

A (AINDA CONTROVERTIDA) INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Enquanto comemoramos os 25 anos da Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) chega aos seus 23 anos de existência, com muitos avanços trazidos ao nosso ordenamento jurídico a serem festejados, porém, com tantas outras questões ainda pendentes de aperfeiçoamento.

Uma dessas questões diz respeito, justamente, à inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, como direito básico do Consumidor. Isso porque, a despeito de visar à facilitação da defesa deste perante o Fornecedor, sobretudo quando sua hipossuficiência diante do segundo é patente, a própria sobrecarga de trabalho do Judiciário acabou implicando a banalização da aplicação desse dispositivo, permitindo, por vezes, que inúmeros Consumidores sejam premiados pelo benefício contido na referida norma, sem que tenham, contudo, feito qualquer demonstração, minimamente razoável, acerca da verossimilhança de suas alegações nesse tocante, ou ainda, de sua hipossuficiência. Vale dizer, a inversão do ônus da prova passou a ser acolhida (quase que) automaticamente, bastando, para tanto, que o autor da demanda, mesmo não a requerendo expressamente, se auto qualifique como consumidor.

Com efeito, muito embora o Consumidor não esteja livre para afastar a norma básica estabelecida pelo artigo 333 do CPC, segundo a qual cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, o que se tem visto na prática é que a aplicação aleatória da referida regra de inversão tem imposto a alguns Fornecedores o ônus de, via de regra, produzir prova negativa - também conhecida como "prova diabólica", dada a sua impossibilidade. Exemplos típicos desses casos podem ser extraídos de situações em que o demandante reclama do réu o pagamento de indenização por dano moral sofrido em decorrência de determinada falha havida em show artístico (responsabilidade por vício do serviço - art. 20 do CDC), ou ainda, em virtude de defeito apresentado por automóvel (responsabilidade pelo fato do produto - art. 12 do CDC), sem, sequer, demonstrar (por meio do ingresso ou coisa que o valha) que, efetivamente, esteve no referido show, ou, tampouco, sem disponibilizar dito automóvel para uma perícia ou uma simples averiguação, haja vista que este já se encontra totalmente modificado e/ou em lugar incerto e não sabido.

Daí, pergunta-se: de que maneira o Fornecedor, em situações como essas, fará a comprovação dos fatos impeditivos do direito do demandante? Noutros termos, de que forma comprovará a culpa exclusiva do consumidor, o fato exclusivo de terceiro, a força maior, ou ainda, eventual caso fortuito, se não dispõe dos meios necessários a tanto, ou, como nos exemplos acima, não tem condições de verificar as circunstâncias do efetivo ingresso no aludido show, nem, tampouco, de analisar o automóvel, supostamente, defeituoso?

Nesse sentido, não se desconhece que a própria norma consumerista estabelece uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova, dispondo que esta pode decorrer da própria lei (*ope legis*), como nas hipóteses dos artigos 12 e 14, ou de determinação judicial (*ope judicis*), prevista no mencionado art. 6º. Todavia, sem elementos mínimos da prova, que, necessariamente, deve ser produzida pelo autor, sua inversão fica (ainda mais) prejudicada, pois, neste caso, repita-se, impõe-se ao réu o ônus de produzir prova negativa.

Logo, a inversão do ônus da prova em favor do Consumidor, realizada com fincas no art. 6º, inciso VIII, do CDC, ou seja, por ato judicial, ainda que de ofício, não poderia, jamais, ser concedida aleatoriamente, quase que de forma automática, carecendo, pelo contrário, de uma análise criteriosa e devidamente fundamentada acerca das alegações autorais, até porque a facilitação da defesa do consumidor não deve corresponder à facilitação da procedência de seu pedido.

Mais do que isso, a decisão concernente à inversão do ônus probatório deve ser proferida no momento processual adequado, sob pena de, também por este motivo, prejudicar a defesa do réu. Afinal, de acordo com a teoria da dinâmica do ônus da prova, para a preservação das partes e fiel cumprimento do princípio do contraditório e da ampla defesa, de nada servirá ao Fornecedor uma decisão que, mesmo decorrente de uma análise casuística e bem fundamentada acerca da inversão do ônus da prova, venha a ser proferida na sentença, isto é, no ato do julgamento da demanda, quando, portanto, já se terá percorrido toda a fase instrutória da ação.

Em sentido contrário, muitos doutrinadores sustentam que o momento adequado para o estabelecimento (ou não) da inversão do ônus probatório é mesmo o da sentença, porque, sendo o Juiz o destinatário da prova, a regra sobre quem deverá produzi-la constitui regra de julgamento, pelo que, a rigor, não poderia ser aplicada em outra fase processual que não esta.

Ocorre que, não tratando a hipótese concreta de inversão *ope legis* e a depender, principalmente, dos argumentos veiculados pelo Consumidor na exordial, o Fornecedor fica, durante toda a fase de instrução da demanda, absolutamente, desnorteado, sem saber, ao certo, se, como ou de que forma deverá se manifestar quanto à produção das provas que amparam (ou deveriam amparar) a sua defesa.

Objetivando, então, corrigir essa anomalia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 802.832/MG, reviu o seu posicionamento e, mesmo já tendo reconhecido que a norma relativa à inversão do ônus da prova constituiria regra de julgamento (REsp 422.778/SP), acabou sufragando o entendimento de que o momento processual adequado para que o Juiz determine dita inversão é o do despacho saneador, quando o Magistrado, além de decidir questões processuais pendentes e designar a Audiência de Instrução e Julgamento (AIJ), determinará as provas a serem produzidas.

Em que pese o brilhantismo da referida decisão, sobretudo por estabelecer uma “fórmula” capaz de nortear o comportamento das partes quanto ao ônus probatório atribuído a cada uma delas, evitando, com isso, julgamento sem a necessária distribuição de justiça, vez que calcado em prova deficiente ou que, em última análise, não corresponda à realidade, fato é que não resolve, por si só, os problemas atinentes à inversão do ônus probatório quando esta é requerida no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (JEC’s) e cuja norma de regência (Lei 9.099/95) não prevê a existência de tal despacho saneador, mas, muito diferente disso, que todas as provas deverão ser produzidas em audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente (artigos 32 a 37).

Assim sendo e levando-se em consideração que, atualmente, grande parte dos litígios envolvendo relação de consumo é decidida no âmbito dos JEC’s, recomenda o bom senso, ora emoldurado não só pelo princípio do devido processo legal,

mas, em especial, pela linha de raciocínio disposta no julgamento do REsp 802.832/MG, que a inversão *ope judicis*, mesmo nessa esfera, só se dê quando (i) expressamente requerida pelo autor da demanda, (ii) devidamente fundamentada e (iii) deferida no início da ação, mais precisamente, no ato da audiência de conciliação, antes, portanto, da AIJ, ocasião em que as provas são colhidas para subsequente prolação de sentença.