
A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

The Prima Facie Cases

Adegmar José Ferreira*
Rangel Donizete Franco**

RESUMO: o artigo aborda o tema da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, do ponto de vista da garantia fundamental e princípio da ordem econômica da defesa do consumidor, tido pela lei como sujeito vulnerável. O trabalho tem por objetivo esclarecer a origem histórica, o sentido jurídico, a matriz teórica, as modalidades, os pressupostos e o momento da inversão do ônus da prova.

PALAVRAS-CHAVE: defesa; consumidor; ônus da prova; inversão.

ABSTRACT: The article is about the prima facie cases in the consumption relationships, from the view of the fundamental guarantee and the principle of the economical order of the consumer defense, considered by law as a vulnerable subject. The work aims at the clarification of the historical origin, the juridical meaning, the theoretical matrix, the modalities, the assumptions and moment of the use of the prima facie case.

KEY-WORDS: defense; consumer; prima; facie case.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é a abordagem da inversão do ônus da prova nas relações de consumo.

Para facilitar a compreensão da inversão do ônus da prova na relação de consumo, vale proceder à transcrição do art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, situado no Capítulo III, intitulado “DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR”, do Título I, nominado “DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR”, da mesma lei, *in verbis*:

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 verossímel a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência

Entretanto, a noção de inversão do ônus da prova na relação de consumo não se restringe ao dispositivo legal transcrito. Ela está presente também nos artigos 12, § 3º, II e 14, § 3º, I, da Lei nº 8.078/90, localizados na Seção II, do Capítulo IV, intitulado “DA RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO”. Dispõem os respectivos artigos que:

*Professor Universitário e na Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Doutorando em Educação pela Universidade Católica de Goiás. Juiz de Direito em Goiânia (GO). Endereço virtual: adegmarjferreira@uol.com.br

**Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Escrevente judiciário em Goiânia (GO). Endereço virtual: eufancoj@yahoo.com.br

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

[...]

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

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

[...]

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;

E também no art. 38, nestes termos:

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

Assim, busca-se neste artigo trabalhar o tema da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, nos termos dos dispositivos supra-transcritos.

As diferenças serão estudadas em item separado, adiante.

No próximo tópico, tentar-se-á contextualizar a temática objeto deste artigo.

1 O DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1 Origem Constitucional

Na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, reside o fundamento do direito do consumidor.

Nela, a defesa do consumidor figura como garantia fundamental e princípio da ordem econômica. Confirmam-se os dispositivos constitucionais que seguem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

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

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

A partir das referências aos arts. 5º, XXXII, e 170, V, todos inscritos na Constituição Federal de 1988, fica demonstrado que o documento referido dedica especial atenção à defesa do consumidor, no âmbito de uma política nacional voltada para as relações de consumo.

Destaque-se que o art. 5º, inciso XXXII, disponibiliza norma definidora de direito e garantia fundamental, sendo, assim, de aplicabilidade imediata, nos moldes do artigo 5º, §1º, da CF, que dispõe: Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nessa linha discursiva da defesa do consumidor, foi vertido no ato das disposições constitucionais transitórias o artigo 48, prevendo que “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Em 11 de setembro de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.078, materializando o código de defesa do consumidor, “estatuto setorial”¹ em cujo regramento, especificamente nos arts. 6º, inciso VIII, 12, § 3º, II, 14, § 3º, I, e 38, situa-se o tema da inversão do ônus da prova nas relações de consumo. O texto normativo está assim delineado:

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 da experiência;

[...]

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

[...]

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

I – que não colocou o produto no mercado;

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

[...]

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

[...]

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

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

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A combinação destes dispositivos acima transcritos com os princípios fundamentais, que incluem entre os fundamentos da República “a dignidade da pessoa humana”

¹A expressão “estatuto setorial” é utilizada por Gustavo Tepedino para qualificar o Código de Defesa do Consumidor no sentido de que este traduz “a tábua axiológica de um sistema constitucional, não de um microsistema fragmentado, que mais faria lembrar uma espécie de gueto legislativo”. (TEPEDINO, 2007, p. 207).

(art. 1º, III) e entre os objetivos da República “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III), demonstra a clara imposição da legalidade constitucional em romper com a ótica produtivista e patrimonialista tão frequente em tema de direito do consumidor.

Não se pode esquecer que a Constituição do Estado de Goiás também faz referência expressa à defesa do consumidor, em seu capítulo VI, nestes termos:

Art. 133. O Estado promoverá a defesa do consumidor, mediante:

I – política de acesso ao consumo e de promoção de interesses e direitos dos destinatários e usuários finais de bens e serviços;

II – proibição de propaganda enganosa e fiscalização da qualidade, preços, pesos e medidas de produtos e serviços colocados à venda;

III – atendimento, aconselhamento, conciliação e encaminhamento do consumidor por órgão de execução especializado;

VI – estímulo ao associativismo mediante linhas de crédito específico e tratamento tributário favorecido às cooperativas de consumo;

V – política de educação e prevenção de danos ao consumidor;

VII – instituição de núcleos de atendimento ao consumidor nos órgãos encarregados da prestação de serviços à população;

VIII – a lei especificará regras para locações, concessão ou permissão de uso de dependências ou prédios do Poder Público, sujeitando os locatários à observância de preços e à fiscalização de suas atividades.

Vale referir que o discurso empreendido neste tópico visa à elucidação da matriz constitucional do tema inversão do ônus da prova nas relações de consumo e ao destaque de que ele (o tema) tem previsão normativa específica, como anunciado e que, adiante, será detalhado.

