tutela dos direitos coletivos.

Sob o ponto de vista processual, por força da condição de hipossuficiência do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu normas que facilitam a defesa de seus interesses e o seu acesso à Justiça.

Vale lembrar que sua concepção protecionista deve sempre socorrer o intérprete no manuseio da lei consumerista. A própria Constituição Federal, em seu artigo 170, inciso V, ao tratar sobre os princípios gerais da atividade econômica, impõe ao Estado a incumbência de promover a defesa do consumidor.

Nesta toada, a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º., inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor é um dos regramentos destinados ao restabelecimento da igualdade entre as partes.

O momento processual oportuno para aplicação de referida disciplina diferenciada, no que tange à distribuição do ônus probatório, constitui-se em discussão palpitante e polêmica no cenário jurídico hodierno.

1. PROVA: CONCEITO

Ao deduzir sua pretensão em juízo, acessando o Estado-juiz, para dele obter um pronunciamento jurisdicional na composição de determinado litígio, a parte autora afirma a ocorrência de fatos juridicamente qualificados, autorizadores da incidência da norma.

Entretanto, somente a partir desta primeira exposição unilateral da parte demandante, não é possível verificar se tais fatos alegados correspondem à verdade.

Assim, adotando-se o procedimento ordinário como exemplo, à versão apresentada pelo autor, seguem-se as afirmações do réu em sentido oposto, sobre as quais igualmente pairam dúvidas sobre sua veracidade.

Colocada perante o magistrado cada uma das diferentes versões dos fatos ou qualificações jurídicas destes, e uma vez aperfeiçoada a base fática da lide, compete-lhe formar sua convicção, dizendo a solução jurídica que a situação reclama.

Nesta tarefa, de convencimento sobre a verdade ou inverdade dos fatos alegados pelas partes, o juiz fundamenta seu posicionamento com base na prova.

Humberto Theodoro Junior sustenta que há dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo:

a) um objetivo: a prova produzida em si, meio apto a atestar a veracidade dos fatos alegados;

b) um subjetivo: de ordem psíquica, entendida como a convicção de verdade formada no íntimo do julgador a partir dos elementos materiais produzidos.¹

Podemos, todavia, conceituar a prova de um modo mais conciso, como o instrumento processual destinado a formar o convencimento do juiz a respeito dos fatos controvertidos postos em juízo, de modo a autorizar a incidência da norma, podendo ser manejado pelas partes ou pelo próprio magistrado.

Obtém-se, pois, a partir da prova, uma reconstituição histórica dos acontecimentos pretéritos referentes à lide.²

¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. Página 472.

² MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. Campinas: Editora Millennium: 1998. Página 255.

2. ÔNUS DA PROVA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

É certo que a solução do litígio posta na sentença será a favor daquele que logrou demonstrar que os fatos por ele alegados correspondem à verdade.

Assim, vale mencionar, por oportuno, lição de Humberto Theodoro Junior a respeito da importância do tema do ônus da prova: “No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte de causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova”.³

Em suma, vencerá quem provar a verdade.

Não há uma obrigação de provar, e sim, uma necessidade. Portanto, acertado afirmar tratar-se de um ônus, já que aquele que não fizer a prova do fato sustentado por si suportará as consequências de sua falta ou omissão: sucumbência e o não reconhecimento do direito pleiteado.

O cumprimento do ônus processual interessa somente à parte, que não pode exigir do adversário produza prova, ao passo que na obrigação, a parte pode ser compelida coercitivamente a prestá-la.

O titular do ônus tem interesse em cumpri-lo para se posicionar em situação processual de vantagem.

Difere da obrigação, compreendida como o dever de praticar determinada conduta, pena de contrariar a ordem jurídica e sofrer sanção.

³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. Página 478.

No direito processual pátrio, o regime do ônus da prova é basicamente positivado no artigo 333, “caput”, do Código de Processo Civil, que dispõe:

“Art. 333. 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.

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 “.

No texto legal é de se concluir que o ônus da prova é repartido conforme a posição processual que a parte assume, recaindo sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato, salvo exceções expressamente previstas, tais como aquela estampada no parágrafo único do artigo acima transcrito, e aquela inserida na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), artigo 6º, inciso VIII, objeto do presente estudo.

Vale mencionar que o instituto do ônus da prova só assume o feitiço de relevante questão, na hipótese de não existirem elementos aptos a propiciar um pronunciamento judicial seguro, já que por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, não pode o magistrado eximir-se de proferir sentença sob o fundamento de não se encontrar convencido a respeito dos fatos que lhe foram apresentados.

O momento-sede para a produção da prova é a fase processual da instrução, sendo que as regras sobre “onus probandi” podem ser invocadas, tanto durante a instrução, como no momento do julgamento.

