

“A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO MECANISMO DE EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES.”¹

Karina Denari Gomes de MATTOS²
Prof. Dr. Gelson Amaro de SOUZA³

Resumo: O presente estudo tem o escopo de analisar as divergências existentes tanto na doutrina quanto na seara jurisprudencial sobre a inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor, bem como no Direito Processual Civil. Brevemente, ainda pretende desmistificar a questão do momento da inversão do ônus da prova, tendo em vista a natureza instrumental do processo para a concretização de um direito material.

Palavras-chave: Ônus da prova. Código de Defesa do Consumidor. Momento da inversão do ônus da prova.

Sumário

1. Introdução
2. A inversão do ônus da prova no Processo Civil
3. A inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor
- 3.1. Verossimilhança e Hipossuficiência
4. A inversão e as despesas processuais
5. O momento da inversão do ônus da prova
6. Conclusão
7. Bibliografia

1. Introdução

A priori, antes de analisarmos a questão da inversão do ônus da prova no processo, devemos observar que o processo deve ser visto como meio, ou seja,

¹ Trabalho individual realizado no Grupo de Pesquisa e Iniciação Científica “Processo de Conhecimento”, coordenado pela Faculdade de Direito da Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente/SP, sob a orientação do Professor-doutor Gelson Amaro de Souza.

² Discente do 2º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP e pesquisadora bolsista do Projeto de Iniciação Científica. E-mail: karinadenari@unitoledo.br

³ Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP; mestre em Direito pela ITE de Bauru/SP e doutor em Direito das Relações Sociais – com área de concentração em Processo Civil pela PUC/SP. Procurador do Estado de São Paulo aposentado, advogado militante em Presidente Prudente/SP.

um instrumento utilizado para a concretização do direito material e para a composição de conflitos.

Portanto, a análise deste instituto processual se destina ao entendimento de que, simplificando e compreendendo a instrumentalidade do processo, o direito material será mais facilmente alcançado.

Ao utilizar a inversão do ônus da prova, o legislador permitiu que, em casos específicos na seara processual civil e no direito do consumidor, a parte mais vulnerável possa ser de alguma forma equiparada à outra parte conferindo plena efetividade à tutela jurisdicional.

Esta problemática já foi e certamente sempre será muito debatida nos meios jurídicos brasileiros, pois está relacionada com o interesse da parte em demonstrar a ocorrência dos fatos alegados no processo, buscando, com isto, adequar os fatos alegados no processo à verdade ocorrida no mundo fenomenológico. Sobre o assunto, afirma com maestria a eminente processualista Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 219):

De há muito, o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça. Nessa ótica, a atividade das partes, embora empenhadas em obter vitória, convencendo o juiz de suas razões, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que de sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais aderente possível à verdade [...].

Não é por outra razão que, para o consagrado processualista alemão Leo Rosenberg, a prova é “a coluna vertebral do processo civil” (1943, p. 503).

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

Sob o ponto de vista da prática forense, há ainda a visão errônea de que o ônus da prova não é relevante, pois as partes raramente deixam de produzir as provas possíveis. Vê-se, em *contrario sensu*, a intenção e o direito das partes em conseguir um resultado favorável utilizando-se para isto de um mínimo possível de tempo e de recursos.

Neste diapasão, as regras relativas ao ônus da prova constituem para as partes a natureza de regras procedimentais, ou seja, relativas à faculdade (ou à necessidade) da parte em provar o fato por ela alegado, e para o magistrado

constituem regras de julgamento, onde o juiz verifica se este ônus foi desincumbido satisfatoriamente, como leciona Luiz Rodrigues Wambier (et al. 2006, p. 401):

[...] as normas sobre o ônus da prova, por um lado são 'regras de julgamento', isso é, são dirigidas ao julgador, no momento de sentenciar. Por outro, fornecem parâmetros para as partes previamente estabelecerem sua estratégia probatória: autor e réu primeiramente se concentrarão em provar os fatos sobre os quais recaem os seus respectivos ônus da prova.

Muito importante, no entanto, diferenciar o ônus da obrigação. Enquanto a obrigação cria para outrem o direito de exigir o seu cumprimento, o ônus é uma faculdade condicionada a um interesse.

