

FÁBIO LOURENÇO BANA

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

**CURITIBA
2004**

FABIO LOURENÇO BANA

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

**Monografia de conclusão do Curso de
Direito, apresentada ao Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Professor Joaquim Munhoz
de Mello.**

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

FÁBIO LOURENÇO BANA

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador: 
Prof. Joaquim Munhoz de Mello

2º Ex.: 
Prof. Edson Ribas Malachini

3º Ex.: 
Prof. Alcides Alberto Munhoz da Cunha

Agradeço a todos aqueles que de uma maneira ou de outra contribuíram para minha formação profissional; aos amigos pelo apoio e o companheirismo; por fim, à minha família e demais pessoas queridas, em especial, aos meus pais, pelo sustento e o equilíbrio que me transmitem.

“Se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.

(Montesquieu)

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1 INTRODUÇÃO	01
2 DA PROVA	03
2.1 CONCEITO DE PROVA.....	03
2.2 NATUREZA JURÍDICA.....	05
2.3 OBJETO DA PROVA.....	06
3 DO ÔNUS DA PROVA	09
3.1 DO ÔNUS DA PROVA NO CPC.....	10
3.2 DO ÔNUS DA PROVA NO CDC.....	11
4 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC	13
4.1 DIREITOS E REQUISITOS PARA INVERSÃO.....	14
4.2 HIPOSSUFICIÊNCIA.....	18
4.2 MOMENTO PROCESSUAL PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	19
5 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL	28
6 CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

RESUMO

O trabalho tem por objetivo o estudo da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, instituto esse, que trouxe para o direito brasileiro uma alteração no eixo da responsabilidade. A Lei 8.078/90 criou um mecanismo que possibilita ao magistrado determinar a inversão do ônus da prova, desde que o consumidor seja hipossuficiente em relação aos conhecimentos técnicos do produto ou da prestação do serviço e possua alegações verossímeis. A inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor é denominada *ope judicis*, e não se prende às conjeturas taxativas verificadas por força de lei. De acordo com o Código, presentes os requisitos necessários, pode o juiz, quando julgar cabível, inverter o ônus da prova. No presente trabalho, serão demonstrados, mais profundamente, quais os requisitos necessários à inversão, qual o momento ideal para invertê-lo e quem tem direito a gozar de tal benefício.

INTRODUÇÃO

As relações de consumo estão presentes, no mundo atual, em todos os momentos das vidas das pessoas. Dessa forma, não é de se admirar que existam conflitos que resultem dessas relações.

As transformações socioeconômicas e os avanços tecnológicos acarretaram diversas mudanças em concepções jurídicas enraizadas na tradição liberal. Na sociedade contemporânea, com a produção e o consumo intensificados, não havia mais espaços para os clássicos princípios da *autonomia da vontade* e da *liberdade contratual*, que, aos poucos, foram ruídos pelo elemento da massificação contratual, exprimido pela explosão dos contratos de adesão marcados por cláusulas padronizadas estabelecidas por apenas uma das partes, sem possibilidade de participação da outra, ou seja, as cláusulas são impostas pela parte mais forte da relação jurídica, no caso o fornecedor.¹

A concepção liberal da plena autonomia da vontade teve que ser substituída por uma autonomia de vontades limitada por normas jurídicas de interesse social e de ordem pública, sob pena de se efetivar o princípio da igualdade formal, que é mais vantajoso aos detentores do capital e dos meios de produção, em prejuízo dos consumidores. Concomitantemente, foi dado ao consensualismo um sentido diverso, de liberdade responsável, para a celebração de negócios jurídicos que, ao mesmo tempo, assegurassem a necessária estabilidade e previssem meios de igualar a relação jurídica, para que o consumidor, parte mais vulnerável (art. 4º, I, CDC), não fosse alvo de injustas armadilhas, próprias ao capitalismo sem limites.

A Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, trouxe inovações tamanhas, que alguns autores o definem como um microssistema legal, ou seja, determina um Universo que possui características próprias. Essas inovações, para atingirem seus objetivos, deveriam ter garantias de que seriam aplicadas também no processo judicial quando fossem discutidos interesses relativos ao consumo.

¹ Em *Divergência Jurisprudencial: Inversão do ônus da Prova e o ônus da Antecipar o Pagamento dos Honorários Periciais*. RT 804/132. Ano 2002. p. 134.

Para isso, dentre a linha de novidades trazidas pelo diploma protetivo do consumidor, encontramos a inversão do ônus da prova, bem como outros novos instrumentos como, por exemplo as ações coletivas, onde são legitimados o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as associações com mais de um ano de regular funcionamento e que tenham como objetivo proteger os consumidores, conforme o art. 82 do CDC.

A distribuição do ônus da prova, tema central do nosso estudo, tem sido objeto de análise de trabalhos realizados por grandes doutrinadores do direito, sejam eles civilistas ou processualistas, sempre provocando diversos debates com o fim de encontrar uma melhor forma de execução e bom emprego destas regras nos casos concretos.

Atualmente, é unânime o pensamento de que o ônus da prova deve ser repartido entre as partes do processo. Entende-se que ambos os lados da relação processual são responsáveis pela produção das provas, ao contrário da regra aplicada no direito romano, onde o dever de provar era sempre do autor.

O instituto da inversão do ônus da prova, presente no Código de Defesa do Consumidor, tem por principal objetivo incentivar o consumidor a reclamar seus direitos perante a Justiça. Uma vez que, se presentes os requisitos da hipossuficiência ou da verossimilhança das alegações, deve o juiz transferir a responsabilidade pela produção das provas ao fornecedor, que detém a capacidade técnica e econômica para tanto.

Com efeito, a Lei 8078/90 é aclamada por introduzir uma legislação que resguarda o consumidor, eis que instaura um regime jurídico que afasta o princípio da igualdade formal e abstrata entre as pessoas, além de ter por objetivo a transparência das relações jurídicas, mediante o efetivo equilíbrio da equação jurídico econômica da relação de consumo.²

² Em *Divergência Jurisprudencial: Inversão do ônus da Prova e o ônus da Antecipar o Pagamento dos Honorários Periciais*. RT 804/132. Ano 2002. p. 134.

2 DA PROVA

2.1 CONCEITO DE PROVA

Cognomina-se prova, todo elemento que auxilia na formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado acontecimento. É tudo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz da ocorrência do fato. Assim, provar é demonstrar os fatos ao Juiz para o fim de se obter o direito pretendido.

Vários são os autores que abordam o tema e formulam os seus próprios conceitos de prova.

Segundo Moacyr Amaral Santos:

*“ O vocábulo – prova – vem do latim – probatio – prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e se deriva do verbo – probare (probo, as, are) provar ensaiar verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar (...) No sentido jurídico o vocábulo é empregado em várias acepções: Significa a produção dos atos ou dos meios com as quais as partes ou o juiz entendam afirmar a verdade dos fatos alegados (actus probandi); significa ação de provar, de fazer prova. Nessa acepção se diz: alguém alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos de sua alegação. Significa o meio de prova em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção. Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez a prova da sua intenção o réu fez a prova da exceção (...) Prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo (...) Provar, porém, é bem ‘o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade’. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade”.*³

Vicente Greco Filho diz que:

*“(...) A prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém (...) No processo, a prova é todo o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. A palavra originária do latim probatio, que por sua vez emana do verbo probate com o significado de examinar, persuadir, demonstrar. (...) A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas certeza relativa suficiente na convicção do magistrado”*⁴

José Manuel de Arruda Alvim:

³ Em. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. Max Limonad Editor, 3ª edição p.24.

⁴ Em *Direito Processual Civil Brasileiro*. Editora Saraiva, 13ª edição, pp.179/180.