É possível que mesmo após a produção de todas as provas, e ainda, que aplicado o sistema de valoração da prova, o magistrado ainda não se sinta convencido sobre o detentor da razão dentro da lide. Nesta situação, ele lançará mão das regras sobre o ônus da prova, de modo a proferir uma decisão final.

Então, o juiz deitará seus olhos sobre o processo, submetendo-o a diferente enfoque: julgará a demanda desfavoravelmente àquele que não se desincumbiu do ônus de provar os fatos alegados.

Haverá inversão do ônus da prova quando são aplicadas de maneira diversa as regras previstas no artigo 333 do Código de Processo Civil, seja em razão

de previsão legal (“ope legis”) ou por força de decisão judicial (“ope iudicis”), quando houver autorização por lei.

No Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII, desde que preenchidos os requisitos previstos em referido dispositivo, há autorização legal de inversão do ônus da prova, a critério do juiz (“ope iudicis”).

Considerando que se trata o Código de Defesa do Consumidor de um sistema autônomo e próprio, são primeiramente aplicadas suas regras sobre inversão do ônus da prova, e, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

3. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A inversão do ônus da prova no direito do consumidor justifica-se pelo caráter protecionista da Lei nº 8.078/90, estampado em seu artigo 4º, “caput” e inciso I, a seguir transcrito:

“Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

(...)”

O Código de Defesa do Consumidor traz diversas regras de inversão do ônus da prova, divididas entre regras legais e judiciais.

As regras legais (“ope legis”) se operam automaticamente e independem de decisão judicial. Estão previstas no artigo 12, parágrafo 3º, no artigo 14, parágrafo 3º e no artigo 38, a seguir transcritos:

“Art. 12. 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

acondiçãoamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

§ 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. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

(...)”

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

Já o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor traz previsão de regra judicial (“ope iudicis”) de inversão do ônus da prova, tratando-a como direito básico do consumidor. Senão vejamos:

“ 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;

(...)”.

Trata-se de regra de inversão “ope iudicis”, ou seja, a critério do juiz.

A decisão sobre a aplicação ou não da regra de inversão do ônus da prova foi colocada nas mãos do magistrado, desde que verificada a verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua condição de hipossuficiência.

A concepção acertada sobre o significado de “critério” é questão que merece deslinde imediato.

Critério é parâmetro. A Lei nº 8.078/90 não delegou ao mero arbítrio judicial a decisão sobre eventual inversão do ônus da prova. Ao contrário, verificada a verossimilhança da alegação ou caracterizada a hipossuficiência do consumidor, a redistribuição da incumbência de produzir prova é medida que se impõe.

O arbítrio judicial limita-se à verificação do implemento de um dos requisitos alternativamente exigidos pela norma. A configuração de um deles vincula o juiz à determinação da inversão do “onus probandi”. Frise-se: o critério judicial restringe-se à verificação do preenchimento de um dos pressupostos legais autorizadores da medida de inversão.

Vale registrar, por pertinente, que a aplicação da medida de inversão não é automática, competindo ao juiz da causa a aferição do preenchimento dos requisitos previstos na lei. Contudo, uma vez aperfeiçoado um deles, a inversão converte-se em direito do consumidor.

Sobre a regra de inversão “ope iudicis”, pronunciou-se o Superior Tribunal Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 6º, INCISO VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. HIPOSSUFICIÊNCIA E VEROSSIMILHANÇA. CRITÉRIO DO JUIZ. REEXAME DO CONTEXTO FÁCTICO-PROBATÓRIO. ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de relação de consumo, a inversão do ônus da prova não é automática, cabendo ao magistrado a análise da existência dos requisitos de hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança das suas alegações, conforme estabelece o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

2. Reconhecida no acórdão impugnado, com base nos elementos fácticos dos autos, a presença dos requisitos a ensejar a inversão do ônus da prova, rever tal situação, nesta instância especial, é inadmissível, pela incidência do enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1102650 / MG, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, Data do Julgamento 15/12/2009, DJe 02/02/2010).

“PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. PRESSUPOSTOS LEGAIS. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. CABIMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte contra a Agência Brasileira de Telecomunicações S/A, com o fito de obter reparação de danos causados aos consumidores pela cobrança indevida de débitos relacionados a ligações de longa distância.

2. O Tribunal de origem desproveu o Agravo de Instrumento, mantendo a decisão que determinou a inversão do ônus probatório liminarmente e sem fundamentação.

3. O art. 6º, VIII, do CDC inclui no rol dos direitos básicos 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 verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

4. A expressão "a critério do juiz" não põe a seu talante a determinação de inversão do ônus probatório; apenas evidencia que a medida será ou não determinada caso a caso, de acordo com a avaliação do julgador quanto à verossimilhança das alegações ou à hipossuficiência do consumidor.

5. A transferência do encargo probatório ao réu não constitui medida automática em todo e qualquer processo judicial, razão pela qual é imprescindível que o magistrado a fundamente, demonstrando seu convencimento acerca da existência de pressuposto legal. Precedentes do STJ.