Quem não atende a um ônus não pratica ato ilícito, apenas incorre em um (potencial ou concreto) prejuízo resultante de sua omissão, e como menciona Dinamarco (2004, p. 71) “o ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

Ainda, analisando o processo civil, especialmente no último século, constata-se que não existe apenas o ônus de provar, como também o de alegar. Assim, por exemplo, é preciso que o réu alegue, no prazo legal, a exceção de incompetência relativa, se quiser que a causa seja processada no foro competente. Se o réu alega a exceção, torna-se credor do despacho devido pelo juiz, de remessa dos autos ao juiz competente, ao qual fica sujeito o autor; se não alega a exceção, é o autor que se torna credor de ato devido pelo juiz, consistente no dever de não remeter os autos a outro juiz, mas de processar e julgar ele mesmo a ação.

Sendo de indiscutível importância, o presente trabalho primará por uma abordagem estrutural sobre a inversão do ônus da prova, bem como sobre sua natureza de critério de instrução, devendo ser o tão debatido momento da inversão configurado antes da sentença do juiz, tendo como fim comunicar às partes da inversão, sem se ater a um momento processual imutável e estático, visto que, segundo a linha de pensamento adotada por este trabalho, a prestação jurisdicional será mais facilmente alcançada com uma maior flexibilização das regras procedimentais.

2. A inversão do ônus da prova no Processo Civil

No Direito Romano anterior ao período formulário, era possibilitado ao juiz se recusar a julgar causa que não lhe era clara. O juiz poderia então sentenciar *sibi non liquere*, segundo o princípio do livre convencimento do juiz.

São do Direito Romano os brocardos: *actore non probante, reus absolvitur* (se o autor não fizer prova, absolve-se o réu); *probatio incubit qui dicet, non qui negat* (a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega); *in excipiendo reus fit actor* (apresentando exceção, o réu se torna autor); e *negativa non sunt probanda* (os fatos negativos não devem ser provados).

No entanto, hoje em dia, não se admite mais que o juiz se esquive de decidir - inclusive por falta ou insuficiência de provas. O juiz estando incerto – sendo esta hipótese plenamente aceitável no sistema do livre convencimento motivado - utilizará regras de distribuição do ônus da prova, onerando aquela parte que carregava o encargo da prova com uma sentença desfavorável, visto que não produziu prova necessária, ou seja, julgar em desfavor daquele a quem incumbia o ônus da prova, e não o cumpriu satisfatoriamente.

Ademais, o artigo 130, do Código de Processo Civil, o qual prescreve que "*caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as inúteis ou meramente protelatórias*", somente poderá ser corretamente aplicado, pelo juiz, quando não funcione a teoria do ônus da prova.

Como já dito, ônus é a faculdade que a parte possui de praticar ou não determinado ato processual, sofrendo assim, as conseqüências negativas do descumprimento que recairão sobre ela própria⁴.

Observado o conceito de ônus, é importante salientar que o ônus da prova tem duas funções primordiais. Primeiramente a de estimular as partes a provar suas alegações e ainda, a finalidade de auxiliar o magistrado que ainda permanecer incerto, acrescentando critérios de julgamento capazes de evitar o *non liquet*.

Assim, não podendo o juiz decidir, a lei decide, impondo quem suportará as conseqüências da falta da prova, vista a impossibilidade de reabertura da fase de instrução processual.

⁴ Sobre o ônus da prova, importante a análise das teorias distintas de Rosenberg e Micheli, nas obras de Leo Rosenberg "La carga de la prueba", Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956 e de Gian Antônio Micheli, "L'onere della prova", Padova, Cedam, 1966.

No Código de Processo Civil, a regra de distribuição do ônus da prova, presente no artigo 333, vem sofrendo alterações privilegiando uma maior efetividade e instrumentalidade do processo, atual tendência do Direito Processual Civil e tendo como um de seus expoentes por Cândido Rangel Dinamarco.