1.2 O Conteúdo do Direito do Consumidor

Voltando-se agora, ainda em sede de contextualização do tema, mais especificamente para a questão do conteúdo do direito do consumidor, depara-se possivelmente com um dos mais angustiantes e complexos problemas que o tema suscita e que, de certa forma, é comum aos assim designados direitos sociais, notadamente quando examinados pela perspectiva da sua condição de direitos a prestações, já que da definição de qual o seu conteúdo (ou objeto, se assim se preferir), decorrem importantes conseqüências até mesmo no que diz com a alocação de recursos materiais e humanos para a sua efetiva realização. (SARLET, 2002, p.50).

Segundo Rolf Kuntz:

os chamados direitos sociais pressupõem o mercado já desenvolvido. Historicamente, só são inteligíveis em situações criadas pelo capitalismo, em especial a partir da expansão da indústria. De modo geral, envolvem garantias de trabalho e de remuneração, condições mínimas de segurança econômica e, ainda, oportunidades de acesso ao mercado em condições dignas. (KUNTZ, 1995, p. 150).

É neste contexto de expansão da indústria, da qual resultam produtos e serviços, e de garantia de condições mínimas de segurança econômica, que se insere o direito social do consumidor.

Este conteúdo social que se atribui ao direito do consumidor baseia-se na interpretação sistemática que se faz do disposto no art. 170, caput e inciso V, da Constituição Federal de 1988, no qual a

defesa do consumidor aparece como princípio a ser observado pela ordem econômica. Ordem essa que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

1.3 Dimensões

Aqui o discurso visa deixar assentado que o direito do consumidor é direito social de cunho complexo, simultaneamente defensivo (negativo) e prestacional (positivo).

1.3.1 A dimensão negativa do direito do consumidor

No âmbito da assim denominada dimensão negativa, o consumidor encontra-se protegido contra qualquer agressão de terceiros. Tanto o Estado quanto os particulares têm o dever jurídico de não afetar o consumidor, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicá-lo. (SARLET, 2002, p.50).

Assim, qualquer ação do poder público (e mesmo de particulares) ofensiva ao direito do consumidor é, pelo menos em princípio, inconstitucional, e poderá ser objeto de uma demanda judicial individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou mesmo abstrato de constitucionalidade. Neste caso, quando a violação estiver situada na esfera do conflito de uma norma com a Constituição. (SARLET, 2002, p.51).

Portanto, nesta dimensão, o consumidor é titular de um direito subjetivo individual, dispondo no ordenamento jurídico de uma posição jurídico subjetiva defensiva, que gera uma obrigação de não-fazer a todos, sejam sujeitos particulares ou públicos. (SARLET, 2002, p.51).

1.3.2 A dimensão positiva do direito do consumidor

No contexto da dimensão positiva, o direito do consumidor assume a condição de algo que o Estado (ou a sociedade) deve fornecer aos cidadãos como uma prestação concreta, a exemplo da disponibilização de PROCONS, JUIZADOS ESPECIAIS, DELEGACIAS etc, especializados para questões de direito do consumidor. O direito do consumidor é, desta forma, um direito a prestações, ao qual deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade, inclusive no que diz com sua exigibilidade – na condição de direito subjetivo – em Juízo.

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema desta faceta do direito do consumidor seja o fato de que a Constituição de 1988 não define em que consiste exatamente o objeto da defesa do consumidor, limitando-se a dizer que a defesa do consumidor é direito fundamental e princípio a ser observado pela ordem econômica, respectivamente nos art. 5º., XXXII e 170, V.

Contudo, essa dificuldade desaparece quando se leva em conta que há, na legislação ordinária federal (Lei nº 8.078/90) e no Decreto-lei nº 2.181/97, detalhada regulamentação de aspectos concernentes ao consumidor, desde aspectos da responsabilidade civil nos contratos de consumo, passando pela descrição de práticas comerciais abusivas, pela definição de crimes e de proteção contratual, até aspectos processuais, como inversão do ônus da prova e competência jurisdicional.

1.4 O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)

1.4.1 A delimitação da relação de consumo

Como no tema deste artigo faz-se referência explícita às relações de consumo, relevante se torna estudo da noção de relação de consumo, em termos de sua configuração.

Fábio Konder Comparato, na década de setenta do século passado, dizia que:

a noção de consumidor é ainda imprecisa e, de qualquer forma, não conta com nenhum precedente jurídico. O antigo Direito conhecia compradores ou adquirentes de bens; conhecia, igualmente mutuários. Mas foi somente com a instauração de uma economia de massa que surgiu a ligação visceral entre a venda e o financiamento, primeiro do vendedor e em seguida do comprador, por iniciativa daquele. Tampouco se desenvolvera, numa economia ainda essencialmente apegada à circulação de bens, a noção de usuário de serviços. Sem contar o fato de que o próprio Estado, como assinala, pode se apresentar sob as vestes de consumidor. O regime de produção em massa, instaurado com a chamada “revolução industrial”, acabou afeiçoando a sociedade em dois grandes grupos: produtores e consumidores. Produtores são os que controlam os bens de produção, ou seja, deles dispõem de fato, sob a forma de empresa, ainda que despidos da propriedade clássica. Consumidores, os que não dispõem de controle sobre os bens de produção e por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes (COMPARATO, 1974, p. 90).

A lacuna tão bem expressa na percepção de Comparato, de que “... a noção de consumidor é ainda imprecisa e, de qualquer forma, não conta com nenhum precedente jurídico...”, veio a ser preenchida com a promulgação da Lei nº 8.078.

No seio dessa lei não só se precisou a noção de consumidor como também a de fornecedor, sem prejuízo de assim sendo (promulgada a lei) haver se fixado precedente jurídico para o consumo.

Na relação de consumo, dotada de juridicidade por determinação legal, há o consumidor e o fornecer de produtos ou serviços. O art. 2º da Lei nº 8.078/90 define o consumidor como toda “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O art. 3º da mesma Lei define o fornecedor como toda

pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Assim, para a caracterização da relação de consumo e para os limites deste trabalho, é suficiente a identificação das figuras jurídicas consumidor e fornecedor, nos moldes da Lei nº 8.078/90.