“Examinando o que seria(m) o(s) conceito(s) jurídico(s) de prova (rectius, “meios de prova”) concluímos que consiste(m) naqueles meios, definidos pelo direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico (v. arts. 332 e 366), como idôneos a convencer (prova como resultado) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade, principalmente dos litigantes (prova como atividade).”⁵

Conforme Luis Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini conceituam prova como sendo o instrumento processual adequado a levar ao conhecimento do juiz os fatos que envolvem a relação jurídica do objeto da atuação jurisdicional.”⁶

Humberto Theodoro Junior também faz uma abordagem do tema:

*“há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.); b) e outro subjetivo que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como a convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado”.*⁷

Para José Frederico Marques *“(…) Os fatos afirmados pelas partes precisam ser demonstrados para que sobre eles forme o juiz a sua convicção. E a prova constitui o meio e modo de que usam os litigantes para convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato, bem como o meio e modo de que serve o juiz para formar a sua convicção sobre os fatos que constituem a base empírica da lide”.*⁸

O civilista Sílvio Rodrigues define prova como sendo *“(…)o conjunto de meios empregados para demonstrar legalmente a existência de um ato jurídico...É matéria fundamental para defesa dos direitos, pois aquele que não pode provar seu direito é como se não o tivesse.”*⁹

Maria Helena Diniz adota a definição de Clóvis Bevilacqua dizendo que: *“Para Clóvis Bevilacqua, a prova é o conjunto de meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de negócios jurídicos”.*¹⁰

⁵ Em *Manual de Direito Processual Civil*, Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed. Vol.2.

⁶ Em *Curso Avançado de Processo Civil*, Editora Revista dos Tribunais, vol. 1, 2ª ed., p. 479.

⁷ Em *Curso de direito processual civil*, Editora Forense, vol.I, 20ª ed., p.416

⁸ Em *Manual de direito Processual Civil*, Editora Saraiva, 1974, Vol. II – 1ª edição p. 175.

⁹ Em *Direito Civil*, Editora Saraiva, 27 edição, vol. I, p. 266.

¹⁰ Em *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Editora Saraiva, 12ª ed., vol. I, p.324.

Deste modo tem-se que a colheita de provas é essencial para o deslinde do processo, pois será o material, com base no qual, o julgador constituirá o seu juízo de valor acerca dos fatos da causa.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

A maior parte dos autores que trabalham o tema reconhecem tanto o caráter material quanto instrumental das provas, ainda que prevaleça o reconhecimento do caráter instrumental.

Vicente Greco Filho também tratou do tema:

“ É matéria muito controvertida a conceituação teórica da natureza das normas legais sobre a prova. A discussão tem mais razão de ser no plano teórico do que no prático, porque no Brasil, a competência para legislar tanto sobre direito processual quanto sobre direito civil ou comercial é da União, pode resumir-se duas modernas tendências: uma, a de se considerar toda regra sobre prova de direito processual; outra, a de se entender que é possível separar as regras sobre a produção da prova como de direito processual e as regras sobre os meios de prova propriamente ditos como de direito extraprocessual. A primeira tendência foi, entre outros, sustentada por Camelutti; a segunda pelo sistema processual português após a reforma de 1967. O Código de Processo Civil de 1973, em vigor, optou pela primeira orientação, ou seja, disciplinou toda a matéria que entendeu cabível em matéria de prova, sem levar em consideração as regras anteriormente constantes do Código Civil. Com isso, tacitamente, derogou tais regras, constantes dos arts. 136 a 144, em especial do Código Civil. Basta aliás, confrontar tais artigos com o novo tratamento dado pelo Código de Processo Civil para se verificar que este último em parte os reproduziu, em parte os atualizou e em parte os modificou. Prevalece, portanto, in totum, o Código de Processo Civil, que é lei posterior. Não se encontram, porém derogadas no Código Civil as normas sobre forma e as normas especiais sobre prova em determinados negócios ou situações jurídicas, das quais o Código de Processo não tratou e conseqüentemente não teve intenção de substituir. Há distinção entre normas sobre forma de atos jurídicos e normas sobre prova de atos jurídicos”¹¹

José Manuel Arruda Alvim não concorda em que as provas pertençam exclusivamente ao campo do Direito Material, o que se daria se seu objetivo único fosse o convencimento da parte contrária e não do juiz, que, na verdade, é, por

¹¹ Em *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º vol., Editora Saraiva, 13 ed., 1999, SP, p. 199/200.

excelência, o destinatário da prova. A maior parte das disciplinas das mesmas pertence ao Direito Processual Civil, que as regula, salvo nos casos das provas legais e outros aspectos.¹²

Por fim, Caio Mário da Silva:

“Esta matéria situa-se numa zona fronteira entre o direito material e o formal, razão por que, entre nós, o Código Civil (como faz também o meu Projeto do Código de Obrigações que chegou a mencionar até os requisitos da escritura pública, art. 8º), traça-lhes princípios, ao mesmo passo que se encontram regras, a ela relativas, no Código de Processo Civil. Não merece, porém, críticas o legislador por esta duplicidade de conceituações para o mesmo assunto. A prova é, na verdade, objeto de disciplina de lei civil, como pela processual. O direito Civil define ‘os meios de prova’, enuncia os lineamentos do regime a que se submeterá a comprovação do fato jurídico, natural ou voluntário, e especialmente a declaração de vontade. O direito processual afirma os preceitos que presidem à apreciação da prova em Juízo e à técnica de trazê-la à consciência do julgador.”¹³

2.3. OBJETO DA PROVA

A prova tem por fim convencer o juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos sobre que versa a lide. Tem-se, portanto, que o objeto da prova são os fatos que devem ser demonstrados ao juiz no processo para que possa formar a sua convicção, ou seja, são os fatos sobre os quais trata a ação e que devem ser verificados, uma vez que servirão de base para a sentença.

Luis Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart entendem que a prova não se destina a provar fatos, mas sim afirmações de fato. A alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não a realidade daquilo que passou fora do processo.¹⁴

Conforme explica Nelson Nery Junior, excepcionalmente se admite a prova do direito, isso acontece quando a parte invoca direito estadual, municipal, singular, estrangeiro ou consuetudinário.

Luis Rodrigues Wambier diz que:

Deve-se provar fatos, não o direito. Pela parêmia jura novit cúria, tem-se que o direito alegado não é o objeto da prova, mas apenas os fatos, ou seja, aquilo que ocorreu no mundo.

¹² Em Manual de Direito Processual Civil. Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., vol. 2. p. 436.

¹³ Em Instituições de Direito Civil. Editora Forense, 18 edição, vol. I, p. 380.

¹⁴ Em Manual do Processo do Conhecimento. Editora RT. Ano 2000, p. 293.

Também se diz da mihi factum, dabo tibi jus, para significa que basta à parte demonstrar que os fatos ocorreram para que o juiz aplique o direito correspondente. A exceção ocorre quando se trata de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 337). É que nesses casos não é apenas o conteúdo da norma, mas também a sua vigência, que interessa ver demonstrada. Pode até que o juiz conheça tal direito, mas a segurança exige que, em não se tratando de direito federal (que a todos é obrigado conhecer), esteja no processo a certeza jurídica da validade da norma invocada.¹⁵

Nem todos os fatos carecem de prova. O artigo 334 do CPC, diz que não dependem de prova os fatos notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos, no processo, como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Moacyr Amaral dos Santos nos ensina que dependem de prova os fatos *controvertidos, relevantes e determinados*. Ocorre que para serem suscetíveis de prova, esses fatos devem ser determinados, ou seja, devem apresentar-se com características que o distingam de quaisquer outros.¹⁶ Deste modo extrai-se não ter importância, ao processo, a afirmação e prova de fatos impertinentes a solução do litígio.