6. A tese recursal de que a inversão do ônus da prova não pode ser deferida em favor do Ministério Público em Ação Civil Pública, por faltar a condição de hipossuficiência, não foi debatida na instância ordinária, tampouco foram opostos Embargos de Declaração para esse fim. Aplicação, por analogia, da Súmula 282/STF, ante a falta de prequestionamento.

7. Ad argumentandum, tal alegação não prospera. A uma, porque a hipossuficiência refere-se à relação material de consumo, e não à parte processual. A duas, porque, conforme esclarecido alhures, tal medida também pode se sustentar no outro pressuposto legal, qual seja, a verossimilhança das alegações.

8. Afasta-se a determinação liminar de que a ora recorrente arque com o ônus probatório, sem prejuízo de eventual e oportuna inversão.

9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.”

(Recurso Especial no. 773171 / RN, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Data do Julgamento 20/08/2009, Data da Publicação DJe 15/12/2009).

É salutar que o dispositivo seja bem compreendido frente o tão ressaltado caráter protecionista do Código de Defesa do Consumidor, e as regras e princípios que norteiam o magistrado no desempenho de sua função jurisdicional, mormente o princípio da legalidade.

3.1. Verossimilhança das alegações.

A alegação da parte autora que enseja a inversão do ônus da prova, a despeito de sua condição de hipossuficiência é aquela que se reveste da robustez da probabilidade de corresponder à verdade.

A previsão legal se justifica a partir de um senso jurídico de razoabilidade, de que não seria justo que alguém, a quem a princípio assiste a verdade, devesse aguardar o sofrido e demorado desenvolvimento do processo para obter um provimento jurisdicional a seu favor.

Outrossim, ensina Humberto Theodoro Junior, a teor das regras estabelecidas pela Lei nº 8.078/90, que competirá ao demandado produzir prova sobre eventual circunstância que retire os fatos alegados na inicial de sua esfera de responsabilidade. O autor exemplifica a matéria de defesa do réu, tais como: caso fortuito, culpa exclusiva da vítima, falta de nexo entre o resultado danoso e o produto consumido etc.⁴

Cabe salientar que, para as hipóteses em que o autor não lograr demonstrar a verossimilhança de suas alegações, cabe-lhe sempre trazer aos autos um princípio de prova do fato constitutivo de seu direito, de modo a justificar a aplicação de referida regra de inversão, pena de determinação de prova impossível, em desarrazoado desrespeito à garantia constitucional do devido processo legal.

Nesse sentido, aresto do Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. ANTICONCEPCIONAL SEM PRINCÍPIO ATIVO. PLACEBO. GRAVIDEZ NÃO PROGRAMADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356 DO STF). COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL. AUSÊNCIA. PRECEDENTE.

I. A discussão acerca do momento da aplicação do instituto da inversão do ônus da prova não foi objeto de manifestação específica pelo tribunal de origem, pelo que restou ausente o prequestionamento (Súmulas 282 e 356 do STF).

II. Consoante jurisprudência desta Corte Superior "ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não-comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora - quando lhe era, em tese, possível provar -, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido" (REsp 720930/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 09/11/2009).

⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. Página 480.

III. Indemonstrado o nexo de causalidade, com a comprovação da utilização de pílulas oriundas dos lotes de placebo indevidamente enviados ao mercado, incabível a indenização.

IV. Recurso especial conhecido e provido para se restabelecer o acórdão que julgou improcedente o pedido inicial.” (Recurso Especial no. 844969 / MG, Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, Data do Julgamento 19/10/2010, Data da Publicação DJe 11/11/2010).

3.2. Hipossuficiência.

No que se refere à hipossuficiência do consumidor, há que diferenciá-la da vulnerabilidade.

Colaciono, por oportuno, lição de Luiz Antonio Rizzato Nunes:

“O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do Código de Defesa do Consumidor não é econômico. É técnico.

A vulnerabilidade, como vimos, é o conceito que afirma a fragilidade econômica do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desenvolvimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc.

Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais ‘pobre’. Ou, em outras palavras, não é por ser ‘pobre’, que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material”

Na realidade, para beneficiar o carente econômico no processo não seria necessária a inversão. Bastaria a determinação judicial de que o fornecedor arcasse com eventuais custas processuais para a produção de provas, tais como as periciais (que, diga-se, não é ônus, pra fins de aferição de prova). Determinar-se-ia a inversão do pagamento, ou seja, o consumidor produz prova e o fornecedor a paga, e aí sim estar-se-ia protegendo, de forma justa, o economicamente fraco.

Não se pode olvidar que, para os ‘pobres’ na acepção jurídica do termo, existe a justiça gratuita, a qual permite ao beneficiário a isenção do pagamento das custas judiciais, o que não significa que ele está isento de provar o seu direito.

