

# INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SENTENÇA: UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Vanessa Érica da Silva Santos\*

## RESUMO

A presente pesquisa tem por finalidade o estudo acerca do momento processual mais adequado para a aplicação da inversão do ônus da prova, disposto no art. 6º, VIII do CDC, para que não se torne um instrumento que viole o princípio da ampla defesa. Utilizando-se como método de abordagem o dedutivo, e como métodos de procedimento o histórico-evolutivo e o comparativo, verifica-se que o instituto da inversão do ônus da prova deve ser interpretado como uma regra de procedimento e não de julgamento, portanto, a aplicabilidade sempre deve ocorrer antes da sentença, tendo em vista que em regra ela será uma inversão *ope judicis*, cabendo ao magistrado avaliar se presentes um dos requisitos que ensejam a aplicação do referido instituto, já que a hipossuficiência não é presumida, esta precisa ser comprovada e decidida pelo juiz no curso do processo, pois caso venha a fazer apenas na oportunidade do julgamento restará cerceado a ampla defesa, diante do fato de não ter oportunizado ao demandado a possibilidade de desincumbir de seu ônus. Por fim, chega-se ao resultado de que o momento mais adequado para a inversão do ônus da prova é após a apresentação da contestação, quando for iniciada a audiência de instrução, pois o promovido já inicia a fase instrutória com o ônus devido e, portanto, dando a oportunidade de produzir a sua defesa de forma satisfatória.

**Palavras- Chaves:** Prova; Inversão; Ônus; Momento processual.

## ABSTRACT

The purpose of this research is to study the most appropriate procedural moment for the application of the reversal of the burden of proof, set forth in art. 6, VIII of the CRC, so that it does not become an instrument that violates the principle of ample defense. Using as method of approach the deductive, and as methods of procedure the historical-evolutionary and the comparative, it is verified that the institute of inversion of the burden of proof must be interpreted as a rule of procedure and not of judgment, therefore, the applicability must always occur before the sentence, given that as a rule it will be an inversion *ope judicis*, it being incumbent on the magistrate to evaluate if one of the requirements that entails the application of said institute, since the hyposufficiency is not presumed, it must be proven and decided by the judge in the course of the proceedings, because if he only makes the opportunity for the trial, the broad defense will be curtailed, given the fact that he did not give the defendant the possibility of discharging his burden. Finally, we arrive at the result that the most appropriate moment for the reversal of the burden of proof is after the presentation of

---

\* Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Especialista em Direito do Trabalho pela UNOPAR, Pós-graduanda (especialização) em Direito Penal e Processo Penal pela UFCG, Pós-graduanda (especialização) em Gestão Pública pelo IFPB e Mestranda em Sistemas Agroindustriais – CCTA/UFCG, Professora Substituta da UFCG, e-mail: vanessa.ERICA@hotmail.com

the challenge, when the investigation hearing begins, since the promoted one already starts the instructional phase with the burden due and, therefore, giving the opportunity to produce their defense in a satisfactory manner.

**Key Words:** Proof; Inversion; Onus; Procedural moment

## 1 INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor, em proteção aos direitos consumeristas, dispõe de mecanismos que propiciam a igualdade entre consumidor e fornecedor, tendo em vista uma nítida desigualdade nos pólos da relação jurídica. Como grande ferramenta prevista para “nivelar” os pólos da relação de consumo, facilitando o acesso e a defesa do consumidor em juízo, o Códex Consumerista dispõe do instituto da inversão do ônus da prova, com vistas a hipossuficiência do consumidor, zelando assim pelo princípio da igualdade.

Apesar do grande avanço legislativo em disciplinar a aplicação da inversão do ônus da prova, concedendo ao juiz a possibilidade de decidir pela citada inversão em favor do consumidor, desde que estejam presentes os requisitos da verossimilhança das alegações ou hipossuficiência, silenciou quanto ao instrumento procedimental apropriado para aplicar a referida medida, provocando divergências doutrinárias e judiciais na tentativa de suprir tal lacuna, fazendo decorrer a seguinte problemática: Há um momento processual adequado para a aplicabilidade da inversão do ônus da prova?

Assim justifica-se a presente temática, haja vista sua aplicabilidade ao Direito Consumerista, tendo em vista que a lacuna deixada pelo legislador resulta em aplicações destoantes, causando insegurança jurídica às relações de consumo, bem como, graves afrontas ao princípio da ampla defesa.

Portanto, terá como objetivo geral analisar o instituto da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, de forma a aplicar a melhor interpretação processualística a ser adotada, identificando qual o melhor momento processual.