Passamos, então, a análise dos fatos controvertidos, relevantes e determinados.

Fatos controvertidos ou controversos são aqueles contestados ou não admitidos como verdadeiros pela parte contrária da que os alega, ou seja, é o fato asseverado por uma parte e contestado por outra.

Fatos relevantes são aqueles que tem alguma relação ou conexão com a lide, que são capazes de influir na decisão da causa. Os fatos que não tenham relação com a causa, que nenhuma diferença fazem à tomada da decisão, são considerados inúteis. Tem-se que são considerados irrelevantes os fatos impossíveis (impossíveis física, moralmente e por disposição de lei) e os de prova impossível, cuja impossibilidade pode se dar por disposição de lei ou pela natureza do fato.¹⁷

¹⁵ Em *Curso Avançado de direito Processual Civil*, Editora Forense, Vol. I, 22ª edição, 1999, São Paulo. p. 481.

¹⁶ Em *Primeira Linha de Direito Processual Civil*, 2º volume, 20ª ed. Ano 1999. Editora Saraiva, p.335

¹⁷ Em *Primeira Linha de Direito Processual Civil*, 2º volume, 20ª ed. Ano 1999. Editora Saraiva, p.335.

Já os fatos determinados são aqueles que são apresentados com características suficientes que os diferenciam, os separam, os distingam de outros que lhe pareçam, eis que cada fato tem seus limites, qualidades e características próprias. Quando o fato se apresente indeterminado ou indefinido, tem-se que é insuscetível de prova.

3 DO ÔNUS DA PROVA

Normalmente fala-se que o encarregado de produzir a prova é aquele que alega o fato, ou seja, o fardo de produzir a prova somente diz respeito ao autor da demanda.

Ocorre que as partes não são meras espectadoras da atuação da parte contrária, elas tem um papel ativo no processo. Caso ajam passivamente, correm sério risco de obterem o insucesso em suas pretensões.

É notório o fato de que o ônus da prova incumbe a ambas as partes do processo, tanto àquele que traz os fatos a juízo, quanto para quem os contesta. A parte que contesta a ação deve não só impugnar todos os fatos que entende não serem verdadeiros, sob pena de restarem incontroversos, mas provar como determina o inciso II, do art. 333, do Código de Processo Civil, os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do Autor.

Cecília Mattos, na sua dissertação de mestrado, também trata a respeito do tema proposto:

“A prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com o objeto do conhecimento uma relação de certeza ou de dúvida. Diante das dificuldades próprias da reconstrução histórica, contenta-se o magistrado em alcançar não a verdade absoluta, mas a probabilidade máxima; (...) Cada parte deverá nortear sua atividade probatória de acordo com o interesse e oferecer as provas que embasam seu direito. Se não agir assim, assumirá o risco de sofrer a desvantagem da própria inércia, com a incidência das regras de experiência a favor do consumidor.”¹⁸

Deve-se ficar bem claro que não se trata de uma obrigação, mas sem sombra de dúvidas é um dever de conduta processual. Neste sentido se posiciona a doutrina:

Nelson Nery Junior mostra que *a palavra vem do latim, ônus, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em*

¹⁸ Dissertação de Mestrado Usp. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, pp. 236/237, apud, José Geraldo Brito Filomeno em *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Ed. Saraiva, 5ª ed., pp. 119/120.

*desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus de condição de parte.*¹⁹

José Manuel Arruda Alvim explica que:

“ Aplica-se a teoria do ônus da prova a todos os processos e ações atendidas certamente, as peculiaridades de uns e outros. As regras do ônus da prova destinam-se ao litigantes do ponto de vista de como devem se comportar, à luz das expectativas (ônus) que o processo lhes enseja, por causa da atividade probatória”.

E continua:

*“A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as conseqüências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela que é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente.”*²⁰

Para Luis Rodrigues Wambier o “ônus da prova pode ser conceituado como a conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as conseqüências jurídicas pertinentes ao caso. Já que há interesse da parte em demonstrar a veracidade dos fatos alegados, porque somente assim pode esperar sentença favorável, ônus da prova significa o interesse da parte em produzir a prova que lhe traga conseqüências favoráveis.”²¹

3.1. DO ÔNUS DA PROVA NO CPC

Segundo o posicionamento doutrinário, o CPC, em seu artigo 333, traz como regra geral de distribuição do ônus da prova, a regra de julgamento, observada quando da prolação da sentença, se não produzida a prova necessária à comprovação dos fatos alegados pelas partes.

O Código de Processo Civil Brasileiro traz em seu texto a distribuição do ônus da prova, nos seguintes termos:

"Art. 333. O ônus da prova incumbe:

¹⁹ Em Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor, 6ª edição, Editora RT, p. 835.

²⁰ Em *Manual de Direito Processual Civil*. Editora RT, 6ª ed. , 2º vol. 1997, SP. p.472.

²¹ Em *Curso Avançado de Direito Processual Civil*, vol. 1, 22ª edição, 1999, São Paulo, p. 486.

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”.

A princípio, recairá sobre ambas as partes o ônus de provar as suas arguições. Nesse linear, a legislação vigente estabelece, objetivamente, quais as regras para atribuição do ônus da prova no procedimento ordinário, sendo que cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

Fatos constitutivos são aqueles que fazem brotar a relação jurídica, enquanto que os extintivos interrompem essa relação. Já os impeditivos impedem que um fato crie o efeito que lhe é próprio. Por outro lado, os modificativos não impedem nem excluem a relação, à qual é anterior, tão somente modificam-na.

3.2. ÔNUS DA PROVA NO CDC

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), que é um sistema jurídico autônomo, que regula as relações de consumo, inovou ao trazer determinações próprias que tratam especificamente das questões em que fornecedores e consumidores compõem a relação jurídica, principalmente no que reporta-se a disciplina probatória.

Neste sentido, excepcionando a regra geral presente no artigo 333 do CPC, inovou ao permitir que o magistrado determine a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Conforme o artigo 6º, VIII, do CDC:

"Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...) Omissis

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 experiência". (Grifo Nosso)

4. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC

A Lei nº 8078/90, denominada Código de Defesa do Consumidor, trouxe diversas inovações, com características próprias, dentre elas, o protecionismo ao consumidor.

Neste preceito de protecionismo está inserida a inversão do ônus da prova, instrumento facilitador da defesa dos consumidores em juízo, ante a necessidade de reconhecer que pode existir hipossuficiência de uma das partes, fazendo-se necessário que haja a isenção de provar algumas situações, ou seja, transfere-se esta obrigação de fazer prova ao fornecedor.

Luiz Rizatto Nunes, também faz uma significativa análise a respeito da inversão do ônus da prova:

“A novidade é que o CDC permite a inversão do ônus da prova. Isto significa que neste caso a obrigação de provar não é de quem alega, mas sim da parte contrária.

Todavia, é importante que fique bem claro: a inversão não é automática e para todos os casos. Para que a inversão ocorra é preciso que o Juiz do processo expressamente decida nesse sentido, segunda as circunstâncias de cada caso e as condições estabelecidas no inciso VIII do art. 6º. Para determinar a inversão do ônus da prova, o juiz irá avaliar, entre outros aspectos, a verossimilhança das alegações do consumidor, isto é, o grau e a possibilidade de ser verdadeiro o que ele está falando. O juiz poderá determinar a inversão também quando o consumidor for hipossuficiente, ou seja, fraco e especialmente carente de informações sobre o produto ou serviço. Ele levará em conta ainda os fatos que acabaram levando o consumidor ao processo.”²²

A inversão do ônus da prova em favor do consumidor ajuda a equilibrar a relação processual, uma vez que reduz a desigualdade em que se encontram os litigantes, pois é notório o fato de que o consumidor é o pólo mais frágil da relação firmada com os fornecedores e carece de proteção contra os possíveis abusos cometidos por estes.²³

²² Em *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1 a 54)*. Editora Saraiva, 2000.