E o inverso é verdadeiro: existem consumidores economicamente poderosos, o que não implica a sua não-hipossuficiência técnica. Mesmo no caso de

o consumidor ter grande capacidade econômica, a inversão do ônus da prova deve ser feita na constatação de sua hipossuficiência (técnica de informação).⁵

A respeito das espécies de hipossuficiência, valorosos os ensinamentos do eminente desembargador Rogério de Oliveira Souza⁶:

“A hipossuficiência deve ser analisada sob três aspectos: a hipossuficiência econômica, a hipossuficiência de informação (ou técnica) e a hipossuficiência jurídica. A hipossuficiência se apresenta como um conceito de direito material e não processual, embora somente possa ser averiguada dentro de uma relação jurídica processual. A hipossuficiência tem relação direta com as condições pessoais da parte consumidora, devendo ser perquirida junto às suas próprias condições de vida, ou seja, situação social, econômica e cultural, de molde a possibilitar o preenchimento do conceito. A investigação, no entanto, se desenvolve dentro do processo, inexistindo procedimento específico e autônomo que demonstre ao Juiz tal condição, valendo apenas para o fim de demonstrar ao julgador a existência de um dos elementos que autorizam o deferimento da inversão da carga probatória processual.

Sob o primeiro aspecto, existe correlação entre o conceito de hipossuficiência e de necessitado, conforme previsto na Lei 1.050/60, posto que se refere à parte, considerada como consumidor, que não dispõe dos meios econômicos próprios e suficientes para prover às despesas do processo sem prejuízo do sustento de si e de sua família. Desta forma, ao deferir à parte consumidora a assistência judiciária (através de órgão estatal ou privado, ou profissional particular, incumbido da defesa de seus interesses em juízo) e conceder-lhe a gratuidade de justiça, o Juiz também já reconheceu sua condição de hipossuficiente econômico, preenchendo parte de um dos requisitos previstos no inc. VIII do art. 6º da Lei 8.078/90.

A hipossuficiência de informação (ou técnica) volta-se para as próprias condições pessoais da parte que não avalia o que seja relevante para a defesa de seus interesses, não compreendendo o valor deste ou daquele documento, da identificação de pessoas habilitadas a prestarem depoimentos em juízo, a carência de identificação de locais e situações que forneçam elementos de prova, a falta de cuidado na preservação de objetos de prova (v.g., documentos, prontuários, receitas, bens móveis, etc.). Tal deficiência gera evidentes dificuldades para o profissional encarregado de sua defesa, podendo, inclusive, conduzir à formulação de estratégia errada e fadada ao insucesso. A hipossuficiência técnica tem relação direta com a capacidade individual da parte consumidora em prover informações de cunho relevante ao processo, gerando incerteza quanto ao reconhecimento do direito pleiteado. A hipossuficiência técnica se apresenta como consequência inarredável das próprias condições econômicas a que se sujeita a parte consumidora em sua vida de relação, impossibilitando-a de adquirir conhecimentos mínimos sobre o direito que pleiteia. A base legal do reconhecimento da hipossuficiência de informação (ou técnica) situa-se no próprio Código do Consumidor, ao estabelecer como princípio, que o consumidor é a “parte vulnerável no mercado de consumo” (art. 4º, I), que o mesmo tem direito à “educação e informação (...)

quanto aos seus direitos e deveres” (id., IV), elencando, ainda, dentre os seus “direitos básicos”, a “educação e divulgação sobre o consumo adequado de produtos e serviços” (art. 6º, II), “informação adequada e clara

⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. Páginas 133 e 134.

⁶ www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/.../hipossuficiencia.pdf

sobre os diferentes produtos e serviços” (id., III), e “proteção contra a publicidade enganosa” e outras práticas comerciais ilícitas (ib., IV). Este direito básico à “informação adequada” garante ao consumidor, em razão de sua vulnerabilidade, o reconhecimento da hipossuficiência técnica na identificação dos elementos de prova necessários à defesa de seus interesses. Somente o consumidor bem informado, isto é, com informação adequada sobre o produto ou serviço objeto da demanda, pode proporcionar elementos de prova hábeis à defesa de seus direitos; o consumidor mal informado, seja em razão de sua hipossuficiência econômica, seja em razão de ofensa aos seus direitos de informação, se apresenta como hipossuficiente técnico, fazendo jus ao reconhecimento pleno de sua condição protetiva. O direito a informação adequada se apresenta, assim, sob duplo aspecto: material e processual, voltando o primeiro para o conhecimento mínimo razoável sobre o produto ou serviço fornecido e, o segundo, para a identificação de elementos de prova indispensáveis à propositura de eventual demanda; se o primeiro é mal compreendido pelo consumidor, gerará dificuldades enormes na própria defesa do direito em Juízo.