Nesse diapasão, para que possa se alcançar os objetivos discriminados, se utilizará como método de abordagem o método dedutivo, partindo-se das várias formas de aplicação do instituto ora estudado, nos tribunais do país e com as diferentes correntes doutrinárias, vindo a verificar qual o momento mais oportuno especificamente nos Juizados Especiais Cíveis.

Como métodos de procedimento, se fará uso do método histórico evolutivo, averiguando as influências históricas na aplicabilidade do instituto e verificando a sua

influência na aplicabilidade atual; assim como o método comparativo tendo em vista que se analisará o paralelo entre a corrente doutrinária que defende a aplicabilidade da inversão do ônus da prova como regra de julgamento, e a que a apresenta como regra de procedimento, aplicando as referidas teorias aos julgados cotidianos e verificando a extensão da possível insegurança jurídica causada com a aplicabilidade concomitante das duas correntes citadas.

Ante o exposto, a pesquisa proporrá o momento processual adequado para aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, de forma a harmonizar a aplicação do referido instituto com a ampla defesa, visando apresentar soluções práticas para a aplicação do mesmo.

## **2 O ÔNUS DA PROVA NA RELAÇÃO DE CONSUMO**

Verifica-se que as relações consumeristas, necessitavam de uma ferramenta processual que garantisse a igualdade nos pólos da relação jurídica em face da hipossuficiência do Consumidor, que corriqueiramente não possuíam meios de produzir a prova adequada para a instrução do processo. Assim, surgiu com o Código de Defesa do Consumidor o instituto da inversão do ônus da Prova, disposto no art. 6º, VIII, o qual preleciona que verificado a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança das alegações se impõe a aplicação do referido instituto.

Portanto, esse instrumento processual protege o consumidor quando verificada a impossibilidade de produção de prova por parte deste, incumbindo a prova a quem tem possibilidade de produzi-la, buscando-se a verdade real dos fatos.

Conforme os ensinamentos de Chiovenda (2002), provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. Por si mesma, a prova em geral da verdade dos fatos não pode ter limites; mas a prova no processo, ao revés da prova puramente lógica e científica, sobre a limitação na necessidade social de que o processo tenha um termo; transitado em julgado a sentença, a investigação dos fatos da causa preclue-se definitivamente e, a partir desse momento, o direito não cogita mais da correspondência dos fatos apurados pelo juiz à realidade das coisas, e a sentença permanece como afirmação da vontade do Estado, sem que influência nenhuma exerça sobre o seu valor o elemento lógico de que se extraiu.

Silva (2002) ressalta que, no ramo da Ciência Jurídica, nem sempre a prova de um fato demonstrará, necessariamente, a veracidade de sua existência, tendo em vista que a prova pode ser conceituada como o meio de representação dos fatos que geraram a lide no processo,

tendendo essa representação a equivalência limitada e não à perfeita identificação entre o objeto representado e o objeto representante.

Interessante ainda demonstrar a importância da prova nos casos em que há presunção relativa da verdade (*juris tantum*), pois nesses casos a prova é imprescindível para a o réu, pois o juiz admite a prova em contrário, para formar sua cognição; diferentemente a presunção absoluta (*jure et de jure*), na qual não adianta a prova em contrário para a demonstração de inocência, haja vista que o fato ocorrido já apresenta a ficção legal de verdade, e portanto, nesse caso o fato não constitui o objeto da prova.

A partir da complexidade da análise das provas, verifica-se que o auferimento do ônus probatório a determinada parte, assegura ao Juiz uma solução jurídica para o proferimento de sua decisão quando impelido por uma dúvida consistente. Assim, o ônus de provar trata-se de regra processual, que não obriga a determinada parte o dever de provar, mas atribui um encargo pela falta de prova. Portanto, o ônus soluciona a questão de responsabilizar alguém pela ausência de provas para provar determinado fato.

Nesse diapasão, passa-se a verificar a importância da prova obtida no processo, pois em caso de dúvida, o que comumente acontece, o juiz analisará de quem era a incumbência de provar a existência ou não do fato apresentado na lide, apresentando a sentença com a solução jurídica possível. Assim, caso o ônus seja distribuído de forma equivocada, o processo terá um deslinde errôneo ou no mínimo prejudicando a uma das partes.

Saliente-se que na produção de provas, os meios de obtenção devem ser formalmente corretos, idôneos e adequados; pois caso não se observe a legalidade, as mesmas não podem servir para apreciação do mérito da demanda.