²³ A inversão do ônus da prova é um direito básico do consumidor, já que previsto no art. 6º, VIII, do CDC, cujo escopo fundamental é facilitar a *defesa dos seus direitos em juízo*. Trata-se, pois, de um mecanismo indispensável à promoção da igualdade real e concreta do consumidor. Afinal, sendo a prova o elemento de *argumentação I mais importante* do processo, atribuir ao consumidor, considerado sempre a arte mais vulnerável na relação de

Cumprido ressaltar que esta vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor foi reconhecida pelo próprio CDC, em seu art. 4º, inciso I, que, por si só, já protege o consumidor nesta questão da prova.²⁴

4.1 DIREITOS E REQUISITOS PARA A INVERSÃO

Existe uma interação e integralidade entre as normas do CDC, do CPC e da Lei n. 7.347/85, sendo que, para aplicação destas últimas, devem ser levadas em consideração as normas principiológicas do CDC, desde que não contrariem as disposições protecionistas do consumidor.

Dentre os princípios específicos aplicáveis à tutela do consumidor, João Batista de Almeida diz ser o princípio da isonomia o pilar de sustentação que envolve essa problemática.²⁵

Para ele *“Os consumidores devem ser tratados de forma desigual pelo CDC e pela legislação em geral a fim de que consigam chegar à igualdade real. Nos termos do art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, entendendo-se daí que devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades”*.²⁶

consumo, a necessidade de demonstrar fatos, de grande complexidade técnica ou de alto custo econômico, seria um desestímulo ao acesso à justiça, sendo fator de manutenção das injustiças praticadas pelas leis do mercado mais favoráveis ao fornecedor. . (Cambi, Eduardo. *Revista dos Tribunais* 804/132 – Outubro de 2002 – ano 91)

²⁴ Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

²⁵ Sendo um instrumento de facilitação da defesa dos direitos em juízo, a inversão do ônus da prova promove o princípio da isonomia, em sentido material, passando a ver o consumidor como um homem de carne e osso, que, diante das regras do mercado, tem sérias dificuldades de fazer valer os seus direitos. (Cambi, Eduardo. *Revista dos Tribunais* 804/132 – Outubro de 2002 – ano 91)

²⁶ Em A Proteção Jurídica do Consumidor, Editora Saraiva, 2ª ed., 2000.

Não restam dúvidas, que os dois pólos que compõem a relação de consumo (consumidor/fornecedor) são compostos por partes desiguais em ordem técnica e econômica, uma vez que, via de regra, o fornecedor detém a técnica da produção que vai de acordo com seus interesses e poder econômico. A vulnerabilidade do consumidor é evidente, e a garantia de proteção de seus direitos é fruto da evolução jurídica pela qual passamos.

Por sua vez, o fornecedor, seja ele produtor, fabricante, comerciante ou prestador de serviços, também tem sua ampla defesa asseverada, fazendo uso dos instrumentos processuais imperiosos para sua defesa como os dos artigos 301 e incisos, 265, IV, a, e 267, IV, todos do CPC, entre outros.

A inversão do ônus da prova, como um direito básico do consumidor, é um instrumento processual que tem por escopo impedir o desequilíbrio da relação processual, não ofendendo, em hipótese alguma, o princípio da isonomia entre as partes, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se com sua constitucionalidade, de modo que a inversão pura e simples do ônus da prova, em relação a todo e qualquer acontecimento juridicamente relevante, não fosse de encontro com o princípio da isonomia.

Ante as dificuldades em provar as suas alegações, quando estas eram submetidas ao sistema do Código de Processo Civil, muitos consumidores desistiam de reclamar seus direitos em juízo. Isso porque, conforme as regras habituais de distribuição do ônus da prova, o consumidor prejudicado além de precisar provar o dano sofrido, tinha também que demonstrar o nexó causal entre este dano e a conduta pretensamente ilícita do fornecedor. Por esses motivos é que foi criada a regra da inversão do ônus da prova presente no Código de Defesa do Consumidor.

Para exemplificar essa alegação, recorremos à José Geraldo Brito Filomeno:

“Suponha-se que um automóvel, com grave defeito de fabricação das rodas de liga leve venha a capotar e causar sérios danos pessoais ao usuário, além de outros, materiais, exatamente em decorrência da fratura de uma delas.

O primeiro aspecto a analisar é a questão individual daquele adquirente/consumidor/usuário do veículo, e no caso, ainda vige em sua plenitude até passar a vigorar o Código sob exame, o teor do art. 159 do Código Civil, segundo o qual a responsabilidade decorre do fato, aliado ao

elemento subjetivo consistente em dolo em determinada ação ou omissão , ou então culpa (negligência, imprudência, imperícia).

Desta forma, a vítima tem que provar. Além do dano, do nexo de causal entre esse e a atitude do fabricante/montador do carro, sua culpa, no caso por presunção de não ter tido o cuidado suficiente de escolher (in eligendo) adequadamente a roda que ia colocar no veículo, ou então por não tê-la submetido a rigoroso controle de qualidade, já que se trata de item de segurança, tudo para jus o consumidor a uma indenização.²⁷

Assim, fez-se necessário a criação de uma regra outra para solução destes problemas sociais, com o intuito de oportunizar a todos o acesso à justiça, sem o excesso de preocupação, em casos específicos, quanto a distribuição probatória. Para tanto foi criado o sistema de inversão do ônus da prova, o qual será utilizado quando caracterizada a hipossuficiência do consumidor e/ou quando verossímil a alegação.

Há divergência na doutrina com relação à necessidade, para que se possa inverter o ônus da prova, da existência em conjunto ou em separado desses requisitos.

Se levarmos em consideração que a norma visa a proteção do consumidor e que a regra do ônus da prova esposada no Código de Defesa do Consumidor é rígida, deve-se ter por entendimento que a inversão do ônus da prova, como uma modalidade de facilitação da defesa dos direitos do consumidor, deve ser admitida quando apenas um dos seus requisitos for satisfeito, ou seja, a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor.

José Manuel de Arruda Alvim, Thereza Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e J. Marins e Silva também discorrem sobre a inversão do ônus da prova:

“A inversão do ônus da prova, a critério do juiz, é outra norma de natureza processual civil com o fito de em virtude do princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, procurar equilibrar a posição das partes, atendendo aos critérios da existência de verossimilhança, do alegado pelo consumidor, ou sendo este hipossuficiente. Ocorrendo a hipótese da hipossuficiência do lesado, a análise da plausibilidade da alegação do consumidor deve ser feita com menos rigor pelo magistrado.

²⁷ Em *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Editora Forense Universitária. 5º ed. São Paulo.

O ônus da prova no Código de Processo Civil, como regra geral, vem encartado no art. 333, que impõe "ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito" e "ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autos" de acordo com o Código do Consumidor, entretanto, desde que o juiz utilizando-se das máximas de experiência, entenda como verossímeis as afirmações do consumidor, poderá inverter o ônus da prova.

Essa inversão significa que caberá ao réu (fornecedor) produzir o conjunto probatório que afaste as alegações do autor (consumidor), mesmo que este não tenha apresentado prova acerca de suas alegações. Entretanto a inversão do ônus da prova independe da posição, ativa ou passiva, do consumidor.²⁸

Ao analisar esses requisitos, o juiz o fará segundo as regras ordinárias de experiência, que seriam as denominadas presunções com base no que ordinariamente acontece. Ao fazer uso das regras ordinárias de experiência, o juiz vai usar o seu criterioso arbítrio e formação pessoal, para observar o fato conhecido levando em consideração o que ordinariamente acontece e, assim, chegar a presunção de verdade.