Por último, apresenta-se a hipossuficiência jurídica, onde a parte consumidora é assistida por profissional de baixa qualificação ou mal qualificado para o exercício de seu mister, proporcionando a apresentação deficiente ou inaproveitável da demanda judicial (CPC, 295), desincumbindo-se de maneira desidiosa ou imperita sobre os elementos do processo (partes, pedido, provas, recursos), ensejando uma assistência jurídica imperfeita para os fins de proteção do consumidor. A hipossuficiência jurídica, embora de maneira indireta, também apresenta relação direta com a hipossuficiência econômica da parte consumidora, posto que, seja através da intervenção deficiente do Estado, seja através da atuação particular do advogado, a atuação judicial do hipossuficiente se vê evidentemente prejudicada. A ocorrência da hipossuficiência jurídica na relação processual de consumo, não tem o condão de possibilitar ao Juiz proceder à substituição cogente do profissional que assiste à parte; pode, apenas, reconhecer de ofício, o direito à inversão do ônus da prova⁵, mesmo que não requerido processualmente pela parte, como uma das manifestações de um “direito básico do consumidor”, que, no caso, se apresenta como “a facilitação da defesa de seus direitos” (Lei citada, art. 6º, VIII). É evidente que tal medida apenas se dará no caso de a demanda chegar a bom termo, isto é, até a fase probatória, sendo de pouca valia se a petição inicial for indeferida.

A condição de hipossuficiente, em princípio, somente pode ser reconhecida à parte consumidora, se presente esta tripla manifestação, posto que, embora a hipossuficiência econômica possa, na maioria das vezes, ensejar a ocorrência da hipossuficiência técnica e jurídica, tal encadeamento lógico não é inevitável. A parte consumidora pobre, mal informada e má assistida, é evidentemente hipossuficiente, para os fins do art. 6º inc. VIII da Lei 8.078/90 (devendo, então, ser analisada a verossimilhança de sua alegação). A hipossuficiência econômica, por si, garante apenas o reconhecimento da condição de “necessitado”, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei 1.060/50, não sendo bastante para ser considerado hipossuficiente para os fins protetivos do Código do Consumidor. A hipossuficiência jurídica, a seu turno, garante à parte consumidora a intervenção oportuna do Juiz, no sentido de determinar a inversão do ônus da prova, a seu favor, mesmo que não requerida pelo profissional que a assiste.”

A respeito da hipossuficiência, colaciona-se aresto do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Inversão do ônus da prova - Agravo de instrumento interposto contra decisão que em ação anulatória de débito [c.c.](#) pedido de tutela antecipada e indenização por danos morais inverteu o ônus da prova determinando a ' realização de perícia a cargo da prestadora de serviços - Inconformismo dela firme na tese de que não basta a demonstração da hipossuficiência financeira devendo, então, ser comprovada também a hipossuficiência técnica do consumidor - Não acolhimento - Não há que se falar em comprovação de hipossuficiência técnica ' do consumidor, na medida em que a prestadora de serviços possui tecnologia , suficiente para a constatação de irregularidades no relógio medidor de consumo de energia elétrica - Caso que deve ser solvido à luz do [CDC](#) (art. 6º, VIII) - Recurso não provido (Agravo de instrumennto no. 7321344000).

4. MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR:

4.1. Na Sentença.

O silêncio do legislador quanto à oportunidade de aplicação da regra prevista no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90 ensejou palpitante discussão na doutrina e na jurisprudência, ante as consequências processuais e de julgamento decorrentes do momento processual de sua aplicação.

Balizada doutrina sustenta que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior: “ o juiz é o destinatário imediato da prova, de sorte que a regra sobre o ônus da prova a ele é dirigida, por ser regra de julgamento. Nada obstante, essa regra é fator indicativo para as partes , de que deverão se desincumbir dos ônus sob pena de ficarem em desvantagem processual.⁷

Na mesma esteira de entendimento, Kasuo Watanabe⁸ e outros eminentes processualistas.

⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Página 915.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; JUNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. Página 619.

Argumenta-se que o réu tem conhecimento desde sempre, a respeito da possibilidade de inversão do ônus da prova, e na hipótese de não se desincumbir de referido encargo, deve arcar com as consequências de sua omissão. Entende-se que não haveria cerceamento de defesa, em razão da prévia ciência sobre o prenúncio de eventual aplicação de citada medida, e até porque a regra do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor não proporciona ao juiz poder discricionário sobre sua incidência ou não. Preenchidos os requisitos da Lei nº 8.078/90, a inversão se opera “ex lege”. A atuação do juiz, como acertadamente se diz, se dá na verificação de tais pressupostos.

Assim, trata-se de regra de julgamento já que o magistrado somente lançará mão de tal providência na hipótese de “non liquet” em relação à prova. O juiz é o destinatário da prova, e não as partes.