O artigo 333 do CPC determina:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Portanto, conforme a atual tendência doutrinária, as regras de distribuição do ônus da prova não devem ser interpretadas limitando os poderes instrutórios do juiz, devendo o juiz atuar ativamente no âmbito da instrução processual, visando equilibrar as partes na produção probatória, possibilitando assim, uma decisão mais justa e equânime.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) adotou a inversão do ônus da prova como regra, podendo ser esta ser aplicada a critério do juiz.

Discorrendo sobre o tema, José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, afirma (GRINOVER et al. 2007, p. 19) :

“Outro *mito* que precisa ser desfeito desde logo é o de que os *direitos básicos do consumidor* previstos no art. 6º do novo Código são a grande novidade. [...] Talvez a grande *novidade*, isto sim, seja o direito previsto no inc. VIII do mencionado art. 6º do CDC, quando fala da *inversão do ônus da prova*, a seu favor, mas *apenas no processo civil* quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor, ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.”

Da mesma sorte, antes mesmo da redação do Código de Defesa do Consumidor, excepcionalmente o Código de Processo Civil dispôs acerca da inversão do ônus da prova, como se infere do artigo 389, inciso II:

Art. 389. Incumbe o ônus da prova quando:
I - se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir;
II - se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.

Segundo o dispositivo, ao se tratar de contestação de assinatura quem deverá produzir a prova é a parte que produziu o documento, e não quem alega a falsidade, contrariando o ônus da prova do artigo 333.

Jurisprudencialmente constata-se decisões neste mesmo sentido, conforme acórdão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"contestada a assinatura do documento particular, cessa-lhe a fé, independentemente da arguição de falsidade, cabendo o ônus da prova, nesse caso, à parte que o produziu durante a instrução da causa" (Brasília. STJ. REsp nº 15.706/SP. Rel Min. Nilson Naves, 3ª Turma, J. 24.03.1992, in DJU 13.04.1992, p. 4998).

E outro não é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme se depreende do seguinte julgado:

"Se 'se tratar de contestação de assinatura', o ônus da prova foge à regra geral e toca àquele 'que produziu o documento' (Código de Processo Civil, artigos 388 e 389, II), quer dizer, àquele que o junta aos autos, não a quem o contesta' (TJ/SP Ap. s/ Rev. 111.8130- 0/5, 28ª Câmara. Dir. Priv. - Rel. Des. Celso Pimentel - J. 04.12.2007).

Finalmente, outra das possibilidades dispostas pelo legislador no Código de Processo Civil de inversão do ônus da prova, é a de convenção, entre as partes, que venha a distribuir o ônus da prova de maneira diversa da já exposta, sem que essas possam orientar o processo ao seu arbítrio, já que o *dominus processu* é o juiz. Sobre o assunto, Pontes de Miranda (1974, p.229) com maestria, afirma que o parágrafo único, do artigo 333 do CPC é uma regra jurídica heterotópica, referindo-se a elementos probatórios de direito material.

Apenas será nula essa convenção, quando recair sobre direito indisponível da parte - artigos 333, parágrafo único, inciso I, combinado com o artigo 351, ambos do CPC e com o artigo 841 do Código Civil; ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito - artigo 333, parágrafo único, inciso II, do CPC.

3. A inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor

Para esta breve introdução ao Direito do Consumidor, cabe citar a priori a opinião da eminente jurista Ada P. Grinover (et al. 2007, p. 6):

“A proteção do consumidor é um desafio da nossa era e representa, em todo o mundo, um dos temas atuais do Direito. [...] É com os olhos postos nessa vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica. [...] Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas do mercado.”

Dentro desta grande dimensão que é o fenômeno jurídico da proteção ao consumidor em nosso ordenamento jurídico, com o advento da Lei 8.078 de 1990, o legislador consumerista, admitindo a situação de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, inovou, adotando nos artigos 6º, inciso VIII, a possibilidade *ope judicis* de inversão do ônus, e nos artigos 12, §3º, 14, §3º e 38 a inversão *ope legis* do ônus, sendo estes instrumentos de grande importância na manutenção do equilíbrio na relação jurídica.

Antes de analisarmos os dispositivos especificamente, muito importa mencionar a existência e influência da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, tendo origem principalmente na Argentina, bem como na Espanha e no Uruguai.