Se o magistrado verifica estarem presentes os requisitos necessários para concessão de ofício da inversão do ônus, deve fazê-lo, mesmo que inexistente solicitação do consumidor nesse sentido. Essa determinação de ofício só é permitida por tratar-se a norma de um direito básico do consumidor e ser matéria de ordem pública. Deve-se ressaltar que o réu será intimado da decisão que concede a inversão do ônus da prova, pois, tratando-se esta de uma decisão interlocutória, poderá recorrer mediante apresentação de agravo de instrumento. O autor também poderá ingressar com agravo de instrumento quando indeferido seu pedido para que seja invertido o ônus da prova.

Nesse sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Rosa Maria Andrade Nery e Marcelo Abelha Rodrigues, assim se manifestaram:

"primeiramente resta ser lembrado que todas as normas que se encontram no CDC são de ordem Pública, posto que regidas e destinadas ao interesse social, consoante determina o art. 1º desse diploma. Inerente consequência desse dispositivo é o fato de que todas as normas que se encontram no referido diploma, materiais e processuais, não são regidas pelo princípio dispositivo, mas sim pelo princípio inquisitivo, o que significa dizer que o juiz atuará de ofício no

²⁸ Em Código do Consumidor Comentado, Editora Revista do Tribunais, 1ª edição, 1991, São Paulo.

conhecimento delas e, ainda, sobre elas não se opera o fenômeno da preclusão, dentre tantas outras conseqüências importantíssimas que dizem respeito ao tema.

Bem por isso (de que todas as normas são regidas pelo princípio inquisitivo), e aliado ao fato de que a norma do CDC, referente à inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), é reflexo da imediata incidência dos princípios constitucionais da isonomia e da ampla defesa, podemos dizer que a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor é ope judicis e não ope legis, como ocorre no art. 333 do Código de Processo Civil. Traduzindo, significa dizer que a inversão do ônus da prova se dá por obra do juiz, cabendo ao magistrado verificar se estão presentes os requisitos legais para que se proceda à inversão.²⁹

Portanto, sempre que presente um dos requisitos, seja a verossimilhança das alegações, seja a condição de hipossuficiência, o juiz deverá inverter o ônus da prova.

4.2 HIPOSSUFICIÊNCIA

O significado de hipossuficiência presente na redação do artigo 6º, inciso VIII do CDC não é só econômico, mas está inserido na seara do discernimento, principalmente de conhecimentos técnicos, sobre a coisa em litígio.

Ao abordar o assunto Nelson Nery Junior sustenta que:

“Todo e qualquer meio de prova permitido em direito pode ser utilizado nas ações propostas com base no Código. A regra geral sobre o ônus da prova é aquela do art. 333 do CPC. Entretanto, nas hipóteses descritas no art. 6º, VIII, do Código, poderá o juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, carregando-o ao fornecedor de produtos ou serviços. Essa inversão se dá ope judicis e não ope legis, devendo o juiz pautar-se pelas máximas de experiência para inverter ou não o ônus da prova.

Como a inversão do ônus da prova se encontra ligada à idéia de “facilitação da defesa do consumidor em juízo”, a hipossuficiência de que fala o art. 6º, VIII, respeita tanto à dificuldade econômica quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito.”³⁰

²⁹ Em direito Processual Ambiental Brasileiro, editora Del Rey, 1ª edição, pp. 139/141 *apud* Frederico da Costa carvalho Neto, O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 159/160.

³⁰ Em Revista do Direito do Consumidor, n.1 p. 217, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição.

A hipossuficiência, no que tange a possibilidade de inversão do ônus da prova, significa desconhecimento técnico e informativo do produto ou do serviço, de suas propriedades, de seus funcionamentos etc.

A hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao menos favorecido economicamente. O benefício da inversão não é concedido simplesmente pelo fato do consumidor não ter condições de arcar financeiramente com a produção das provas, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição do consumidor diz respeito ao direito material.

Na realidade, para beneficiar o carente econômico no processo não seria necessária a inversão, bastaria ser aferido ao fornecedor o encargo financeiro da produção da prova, ou seja, ele suportaria as despesas de sua produção, tais como o pagamento dos honorários periciais, ou seja, se inverteria o pagamento, sendo que caberia ao consumidor produzir a prova e ao fornecedor pagá-la. Dessa maneira se estaria protegendo o menos favorecido economicamente.

Cumprido ressaltar que mesmo nos casos em que os consumidores possuam grande capacidade econômica, constatada a sua hipossuficiência técnica ou de informação, a inversão do ônus da prova é medida viável e necessária.

4.3 MOMENTO PROCESSUAL PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Como já visto anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor conferiu ao magistrado o poder-dever para, presentes os requisitos da verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor, inverter o ônus da prova em favor do consumidor. Ocorre que a Legislação não especificou qual o procedimento a ser adotado pelo julgador, ou seja, a instrumentalização procedimental da referida medida não é precisa.

Diante da omissão da Lei com relação ao momento processual adequado para ser declarada a inversão do ônus da prova, duas correntes doutrinárias principais surgiram, com o intuito de encontrar esse momento ideal para decretação da inversão do ônus da prova pelo juiz.

Primeiramente, cumpre salientar que, apesar da lei 8.078/90 constituir-se em um sistema autônomo e próprio, sendo fonte elementar para o intérprete, deverá ser interpretada em conformidade com o disposto na Constituição Federal, aplicando-se, ainda que de forma subsidiária, as regras do CPC.

Nesse sentido, afirmou Bortowski que "... O Código é um microsistema, autônomo e independente, mas instrumentalmente se socorre das regras e princípios gerais que norteiam o CPC, exceto quando diferentemente regule, tal como nos casos de intervenção de terceiros, coisa julgada e etc..."³¹

Como já dito anteriormente, a omissão na Lei, a qual não diz expressamente qual o melhor momento para aplicação da inversão do ônus da prova por parte do juiz, causou divergências na doutrina e jurisprudência. Contudo, consoante restará demonstrado, estas se dão somente em virtude da carência de uma correta exegese da norma contida no Art. 6º do CDC.

Alguns entendem que o juiz somente deve inverter o ônus da prova quando da prolação da sentença, enquanto que outra parte da doutrina sustenta que a inversão deve se dar antes do referido ato processual.

Vários são os doutrinadores que defendem ser por ocasião da sentença o momento mais favorável para a decisão do juiz acerca da inversão.

Fundamentam suas teses afirmando que as regras da inversão do ônus da prova são de julgamento da causa e que, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de non liquet, sendo o caso ou não de inversão do ônus da prova.³²

³¹ Bortowski, Marco Aurélio Moreira. *Carga Probatória Segundo a Doutrina e o CDC*, Revista de Direito do Consumidor, nº 7 julho-setembro, 1993. Ed.RT.

³² Watanabe, Kazuo. In Grinover, Ada Pellegrine e outros. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed., p. 735, Forense, São Paulo, 2001.