Sustenta-se que somente por ocasião da sentença é que o juiz, após analisar todo o conjunto probatório, verificará sobre a sua suficiência ou não, de modo a ensejar um pronunciamento jurisdicional seguro. E ao concluir pela deficiência do conjunto probatório, e somente aí, poderá aplicar a regra da inversão do Código de Defesa do Consumidor, por força do princípio da indeclinabilidade da jurisdição.

Os defensores de referida tese aduzem que qualquer manifestação do magistrado sobre a valoração da prova em oportunidade anterior à sentença peca pela prematuridade.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. **Prova** de fato negativo. Superação. Possibilidade de **prova** de afirmativa ou fato contrário. **inversão** do **ônus** da **prova** em favor do **consumidor**. regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6.º, VIII, do CDC.

- Se o Tribunal a quo entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste STJ.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da **prova** dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se **prova** é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “**prova** negativa”, ou “impossível”.

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a **inversão do ônus da prova**, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a **inversão do ônus da prova** deve ocorrer no **momento** da dilação probatória. Recurso especial não conhecido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma – Relator Ministro Castro Filho – DJ 27.08.2007, página 220);

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO. SENTENÇA. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA.

1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo.

2. O Processo Civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um julgamento por presunção, essas regras devem ser aplicadas apenas de maneira excepcional.

3. As partes, no Processo Civil, têm o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam.

4. O processo não pode consubstanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil.

5. Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência.

6. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favorável de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença.

7. Recurso especial conhecido e improvido” (Recurso Especial no. 1125621 / MG, Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, Data do Julgamento 19/08/2010, Data da Publicação DJe 07/02/2011);

“AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - ALEGAÇÃO CUMPRIMENTO DO COMANDO JUDICIAL - NÃO VERIFICAÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO PELA ANÁLISE DOS ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS - INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO – REGRA DE JULGAMENTO - PRECEDENTE DA 3ª TURMA - DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL CONSISTENTE EM CONFERIR TRATAMENTO MÉDICO DE URGÊNCIA (HEMODIÁLISE) AO SEGURADO - REDUÇÃO DA ASTREINTE - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE - RECURSO IMPROVIDO.” (Agravado Regimental no Agravado de Instrumento no. 968338/RJ, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, Data do Julgamento 20/10/2009, Data da Publicação DJe 17/11/2009).

Ocorre que referida ideia está sintonizada com a distribuição do ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil, e não com aquela instituída no Código de Defesa do Consumidor, e saliento, por oportuno, que o estatuto consumerista constitui-se num sistema autônomo e próprio.

A regra de distribuição do ônus da prova do Código de Processo Civil é expressa, proporcionando certeza às partes, sobre o ônus de cada uma. Entretanto, o mesmo não acontece no sistema do Código de Defesa do Consumidor, vez que a inversão não é automática, dependendo da verificação do preenchimento dos pressupostos autorizadores da medida, segundo o critério do magistrado.

Em que pese as partes tenham conhecimento sobre a possibilidade de aplicação da regra do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, referida circunstância não pode ser considerada apta a afastar a surpresa das partes.

Este posicionamento não se coaduna com as garantias e princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A alegação de que o réu deveria pressupor a inversão em razão de sua previsão legal não afasta o argumento de cerceamento de defesa.

É certo que não basta ter ciência da eventual aplicação da medida. Aquele a quem compete o ônus de provar tem que gozar de oportunidade para desincumbir-se de tal “mister”, o que não pode ser feito caso ao inversão se dê no momento da sentença.

A proteção constitucional do consumidor não justifica ofensa aos direitos e garantias constitucionais do demandado. São valores que devem ser sopesados.

Segundo Gidi: “se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia”.⁹

O sistema jurídico brasileiro prioriza a transparência e o desenvolvimento regular do processo, com as “cartas na mesa”. Podemos perceber este perfil nas diversas regras processuais que limitam a alteração das partes e do pedido durante o trâmite processual, por exemplo. Se o juiz pode contar com a certeza e a determinação do pedido da parte autora, bem como com a apresentação de toda a

⁹ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Número 13, página 38.

matéria de defesa pelo réu em contestação, inclusive com a impugnação específica dos fatos e fundamentos jurídicos apresentados pelo pólo ativo, as partes também devem contar com a máxima clareza a respeito de seus ônus, obrigações e faculdades dentro da relação jurídica processual, mormente quando a inversão depende do arbítrio judicial.

Além do mais, a postergação para a fase da sentença ofende o princípio da economia processual, pois dá ensejo à produção de prova que, na hipótese de inversão na fase do saneador, não seria produzida. Imaginemos a situação de um consumidor, hipossuficiente frente a grande fornecedor de maquinário que, para provar a responsabilidade deste, devesse arcar com o pagamento de perito com rara especialidade, e de alto custo de honorários, para ao final, ser surpreendido com a inversão do “onus probandi”. Todo o sacrifício econômico teria sido inócuo. Isso, na hipótese de haver logrado êxito no adiantamento dos honorários, pois caso contrário, situação ainda mais absurda se concretizaria.