O centro da Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova está em proporcionar ao juiz, e de acordo com seu próprio convencimento, uma mais intensa flexibilização das regras do ônus probatório conforme a situação particular das partes em relação à determinada prova verificada por ele mesmo no processo submetido ao seu crivo, e não só aplicar os critérios anteriormente definidos na lei.

O próprio artigo 6º do Código do Consumidor pode ser visto como resultado da influência desta doutrina no Brasil, observando que o processo moderno tem como escopo maior garantir o direito a quem realmente seja seu titular.

Para analisarmos mais especificamente o inciso VIII do artigo 6º, será necessária a abordagem de alguns conceitos, os quais serão expostos brevemente a seguir.

3.1. Verossimilhança e Hipossuficiência

O juiz, no momento de analisar as provas e apreciar o caso concreto utilizará de algumas regras de experiências e presunções.

A presunção, segundo Cecília Matos é “um raciocínio lógico utilizado para que, de um fato conhecido (o indício), seja possível chegar a um fato desconhecido.” E a regra de experiência “é também um processo lógico, baseado em fatos comuns, preexistentes, genéricos e abstratos do conhecimento humano, de uso corriqueiro do Juiz.” (1995, p. 97)

Portanto, através desse raciocínio lógico, e utilizando-se de presunções e regras de experiência, o juiz poderá visualizar um fato, que apesar de não explícito, apresenta grande probabilidade de sê-lo, visto que não há prova em contrário apresentada pela outra parte. Para tanto, cabe salientar que as regras de experiência e as presunções serão utilizadas quando houver dúvida por parte do Juiz acerca da veracidade dos fatos alegados no processo.

A verossimilhança, outro instituto abordado pela Lei, representa, assim como a probabilidade e a possibilidade, um patamar na escala de convencimento dos fatos. Cecília de Matos, citando Calamandrei (CALAMANDREI apud Matos, 1995, p. 95) expõe interessante argumentação acerca da verossimilhança:

“possibile è ciò que può essere vero; verosimile è ciò che há l'apparenza di essere vero. Probabile sarebbe, etimologicamente, ciò che si può provare come vero [...] queste tre qualificazioni (possibile, verosimile, probabile) costituiscono, in quest'ordine, una graduale approssimazione, una progressiva accentuazione verso il riconoscimento di ciò che è vero.”⁵

Analisando os conceitos dispostos, segue artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

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

Portanto, a hipossuficiência bem como a verossimilhança são requisitos necessários à inversão do ônus da prova nos moldes do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

⁵ “possível é aquilo que pode ser verdade; verossímil é aquilo que tem a aparência de ser verdade. Provável seria, etimologicamente, aquilo que se pode provar como verdade [...] estas três qualificações (possível, verossímil, provável) constituem, nesta ordem, uma gradual aproximação, uma progressiva acentuação sobre o reconhecimento daquilo que é verdade”.

Quando se alude à hipossuficiência, não se trata da mera hipossuficiência econômica, mas sim, da diminuição da capacidade do consumidor, sob o âmbito da informação, educação e inclusive posição social.

Ao ampliar a interpretação da hipossuficiência, foi notadamente proporcionada ao consumidor uma melhor e mais ampla tutela, sendo esta tutela um dos objetivos primordiais do Código.

Desta forma, vemos que a verossimilhança não exige a certeza da verdade, porém deve existir uma aparente verdade demonstrada nas alegações do autor, que uma vez comparadas com as regras de experiência seja capaz de ensejar a inversão. O outro critério que pode ser analisado pelo juiz para que se possa inverter o ônus da prova é o da hipossuficiência do consumidor, o que se traduz em razão da capacidade econômica e técnica do consumidor.

Conforme Cecília Matos a hipossuficiência do consumidor é característica integrante da vulnerabilidade deste. É demonstrada pela diminuição de capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas no social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros.

O artigo 6º, inciso VIII, então, é tido como inversão do ônus da prova *ope judicis*, ou seja, de acordo com o juiz.

Diferentemente desta forma de inversão, temos o artigo 14, §3º e o artigo 38, os quais dispõem:

“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.”