Nelson Nery Júnior, também defende que a decisão sobre a inversão do ônus da prova somente deve ser proferida no momento da prolação da sentença, eis que trata-se de regra de julgamento:

*“Regra de julgamento. Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC 6º, VIII), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza”.*³³

Sustentam, ainda, que a declaração de inversão do ônus da prova antes da prolação da sentença, seria o mesmo que proceder ao pré-julgamento da causa, situação essa que é inadmissível.³⁴

No mesmo sentido, leciona Batista Lopes:

*“... é orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente”. Conclui, ao final, que “... somente após o encerramento da instrução é que se deverá cogitar da aplicação da regra da inversão do ônus da prova. Nem poderá o fornecedor alegar surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente no texto legal”.*³⁵

Aduzem, ainda, que ao se manifestar a respeito do ônus da prova anteriormente a sentença, poderia o magistrado incorrer em prejulgamento, parcial e prematuro.

Com esse posicionamento Cecília Matos:

³³ Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery, em Código de Processo Civil, e legislação Processual em Vigor, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 835.

³⁴ Watanabe, Kazuo. In Grinover, Ada Pellegrine e outros. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed., p. 735, Forense, São Paulo, 2001.

³⁵ Batista Lopes, João. *A prova no Direito Processual Civil*, 2ª ed, p. 51, Ed. RT, São Paulo, 2002.

“A regra de distribuição do ônus da prova é regra de juízo e a oportunidade de sua aplicação é o momento da sentença, após o magistrado analisar a qualidade da prova colhida, constatando se há falhas na atividade probatória das partes que conduzem à incerteza.

Por ser norma de julgamento, qualquer conclusão sobre o ônus da prova não pode ser emitida antes de encerrada a fase instrutória, sob o risco de ser um pré-julgamento, parcial e prematuro.

Justificamos a posição de que o momento processual para análise da necessidade da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova e sua inversão é por ocasião do julgamento da demanda e jamais quando do recebimento da petição inicial, na decisão saneadora ou no curso da instrução probatória.”³⁶

Argumentam que a inversão do ônus da prova em favor do consumidor na sentença é legal e constitucional. Junte-se, novamente, ao aqui já exposto, os ensinamentos de Cecília Matos que assim justifica a inversão do ônus da prova somente na sentença:

“O fornecedor pode realizar todo e qualquer tipo de prova, dentre aquelas permitidas em lei, durante a instrução para afastar a pretensão do consumidor. Se o demandado, fiando-se na suposição de que o juiz não inverterá as regras do ônus da prova em favor do demandante, é surpreendido com uma sentença desfavorável, deve creditar o seu insucesso mais a um excesso de otimismo do que a hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa”.³⁷

É válido ressaltar que, ainda no tocante ao debate acerca do momento mais apropriado para que seja determinada a inversão do ônus da prova, encontramos diversos artigos e textos, ressaltando, em sua maioria, a tese de que é a sentença o momento apropriado para que seja declarado invertido o ônus da prova.

Por outro lado, existem aqueles que entendem que deve se inverter o ônus da prova antes da decisão.

Alegam que a assecuração do contraditório é garantia Constitucional, ou melhor, é um dos princípios que regem os atos processuais e o justo processo,

³⁶ Em revista do Direito do Consumidor, n. 11, Julho/setembro, 1994, Editora Revista dos Tribunais, p. 167.

³⁷ Matos, Cecília. *O ônus da prova no CDC*. Artigo in *Justitia*, abril/junho, São Paulo, 1995.

garantido constitucionalmente pelo devido processo legal, somente se tonificará se respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Para Rui Porta Nova, *"O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – tal como o direito de ação – tem o direito de não se defender"*.

Concluem, assim, diante dos ensinamentos supramencionados, que sendo concedida a inversão do ônus da prova somente quando do julgamento da lide, haverá desrespeito à constituição e a seus princípios do contraditório e da ampla defesa, eis que não terá sido dada a oportunidade para que o réu, no caso o fornecedor, se defendesse adequadamente, ou seja, pudesse fazer prova negativa dos fatos alegados pelo autor.

Kazuo Watanabe não concorda com esse posicionamento, ou seja, não vê nenhuma ofensa ao princípio da ampla defesa e ao final adere a sugestão de Cecília Matos que diz que *" (...) no despacho saneador ou em outro momento que preceda a fase instrutória da causa, o magistrado deixe advertido às partes que a regra de inversão do ônus da prova poderá, eventualmente, ser aplicada no momento do julgamento final da ação. Com semelhante providência ficará definitivamente afastada a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa"*

Para João Batista de Almeida, o momento ideal para o deferimento da inversão deverá ocorrer entre a propositura da ação e o despacho saneador, sob pena de prejuízo para a defesa do réu.

Rizzatto adverte que a polêmica acerca do momento processual para aplicação da regra da inversão do ônus da prova se dá pelo fato de não haver rigorismo lógico e teleológico do sistema processual instaurado pela Lei 8.078.

O autor também vai de encontro ao entendimento de que o momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova é no julgamento da causa,

sustentando que esse pensamento segue a mesma linha da distribuição legal do ônus da prova que é uma regra que exprime certeza (art. 333, CPC).

O processo que não envolve relação de consumo não obriga que o juiz faça qualquer declaração a respeito da distribuição da carga probatória. Deve apenas apreciá-la no momento de julgar a lide. Não há surpresa para as partes quanto a quem compete a produção da prova. Já a lei consumerista é omissa, não exprime certeza, uma vez que a inversão prevista no art. 6º, VIII não é automática, fica a critério do juiz quando for verossímil a alegação ou se for hipossuficiente o consumidor.

Conseqüentemente, se faz imprescindível que o juiz se manifeste para que as partes saibam se está presente o elemento da verossimilhança da alegação ou se a hipossuficiência do consumidor foi reconhecida, conforme caso concreto. Ao final conclui que *“... o momento processual mais adequado para a decisão sobre da inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento”*.³⁸

Voltaire de Lima Moraes discorda do entendimento de que a inversão seja decretada ab initio, quando da análise da petição inicial pelo juiz, vez que não houve manifestação do demandado, não sendo capaz de precisar a extensão da sua resposta, muito menos os pontos controvertidos. Acreditando ser imatura a decretação da inversão nessa fase do procedimento. Discorda, também, do entendimento de que a inversão processual é regra de julgamento, acreditando, assim, que a decretação da inversão no momento da prolação da sentença não é o mais adequado.

Segundo ressalta, *“é descabida a decretação da inversão do ônus da prova quando da prolação da sentença, pois tal decretação não deve ser entendida como regra de julgamento a ser aí decidida, por envolver questão incidente, a ser efetivamente operacionalizada por ocasião da fase instrutória, sob pena de não se*

³⁸ Rizzato Nunes, Luiz Antônio. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Direito Material (arts. 1a a 54), São Paulo: Saraiva, 2000

*permitir ao fornecedor que se desincumba deste ônus que lhe foi judicialmente imposto, com prejuízo, inclusive de que exercite a sua ampla defesa.”*³⁹

Aduz, também, que a inversão envolve questão incidente a ser resolvida por ocasião da fase instrutória, sob pena de não se permitir ao fornecedor que se desincumba desse ônus que lhe foi judicialmente imposto, com prejuízo, inclusive para o exercício da ampla defesa.

Ao final conclui que:

“... o momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova dar-se-á por ocasião do saneamento do processo, quando, inexistente a audiência de conciliação, o Juiz tiver fixado os pontos controvertidos, aí sim, em seguimento, decidirá as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento ou não da inversão do ônus da prova (art. 331, § 2º, do CPC), ficando dessa forma cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar”.

Filio-me a corrente doutrinária favorável à tese de que o melhor momento para decretar a inversão do ônus processual é entre a propositura da ação e o despacho saneador, sendo, ainda, o mais adequado momento o do despacho saneador. Porquanto, não vai existir um elemento surpresa e as partes estarão informadas, mediante declaração do juiz, a quem compete o ônus da prova.

