

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Momento processual de inversão do ônus da prova na tutela do consumidor

Samuel Alvarenga Gonçalves

*Servidor do Ministério Público de Minas Gerais
Especialista em Direito Processual*



Samuel Alvarenga Gonçalves

conferindo autêntico caráter instrumental ao processo, na busca da verdade real e da solução justa da lide”.²

Todavia, a grande polêmica que se forma diz respeito ao momento em que deve se dar a inversão do ônus da prova. Basicamente, há 3 possibilidades ou correntes, cada qual sustentando o melhor momento processual para isso:

- 1) a inversão deve ser determinada no despacho liminar;
- 2) para outros, deve anteceder à instrução do feito, na fase de saneamento do processo;
- 3) deve ser realizada no momento de prolação da sentença³.

Basicamente, as correntes que possuem maior peso são a segunda e a terceira. A celeuma reside em saber se a inversão é técnica/regra de procedimento/atividade ou técnica/regra de julgamento/juízo. Para quem entende ser regra de procedimento, o momento adequado seria até o fim da instrução probatória. Para quem a concebe como regra do juízo, o momento próprio é no julgamento da causa, pois é somente nesse ato que o juiz, em regra, já adquiriu todo o convencimento necessário para o deslinde do mérito.

Do ponto de vista prático, o tema é importante porque, a depender da posição que se adote, duas consequências diretas,

mas diametralmente opostas, poderão surgir: **a)** de um lado, a formação ou não de nulidade processual insanável por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa em favor do fornecedor ou produtor; **b)** e de outro, maior ou menor prestígio da máxima amplitude da tutela especializada do consumidor, de forma a praticamente desnaturar o espírito protetivo do CDC.

Isso porque, para as duas primeiras posições, tem-se como foco principal a preocupação numa correta e equilibrada distribuição do ônus da prova conjugada com o postulado do devido processo legal em sua dimensão substancial. A esse respeito, Cavalieri Filho lembra que: “As duas primeiras posições homenageiam o princípio do contraditório e da ampla defesa afirmando que, se for invertido o ônus da prova, terá que ser assegurada ao fornecedor a oportunidade de desincumbir-se do novo encargo, sob pena de violação do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal”.⁴ Já para a 3ª corrente, como a inversão do ônus da prova é operada em favor do consumidor, seria inconstitucional qualquer criação jurisprudencial, legal ou doutrinária que minimizasse os seus efeitos.

Vejamos rapidamente cada um dos *prós e contras* dessas correntes:

1) no despacho liminar que recebe a inicial – antes da contestação, nem ao menos se sabe quais serão os fatos controvertidos, sendo um expediente prematuro.⁵ Pode configurar prejulgamento da causa ou suspeição do juiz.

2) no despacho saneador, antes do término da instrução probatória – em muitos procedimentos, como nos juizados especiais e no rito sumário, simplesmente não há fase de saneamento.⁶ Entretanto, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, com propriedade, sustenta a aplicação da inversão em qualquer tipo de procedimento, desde que de forma a anteceder à instrução: no rito ordinário, na fase de saneamento do processo, no momento em que são fixados os pontos controvertidos (CPC 331, § 2º) na audiência de conciliação, caso frustrado o acordo, ou, quando a causa versar sobre direitos indisponíveis (quando não é designada audiência de conciliação – art. 331, *caput*, a *contrario sensu*), no despacho saneador a ser proferido; no procedimento sumário, na audiência prevista no art. 277 do CPC, se não for obtida a conciliação e for necessária a produção de provas; no rito sumaríssimo dos juizados especiais, a inversão deverá ser analisada pelo juiz togado, na sessão de conciliação (se esta for infrutífera), hipótese em que a

¹ Conforme NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil e legislação extravagante*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 957.

² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 94-95.

³ Nesse sentido: ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22 e CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 293-294.

⁴ *Op. cit.*, p. 294.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 186.

⁶ Conforme Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 294.

audiência de instrução e julgamento será marcada para um dos quinze dias seguintes (Lei 9.099/95, art. 27§ único). Por outro lado, “pela garantia do contraditório e ampla defesa, as partes, desde o início da fase instrutória, têm de conhecer quais são as regras que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre a qual se assentará, no fim do processo, a solução da lide”.⁷