Nestes dispositivos, a inversão do ônus está configurada na Lei, não devendo o juiz analisar, segundo a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Por fim, ao analisarmos o disposto na Lei e na doutrina, vemos que a razão maior da inversão do ônus da prova é a vulnerabilidade do consumidor frente

ao fornecedor, sendo os dispositivos apresentados responsáveis pela prestação jurisdicional adequada à parte vulnerável, nos casos respectivos.

4. A inversão e as despesas processuais

Uma abordagem que não pode deixar de ser mencionada ao tratar da inversão do ônus da prova nas lides de consumo é se implica ou não na inversão das respectivas despesas processuais relacionadas com a atividade probatória determinada de ofício pelo juiz ou requerida por ambas as partes (v.g. despesas referentes a diárias de testemunhas, remuneração de assistente técnico e perito, dentre outros).

A prestação jurisdicional é uma atividade dispendiosa, e a despesa relativa aos atos processuais, conforme se infere do artigo 19, §2º do CPC, deve ser paga antecipadamente à realização, excetuando-se as disposições concernentes à justiça gratuita (artigo 19 caput do CPC).

Nestas hipóteses, conclui-se não haver qualquer exceção às regras gerais estabelecidas no Código de Processo Civil, pelo simples fato de não se poder relacionar o *onus probandi* com o ônus financeiro de realização dos atos probatórios.

Como visto, as normas do Código do Consumidor que prevêm a inversão do ônus da prova têm o escopo de possibilitar a adequação entre o princípio da vulnerabilidade do consumidor e o sistema processual clássico de repartição do ônus probatório, buscando a igualdade das partes.

Destarte, as normas consumeristas diferem neste aspecto do Código de Processo Civil, que trata do ônus subjetivo da prova, porém não se deve proceder nesta mesma distinção em relação às normas do art. 19 e seguintes, que tratam do ônus financeiro da produção dos atos processuais, sendo que este posicionamento não conflita com a finalidade do Código de Defesa do Consumidor em facilitar a atividade do consumidor, pois caso haja a não produção da prova pelo consumidor, seja esta por motivos financeiros, ao ocorrer a inversão do ônus da prova, o fornecedor será prejudicado, pois cabia a ele a produção das provas necessárias.

Por fim, adotamos o entendimento de que a inversão do ônus da prova não induz a inversão do ônus financeiro de produzir tais provas.

5. O “momento” da inversão do ônus da prova

As regras do ônus da prova são utilizadas durante a instrução e no julgamento. Durante o processo, pelas partes terem consciência do disposto na lei processual vigente, e no julgamento por ser uma regra que pode ser utilizada pelo juiz no momento da sentença.

Quanto ao momento adequado para a inversão do ônus da prova no processo, primeiramente cumpre citar as correntes conflitantes e posteriormente tecer alguns comentários acerca das mesmas, delimitando ao fim a teoria mais razoável.

A primeira corrente, e talvez a predominante entre a doutrina, é a teoria de que a inversão deve ser feita no momento da sentença, após o juiz analisar as provas já colhidas e confirmando alguma incerteza quanto ao apresentado. Quanto aos adeptos desta corrente, temos o jurista Nelson Nery Jr., Luiz Eduardo Boaventura Pacífico bem como a Promotora de Justiça Cecília Matos, cuja tese de mestrado foi citada por José Geraldo Brito Filomeno no Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, e cujo fragmento segue para exemplificar a corrente em questão (1995, p. 99-100):

"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 prejulgamento, parcial e prematuro.

Justificamos a posição de que o momento processual, para a 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.

A fixação da sentença como momento para análise da pertinência do emprego das regras do ônus da prova não conduz à ofensa do princípio da ampla defesa do fornecedor, que hipoteticamente, seria surpreendido com a inversão.

De acordo com o artigo 6º, inciso VIII do CDC, o fornecedor tem ciência de que, em tese, serão invertidas as regras do ônus da prova se o juiz considerar como verossímeis as alegações do consumidor ou se ele for hipossuficiente. Além disso, o fornecedor sabe que dispõe do material técnico sobre o produto e o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo e litigante eventual.

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 seu insucesso mais a um excesso de otimismo do que à hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa."