Para melhor compreensão, faz-se necessário lembrar a autonomia do Direito do Consumidor, que mais especificamente, está introduzida no sistema jurídico brasileiro no CDC, objetivando regular as relações de consumo, tendo em vista a necessidade imperiosa de regulamentar uma relação jurídica que estava consubstanciada em diversas afrontas ao princípio da isonomia, tendo em vista a desigualdade dos pólos na relação processual.

As regras de distribuição probatória nas relações consumeristas, norteiam basicamente a necessidade de promover uma igualdade das partes, assegurando um processo sem vícios e com a devida distribuição do ônus para quem tem a capacidade de produzi-lo. Entendimento corroborado por Theodoro Júnior (2014, p.217) quando discorre que: “a legislação protetiva do consumidor parte da constatação genérica de sua vulnerabilidade no mercado de consumo. Sua ratio essendi é, portanto, a busca do reequilíbrio da relação de consumo [...]”.

O Códex Consumerista, tornou os direitos do consumidor como um subsistema autônomo em atendimento aos preceitos constitucionais que asseguram às relações consumeristas a proteção devida, para que o consumidor possa usufruir da isonomia quando participa da relação de consumo, não ficando em desvantagem frente ao fornecedor. É portanto, o referido diploma legal, segundo Nunes (2011, p.110):

[...] uma Lei principiológica, modelo até então inexistente no Sistema Jurídico Nacional.[...]. E mais e principalmente: o caráter principiológico específico do CDC é apenas e tão somente um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes desde 5 de outubro de 1988 como cláusulas pétreas, não podendo, pois, ser alterados.

Diante dessa proteção legal, quis o legislador tutelar as relações que configurassem um fornecedor que mantém superioridade ao seu consumidor, visto serem em massa sua distribuição, fazendo-se, portanto, necessária uma tutela diferenciada das relações civis. A interpretação do CDC deve respaldar as desigualdades, tentando proporcionar um nivelamento das partes, conforme assevera Nunes, (2011, p.114):

[...] Assim, consigne-se que, para interpretar adequadamente o CDC, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado, que faz com que se deva privilegiar o coletivo e o difuso, bem como que se leve em consideração que as relações jurídicas são fixadas de antemão e unilateralmente por uma das partes- o fornecedor-, vinculando de uma só vez milhares de consumidores. Há um claro rompimento com o direito privado tradicional.

Percebe-se que o citado Código trouxe diversas medidas que possibilitam a concretização da proteção ao consumidor. Assim, como regra geral, adotou a responsabilidade objetiva, tal como prescreve os arts. 12 e 14 da mencionada lei. Para tanto, basta provar o dano e o nexo de causalidade para gerar a obrigatoriedade de reparar o dano, sem analisar a culpa do agente. Diferentemente, em relação aos profissionais liberais, onde estabeleceu a responsabilidade civil subjetiva, mediante a verificação de culpa, tal como dispõe seu art. 14, §4º.

De maneira protecionista e pautada na vulnerabilidade informacional e jurídica do consumidor, o Codex Consumerista, no art. 51, VI, impôs a proibição de cláusula contratual que contenha o encargo probatório em prejuízo do consumidor. Assim, como em relação à publicidade, atribuindo a distribuição da carga probatória quanto à veracidade e correção de informação ou comunicação publicitária ao patrocinador, conforme dispõe em seu art. 38 bem como, o diploma legal em estudo, incluiu como direito básico do consumidor, a

facilitação da defesa do seu direito, inclusive com a possibilidade da inversão do ônus da prova, tal como prescreve o seu artigo 6º, VIII.

Merece destaque nesse estudo, a análise em relação ao termo inversão do ônus da prova, quando o termo mais apropriado seria modificação, pois sendo analisado mais aprofundadamente vê-se que não ocorre a inversão, tendo em vista que se assim fosse, caberia ao réu o ônus da prova dos fatos constitutivos e ao autor, a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos aduzidos pelo réu em seu desfavor, o que não ocorre na realidade. Acontece apenas uma modificação da regra processual, quando o juiz verifica uma instrução processual insuficiente, que não lhe dar condições de convencê-lo, nesse caso, apenas transfere o encargo de produzir a prova a quem tem mais condição de fazê-la, afastando a obscuridade, e finalmente dando os subsídios necessários ao julgamento.

Acerca da problemática posta, é salutar que se faça a devida distinção entre o consumidor vulnerável e o hipossuficiente. Haja vista que, conforme expõe Grinover (2007, p. 382):

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores. A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII).

A partir do entendimento supracitado, verifica-se que o instrumento da inversão do ônus da prova não é compulsório, ficando a critério do juízo verificar a necessidade de aplicá-la e fazê-la de maneira que objetive buscar a verdade real dos fatos na fase instrutória, impondo aquele que detêm os meios probatórios adequados, a apresentá-los para provar ou não sua culpa.