3) na sentença – não se atribui ao fornecedor um novo ônus de provar. Ele sempre soube exatamente o que deveria ser provado, por isso não poderia alegar surpresa no momento da sentença. Por isso, desde o início, ele é capaz de desincumbir-se da prova e se deliberadamente não o faz, assume os riscos de sucumbir da demanda com o consumidor, este sendo a parte protegida na relação jurídica⁸. Pode ser aplicado em qualquer tipo de procedimento (ordinário, especial, sumário, juizado especial). Entretanto, no momento da sentença, há quem entenda que “a inversão seria medida tardia porque já encerrada a atividade instrutória”.⁹ A inversão do ônus da sentença pode conduzir a uma “surpresa intolerável e irremediável, em franca oposição aos princípios da segurança e lealdade imprescindíveis à cooperação de todos os sujeitos na busca e construção da justa solução do litígio”.¹⁰

Seja como for, a função do direito em sua concepção moderna deve estar calcada em princípios gerais como a eticidade, lealdade cooperativismo e boa-fé, sobretudo numa ambiência processual. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova também assume papel de destaque nesse contexto¹¹. Afigura-se justo que o fornecedor, de fato, seja informado da expectativa gerada dentro do processo. Mas, caso isso não seja possível e a inversão somente possa ser verificada no momento da sentença, a melhor interpretação é aquela que conduz à proteção do consumidor, resguardando os seus direitos.

Outrossim, a matéria é tão tormentosa que nem é possível falarmos em jurisprudência formada a seu respeito, haja vista haver conflito de entendimentos inclusive dentro de um mesmo tribunal. Assim, à guisa de exemplos, trazemos algumas ementas de sodalícios diversos lendo diferentes momentos para a inversão do ônus da prova:

a) na sentença

STJ – “(...)A inversão do ônus da prova é regra de juízo e não de procedimento, sendo irrelevante a decisão em agravo de instrumento afastando a inversão do ônus probatório no curso do processo, pois é na sentença o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova” (STJ, 3ª Turma, AgRg na MC 11970 / RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.12.2006, DJ 18.12.2006).

TJMG – “(...)A inversão do ônus da prova é regra de julgamento quando na sentença, momento próprio, onde, de frente ao contexto probatório, após encerrada a instrução, a critério do julgador, segundo as regras ordinárias da experiência, se

afere a hipossuficiência do consumidor” (TJMG, 16ª Câmara Cível, Agravo nº 1.0024.03.039789-7/002, Rel. Des. Batista de Abreu, j. 26.03.2008, DJ 18.04.2008).

TJRS – “(...)A sentença é o momento oportuno para que se opere a inversão do ônus da prova, sendo desnecessário proferir-se despacho anunciando-a. É que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, e, como tal, dirigida ao juiz, que dela se valerá quando o contexto probatório não estiver satisfatório. Precedentes deste Tribunal” (TJRS, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70024300030, Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 04/06/2008).

TJRS – “(...)A melhor interpretação da regra inserta no art. 6º, VIII, do CDC, é a que conduz à conclusão de que o ato judicial de inversão do ônus probatório tem na sentença final o seu momento adequado, ocorrendo sua aplicação, portanto, ope legis” (TJRS, 1ª Câmara Cível, Embargos de Declaração nº 70011617644, Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, j. 01/06/2005)

b) na fase de saneamento ou antes do término da instrução probatória:

STJ – “A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.” (STJ, 4ª Turma, REsp 881651 / BA, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 10.04.2007, DJ 21.05.2007).

TJMG – “(...)Não obstante a ausência de dispositivo legal expresso no Código de Defesa do Consumidor acerca do momento processual oportuno para se apreciar o pedido de inversão do ônus da prova, tem-se entendido que referida análise deverá ser realizada na fase probatória, a fim de se evitar vulneração dos princípios da ampla defesa e do contraditório estabelecidos na nossa Carta Magna. (TJMG, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0024.07.529556-8/001, Rel. Des. D. Viçoso Rodrigues, j. 10.06.2008, DJ 28.06.2008)

c) em sede de 2º grau de jurisdição: possibilidade

STJ – “(...)Sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, plenamente possível seja decretada em 2º grau de jurisdição, não implicando esse momento da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, ainda mais ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se faz necessária a inversão do ônus da prova diante da patente hipossuficiência técnica da consumidora que não possui nem mesmo a documentação referente ao contrato de seguro” (STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no Ag 977795 / PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 23.09.2008, DJe 13.10.2008)

⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit., 186.

⁸ É a opinião de Fábio Costa Soares, *apud* Cavalieri Filho, op. cit., p. 294.

⁹ Nesse sentido, Theodoro Júnior, op. cit. P. 186.

¹⁰ Theodoro Júnior, op. cit., p. 187.