Vale lembrar, porém, que há controvérsia sobre a expressão “destinatário final”, referida na parte final do artigo 2º, da Lei nº 8.078. Minimalistas e maximalistas, em autêntica divergência doutrinária, controvertem quanto ao sentido a ser atribuído à citada expressão, aspecto que não convém aprofundar, ante os objetivos do trabalho. Deve ficar claro que, embora este trabalho valha-se do conceito de consumidor disposto no art. 2º, do CDC, este preceito legal não esgota o conceito de consumidor. O artigo 17 do mesmo código equipara aos consumidores todas as vítimas do evento causador de dano oriundo de produto ou serviço objeto da relação de consumo (terceiros; bystanders) e o artigo 29 equipara ao consumidor todas as pessoas “determináveis ou não” expostas às práticas comerciais.

Pois bem. Na legalidade parece simples a questão da configuração da relação de consumo. Só que a matriz de tal estrutura conceitual está para além do código de defesa do consumidor.

A matriz situa-se no modelo de economia de mercado, no qual apenas quem dispõe dos bens de produção pode alçar-se à condição de fornecedor. Aos que não têm, bens ou serviços, resta, por necessidade ou livre opção, adquirir produtos ou utilizar-se de serviços, na condição de consumidor, afastado, por definição, do campo produtivo e organizativo e de quem se exige, em contrapartida, um preço, uma remuneração.

Tratando da distribuição no direito do consumidor, José Reinaldo de Lima Lopes, afirma que:

assim como o trabalhador não tem como definir a produção, pois isto é da esfera da empresa, do capital ou da classe capitalista, assim também o consumidor não tem sobre o mercado de consumo nenhum poder diretivo. Desta forma, o consumidor está para os bens de consumo como o trabalhador está para os bens de produção. (grifou-se) (LOPES, 2006, p. 150-151).

1.4.2 A vulnerabilidade do consumidor

A expressão “vulnerabilidade do consumidor” aparece no art. 4º, inc. I, da Lei nº 8.078/90 como princípio da política nacional das relações de consumo. Veja-se:

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

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

Na construção doutrinária de Gustavo Tepedino, a noção de vulnerabilidade apresenta-se de três maneiras distintas: técnica, jurídica e econômica. Caracterizando cada uma das espécies de vulnerabilidade, Tepedino ensina que:

A vulnerabilidade técnica é a inferioridade de conhecimentos específicos relacionados com o produto ou o serviço contratado. A vulnerabilidade jurídica é a falta de conhecimento concernentes aos próprios direitos a serem exercidos na relação contratual. A vulnerabilidade pode ser, ainda, econômica, quando decorre do poder econômico exercido pelo fornecedor que, em situação de monopólio ou em razão do caráter essencial do produto, fixa de modo unilateral as regras contratuais (TEPEDINO, 2006, p. 130-131).

Cláudia Lima Marques doutrina que, além das vulnerabilidades técnica, jurídica e econômica, há a vulnerabilidade informacional. Para a doutrinadora:

Cada vez mais o direito e a sociedade valorizam esta vulnerabilidade informacional das pessoas físicas consumidores, em especial em produtos e serviços alimentícios e que afetam diretamente a saúde dos consumidores. Bom exemplo é o art. 220 da CF/88, que regula a publicidade de tabaco e medicamentos. Outro bom exemplo foi a bela luta do IDEC para o reconhecimento do direito do consumidor à informação sobre a natureza transgênica ou geneticamente modificada de um produto, serviço ou ingrediente (MARGUES, 2006, p. 332).

Esta noção de vulnerabilidade informacional é importantíssima, porque, nas palavras de Paulo Lopo Saraiva, “A informação, que conduz à formação, é um direito fundamental” (SARAIVA, 2006, p. 21). Assim, o direito do consumidor, ao menos na ótica do ensinamento de Cláudia Lima Marques, acerta as contas com a informação, sem a qual, para Paulo, “... os seres humanos não obtêm a ciência e a consciência dos fatos e das coisas” (SARAIVA, 2006, p. 22).

Esta breve explicitação sobre o princípio da vulnerabilidade, inclusive com recurso às doutrinas de Gustavo Tepedino e Cláudia Lima Marques, ocorre porque ele manifestase diretamente nos dispositivos legais do CDC que tratam da inversão do ônus da prova, como fundamento dela.

Será abordado, a partir do próximo tópico, aspectos da “inversão do ônus da prova” nas relações de consumo.

2 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Procedida à contextualização do tema, nos próximos tópicos serão abordados aspectos inerentes à inversão do ônus da prova nas relações de consumo, quais sejam, o sentido jurídico da expressão “inversão do ônus da prova”, sua origem histórica, sua matriz teórica, suas modalidades e o momento para sua ocorrência.

2.1 Precedente Histórico da Noção da Inversão do Ônus

No que toca à defesa do consumidor, a preocupação legislativa com ela ocorre a partir da mensagem do Presidente norte-americano Jonh Kennedy ao Congresso, em 1962, ocasião em que consagrou direitos fundamentais ao consumidor e universalizou o seu conceito, afirmando que “consumidor somos todos nós”. Antes disso, teve-se como precedentes normativos no campo consumeirista a lei sobre pagamentos a prestação, em 1894, na Alemanha, a lei contra a concorrência desleal, em 1909, no mesmo país, e a lei contra fraudes no comércio, em 1972, nos Estados Unidos (PASQUALOTTO, 1993, p. 41).

Contudo, foi no campo da responsabilidade por danos à saúde dos animais que surgiram os primeiros debates acerca da inversão do ônus da prova nas relações de consumo.