Em contrapartida, temos a posição de que a inversão deva ser configurada no despacho saneador, ou em outro momento anterior à fase instrutória. Antonio Gidi salienta (apud CARVALHO NETO, 2002, p. 175):

"A oportunidade propícia para a inversão do ônus da prova é em momento anterior à fase instrutória. Do momento em que se despacha a inicial até a decisão do saneamento do processo, o magistrado já deve dispor de dados para decidir sobre a inversão. Assim, a atividade instrutória já inicia com as cargas probatórias transparentemente distribuídas entre as partes. Não significa que, uma vez ultrapassado esse momento do processo, ao magistrado não mais cabe fazê-lo.

[...]

Não raro, somente no momento de sentenciar é que a situação se configura com clareza na mente do julgador. Em casos que tais, o magistrado não somente pode, como deve inverter o ônus, e dar prazo razoável para o fornecedor produzir a prova de que passa a estar encarregado."

O jurista Voltaire de Lima Moraes (1999) não concorda que a inversão deva ser decretada *ab initio*, quando o juiz analisa a petição inicial, pois sequer houve manifestação do demandado, não podendo afirmar com precisão a dimensão da sua resposta, sequer os pontos controvertidos tendo como imatura a decretação da inversão nessa fase do procedimento. Não concorda, também, com a decretação no momento da prolação da sentença, pois não vê a inversão processual como regra de julgamento. A inversão envolve questão incidente a ser efetivamente 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.

Destarte, Voltaire 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 audiência de conciliação, e o Juiz tiver fixado os pontos controvertidos, 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.

Por fim, tem-se que o instituto processual da inversão serve para facilitar a defesa do consumidor e, por consequência, onerar a defesa do fornecedor. Este último tem o direito de saber, já que não existe uma certeza legal, se a incumbência do ônus da prova é sua, ou não, antes que se proceda a instrução e julgamento do processo.

A apreciação da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor, como já foi examinado, não implicam num prejulgamento da lide posto que a verossimilhança seja apenas aparência da verdade, não exigindo a certeza da verdade, enquanto que a hipossuficiência é examinada através da capacidade técnica e informativa do consumidor, de suas deficiências neste campo para litigar com o fornecedor que por sua condição é detentor das técnicas.

Tendo em vista um dos objetivos principais do Código de Defesa do Consumidor, qual seja de equilibrar as partes e facilitar o processo – e neste aspecto, a título de exemplificação, o artigo 83 em que o legislador possibilita o ajuizamento de qualquer tipo de ação para a defesa do interesse dos consumidores – não há a necessidade de estabelecer ao juiz um momento hermético para a inversão do ônus da prova.

Como motivos para esta teoria, podemos salientar os custos elevados para a realização de provas técnicas, bem como a dificuldade de se obter o benefício da Justiça Gratuita, face aos critérios rigorosos da Lei de Assistência Judiciária, demonstrando que a inversão somente no julgamento da lide acaba, na maioria das vezes, prejudicando o consumidor.

Outro ponto a ser refutado é a visão de que a inversão do ônus antes do julgamento constitui uma espécie de “pré-julgamento”. O juiz apenas julga após o exame das provas, e esta inversão anterior à sentença não configura nenhum tipo de exame de provas, mas sim a adequação do processo à Lei, que prevê a inversão em alguns casos e mediante certos requisitos.

Porém, para salientarmos a necessidade de uma flexibilização quanto ao momento processual da inversão do ônus da prova, demonstrando que a inversão no despacho saneador não é absoluta, cumpre frisar que o despacho saneador, previsto no artigo 331, §2º do CPC não é utilizado na Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais); Juizados estes que na maioria das vezes servem de meio para dirimir conflitos relacionados ao direito consumerista, vista a constante aplicação do Direito do Consumidor nas atividades habituais da sociedade.

Concluindo, portanto, este tópico, o que verificamos é que uma maior flexibilização quando ao momento processual adequado para a inversão do ônus da prova deve ficar a cargo do juiz, sendo este preferencialmente decretado antes da sentença, de forma a facilitar às partes a produção das provas. Percebemos que assim, estão sendo cumpridos os objetivos do Código de Defesa do Consumidor bem como do Processo em geral, tendo em vista que ao simplificar o formalismo processual, aproximar-se-á cada vez mais a prática jurídica do tão almejado Acesso à Justiça.