¹¹ Sobre a teoria dinâmica, veja-se: A teoria, base de estudo deste trabalho, defende, justamente, o afastamento daquelas regras estáticas, impondo o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzir a prova, podendo o mesmo recair tanto sobre o autor como sobre o réu, a depender das circunstâncias fáticas e processuais de cada um. A mudança busca uma maior efetividade e instrumentalidade do processo, ensejando, por conseguinte, decisões mais justas e equânimes a cada caso concreto submetido ao crivo do Poder Judiciário. AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264> >.

d) em sede de 2º grau de jurisdição: impossibilidade

TJRS – “(...)INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RELAÇÃO CONSUMERISTA. Em se tratando de relação consumerista, cabível a inversão do ônus da prova, procurando facilitar a atuação do consumidor em Juízo. Todavia, a seara recursal não é o momento processual adequado para fazê-lo, porquanto não oportuniza o contraditório e a ampla defesa, inerentes à fase instrutória do feito. Ainda assim não fosse, mesmo com a inversão do ônus probatório, as regras tradicionais do processo civil sobre ônus da prova continuam válidas, devendo o autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, incumbindo ao réu comprovar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor” (TJRS, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70017994609, Rel. Des. Odone Sanguiné, j. 11/04/2007)

TJMG - “Não há que se falar em inversão do ônus probatório em grau recursal, porquanto se está diante de regra de procedimento, e que deve ser aplicada no momento oportuno, sob pena de violação aos princípios do contraditório e ampla defesa” (TJMG, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.05.875472-2/001, Rel. Des. Elpidio Donizetti, j. 04.09.2007, DJ 28.09.2007).

Embora comunguem do entendimento favorável à inversão do ônus da prova no momento da sentença (regra/técnica de julgamento), Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery trazem uma posição conciliadora e intermediária:

Nada impede que o juiz, na oportunidade de preparação para a fase instrutória (saneamento do processo), verificando a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, alvitre a possibilidade de assim agir, de sorte a alertar o fornecedor de que deve desincumbir-se do referido ônus, sob pena de ficar em situações de desvantagem processual quando do julgamento da causa.¹²

É a opinião também de Cavalieri Filho: “Mas nada impede – pelo contrário, é recomendável – que o juiz, no despacho saneador, na fase instrutória da causa, ou em qualquer outro momento que se torne possível, inverta o ônus da prova ou advirta às partes que isso poderá ser feito no momento do julgamento final da causa, com o que afastará qualquer alegação de cerceamento de defesa”.¹³

Destarte, não há óbice em que seja deferida a inversão do ônus da prova em favor do órgão do Ministério Público, conforme decidiu o TJRS: “(...)A inversão do ônus da prova é admissível ainda que a parte autora seja o Ministério Público, uma vez que age na condição de substituto processual dos consumidores, sa-

bidamente parte hipossuficiente na relação processual” (TJRS, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70025288291, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 10/07/2008)

Por fim, há quem sustente que a inversão do ônus da prova também abrangeria a obrigatoriedade de a parte adversa, *in casu*, o fornecedor ou prestador de serviço, arcar com os custos e despesas para a sua realização, notadamente nos casos de honorários periciais em que a prova iria beneficiar tão-somente o consumidor. Assim, a inversão deveria ser plena, a fim de melhor potencializar o princípio do acesso à justiça da parte hipossuficiente e dar uma maior eficácia à tutela do consumidor.¹⁴ Logo, o consumidor tem a seu favor um princípio geral de facilitação na defesa de seus direitos, não fazendo sentido que ele tenha que arcar com os custos da prova se inclusive o ônus de produzi-la foi invertido dada a sua hipossuficiência na relação jurídica. Como anota Cavalieri Filho: “Quando assim não se entender a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, poderá se tornar uma falsa promessa do legislador, e o princípio estabelecido no art. 6º, inciso VIII, do CDC resultará frustrado, posto que, na maioria dos casos, o consumidor é hipossuficiente econômico, sem recursos para produzir a prova técnica”.¹⁵

Há um outro entendimento segundo o qual devem ser aplicadas as regras ordinárias do CPC, ou seja, o pagamento dos custos para a realização da prova compete a quem requerer a sua produção: “(...)Da mesma forma, o art. 33 do mesmo diploma legal estabelece que a remuneração do perito será paga pela parte que houver requerido a perícia. Embora o caso dos autos contemple hipótese de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), isso não significa que o fornecedor tenha que arcar com os custos da perícia requerida pela parte interessada. Assim, ao caso em tela devem ser aplicadas as regras específicas a respeito do pagamento dos honorários periciais, previstas no Código de Processo Civil, o que significa dizer que o autor deverá arcar com a perícia grafodocumentoscópica por ele requerida. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (TJRS, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70022103212, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. em 09/11/2007)

Todavia, a jurisprudência mais recente¹⁶ do STJ adverte: “(...)A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, não acarreta o encargo financeiro de custear as despesas pela parte adversa, mas, apenas, o faz arcar com as consequências jurídicas pertinentes” (STJ, 4ª Turma, REsp 683518 / DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.11.2006, DJ 26.02.2007).

