

# INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: (REGRA DE INSTRUÇÃO/PROCEDIMENTO OU REGRA DE JULGAMENTO)

**WELTON RUBENS VOLPE VELLASCO**

Pós graduado em Direito Processual Civil

Mestre em Direito

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Advogado

**Resumo:** Após muito tempo, a relação consumerista foi consagrada pela Lei nº 8.078/1990. Dentre todo o ordenamento jurídico, o art. 6º possibilitou a inversão do ônus da prova, porém, iniciou discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da regra de aplicação. A inversão do ônus da prova é possível em duas situações, que não são cumulativas, ou seja, ocorrerá quando a alegação do consumidor for verossímil ou quando o consumidor for hipossuficiente (segundo as regras ordinárias de experiência). É *ope iudicis* (a critério do juiz), ou seja, não se trata de inversão automática por força de lei (*ope legis*). Pode ser concedida de ofício ou a requerimento da parte. É nula a cláusula contratual que estabeleça a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor (art. 51, II, do CDC). 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. A maior discussão deste assunto é sobre o momento exato de inversão do ônus da prova. Por isso, a pergunta é: Trata-se de regra de julgamento ou de regra de procedimento (de instrução)?

**Palavras-chave:** Consumidor; Inversão do Ônus da Prova; Processo Civil.

## O ÔNUS DA PROVA CONSTITUI MATÉRIA DE INSTRUÇÃO

Um dos aspectos mais polêmicos do Código de Defesa do Consumidor é a questão da inversão do ônus da prova, previsto no art. 6º, VIII.

Art. 6º (...)

VIII - 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.

A indagação a respeito da natureza da regra do ônus da prova ganha maior relevância nas hipóteses em que é possível a inversão do ônus, conforme verificamos no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesses casos, parte da doutrina defende que, por não ser automática a inversão, inclusive porque para que ela ocorra devem estar presentes ou a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência da parte, deveria haver o reconhecimento expresso do magistrado da presença de um desses requisitos, decidindo sobre a inversão do ônus na fase processual posterior à contestação até o despacho saneador, para que as partes não fossem surpreendidas com a inversão, o que violaria o princípio constitucional da ampla defesa.

Visando ilustrar esse posicionamento, é o entendimento de

Cassio Scarpinella Bueno:

A melhor interpretação para o dispositivo é a de que a inversão nele admitida e a orientação vale para quaisquer outras hipóteses de inversão legal do ônus da prova- deve ser sempre previamente comunicada às partes para que elas possam, adequadamente, desincumbir-se de seu ônus em atenção ao dispositivo legal. Embora o tema renda ensejo a acesa polêmica em sede de doutrina e de jurisprudência, o entendimento aqui sustentado parece se afinar melhor ao 'modelo constitucional do processo civil', em especial no que diz respeito ao 'princípio do contraditório' (...) que, em última análise, impõe a criação de amplas oportunidades de participação das partes ao longo do processo (SCARPINÉLLA BUENO, 2010).

Como há muita controvérsia a respeito da natureza jurídica da regra do ônus da prova, consultando a jurisprudência, também encontramos decisões nesse sentido, conforme se verifica do aresto abaixo transcrito:

O momento mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é aquele posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, pois só depois de estabelecido o contraditório é que se faz possível delimitar os fatos controvertidos e a natureza de cada um, de modo a possibilitar uma justa distribuição do ônus da prova. Demais disso, cabe ao juiz da causa zelar para que a inversão não prejudique o constitucional direito de defesa da parte demandada, favorecendo injustamente o autor que porventura desfira alegações a esmo, sem a preocupação de ter de comprová-las (SÃO PAULO. 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (extinto)).

AgIn 881705-0/7, 2ª T., rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 07.03.2005. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, n. 837, p. 226-230, julho 1995. Ver nesse sentido: BRASIL. STJ. REsp 881651/BA, 4ª T., rel Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 21/05/2007, p. 592; BRASIL. STJ. REsp 720930/RS, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 09/11/2009; e BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1095663/RJ, 4ª T., rel. Min. João Otávio Noronha, DJe 17/08/2009).