Narra Zelmo Denari que:

Na Alemanha, na década de 1960, após a aplicação de uma vacina contra peste avícola, orientada por um veterinário, morreram 4.000 aves. Como era impossível à proprietária prejudicada demonstrar que a vacina estava contaminada, o tribunal estabeleceu a inversão do ônus da prova, acedendo a presunção a uma presunção *juris tantum* da culpa in vigilando do fabricante (DENARI, 2007, p. 173).

No tópico que segue, passa-se a tratar do sentido jurídico da expressão “inversão do ônus da prova”.

2.2 O sentido jurídico da expressão “inversão do ônus da prova”

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira ensina que inversão vem “[Do lat. *inversione*.]”, significando, entre outros, “1. Ato ou efeito de inverter(-se); contraversão.” (FERREIRA, 1986, p.964).

A expressão importa na imputação ao fornecedor da carga de provar a inexistência dos fatos constitutivos do direito do consumidor, bem como, alternativamente, a prova sobre a ocorrência de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos desse direito.

A técnica da inversão traduz-se numa alteração profunda e significativa (daí seu aspecto subversivo, radical) do sistema estatuído pela regra geral do artigo 333 do Código de Processo Civil, segundo o qual 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.

Este artigo inscrito no Código de Processo Civil aponta indiretamente o ônus da prova como regra de conduta, já que fixa previamente às partes como agir na instrução processual, a partir da classificação dos fatos em constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos. Assim, nos moldes do artigo 333 do Código de Processo Civil, ao autor é imputado o ônus de provar o fato constitutivo do direito pleiteado, e ao réu o ônus de provar eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Neste contexto, inverter o ônus da prova significa liberar o encargo probatório da parte autora em menoscabo da parte-ré. Ao réu, nesses casos, é atribuído o ônus extraordinário de comprovar a não-ocorrência dos fatos constitutivos do autor e, cumulativamente, o ônus ordinário de comprovar a ocorrência de algum fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor.

Pelo teor didático relativamente à compreensão da noção de inversão a que se refere o art. 6º, VIII, do CDC, transcreve-se a seguinte ementa de acórdão:

Prestação de serviços – Disque 900 – Consumidor que não tem condições de demonstrar que não utilizou os serviços – necessidade da inversão do ônus da prova, cabendo à companhia telefônica comprove a efetiva realização das ligações – Inteligência do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90. Se o consumidor não tem condições de demonstrar que não utilizou os serviços prestados por “disque 900”, deve-se inverter o ônus da prova, cabendo à companhia telefônica comprovar a efetiva realização das ligações, conforme inteligência do art. 6º, VIII, da Lei 8.078. Impõe-se decretar a nulidade da r. sentença para que seja realizada prova destinada à verificação de que as ligações foram efetivamente feitas. É que a digna Juíza sentenciante não determinou a inversão do ônus probatório, o que deveria ter feito pela evidente incidência do Código de Defesa do Consumidor à prestação de serviços feita através da apelada. Insere-se o autor na condição de consumidor e tem direito à inversão probatória a que alude o art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90. Tal se dá pelo fato de o consumidor assinante não ter condições suficientes para a demonstração de que não fez as ligações do seu terminal. À apelada incumbe o dever de registrar as chamadas telefônicas partidas desta ou daquela linha, particularmente as que se destinam a serviços especiais ligados ao disque 900, cujo controle é obrigatório não só para a correta cobrança do consumidor usuário mas, também, para o repasse do que é devido ao prestador de serviço. **Tudo sem contar a inviabilidade de o autor realizar prova negativa consistente na demonstração de que não realizou as ligações cuja cobrança é efetuada pela Telesp.** Obrigatória, portanto, na hipótese dos autos, a inversão probatória de que cogita o dispositivo legal mencionado. Nessa linha de entendimento, pela ausência de prova da realização dos telefonemas que geraram a conta mencionada e questionada, o caminho seria a improcedência da demanda. Ocorre, contudo, que, no caso, não tendo havido a inversão probatória pela digna Juíza sentenciante, durante a fase instrutória, ficou a apelada sem a obrigação de demonstrar as ligações que teriam sido feitas da linha do apelante. E ficou por não lhe ter sido dada a oportunidade para tanto, certa que estava de caber o ônus de demonstrar a veracidade dos fatos alegados na inicial. Haveria nítido cerceamento de defesa se esta Egrégia Corte, considerando devida a inversão probatória por conta do disposto no artigo 6º, VIII, da Lei 8.078/90, não facultasse à apelada a demonstração de que as ligações partiram realmente da linha telefônica do apelante, sendo este, vale mencionar, o ponto principal de que se vale para

o pagamento da conta sem as ligações do disque 900. Por isso que, de ofício, considerando aplicável a inversão do ônus probatório, que fica expressamente consignado, cumpre anular a r. sentença para, antes de outra ser proferida, facultar à apelada a prova de que as ligações têm origem na linha telefônica de titularidade do apelante. Por tais razões, e para o fim acima especificado, é que, de ofício, anulam a r. sentença apelada. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 772.447-6. Relator: Des. Maia da Cunha. Acórdão de 25 de maio de 1998).

No próximo tópico será abordada a matriz teórica da inversão do ônus da prova.

2.3 A Matriz Teórica

A matriz teórica da inversão do ônus da prova é a facilitação da defesa dos direitos do consumidor.

Referida concepção decorre de uma interpretação gramatical e sistemática do texto do artigo 6º, inc. VIII, do CDC, que dispõe:

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 experiência.

Numa interpretação gramatical, cuja base é a análise léxica, a partir da preposição “com”, referida no texto legal supra, percebe-se que a inversão do ônus da prova é meio, instrumento, de facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Assim, inversão está ligada a facilitação por preposição, de modo que a ordem das palavras e a ligação entre eles, no artigo 6º, inc. VIII, do CDC, esclarece a matriz teórica da inversão do ônus da prova.