A respeito, assevera Theodoro Júnior (2014, p. 215):

Sem basear-se na verossimilhança das alegações do consumidor ou na sua hipossuficiência, a faculdade judicial não pode ser manejada em favor do consumidor, sob pena de configura-se ato abusivo, com quebra do devido processo legal. Se trata de medida de exceção, subordinada a pressupostos expressamente elencados na lei, sua adoção in concreto somente pode ocorrer mediante decisão interlocutória em que o magistrado assente sua deliberação.

Ora, o citado autor trata de um aspecto importante da relação de consumo, qual seja, de obedecer o princípio do devido processo legal, tendo em vista que a aplicação da inversão

do ônus da prova, se feita em momento inoportuno, pode acabar por cercear a defesa do fornecedor e assim ferir o princípio do devido processo legal, o que se configuraria um conflito aparente entre os princípios.

O ônus da prova, no dizer de Grinover (2007, p.99) é o poder ou faculdade de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis. A incumbência de provar determinado fato deve seguir os ditames legais e quando ausentes os requisitos, a inversão não deve ser realizada, pois se assim o fosse a empresa estaria suportando um ônus que novamente desequilibraria a relação jurídica. Interessante opinião traz Theodoro Júnior (2014, p.217):

O mecanismo da inversão do ônus da prova se insere nessa política tutelar do consumidor e deve ser aplicado até quando seja necessário para superar a vulnerabilidade do consumidor e estabelecer seu equilíbrio processual em face do fornecedor. Não pode, evidentemente, ser um meio de impor um novo desequilíbrio na relação entre as partes, a tal ponto de atribuir ao fornecedor um encargo absurdo e insuscetível de desempenho. [...] a proteção ao consumidor não pode transformar-se numa “cruzada antiempresa” e tem de ser vista, isto sim, como “uma forma de aperfeiçoamento do sistema empresarial [...]”.

É resultado lógico que nenhuma das partes será obrigada a (ou terá interesse em) fazer prova contrária às suas alegações, a favor do demandante adverso, ficando o tema restrito à seara da prova negativa quanto ao fato constitutivo, assim para que determinada parte produza uma prova que venha a lhe prejudicar é necessária a expressa determinação judicial.

Importante salientar que a prova a que se desincumbe o autor tenha possibilidade de ser produzida pelo réu, pois não seria razoável inverter o ônus probatório para a produção de uma prova impossível, pois estaria se violando diversos princípios norteadores do sistema jurídico pátrio. Conforme bem asseverou Theodoro Júnior (2014, p. 220): “inconcebível, que a inversão do ônus da prova, quando autorizada por lei, seja utilizada como instrumento de transferência para o réu do encargo da prova de fato arguido pelo autor que se revela, intrinsecamente, insuscetível de prova.” Assim, o instituto da inversão do ônus da prova pressupõe que o consumidor não possa provar o devido fato, mas não a impossibilidade absoluta de prova, esta deve ser possível de ser realizada pelo fornecedor.

Assim, pode-se concluir do raciocínio anterior, que caso o juiz defira a inversão do ônus da prova sem se basear na verossimilhança das alegações ou na hipossuficiência, estaria proferindo um ato abusivo e ferindo o devido processo legal, conforme preleciona Theodoro

Júnior (2014, p.215), pois: “Sem basear-se na verossimilhança das alegações do consumidor ou na sua hipossuficiência, a faculdade judicial não pode ser manejada em favor do consumidor, sob pena de configura-se ato abusivo, com quebra do devido processo legal”.

No mesmo diapasão, na dúvida, decide-se favoravelmente à parte mais fraca, utilizando-se o princípio *in dubio pro misero*, proclamando, nas relações de consumo, o *in dubio pro consumidor*. Não se pode esquecer que as regras do diploma legal aqui analisado têm natureza de ordem pública. No caso in concreto, pode acontecer que um consumidor hipossuficiente apresente uma alegação não necessariamente verossímil, mas, apesar disso, e até por isso, necessite ser confirmada.

Assim, no final da instrução probatória, com as provas constantes nos autos, o juiz formará o seu convencimento. No caso de possuir provas suficientes ao seu convencimento de certeza dos fatos narrados na lide, o juiz proferirá o julgamento sem importar a quem possuía o ônus da prova. No entanto, o problema se configura quando a dúvida persiste, momento este em que o juiz deverá analisar a quem possuía o encargo de provar os fatos.