O simples fato de se advertir que as regras de inversão do ônus da prova poderão ser aplicadas no momento do julgamento da ação, não afasta a ofensa ao princípio da ampla defesa.

O instituto processual da inversão tem por escopo auxiliar a defesa do consumidor, conseqüentemente onerando a defesa do fornecedor. Não havendo uma certeza legal se cabe a este ou àquele provar os fatos, o fornecedor tem direito

³⁹ Moraes, Voltaire de Lima. *In Revista de Direito do Consumidor*, nº 31, julho-setembro, 1999. Ed.RT

de saber se as regras de inversão serão aplicadas antes que se proceda a instrução e julgamento do processo.

A análise da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor não provocam prejulgamento da lide, posto que a verossimilhança é a aparência da verdade, não exigindo a sua certeza, ao mesmo passo que a hipossuficiência é analisada por meio da capacidade técnica e informativa do consumidor, de suas carências neste campo para litigar com o fornecedor que, por sua categoria, é detentor das técnicas.

Logo, a determinação prévia estabelecerá que o réu tem o ônus de desconstituir a aparente verdade (verossimilhança da alegação), ou a verificação da hipossuficiência técnica do consumidor.

Como se vê a norma que abraçou a responsabilidade objetiva do fornecedor é mais rígida que a inversão *ope judicis* do ônus da prova, vez que exime o consumidor de provar a culpa do fornecedor. Com a inversão, facilita-se a defesa, pois desincumbe-se, o autor, de provar o dano e o nexa causal.

Portanto, têm-se que a decisão mais correta seria o juiz, ao decidir pela inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, comunicar a parte em desfavor de quem se inverteu o ônus, da prévia decisão, para que tenha possibilidades de provar o fato controvertido. Caso não proceda conforme explicado, há a nulidade do ato processual por causar surpresa e cerceamento à defesa do réu.

Carlos Roberto Barbosa Moreira, com precisão, arrebatou que *"a inversão, se ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra geral até ali vigente, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido um ônus – que para ele não existia antes da adoção da medida –, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir."*⁴⁰

⁴⁰ Barbosa Moreira, Carlos Roberto. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*, Revista de Direito do Consumidor, nº 22 abril-junho, 1997. Ed.RT

A ampla defesa é um dos princípios norteadores do devido processo legal, e a certeza de que é assegurado é imprescindível ao desenvolvimento válido do processo. Portanto, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor deve ocorrer até o despacho saneador, havendo, assim, possibilidade de o réu exercer a sua ampla defesa.

Enfim, a garantia do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 é um importante instrumento para a defesa do consumidor, que busca o equilíbrio da relação processual em razão da sua vulnerabilidade.

Ante tudo aqui exposto, nos resta convir que a inversão do ônus da prova em momento anterior à sentença é a melhor forma de preservar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, assim como da isonomia entre as partes, uma vez que não trará prejuízos a ninguém e possibilitará a entrega de uma prestação jurisdicional mais justa.

5 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

Se, na doutrina há divergências, também não é pacífico o posicionamento de nossos tribunais quanto ao momento processual mais adequado para seja declarado invertido o ônus da prova, consoante faculta o CDC.

Sustentando ser na sentença o momento mais adequado, entendimento o qual, reitere-se, não coadunamos, encontramos os seguintes julgados:

"... Todavia, penso que a inversão do ônus da prova deverá ser analisada apenas na sentença, quando o julgador avalia o conjunto probatório e vê quem faltou com seu dever de comprovar os fatos do processo e por isso ficou prejudicado por essa omissão. Ou seja, depende de todo o contexto probatório..." E ainda neste mesmo julgado: " A dita inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor se dá no momento do julgamento, quando o magistrado avalia quem deveria ter provado tal fato, em face do acesso à prova." (TJ-PR, Ac. 8319, 5ª. Câmara Cível, Rel. Des. Domingos Ramina, DJ 26.03.2002)

"...Por fim, não se pode olvidar que a inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento a ser utilizada pelo juiz, se necessário e desde que presentes seus pressupostos, no momento da sentença..." E ainda "...Isso significa que não pode a parte liberar-se antecipadamente do ônus que lhe cabe em fazer a prova do seu direito nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil." (TJ-PR, Ac. 20115, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Sydney Zappa, DJ 20.03.2002)

"... não há que se falar em preclusão, uma vez que a matéria referente à inversão do ônus da prova pode ser examinada pelo juiz até a sentença, que, aliás, é o momento propício para utilização do instituto, já que se cuida de regra de julgamento e não de procedimento." (TJ-PR, Ac. 19245, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Sydney Zappa, DJ 21.09.2001)

"... Conquanto este Tribunal já tenha se pronunciado sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às operações bancárias, também já se tem assentado que a inversão do ônus da prova, ali prevista, é matéria a ser dirimida pelo juiz por ocasião da apreciação do mérito da causa..." (TJ-PR, Ac. 7994, 6ª. Câmara Cível, Rel. Des. Jair Ramos Braga, DJ 08.11.2001)

Cumpra transcrever posição apresentada pelo Ilustre Ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo:

"... IV- Não há vício em acolher-se a Inversão do ônus da prova por ocasião da decisão, quando já produzida a prova." (STJ – Ac. RESP 203225/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DJ 05.08.2002

Adotando a tese contrária, para qual o momento processual mais adequado para seja decidido acerca da inversão do ônus da prova, selecionamos os seguintes julgados, nos quais grifamos alguns trechos que entendo serem de grande valia para fundamentar o posicionamento aqui defendido.

*117018 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – SFH – CONTRACHEQUES – DESNECESSIDADE – APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INDEFERIMENTO DE PLANO – Desnecessária a juntada de contracheques, uma vez que os reajustes das prestações são de acordo com os aumentos da categoria profissional da mutuária e, portanto, válida a declaração do sindicato. **A norma referente à inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC) dirige-se ao juiz no momento de avaliar as provas produzidas pelas partes e reconhecer os fatos alegados na inicial.** Dessa forma, o afastamento de plano da aplicação do CDC implica na impossibilidade de sua incidência no momento oportuno. Agravo provido. (TRF 4ª R. – AI 2000.04.01.087726-5 – SC – 3ª T. – Relª Juíza Maria de Fátima Labarrère – DJU 18.07.2001 – 444)*

***100228339 – PROVA – Ônus. Inversão. Decisão que relega para final, no momento da entrega da prestação jurisdicional, a deliberação a respeito. Descabimento, ante o direito das partes de saber se incidirá ou não na relação jurídica a regra do art. 6º, VIII, do CDC.** Determinação para que o Juízo de 1º grau se pronuncie agora sobre o direito a inversão, não podendo o Tribunal apreciar diretamente, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. Recurso parcialmente provido para esse fim. (1º TACSP – AI 1004348-2 – (39036) – São Paulo – 7ª C. – Rel. Juiz Waldir de Souza José – J. 08.05.2001) JCDC.6.VIII JCDC.6)(grifamos todos)*

No mesmo sentido decidiram a justiça Paulista e a Mineira:

*INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - Inteligência do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. **Considerando 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 cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deva, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicitar quais serão objeto de inversão.** (Agravo de Instrumento n. 121.979-4 - Itápolis - 6ª Câmara de Direito Privado - Relator: Antonio Carlos Marcato - 07.10.99 - V. U.)(grifos nossos)*