Numa interpretação sistemática, tem-se que o preceito que estabelece a inversão do ônus da prova como meio de facilitação da defesa dos direitos do consumidor está inserido na Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, o qual, por sua vez, tem por base a Constituição (arts. 5º, XXXII e 170, V). Dessa forma, existe preceito, artigo, lei, constituição, numa linhagem, cujo todo (sistemático) chama-se ordenamento. A partir deste todo estrutural nominado de ordenamento, verifica-se que a inversão do ônus da prova está em sintonia como a defesa do consumidor: preceito legal (art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078) compatível com normas constitucionais (art. 5º, XXXII e 170, V), pois.

Mas deve ficar claro que a concepção, de que a matriz teórica da inversão do ônus da prova nas relações de consumo é a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, configura-se apenas um ponto de vista, dentre outras possibilidades, construído a partir das interpretações gramatical e sistemática.

2.4 As Modalidades de Inversão: Legal e Judicial

2.4.1 Legal (*ex vi legis*)

A expressão *ex vi legis* refere-se à inversão legal, vez que decorre de imposição ditada pela própria lei. Nesse caso o juiz não inverterá o ônus da prova, pois esse ônus já está invertido (ou definido) pela lei. Assim, pode ocorrer essa espécie de inversão independentemente de qualquer ato do juiz, não cabendo a ele manifestar-se sobre ela, seja no despacho saneador ou em momento posterior.

Na Lei nº 8.078/90 (por isso fala-se em inversão legal), essa modalidade de inversão está positivada nos artigos 12, §3º, II, e 14, §3º, I. Vale conferir novamente o teor destes artigos:

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

[...]

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

[...]

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

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:

Por tais artigos se atribui aos fornecedores, ali indicados, o ônus da prova da inexistência de defeito do produto ou de serviço, em ações nas quais o consumidor postule em face do(s) fornecedor(es) indenização por danos eventualmente advindos de defeitos de produtos ou de serviços. Está, pois, o consumidor liberado do ônus de demonstrar a existência do defeito do produto adquirido ou do serviço utilizado.

Carlos Roberto Barbosa Moreira afirma que:

O código, neste ponto, revela-se extremamente avançado, rejeitando a idéia, exposta na doutrina estrangeira e seguida em outros centos, de que o defeito deve ser provado pelo consumidor, porque se trataria de um dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil do fornecedor. Houve, portanto, uma inversão legal do ônus da prova: um fato, que é, na ação indenizatória proposta pelo consumidor, constitutivo do seu direito, não precisa ser por ele demonstrado; ao revés, atribui-se ao fornecedor a prova da inexistência daquele mesmo fato (BARBOSA MOREIRA, 1991, p.144).

O artigo 38, do CDC, localizado na Seção III, intitulada “DA PUBLICIDADE”, do Capítulo V, que trata “DAS PRÁTICAS COMERCIAIS”, também agasalha a modalidade *ex vi legis* de inversão, dispondo que “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Esse preceito legal refere-se, assim, ao princípio da inversão do ônus da prova que rege a matéria publicitária. Essa inversão não está na esfera de discricionariedade do juiz, porque é *ope legis*, independente de qualquer ato do juiz. É obrigatória, referindo-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção.

Vale esclarecer que, enquanto a veracidade tem a ver com a prova de adequação da veracidade, a correção abrange, simultaneamente, os princípios da não abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.

2.4.2 Judicial (*ope iudicis*)

Feita uma breve análise da modalidade legal da inversão do ônus da prova, prevista nos artigos 12, §3º, II, 14, § 3º, I, e 38, da Lei nº 8.078/90, será abordada agora a modalidade judicial da inversão do ônus da prova, nos moldes do artigo 6º, VIII, da mesma lei, que prevê:

Art. 6 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 sua alegação ou for ele hipossuficiente, de acordo com a regras ordinárias de experiência.

2.4.2.1 O vocábulo “a seu favor”

Quando o preceito legal expressa que a inversão do ônus da prova é a favor do consumidor, pode-se construir, numa interpretação possível, a vedação da inversão do ônus da prova quando o consumidor é réu/reclamante numa ação.

Mutatis mutandis, vale dizer permitida a inversão do ônus da prova quando o consumidor é réu/reclamado/requerido, numa hipótese de propositura de ação pelo fornecedor em face do consumidor, àquele se imporá uma sucumbência certa, já que o fornecedor teria todos os ônus: o de provar os fatos constitutivos do direito e de provar a ausência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

É claro que, se se levar ao pé da letra o referido no art. 6º, VIII, do CDC, quando enuncia que a inversão do ônus da prova é a favor do consumidor, haverá uma potencialização astronômica da defesa do consumidor, já que ele não teria ônus algum, na esfera probatória, que não seja o de fazer alegações, em processos nos quais estivesse envolvido, seja como demandado, seja como demandante. Mas assim deve ser, já que a *ratio* do Código de Defesa do Consumidor é a defesa do consumidor, presumido por este código como vulnerável.

2.4.2.2 A verossimilhança da alegação

A definição de verossimilhança é problemática. O Código de Defesa do Consumidor limita-se a referir-se a ela, não ofertando qualquer tentativa de conceituação num inciso ou parágrafo. A doutrina e jurisprudência apresentam divergências, quando se referem à “alegação verossímil”, muito embora sejam os doutrinadores e os julgadores que têm se ocupado de tentar precisar sentidos à expressão “alegação verossímil”.

Tudo isso parece ser justificável no fato de esse assunto ter feição interdisciplinar. Conforme Rodrigo Xavier Leonardo:

A qualificação de uma assertiva como certa, errada, verdadeira, falsa, verossímil, inverossímil, provável ou improvável se dá a partir de uma relação epistemológica. É a teoria do conhecimento, por sua vez que procura explicar os fatores por meios dos quais se estabelece essa relação (LEONARDO, 2004, p. 274).