6. Conclusão

Conforme pondera Gérard Cas (1980, p. 9) “a sociedade industrial engendrou uma nova concepção de relações contratuais que têm em conta a desigualdade de fato entre os contratantes.” E conclui, dizendo que “o legislador procura proteger os mais fracos contra os mais poderosos, o leigo contra o melhor informado; e os contratantes devem sempre curvar-se diante do que os juristas modernos chamam de ‘ordem pública econômica’”.

Neste contexto, surge como forma de equilibrar as partes o instituto da inversão do ônus da prova, presente no Código de Processo Civil e tendo sua importância enfatizada no Código de Defesa do Consumidor. Ressalta Cecília Matos (1995, p. 95):

“É neste contexto revolucionário de expansão da tutela jurisdicional que se insere o Código de Defesa do Consumidor. Pretende não só resolver o maior número de conflitos como também jurisdicionalizar a imensa gama de litígios que não são levados para apreciação pelo Estado e que, por isto, guardam alto grau de litigiosidade contida que rege a imperiosa necessidade de reestruturação.”

Conforme visto no trabalho, no Código de Processo Civil a matéria é abordada de forma excepcional, presente, a título de exemplificação, no artigo 389, sobre a falsificação de assinatura bem como no parágrafo único do artigo 333, no que tange à inversão compactuada entre as partes.

Porém, no Código de Defesa do Consumidor nos artigos 6º, VIII; 12, §3º, 14, §3º e 38, é prevista esta inversão, contudo *ognuno a suo modo*.

No artigo 6º, inciso VIII, a inversão é caracterizada pela necessidade de requisitos, quais sejam da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor, sendo a constatação destas características a critério do juiz.

Chega-se, no entanto, a duas conclusões, segundo a análise deste dispositivo legal de inversão do ônus facultada ao juiz. Primeiramente a análise demonstra a possibilidade - ou não - de inversão do ônus, sendo esta facultada ao juiz segundo as regras ordinárias de experiência.

Partindo de uma segunda análise do dispositivo, percebemos que o momento desta inversão deve ser anterior à sentença do juiz, pois se lhe é facultado inverter ou não o ônus da prova, deverão as partes tomar ciência do fato para, em ocorrendo, proceder de forma adequada.

Porém, não um momento engessado no despacho saneador (visto que segundo a Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais – não há previsão deste momento processual), mas sim, em momento não previamente delineado, visto que a maior flexibilização das regras processuais interferem drasticamente na prestação jurisdicional do direito material.

Podemos concluir o presente trabalho afirmando que de nada adianta garantir o acesso formal à Justiça se o demandante não dispõe de meios para produzir a prova. A inversão do ônus da prova, portanto, permite à parte mais vulnerável da relação jurídica ter assegurado o equilíbrio processual necessário, e sua adoção propiciará decisões mais justas e equânimes.

7. Bibliografia

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. **Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court**. Revista de Processo n. 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LIMA, Alcides de Mendonça. **O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo n. 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MATOS, Cecília. **O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Ano 57. V. 170. São Paulo: Justitia, ano 57 v. 170, abr./jun. 1995.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MORAIS, Voltaire de Lima. **Anotações Sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, Revista do Consumidor, 50 ano , vol. 31, São Paulo: RT, Revista dos Tribunais, 1999.

MUNIZ, João Augusto Souza. **A Possibilidade de Inversão do Ônus da Prova Prevista no Art. 6º , VIII, do Código de Defesa do Consumidor e o Momento Processual Adequado para sua Decretação à Luz dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa**. Revista Dialética de Direito Processual n. 56, p. 31-39, nov., 2007.

ROSENBERG, Leo. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução: J. Guimarães Menegale. Vol. II. São Paulo: Saraiva 1943.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O ônus da prova**. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Editora Consulex, n. 200, p. 40, mai.2005.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **(Ainda e Sempre) o Momento de Inversão do Ônus da Prova**. Revista Dialética de Direito Processual n. 60, p. 28 – 37, mar., 2008.