EMENTA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - RELAÇÃO DE CONSUMO - OPORTUNIDADE - RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - MATÉRIA VENTILADA NAS RAZÕES RECURSAIS - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO PELO TRIBUNAL. A inversão do ônus da prova, como exceção à regra geral do art. 333, do CPC, depende de decisão fundamentada do magistrado antes do término da instrução processual, sob pena de não poder ser adotada na sentença, o que incorreria em cerceio de defesa, devendo ser decidida, de preferência, no momento do saneador, podendo, todavia, ser decretada no despacho inicial, após especificação das provas, na audiência de conciliação ou em qualquer momento que se fizer necessária, desde que assegurados os princípios do contraditório e ampla defesa. Conforme ensinam doutrina e jurisprudência, resta impossibilitado examinar-se em grau de recurso matéria sobre a qual não houve manifestação da primeira instância, sob pena de supressão desta. Recurso a que se nega provimento. (Apelação Cível nº, 301.800-0 da Comarca de BELO HORIZONTE sendo Apelante (s): JOSÉ DE QUEIROZ MAIA e Apelado (a) (os) (as): HOSPITAL MATER DEI S.A., Presidiu o julgamento o Juiz FERREIRA ESTEVES (1º Vogal) e dele participaram os Juízes ALVIMAR DE ÁVILA (Relator) e JARBAS LADEIRA (2º Vogal). (grifamos)

6 CONCLUSÃO

Como visto o Código de Defesa do Consumidor foi um marco histórico no Direito Brasileiro. Surgiu ante a necessidade de se regulamentar a situação do consumidor, uma vez que já era pacífico o entendimento de que este é a parte mais vulnerável nas relações de consumo. Os fornecedores, detentores do controle sobre os bens de produção, se impõem frente aos consumidores, os obrigando a aceitarem cláusulas tidas por abusivas, sob pena de não comercializarem os produtos os fornecerem seus serviços.

A proteção jurídica ao consumidor visa proporcionar a existência do equilíbrio no contraditório e a igualdade entre os litigantes, ou seja, estabelecer o equilíbrio processual.

Uma das regras presentes na Lei 8078/90 que auxiliam a defesa do consumidor em juízo é a prevista em seu artigo 6º, VIII. Este prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, desde que preenchidos os requisitos necessários, quais sejam, verossimilhança das alegações ou hipossuficiência da parte.

Esse conceito de hipossuficiência diz respeito não só a capacidade econômica da parte, mas principalmente a incapacidade técnica de produzir a prova.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece como direito básico do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos, portanto, se presentes os requisitos ensejadores da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, deverá o juiz aplicá-la. Sempre é bom ressaltar que esse benefício só pode ser concedido ao consumidor, uma vez que o fornecedor detém capacidades técnica e econômica suficientes, capazes de demonstrar a veracidade dos fatos ou a causa do evento danoso.

Não estando evidentes esses requisitos para a inversão, aplica-se a regra geral do ônus da prova presente no artigo 333 do CPC, que atribui ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu cabe provar os fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor.

Ficou definido, também, que basta a presença de apenas um dos requisitos para que o juiz, que avaliará a situação segundo as regras ordinárias de experiência, inverta o ônus da prova.

A concessão desse benefício faz com que o consumidor se desincumba de provas o dano bem como o nexo de causalidade entre o produto/serviço e o evento danoso.

Outro aspecto importante, diz respeito ao momento, qual fase processual, deverá ser invertido o ônus da prova. Grande parte da doutrina e Jurisprudência entende ser a sentença o momento mais adequado, eis que trata-se de uma regra de julgamento.

Outro argumento muito utilizado é o de que, em se tratando de relação de consumo, as partes devem estar preparadas à inversão, devendo, para tanto, produzirem todas as provas que entenderem serem necessárias à comprovação dos fatos, seja prova positiva, seja prova negativa. Alguns dos autores que defendem essa tese sugerem que, quando do despacho do saneador, o juiz se pronuncie acerca da inversão, advertindo as partes de que pode ser concedido o benefício em favor do consumidor.

A outra corrente fala que a decisão que defere o pedido de inversão do ônus da prova, ou que a aplique de ofício mesmo, deve ser prolatada antes da sentença. Sustentam que a aplicação da regra do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, somente em sentença, fere os princípios Constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Tem-se, portanto, que não há um entendimento pacífico, quer na doutrina quer na jurisprudência, a respeito do tema, sendo que as decisões tomadas acerca do tema são proferidas com base no entendimento particular de cada julgador, que pode escolher o momento que julgar mais conveniente para decidir. Acredito que a partir do momento em que o julgador tiver convicção sobre a verossimilhança das alegações, ou que comprovada a hipossuficiência do consumidor frente ao fornecedor, deve inverter o ônus da prova, mesmo que antes da sentença. A única

ressalva que faço é que o mais correto seria abrir prazo para que a parte contrária se manifestasse acerca do tema, ou seja, que seja oportunizada ao fornecedor chance de se defender, ou rebater as alegações do consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J.B. **a Proteção Jurídica do Consumidor**. Editora Saraiva. 2ª ed. Ano 2000.

ALVIM, J. M. de A. **Manual de Direito Processual Civil**. Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed. 2º vol., 1997, São Paulo.

ALVIM, J. M.; ALVIM, T.A.; ALVIM, E.A.; SILVA, J.M.; **Código do Consumidor Comentado**. Editora Revista dos Tribunais. 1ª ed. 1991. SP

AMARAL SANTOS, M. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Ed. Saraiva. 20ª ed. 2º vol. 1999. São Paulo.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. Editora Max limonad, 3ª ed.

BATISTA LOPES, J. **A prova no Direito Processual Civil**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BORTOWSKI, M.A.M. **Carga Probatória Segundo a Doutrina e o CDC**. Revista de Direito do Consumidor, nº7. julho/setembro, 1993. Editora Revista dos Tribunais.

CAMBI, E. **Divergência Jurisprudencial: Inversão do ônus da Prova e o ônus de Antecipar o Pagamento dos Honorários Periciais**. RT 804/132. Outubro 2002. Ano 91.

CARVALHO NETO, F. C. **Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. Editora Juarez de Oliveira. Ano 2002. SP

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Editora Saraiva, 12ª edição, vol. I.

FILOMENO, J. G. B. F. e Outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentados pelos autores do Anteprojeto**. Editora Forense Universitária, 5ª Edição, 1997, São Paulo.

GRECO FILHO, V. **Direito Processual Civil Brasileiro**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996

GRINOVER, A. P. e Outros. **CDC Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. 6ª ed. São Paulo: Forense: 1999.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do Processo do Conhecimento**. Editora RT, 2000, São Paulo.

MARQUES, J. F. **Manual de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1974.

MATOS, C. **O ônus da prova no CDC**. Revista In Justitia. São Paulo, abril/junho. 1995.

_____. **Revista do Direito do Consumidor**. nº 11. julho/setembro. 1994. Editora Revista dos Tribunais.

MORAES, V.L. **Revista do Direito do Consumidor**. nº 31. julho/setembro. 1999. Editora Revista dos Tribunais.

MOREIRA, C.R. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**. Revista do Direito do Consumidor, nº 22. abril/junho 1997. Editora revista dos Tribunais.

MOREIRA, J. C. B. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JUNIOR, N. e NERY, R. M. de A. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor**, 6ª ed. São Paulo: RT, 2001.

NERY JÚNIOR, N., Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

_____. **Revista de Direito do Consumidor.** nº 1. Editora RT.

NUNES, L. A. R.. Comentários ao Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1 a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

PORTA NOVA, R. Princípios do Processo Civil. 3a ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

RODRIGUES, S. Direito Civil. Vol. 3, 27ª edição. Editora Saraiva

SILVA, C.M. Instituições de Direito Civil. Vol. I, 8ª edição. Editora Forense.

THEODORO JÚNIOR, H. Curso de Direito Processual Civil, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E.; ALMEIDA, F. R. C. de. Curso Avançado de Direito Processual Civil, Editora Forense, vol. I, 2ª edição, São Paulo.