Pois bem, essa expressão refere-se a um pressuposto que autoriza o juiz, a quem cabe dirigir o processo, a inverter o ônus da prova.

Essa expressão é correlata à noção de juízo de probabilidade, ou seja, alegação verossímil é aquela que permite ao juiz chegar a um juízo de probabilidade, vale dizer, que alguma probabilidade forneça ao espírito do julgador, no momento em que este se ocupa da formação do juízo decisório.

O importante é que a expressão “alegação verossímil” remete a uma reflexão sobre a função jurisdicional e a cognição judicial.

Assim, na esfera das relações de consumo, quanto à produção probatória, o juiz poderá prestar jurisdição valendo-se de um juízo de verossimilhança, sustentando-se, portanto, na simples probabilidade, vale dizer verdade possível, na formação de juízo acerca da alegação de fato.

Quanto à cognição judicial, a expressão “alegação verossímil” representa nível diferente de conhecimento, em face das expressões *certeza e verdade*.

2.4.2.3 Reflexões sobre o “a critério do juiz”

Um dos princípios do processo civil é o dispositivo, cujo efeito, para o magistrado, é limitar sua área de atuação, de forma que fica limitado à proposição de provas e ao pedido feito pelas partes na ação.

Contudo, com a previsão desta expressão “a critério do juiz” no Código de Defesa do Consumidor, o sujeito processual investido na jurisdição e responsável pela condução do processo recebe poder para atuar no campo da produção da prova.

Mas deixe-se claro que esse poder não é discricionário, vez que, para deferir ou não a inversão do ônus da prova, a favor do consumidor, no processo civil, o juiz tem que averiguar os pressupostos da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor, segundo as regras de experiência. O magistrado, nesta situação, não detém espaço para formular juízos de oportunidade: interpreta e aplica o direito. Verificado por ele a presença de um dos requisitos, de acordo com as regras de experiência, é um direito subjetivo processual do consumidor a inversão do ônus da prova, cabendo ao juiz reconhecê-lo. Mais: a inversão do ônus da prova ocorre no contexto da defesa do consumidor, de forma a torná-la mais fácil.

Repita-se: a inversão do ônus da prova ocorre no contexto da defesa do consumidor, de forma a torná-la mais fácil.

Nessa esfera, o juiz tem a possibilidade de deixar a capa mitológica e ilusória de neutro – o PH 7, na ótica do magistrado catarinense Alexandre Moraes da Rosa² -, para assumir-se ideologicamente, na defesa do consumidor, como previsto na Constituição (art. 5º, XXXII e 170, V) e no Código de Defesa do Consumidor.

Neste ponto da neutralidade e da imparcialidade, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho indaga: “Até que ponto essa neutralidade e imparcialidade são reais? Qual o interesse em manter vivas, como estão, estas categorias? (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 44)”.

²Referido juiz, em tese de doutorado intitulada Decisão Penal: a Bricolage de Significantes, afirma que “Partindo da premissa de que o ‘mito da neutralidade’ do julgado é mais objeto de ‘museu jurídico’ do que de discussão séria, mas considerando que ainda navega no (in) consciente social e jurídico – já que na pesquisa efetuada 17% dos magistrados brasileiros acreditam ser ‘neutros’ -, não se pode deixar a latere tal questão, sem precisar, entretanto, retomar as razões já expostas, eis que a ‘ilusãoda neutralidade – PH 7 – do julgado está plenamente superada.” (ROSA, 2006, p. 249)

E responde, para a neutralidade

as epistemologias contemporâneas, principalmente as críticas, vêem o sujeito do conhecimento como um agente participativo, construtor da realidade, que não tem mais motivos para esconder sua ideologia e escolhas diante do mundo. Torna-se, então, insustentável a tese da neutralidade do sujeito e vige, para todos os efeitos, a idéia de dialética da participação (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 45).

No que toca à imparcialidade, diz que ela

funciona como uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, razão porque se busca criar mecanismos capazes de garanti-la. Desta forma, é forçoso reconhecer que a imparcialidade é uma garantia tanto para aquele que exerce a jurisdição, como para aquele que demanda perante ela; mas não deixa de ser meta optata (MIRANDA COUTINHO, 2008, p.14).

Abordado a requisito da “alegação verossímil”, passa-se à hipossuficiência.

2.4.2.4 A hipossuficiência do consumidor

O signo lingüístico “hipossuficiência”, contido no art. 6º, inciso VIII, do CDC e apresentado como requisito alternativo para a inversão do ônus da prova, é daqueles que constituem conceito juridicamente indeterminado, estando assim sujeito a preenchimento valorativo, nos casos concretos, pelo intérprete, com base nas regras ordinárias de experiência.

Ademais isso, vale referir doutrinas que tem por objeto o estudo de tal vocábulo.

José Geraldo Brito Filomeno sustenta que hipossuficiência

deve ter a conotação de pobreza econômica ou falta de meios, sobretudo em termos de acesso a conhecimentos técnicos ou periciais em dado conflito nascido de relações de consumo.

E sua noção “é-nos dada pelo parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.060, de 5.2.50” (FILOMENO, 2007, p.157).

Gustavo Tepedino doutrina:

No que concerne à hipossuficiência do consumidor, segunda hipótese em que o juiz poderá inverter o ônus da prova, o conceito não há de ser interpretado de maneira restritiva, do ponto de vista exclusivamente econômico, devendo compreender, também, a inferioridade de informações técnicas, que poderá ter sido causada pelo desequilíbrio econômico ou por outros fatores sociais ou culturais, capaz de dificultar a produção probatória. (TEPEDINO, 2006, p. 119)

Na lição de Carlos Roberto Barbosa Moreira,

a hipossuficiência do consumidor deve ser igualmente avaliada à luz de outros dados, como o seu grau de instrução, a natureza do serviço prestado ou do produto adquirido, as condições em que o fornecedor desempenha suas atividades (se em regime de monopólio), etc... (BARBOSA MOREIRA, s.d.: 143).