Devemos lembrar que, em certos casos, o ônus probatório é mais do que um ônus processual, mas também econômico.

Não bastasse isso, a inversão como regra de julgamento, aplicado em sede de sentença, desafiaria o recurso de apelação, limitando-se o juízo “ad quem” a analisar somente o que já teria sido produzido no processo, não podendo inovar em matéria de prova.

O processo teria conclusão puramente técnica, em prejuízo da verdade, em desrespeito à segurança jurídica e em desprestígio à efetividade da justiça.

4.2. No saneador

Preleciona Fredie Didier Junior: “Pensamos que a regra de inversão é regra procedimental, que autoriza o desvio de rota; não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim, deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade da inversão se dar no momento do julgamento.”¹⁰

A inversão determinada no momento do saneamento do feito concede àquele que recebeu novo ônus, oportunidade de desincumbir-se dele.

¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento - Volume I. Salvador: Edições Podivm, 2003. Página 515.

No despacho saneador é que o juiz fixa os pontos controvertidos e dispõe sobre a atividade instrutória a ser produzida.

E é neste momento que cabe a inversão do ônus da prova, que não se tratando de regra automática, não faz sentido que seja decidida na sentença, de modo a surpreender as partes.

É inadmissível que se puna a parte que não se desincumbiu de ônus que até então não lhe incumbia, e sem que tenha oportunidade de fazê-lo.

Pela clareza e objetividade, merece transcrição a lição de Luiz Antonio Rizzato Nunes:

“ Como a lei não estipula ‘a priori’ quem está obrigado a se desonerar e a fixação do ônus depende da constatação da verossimilhança ou hipossuficiência, o magistrado está obrigado a se manifestar antes da verificação da desincumbência, porquanto é ele que dirá se é ou não caso de inversão.

...

Se a norma prevê que o ônus da prova pode ser invertido, então automaticamente vai junto para a outra parte a obrigação de proporcionar os meios para a sua produção, sob pena de – obviamente – arcar com o ônus de sua não produção.

Se assim não fosse, instaurar-se-ia uma incrível contradição: o ônus da prova seria do réu, e o ônus econômico seria do autor (consumidor). Como este não tem poder econômico, não poderia produzir a prova. Nesse caso, sobre qual parte recairia o ônus da não-produção da prova?

Anote-se, em acréscimo, que, em matéria de perícia técnica, o grande ônus é econômico, relativo ao pagamento de honorários e despesas do perito e do assistente técnico.”¹¹

Forte em tais argumentos, vale ainda enfatizar que a inversão como matéria de instrução, determinada em provimento saneador, desafiaria o recurso de agravo, que poderia ser julgado pelo Tribunal competente antes da sentença, propiciando a efetiva e oportuna produção de provas.

Quanto à jurisprudência, manifestou-se diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça, predominando seu entendimento no sentido de que o momento processual apropriado para a inversão do ônus probatório do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor é o despacho saneador: ¹²

“PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL – CONSUMIDOR – INVERSAO DO ONUS DA PROVA – MOMENTO OPORTUNO – INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO, NO MOMENTO DA SENTENÇA – PRETENDIDA REFORMA – ACOLHIMENTO

¹¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. Página 136.

¹² Página eletrônica: WWW.stj.gov.br

– RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO.

A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando a sentença proferida.

O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes.

Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.”

(Superior Tribuna de Justiça – Recurso Especial nº 881.651 – BA – Relator: Ministro Hélio Quaglia).

“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.”

(Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma – Relator Ministro Hélio Quaglia – DJ 05.02.2007, página 242).

Vale ressaltar que o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou a Súmula nº 91: “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”.¹³

Imprescindível que as garantias constitucionais sejam respeitadas e observadas, de modo a que o processo goze de regular e válido desenvolvimento, e somente a inversão em sede de saneamento, tendo em vista tratar-se da oportunidade processual em que o juiz decide sobre a produção probatória, respeita os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Há ainda outra medida salutar, que surge frente à discussão doutrinária como um terceiro caminho, qual seja:

¹³ Súmula da Jurisprudência Predominante nº 2005.146.00006 – Julgamento em 10/10/2005 – Votação unânime – Relator: Desembargador Silvio Teixeira – Registro de acórdão em 29/12/2005 – fls. 011317/011323. Página eletrônica: WWW.tjrj.gov.br.

No momento do recebimento da inicial, uma vez verificado se tratar de causa que versa sobre relação de consumo, e também constatado que a parte autora é potencialmente classificável na condição de hipossuficiente ou que suas alegações podem ser verossímeis, deve o magistrado determinar que conste na ordem de citação do réu a advertência sobre a possibilidade de futura aplicação da regra de inversão do ônus da prova.