## **O ÔNUS DA PROVA CONSTITUI REGRA DE JULGAMENTO**

Para os defensores dessa corrente, a regra do ônus da prova somente será utilizada se, ao prolatar a sentença, o julgador constatar que o fato litigioso não foi devidamente provado. Nesta hipótese, deverá ser averiguado a quem incumbia a produção dessa prova e o julgamento será desfavorável para a parte que não se desincumbiu o ônus probatório.

Nesse sentido é o posicionamento de Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira:

A expressão 'ônus da prova' sintetiza o problema de se saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato. Não se trata de regras que distribuem tarefas processuais (regra de conduta); as regras de ônus da prova ajudam o magistrado na hora de decidir, quando não houver prova do fato que tem de ser examinado (regra de julgamento). Trata-se, pois, de regra de julgamento e de aplicação subsidiária, porquanto somente incidam se não houver prova do fato probando, que se reputa como não ocorrido. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010).

Importante colacionar, por fim, a seguinte manifestação jurisprudencial:

A regra do ônus da prova (art. 333, caput, do CPC) só tem pertinência, como regra de juízo (= regra de decidir), que é, aos casos em que, encerrada a instrução, fique ao julgador dúvida intransponível acerca da existência de fato constitutivo, ou liberatório. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, Ap.198.945-1/7, 2ª C., rel. Des. Cezar Peluso, j. 21.12.93. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 83, n.706, p. 67-68, agosto 1994. Ver nesse mesmo sentido: BRASIL. STJ, REsp 949.000/ES, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe 23/06/2008; BRASIL. STJ, AgRg nos Edcl no Ag 977795/PR, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 13/10/2008).

Os que são favoráveis a esse posicionamento partem do princípio da distribuição do ônus da prova na forma do artigo 333 do Código de Processo Civil, ou seja, com a clareza trazida naquele dispositivo. É por isso que entendem não haver necessidade de que o magistrado se pronuncie a respeito do ônus que têm as partes.

Ao comparar o sistema do ônus da prova do Código de Processo Civil com o da Lei de defesa ao consumidor, Nunes (2008, p. 777) aduz: “Não teríamos dúvida em afirmar que nas relações de consumo o momento seria o mesmo se a Lei n. 8.078 dissesse: ‘está invertido o ônus da prova’. Aliás, como fez na hipótese do artigo 38”.

Nessas situações, Marinoni aduz: "O consumidor é

dispensado de provar o defeito do produto ou do serviço. Até aqui a única questão probatória que aparece diz respeito à prova do defeito, mas o ônus dessa prova é expressamente imputado ao réu, não recaindo sobre o consumidor. Nesse caso, como é óbvio, o juiz não precisa inverter o ônus da prova, pois esse ônus já está invertido (ou definido) pela lei.” (MARINONI, 2007, p. 19).

## **CONCLUSÃO**

Diante de todo o exposto, o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça parece ser o mais inteligente, pois a parte contrária tem o direito de saber se houve a inversão do ônus da prova ou não. Esta informação é de suma importância, pois as partes saberão qual o momento exato para produzir as provas ou até mesmo traçar uma estratégia de defesa.

Não é plausível a inversão do ônus da prova no momento da sentença. A conclusão é de que que nestes casos, há violação do princípio do contraditório, princípio básico do direito atual. Pode haver corrente entendendo que houve o contraditório, porém, acredito que o este princípio tem que ser de forma clara, permitindo à parte de oferecer defesa digna com a prova que julgar necessária.

Antes da decisão abaixo, o Superior Tribunal de Justiça era bastante dividido acerca do tema, porém, após noticiado no informativo 492 do STJ, houve a pacificação pela Segunda Seção (que envolve a 3ª e 4ª Turmas), ou seja, firmaram entendimento

que trata-se de regra de procedimento.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, "Trata-se de REGRA DE INSTRUÇÃO, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos. (Segunda Seção. EREsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012)".

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. **Temas de direito processual**: segunda série. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1988.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, vol 2. 5ª ed. Salvador: JusPodIVm, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**, vol. 2. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis

Guilherme A. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 43ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**, 2: tomo I. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010