¹² *Op. cit.* p. 957.

¹³ *Op. cit.*, p. 295.

¹⁴ Vale citar: “(...)Tratando-se de relação de consumo decorrente de contrato celebrado com empresa do ramo da construção civil, a hipossuficiência do contratante é patente, devendo ser aplicada a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII, da Lei 8.078-90. - A inversão do ônus da prova implica a obrigatoriedade do pagamento dos honorários decorrentes de realização da perícia técnica” (TAMG, 2ª Câmara Cível, Agravo nº 2.0000.00.385578-3/000(1), Rel. Juiz Alberto Aluizio Pacheco de Andrade, j. 10.12.2002, DJ 22.02.2003). Há também acórdão mais antigo da lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar nessa direção: “(...)A inversão do ônus da prova significa também transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas de perícia tida por imprescindível ao julgamento da causa” (STJ, 4ª Turma, REsp 383276 / RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.06.2002, DJ 12.08.2002).

¹⁵ E arremata o autor: a toda evidência, ordenar a inversão do ônus da obrigação de provar, sem se impor qualquer ônus processual à parte economicamente mais forte quanto à produção da prova, tornaria inócua a garantia da defesa do consumidor em juízo, instituída pelo CDC em cumprimento à Constituição. E mais, se a defesa do consumidor hipossuficiente depender da produção de prova técnica, que requereu, e a parte mais forte da relação de consumo se recusa a custear-lhe a produção, sem qualquer consequência processual, estar-se-ia a acentuar, e não a remover a desigualdade que as distancia, em prejuízo do consumidor, que permaneceria, então, indefeso no pólo passivo da relação.

¹⁶ Segundo adverte Cavalieri Filho: “Posteriormente, entretanto, a jurisprudência se firmou no sentido de que a inversão do ônus da prova não se confunde com o custeio da produção da prova. O I Encontro de Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assentou que ‘constitui direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova, respeitos os pressupostos previstos no art. 6º, inciso VIII, do CDC, sem implicar a reversão do custeio, em especial quanto aos honorários do perito’”. *Op. cit.*, p. 296.

Ou ainda: “(...) A inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as despesas da prova requerida pelo consumidor. A transferência é apenas da obrigação de provar o seu direito para elidir a presunção que vige em favor do consumidor”. (Resp 435155)” (STJ, 2ª Seção, REsp 583142 / RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. para o acórdão Min. Fernando Gonçalves, j. 09.11.2005, DJ 06.03.2006).

No mesmo sentido:

Esta Corte já decidiu que a “regra probatória, quando a demanda versa sobre relação de consumo, é a da inversão do respectivo ônus. Daí não se segue que o réu esteja obrigado a antecipar os honorários do perito; efetivamente não está, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor” (REsp nº 466.604/RJ, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 2/6/03). No mesmo sentido, o REsp nº 443.208/RJ, Relatora a Ministra Nancy Andrigli, DJ de 17/3/03, destacou que a “inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, sofre as

consequências processuais advindas de sua não produção”. Igualmente, assim se decidiu no REsp nº 579.944/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 17/12/04, no REsp nº 435.155/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 10/3/03 e no REsp nº 402.399/RJ, Rel. o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 18/4/05. (STJ, 1ª Turma, REsp 843963 / RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 12.09.2006, DJ 16.10.2006).

Assim, com relação ao custo da prova, entendemos que a jurisprudência majoritária atual do STJ é compatível com o espírito protetivo do CDC. O fornecedor ou prestador de serviço não é obrigado a custear a prova cujo *onus probandi* foi invertido. Mas o seu custeio trata-se de decorrência implícita dentro da lógica da inversão prevista no CDC. Por isso, lembra Cavalieri Filho: “Se decidida a inversão, a parte adversa não se dispuser a custear a produção da prova, sofrerá as consequências processuais de sua cômoda resistência, quanto ao peso que se atribuirá aos fatos verossímeis afirmados pelo consumidor, ainda que carentes de comprovação pelos meios de prova cujo manejo a recusa do produtor ou fornecedor inviabilizou”.¹⁷

¹⁷ *Op. cit.*, p. 297.