Percebe-se que, a neutralidade do magistrado começa a dar espaço à procura de algo mais importante no processo: a isonomia das partes, permitindo da medida do possível, que se apresentem com as mesmas oportunidades, proporcionando dessa forma que as partes venham em juízo em paridade de armas, justificando assim o aumento dos poderes instrutórios do juiz, com o intuito de equilibrar as partes dentro do processo.

### **3 MOMENTO PROCESSUAL PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**

De início cabe a elucidação quanto à omissão legislativa do Código Consumerista quanto ao momento processual adequado para ocorrer a inversão. Veja-se que o legislador não disciplinou em que momento o magistrado deveria analisar o contexto fático e conseqüentemente verificar se há necessidade de inversão do ônus probatório, deixando à margem da interpretação doutrinária e jurisprudencial, conduzindo assim a entendimentos divergentes.

Interessante ressaltar que a inversão do ônus da prova é judicial e não legal, como bem preceitua o art. 6º VIII do CDC, cabendo ao juiz inverter o ônus da prova quando se configurar os requisitos legais. A respeito da inversão do ônus da prova em meio judicial, Dallasta (2013), assevera que não se pode esquecer das inversões legais, dispostas pelo Código Consumerista. É importante registrar que existem algumas situações em que o CDC aplicou a



inversão legal do ônus da prova, quais sejam: defeitos do produto (art. 12, §3º, II) e de serviços (art.14, §3ºI), no entanto, para as demais situações a inversão será judicial, cabendo ao juiz verificar os requisitos necessários e aplicar a referida medida.

Assim, apesar de instituir a inversão judicial, o Citado diploma legal silenciou quanto ao momento propício para sua aplicação, ficando ao critério julgador. Este por sua vez possui a discricionariedade de seguir uma das duas correntes que discorrem quanto ao momento oportuno. Haja vista que, para alguns, a citar Nunes (2011) adotam como medida cabível a inversão no momento do despacho inicial, no entanto, boa parte da doutrina, a citar Grinover (2007), sustenta que a aplicação deve ser realizada no momento da sentença. Acerca das citadas teorias, Theodoro Júnior (2014, p.222) assevera que:

[...] as duas posições nos parecem extremadas e injustificáveis. Antes da contestação, nem mesmo se sabe quais fatos serão controvertidos e terão, por isso, de se submeter à prova. Torna-se, então, prematuro o expediente do art. 6º, VIII do CDC. No momento da sentença, a inversão seria medida tardia, porque já encerrada a atividade instrutória.

Merece grande respaldo o entendimento anterior, tendo em vista que antes de tudo o magistrado deve primar pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assim, no despacho inicial, antes da contestação, o magistrado nem sempre contém elementos suficientes para impor um ônus a parte ré, podendo incidir em injusta incumbência, pois não ocorreu ainda o contraditório das informações. E por sua vez no momento da sentença, haveria uma tardia decisão, importando ao réu um ônus impossível de suprir, visto que já se passara a fase instrutória, acabando por cercear a ampla defesa e o contraditório.

Diante de tal celeuma, é necessário esmiuçar melhor os posicionamentos ora apresentados. Assim, para aqueles que entendem ser antes da sentença o momento adequado, julgam a inversão como uma regra de procedimento.

Assim, alguns doutrinadores a citar Grinover (2007) defendem que as regras da inversão do ônus da prova são de julgamento, pois somente após a instrução do feito, quando realizada a valoração do conjunto probatório, o juiz estaria habilitado para informar se há ou não situação de non liquet, estando portanto, apto a inverter ou não o ônus da prova.

Posto que, conforme dispõe Grinover (2007, p.736):

Efetivamente, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de non liquet, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível.

Na mesma linha de pensamento, prelecionando que o ônus da prova é regra de juízo, sendo a sentença o momento correto para sua inversão, têm-se Nery (2003 p. 696), o qual afirma que:

A parte que teve contra si invertido o ônus da prova [...] não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo non liquet quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova.

Assim, os autores supracitados, ainda entendem que se o juiz se manifestar anteriormente à sentença sobre o ônus da prova poderia incorrer em um pré-julgamento, parcial e prematuro, o que seria inadmissível sob a ótica do Direito.

Em contrapartida, há uma parte da doutrina a citar Nunes (2011) que rechaça a tese apresentada anteriormente, sob o argumento de que se a inversão for declarada apenas na sentença, estaria se configurando uma espécie de armadilha processual, confrontando os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a relação processual estaria desequilibrada por não permitir que a parte que possui o ônus de provar possa desincumbir de tal encargo.