Convém assinalar que nem sempre é possível que o magistrado constate o preenchimento de um dos requisitos do artigo 6º., inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor logo de plano, no momento de recebimento da inicial, razão pela qual, em decisão sucinta e fundamentada, deve apenas assinalar ao demandado a natureza consumerista da lide, advertindo-o de que sua disciplina encontra-se sujeita à aplicação de regime jurídico próprio.

Em que pese eventualmente verificada a presença de circunstância(s) autorizadora(s) de aplicação da regra de inversão do ônus da prova “ab initio”, determinar desde já a aplicação de referida medida, deslocaria para momento processual prematuro, determinação que deve ser sediada em despacho saneador. Ou ainda, fazer constar que será aplicada a norma causaria truncamento do provimento jurisdicional de recebimento da inicial.

O demandado teria o pronunciamento de que futuramente seria aplicada a seu desfavor uma regra excepcional. Frise-se: futuramente. Ou seja, ainda não implementada.

Assim, nova discussão poderia ser instaurada sobre a existência ou não de seu interesse jurídico para interpor recurso contra tal provimento.

A eficácia da providência fundamenta-se justamente em sua singeleza.

Em suma, basta que o juiz, ao receber a inicial, reconheça que o direito material em que se funda a ação se trata de relação de consumo, e atento ao regime jurídico próprio do Código de Defesa do Consumidor, ordene que na diligência de citação do réu, consigne-se a possibilidade de aplicação da regra do artigo 6º., inciso VIII de referido estatuto.

Desta feita, terá o demandado oportunidade de indicar as provas pretendidas já em sede de defesa, preservando-se, assim, seus direitos e garantias.

De modo geral, em se tratando de relação de consumo, o importante é que se tenha em mente que a regra de inversão do ônus da prova em estudo se presta a reposicionar as partes dentro da relação processual, reerguendo-se o

consumidor a patamar de paridade em relação ao fornecedor, o que não significa soerguê-lo à posição processual de vantagem, promovendo novo desequilíbrio entre as partes.

A principiologia do Código de Defesa do Consumidor deve ser bem compreendida, de modo a não implicar em chancela estatal para configuração de investidas processuais desleais e contrárias aos princípios processuais.

A ideia de proteção ao consumidor não justifica a adoção de medidas e tampouco a interpretação de dispositivos legais ao arrepio dos ditames constitucionais.

A orientação que merece apego é sempre aquela que prestigia a harmonia de nosso ordenamento jurídico, mormente o diálogo entre as diferentes normas, institutos e microssistemas em vigor no direito pátrio, e o equilíbrio entre os direitos e garantias constitucionais.

CONCLUSÃO

Em que pese a notabilidade do grupo que entende que a inversão prevista no direito consumerista se trata de regra de julgamento, e conforme todo o explicitado, ousou manifestar entendimento pessoal em sentido contrário, acompanhando o segundo grupo, não menos digno de nota.

A aplicação da regra prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor deve ser compreendida como regra de instrução, por se tratar do entendimento que prestigia a justiça, os ditames constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, e ainda, o princípio da segurança jurídica.

Discussões doutrinárias e jurisprudenciais à parte, pois fortes e judiciosos os argumentos dos seguidores de ambas as correntes de entendimento, os aplicadores do direito não devem permitir que discussões acadêmicas sediadas nos bastidores da vida jurídica prática façam sombra ao principal objetivo dos operadores da lei, qual seja, a persecução da Justiça.

Forte nestas considerações, e de modo a evitar que o apego a convicções pessoais sobre o momento processual adequado para inversão do ônus da prova no direito do consumidor prejudique o direito das partes, no plano empírico do direito, caberia ao magistrado assinalar-lhes, em sede de saneador, sobre a possibilidade de aplicação da medida prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, em provimento devidamente fundamentado, trazendo clareza ao feito, evitando-se surpresas e armadilhas processuais aos litigantes.

Outrossim, como anteriormente explicitado, no corpo do presente estudo, pode também o juiz, em sede de recebimento da petição inicial, uma vez constatado que a causa versa sobre relação de consumo, e diante da potencialidade da parte consumidora configurar-se como hipossuficiente, ou da robustez de suas alegações

converter-se em verossimilhança, assinalar ao réu, por ocasião de sua citação, sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova.

É certo que referida providência, fruto de um espírito de prudência e bom senso, e nada surpreendente, senão pela sua singeleza, resguardaria de qualquer ameaça ou ofensa, as garantias constitucionais, a efetividade da Justiça, e a consagração da verdade, sediando a divergência, definitivamente, no saudável campo do estudo acadêmico.

REFERÊNCIAS

CONRADO, Paulo César. Introdução à Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Editora Max Limonadi, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento - Volume I. Salvador: Edições Podivm, 2003.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Número 13.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; JUNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. Campinas: Editora Millennium: 1998..

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.