Rodrigo Xavier Leonardo afirma que

o conceito de hipossuficiência no dispositivo citado é relacional, ou seja, só pode ser verificado em um sujeito em relação ao outro sujeito: a hipossuficiência, assim sempre deve ser verificada pelas possibilidades probatórias da parte consumidora em relação à parte fornecedora (LEONARDO, 2004, p. 277).

O mesmo autor, numa visão oposta à de José Geraldo Brito Filomeno, afirma ainda:

A hipossuficiência, apontada como requisito alternativo para a inversão do ônus da prova, não se limita à concepção de hipossuficiência econômica. Não se pode confundir, portanto, a hipossuficiência para fins de inversão do ônus da prova com hipossuficiência econômica (LEONARDO, 2004, p. 278).

Ruy Rosado de Aguiar Júnior sustenta que

a hipótese da hipossuficiência não corresponde apenas à idéia de pobreza e ocorrerá quando o consumidor não tiver condições pessoais de fazer a prova desejada, como: a) na alegação de defeito de maquinismos de alta especialização ou da prestação de serviços de refinada sofisticação, assim nos programas de informática ou com produtos eletrônicos, frente aos quais o adquirente ou usuário está em nítida situação de inferioridade, isto é, ainda que seja pessoa abonada, na situação daquela relação de consumo, ela poderá ser considerada hipossuficiente; b) também o será quem não dispuser de recursos mínimos, ainda que se cuide de provar fatos corriqueiros (AGUIAR JÚNIOR, 1991, p. 199).

Em termos de adoção de posição quanto à concepção acerca da hipossuficiência, apesar da diversidade de pontos de vista sobre esse conceito juridicamente indeterminado, parece plausível a noção doutrinária de que ela refere-se à dificuldade de produção de prova que recai sobre o consumidor em detrimento do fornecedor numa relação de consumo levada a juízo e não à condição econômica, de pobre ou rico, do consumidor.

Dessa forma, num caso em que um abastado consumidor adquira um veículo com defeitos na trava elétrica das portas dos quais resulte danos a esse consumidor, ele terá dificuldades para comprovar que as falhas técnicas acabaram por causar o prejuízo sofrido, muito embora seja rico.

2.4.2.5 O processo civil como ambiente da inversão

No texto do artigo 6º, VIII, do CDC, está inscrito o limite da inversão do ônus quanto à espécie de processo jurisdicional. A inversão, literalmente, só é cabível "... no processo civil". Em momento algum foi dito que ela é cabível no processo tributário, no processo penal, no processo do trabalho etc.

Assim, por exemplo, é absolutamente inaplicável no Processo Penal a inversão do ônus da prova, a favor do consumidor, mesmo que, eventualmente, decida-se a respeito de crime praticado contra o consumidor. Para o processo penal, quanto ao ônus da prova, há preceito específico, qual seja, o artigo 156, do Código de Processo Penal, que prevê: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante".

2.4.2.6 As regras ordinárias da experiência

Antes de se tentar fixar um sentido para a expressão “as regras ordinárias da experiência”, cumpre deixar claro que o uso da experiência como critério decisório pode ser encontrado no passado remoto, inclusive contando com registro na bíblia.

Narra a bíblia que

16 Vieram duas prostitutas apresentar-se ao rei. 17 Uma delas disse: “Ouve, meu senhor: Esta mulher e eu habitamos na mesma casa, e eu dei à luz junto dela no mesmo aposento. 18 Três dias depois, deu também ela à luz. Ora, nós vivemos juntas, e não havia nenhum estranho conosco nessa casa, pois somente nós duas estávamos ali. 19 Durante a noite morreu o filho dessa mulher, porque o abafou enquanto dormia. 20 Levantou-se ela então, no meio da noite, e enquanto a tua serva dormia, tomou o meu filho que estava junto de mim e o deitou em seu seio, deixando no meu o seu filho morto. 21 Quando me levantei pela manhã para amamentar o meu filho, encontrei-o morto; mas, examinando-o atentamente à luz, verifiquei que não era o filho que eu dera à luz. “ – 22 “É mentira! Replicou a outra mulher, o que está vivo é meu filho; o teu é que morreu.” A primeira contestou: “Não é assim; o teu filho é o que morreu, o que está vivo é o meu.” E assim disputavam diante do rei. 23 O rei disse então: “Tu dizes: é o meu filho que está vivo, e o teu é o que morreu; e tu replicas: não é assim; é o teu filho que morreu, e o meu é o que está vivo. 24 Vejamos, continuou o rei; traze-me uma espada.” Trouxeram ao rei um espada. 25 “Cortai pelo meio o menino vivo, disse ele, e dai metade a uma e metade à outra.” 26 Mas a mulher, mãe do filho vivo, sentiu suas entranhas enternecerem-se e disse ao rei: “Rogo-te, meu senhor, que dês a ela o menino vivo; não o mateis”; a outra, porém, dizia: “Ele não será nem teu, nem me u; seja dividido!” Então o rei pronunciou o seu julgamento: “Dai, disse ele, o menino vivo a essa mulher; não o mateis, pois é ela a sua mãe” (BÍBLIA SAGRADA. Livro 1º dos Reis, capítulo 3, versículos 16, p.27).