Posto que, entende-se que seria mais razoável e consoante com os princípios constitucionais apregoados pela Carta Magna, haja vista que a parte deve conhecer previamente a quem está incumbido de provar determinados fatos, para ter a oportunidade de provar suas alegações no momento mais propício, sem prejudicar a si mesmo, e ao final sem ser surpreendida por um provimento favorável ao adversário.

Theodoro Júnior (2014, p.222), defendendo a impossibilidade da inversão no momento da sentença, expõe que:

[...] 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. [...]. A não ser assim, ter-se-ia uma surpresa intolerável e irremediável, em franca oposição

aos princípios de segurança e lealdade imprescindíveis à cooperação de todos os sujeitos do processo na busca e construção da justa solução do litígio.

Ressalte-se que outro questionamento que se entende ser mal interpretado, é o entendimento de julgamento prematuro da lide, quando se profere uma decisão de inversão do ônus da prova na fase instrutória. Note-se que o magistrado têm a faculdade de inverter o ônus probatório, desde que observados os requisitos legais, e que essa averiguação não adentre no mérito da lide, pois para verificar a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor é necessário uma apreciação específica e de certa forma superficial, levando em consideração a interpretação do julgador com base nas regras ordinárias de experiência, como bem preceitua o art. 6º, VIII do Código Consumerista.

Imperioso destacar a fragilidade desse argumento, pois tanto a inversão do ônus da prova antes da sentença, quanto a produção antecipada de provas ou concessão de tutela antecipada por si só, não podem ser suscitadas como suspeição do magistrado, tampouco como pré-julgamento, pois todas constituem garantia legal daquele proferir determinadas decisões interlocutórias, para garantir a isonomia no processo, não adentrando no mérito da demanda.

Importa ainda rechaçar o argumento que o fornecedor não poderia alegar cerceamento de defesa, pois sabia da possibilidade de inversão do ônus da prova na sentença, portanto, conheceria as regras do jogo. Não merece acolhimento tal argumento, pois a inversão não deriva exclusivamente da lei, tendo em vista que esta prevê a mera possibilidade de inversão, ficando a cargo do juiz verificar a possibilidade de inverter ou não o ônus da prova. Portanto, logicamente, a inversão para ser justa deve oportunizar a outra parte a oportunidade de defesa, e por conseguinte seria regra de instrução, conforme explicitou Moreira (2002, p.22):

As normas de repartição do ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes. Se lhe foi transferido um ônus – que para ele não existiria antes da adoção da medida – obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar a efetiva oportunidade de dele se desincumbir.

A partir dos entendimentos mencionados anteriormente, caso o juiz inverta o ônus da prova apenas na sentença, não dará oportunidade do réu reagir e desincumbir do ônus que lhe

fora imposto, sendo uma ofensa à bilateralidade da audiência, já que o réu não teria produzido suas provas.

A inversão do ônus da prova não pode ser tratada como regra, posto ser uma exceção. Devendo ser aplicada em decisão fundamentada, se presentes os requisitos estabelecidos no artigo 6º, VIII do CDC. Ademais, verificando a necessidade da referida inversão nos termos do referido dispositivo legal, cabe ao juiz no procedimento ordinário determiná-la no despacho saneador, a fim de garantir às partes a ampla defesa e o contraditório, configurando, pois, a inversão do ônus da prova regra de procedimento, sendo, portanto, matéria de instrução, cuja finalidade é de possibilitar que as partes saibam se conduzir no processo, especialmente para que produzam as provas de acordo com o ônus a que foram impostas.

Esse entendimento merece total guarida, com as referidas ressalvas que serão analisadas no procedimento do Juizado, tendo em vista que durante a instrução do processo, as partes têm a oportunidade de levar ao conhecimento do Judiciário os meios de prova através dos quais pretendem demonstrar a veracidade das suas alegações acerca dos pontos controvertidos do processo, a partir disso cada uma irá fazer prova daqueles fatos cujo ônus probatório lhe é atribuído. Por consequência, não é razoável que no momento da sentença, sejam modificadas as regras de distribuição do ônus da prova. Isso porque, se já encerrada a fase probatória, não terá o fornecedor a oportunidade de esclarecer os pontos controvertidos do processo cujo ônus da prova passou a lhe ser atribuído.

A respeito tem-se o julgamento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (2007), onde resta clara a impossibilidade da realização da inversão do ônus da prova na sentença. Veja-se:

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – MOMENTO OPORTUNO – INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO, NO MOMENTO DA SENTENÇA – PRETENDIDA REFORMA – ACOLHIMENTO – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.- A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.- O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes.- Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.(REsp 881.651/BA, Rel.

Existe clareza e razoabilidade no presente julgamento, importando em evitar que os fornecedores da relação de consumo, sofra um desnivelamento processual, quando aplicada a inversão do ônus da prova apenas no momento da sentença, configurando um claro cerceamento de defesa.

É de bom alvitre salientar que se deve conceder à parte a quem foi atribuído o ônus da prova, a oportunidade de se desincumbir de tal encargo. Vale ressaltar que conforme o julgado supracitado, entende-se que é necessária a prévia intimação de determinação da inversão, para a qual se impôs o ônus, para que este venha provar a controvérsia questionada. A inversão, sem esta cautela processual, implicará em surpresa e cerceamento de defesa, por isso, é razoável a aplicação da inversão do ônus da prova, quando cabível, seja antes do início da fase probatória, logo após a fase postulatória.

Diante das teorias já abordadas, se faz necessário a reflexão sobre qual a mais coerente no aspecto prático. Fundamental a avaliação da lacuna deixada pelo legislador quanto ao momento adequado para a inversão do ônus da prova, para que sua aplicação prática não venha ferir o princípio da ampla defesa.

Importante ainda direcionar a referida pesquisa para a aplicação do instituto ora estudado nos Juizados Especiais Cíveis, pois neles são distribuídos a maioria dos casos de aplicação do Direito Consumerista, tendo em vista o baixo valor da causa e a assistência judiciária, que permite a litigância sem advogado até vinte salários mínimos.

A partir disso se faz necessário evidenciar qual seria o momento adequado para a inversão do ônus da prova no procedimento sumaríssimo, visto que há diminuição de fases processuais, de forma a garantir o princípio da celeridade; por outro lado, imperioso se faz procurar a harmonização desse princípio com o da ampla defesa, pois, estes últimos moldam o processo em todo ordenamento jurídico, devendo ser respeitados sob qualquer circunstância.

Por fim, após a análise das doutrinas pertinentes quanto à inversão do ônus da prova, conclui-se em princípio que é incabível a inversão de forma sumária, no momento do despacho da petição inicial, pois verifica-se prematuridade para o juízo de verossimilhança das alegações discorridas pelo autor, pois ausentes os contra argumentos. Ademais, necessária

a demonstração de hipossuficiência bem fundamentada. Saliente-se que se torna nula a inversão que não tenha constituído uma fundamentação sustentável.

Para garantia do contraditório e da ampla defesa não se pode permitir surpresas, sob pena de retirar a segurança jurídica do ordenamento. Dessa forma, se for adotado que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento seria coadunar com a possibilidade de uma surpresa na sentença, conforme expõe Rebouças (2006, p.79) para o qual:

A ausência de uma ou algumas dessas garantias que, em verdade, enfeixam o due process of law, implica a nulidade do feito ou pelo menos dos atos que lhe são imediatamente correlatos, o que significa dizer que o processo, sem essas prévias e públicas garantias é instrumento imprestável para a obtenção do bem jurídico pretendido. Com justa razão. Como conceber que possam os litigantes ter as regras do jogo reveladas a cada instante? E como ter-se a garantia de que estas regras não venham, dirigidamente, com o propósito de causar prejuízos ou favorecimentos? Como saber, ao certo, depois de proposta ou contestada a ação, a quem incumbe o ônus de carrear as provas dos fatos articulados?

É de extrema importância a observância dos princípios constitucionais para realizar a inversão do ônus da prova ope Judicis, pois caso seja realizada de forma equivocada estaria atingindo os pilares constitucionais do ordenamento jurídico.

Verificam-se amplamente nos Tribunais, dissonâncias quanto a aplicação do instituto em análise, gerando insegurança jurídica nas relações de consumo, pois o fornecedor não pode ficar a mercê de uma possível inversão em um momento ao qual não pode mais se defender. É importante verificar que as partes defendem seus interesses próprios e que o juiz deve equiparar as partes de maneira a zelar para o devido processo legal, oferecendo igual oportunidade de provas, foi para isso que se instituiu a inversão do ônus.

Ocorre que, o objetivo de inverter para equiparar encontra-se graves equívocos na aplicação prática, tendo em vista a lacuna deixada pelo legislador, quanto ao momento processual correto de aplica-la. Os magistrados tratam de forma corrente como regra de julgamento, pois não fazem uma análise prévia da situação, vindo a analisar profundamente o processo apenas no momento de sentenciar, causando grande prejuízo ao inverter o ônus da prova, apenas nesse momento, pois o fornecedor é surpreendido com um ônus que não lhe fora imposto no momento em que podia se defender.