Segundo a narrativa bíblica, o Rei Salomão recebeu de Deus o dom da sabedoria. Tanto é que foi procurado por duas mulheres para solucionar um conflito. Ambas reclamavam a maternidade de um bebê. O Rei ordenou aos guardas que lhe trouxessem uma espada. Afirmou que iria dividir o menino ao meio. Então, uma das mulheres sugeriu ao Rei que o menino fosse entregue vivo à outra, que de modo nenhum o matassem. O Rei Salomão, demonstrando sua “sabedoria divina”, determinou que a criança fosse dada a esta mulher, reconhecendo-a como sua mãe.

Pois bem. Nos moldes do artigo 6º, VIII, do CDC, a averiguação pelo juiz da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor deve ocorrer a partir das ditas “regras ordinárias da experiência”.

Tal expressão é, sem dúvida, uma categoria autônoma no campo do raciocínio probatório, com origem certa na observação do que ordinariamente acontece no mundo físico, e conseqüente formulação de juízo com base no senso comum.

Na sociedade de consumo, como exemplos de uso de regras ordinárias da experiência, pode-se referir o fato de as pessoas em trânsito comumente deixarem seus veículos em estacionamentos de aeroportos e/ou rodoviárias e a negativa dos shoppings centers em indenizar os seus clientes-consumidores quando estes têm os seus veículos furtados em pleno estacionamento destinado à clientela daqueles.

2.4.2.7 Momento da inversão

Para uns, a decisão de inverter o ônus da prova deve ocorrer na fase decisória do processo, especificamente no momento da prolação da sentença. É o caso de Kazuo Watanabe, de Cecília Matos e de Cândido Rangel Dinamarco, entre outros.

Já outros sustentam que o momento adequado da decisão de inversão é o da fase postulatória do processo, logo após o recebimento da petição inicial, na mesma decisão do referido recebimento.

Kazuo Watanabe expressa entendimento de que o momento da aplicação da regra da inversão do ônus da prova é o do julgamento da causa (WATANABE, 2007, p. 814).

Cândido Rangel Dinamarco sustenta que “O momento adequado à inversão judicial do ônus da prova é aquele em que o juiz decide a causa. Antes, sequer ele sabe se a prova será suficiente ou se será necessário valer-se das regras ordinárias sobre esse ônus, que para ele só são relevantes em caso de insuficiência probatória” (DINAMARCO, 2001, p. 81).

Há também os que defendem que a decisão deve ser proferida por ocasião do saneamento do processo, isto é, entre a fase postulatória e a fase instrutória. Antônio Gidi, Carlos Roberto Barbosa Moreira e Voltaire de Lima Moraes trilham esse caminho.

No campo da prática decisória, vale referir dois julgados acerca do momento da decisão de inversão: um do 1º grau de jurisdição, de Goiás, outro do 2º grau de jurisdição, do Rio Grande do Sul.

No primeiro caso, em sede de apreciação de embargos declaratórios opostos pelos autores de uma ação indenizatória, sob alegação de omissão da sentença, por não ter ela se manifestado expressamente sobre o pedido de inversão do ônus da prova, o magistrado assim decidiu:

[...] Não há que se falar em omissão da sentença, pelo fato de ela não ter feito essa manifestação. A doutrina e a jurisprudência já têm pacificado o entendimento de que a decisão acerca da inversão do ônus da prova deve dar-se até a designação da audiência de instrução e julgamento, nos JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, e até o despacho saneador, no Juízo Comum. E essa cautela de fazer-se a inversão, antes da audiência de instrução e julgamento, deve-se ao fato de não poder a defesa ser surpreendida. Assim, é que, em havendo a inversão, até a designação da audiência, ela terá a oportunidade de valer-se dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. [...] (GOIÂNIA. 10º Juizado Especial Cível. Proc. nº 200600645414. Juiz prolator: Francisco Vildon José Valente. Decisão proferida em 27.10.2006).

No segundo caso, em sede de apreciação de apelação interposta pelos autores de uma ação cautelar inominada, irrisignados com a sentença de improcedência, o julgador decidiu o seguinte:

Quando, a critério do juiz, configurar-se a hipótese de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6.º, VIII do CDC, sob pena de nulidade, é mister a prévia determinação à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido. A inversão, sem esta cautela processual, implicará em surpresa e cerceamento de defesa (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. 194.110.6640. 4.ª Câmara Cível. Rel. Juiz Márcio Oliveira Puggina. Acórdão proferido em 18.08.1994).

CONCLUSÃO

Espera-se que este artigo contribua ao debate do tema da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, mormente por trazer ínsita à sua configuração aspectos que alteram a estrutura de distribuição do ônus da prova feita no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Isso sem falar no aspecto radical, subversivo da inversão do ônus da prova, como meio jurídico de defesa dos direitos do consumidor, para tentar-se fazer frente a poderosos fornecedores, que controlam os bens de produção.

Assim, um código de direito material, como o é o código de defesa do consumidor, disponibiliza ao consumidor uma técnica, concernente a processo civil, para adequada tutela de seus direitos em juízo. Tem-se, portanto, uma aproximação entre o direito material e o direito processual.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. Aspectos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: n° 52, ano XVIII, 1991.
- BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. O processo civil no código do consumidor. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, n° 63, p.138-146, jul./set. 1991.
- BÍBLIA SAGRADA. *Livro 1º dos Reis*, cap. 3, versículos 16:27. 122ª ed. São Paulo: Ave Maria, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XIII, nova série, ns. 15/16, p. 90-105, 1974.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- KUNTZ, Rolf. *Os direitos sociais em xeque*. *Revista Lua Nova*, n° 37. [S.I.] [s.n.] 1995.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*. Disponível na Internet em: <<http://www.direitodeliberdade.com.br/artigos/colaboradores/introdução.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2008.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 2, p. 34-61, 1993.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.
- SARAIVA, Paulo Lopo. Constituição e mídia no Brasil. São Paulo: MP Ed., 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Porto Alegre: v. 25, n° 56, p.41-62, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Artigo recebido em janeiro de 2008 e aceito em março de 2008.