É importante reafirmar que os Tribunais não podem tratar a inversão do ônus como regra presumida, pois nem sempre estão presentes os pressupostos que a lei assegura, devendo o magistrado zelar pela correta aplicação do instituto, fazendo-a no despacho saneador, pois caso o faça apenas na sentença, importa em desnivelar as partes, colocando o consumidor acima do fornecedor, o que não parece o mais correto, visto que o instituto foi criado, para igualar as partes na relação de consumo, e por ser uma exceção, deve ser medida a ser aplicada em decisão fundamentada, se presentes os requisitos estabelecidos no artigo 6º, VIII do CDC. Configura-se, pois, como regra de procedimento, sendo, portanto, matéria de instrução, cuja finalidade é de possibilitar que as partes saibam se conduzir no processo, especialmente para que produzam as provas de acordo com o ônus a que foram impostas.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este estudo abordou a importância de se inverter o ônus da prova no momento adequado, tendo em vista que por causa da omissão legislativa em disciplinar sua aplicação, os Tribunais passaram a proferir decisões destoantes, causando grave insegurança jurídica e por diversas vezes afrontando o princípio da ampla defesa, quando invertido apenas na sentença, já que não oportunizava ao promovido a oportunidade de desincumbir de seu ônus.

Analisou-se a importância de se averiguar quando o consumidor é hipossuficiente, visto que apenas nesse caso é possível a inversão do ônus da prova. Também se estudou a prova sob aspecto geral e propriamente a inversão do ônus da prova, bem como, o momento processual adequado, concluindo-se que o referido instituto deve ser tratado como regra de procedimento e não de julgamento, pois o último viola claramente a ampla defesa.

Por último, se verificou a aplicação prática nos Juizados Especiais, confirmando todo o entendimento anterior, visto que se verificou que o melhor momento de aplicação do instituto era no início da audiência de instrução. Assim, ao longo da pesquisa alcançou-se os objetivos previamente traçados, posto que, pode-se evidenciar que a inversão do ônus da prova na sentença viola o princípio da ampla defesa, chegando a conclusão que o melhor momento de aplicação do instituto mencionado seria antes de iniciar a audiência de instrução. No caso de aplicação nos Juizados Especiais, seria após frustrada a conciliação, quando apresentada a contestação, o Juiz deveria inverter o ônus da prova, de forma a assegurar o contraditório e ampla defesa.

Para o tanto, fez-se do método dedutivo como método de abordagem, e do histórico-evolutivo e do comparativo, enquanto métodos de procedimento, nos quais verificou-se as influências históricas na aplicabilidade do instituto, bem como se confrontou a doutrina que concorda com aplicabilidade da inversão do ônus da prova como regra de julgamento, e a doutrina que a defende como regra de procedimento, chegando a conclusão de que a melhor forma de interpretação do referido instituto é trata-lo como regra de procedimento, invertendo-o sempre antes da sentença, pois é necessário sempre preservar pela garantia dos princípios constitucionais, e verificou-se que quando o referido instituto era tratado como regra de julgamento acabava por ferir o princípio da ampla defesa.

Portanto, verifica-se que no caso da inversão ope judicis, deve ser analisado o contexto probatório e decidido fundamentadamente e informado às partes de preferência após a apresentação da contestação, na fase de saneamento do processo, quando trata-se de procedimento comum. No entanto, entende-se de que por ser esse momento nos Juizados Especiais um espaço mitigado pelos princípios da celeridade e da informalidade, vindo os juízes a analisar melhor o processo apenas na instrução probatória, se conclui que a inversão deve ser realizada no momento da instrução do processo, após a apresentação da contestação.

Posto que, se a aplicação ocorrer no momento da sentença, enquanto regra de julgamento, não oportunizará a desincumbência do ônus, afrontando claramente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, gerando insegurança jurídica, o que prejudica demasiadamente as partes, e não pode ser admitido no Estado Democrático atual.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. Inversão do ônus da prova. Momento oportuno. REsp 881.651/BA, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 21.05.2007 Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/55397559/djmt-11-06-2013-pg-92>> Acesso em: 11 de Março de 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALLASTA, Viviane Ceolin. **Momento processual para a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/consumidor/inversao-prova-cdc.htm>>. Acesso em: 11 de Março de 2018.



GRINOVER, Ada Pellegrini( org.); et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

NUNES, Luis Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Civil Extravagante**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Fátima das Dores Wiggers. **Prova no Processo Civil**. 2008.116 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade do Vale do Itajaí, Tijucas-SC, 2008.

REBOUÇAS, André Bonelli. **Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil- Teoria Geral do Direito Processual Cível e Processo de Conhecimento- Vol.I-** Rio de Janeiro. Forense, 2014.