

UM TEMA CARÍSSIMO AO ACESSO À JUSTIÇA (E TAMBÉM À PONDERAÇÃO DE VALORES): A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL¹

José Augusto Garcia de Sousa
Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro
Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Professor Assistente de Direito Processual Civil da UERJ
Professor de Direito Processual Civil da Fundação Getúlio Vargas

1. INTRODUÇÃO

A inversão do ônus da prova ocupa pouco espaço no ordenamento nacional. Nem no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, a sua base normativa mais notória, a inversão aparece de forma autônoma, estando ali como *um* dos mecanismos de facilitação da defesa dos direitos do consumidor. No entanto, trata-se de uma das figuras mais ricas do processo civil contemporâneo, com implicações sistemáticas notáveis. A importância da inversão do ônus da prova é inversamente proporcional à sua inserção na lei brasileira. Bem se percebe, então, que estamos diante de um tema fascinante para o intérprete. Se a lei pouco diz sobre a inversão probatória, a responsabilidade maior passa a ser do labor hermenêutico, a se desenvolver em fazenda ampla e arejada, envolvida por horizontes generosos (ou, em termos mais jurídicos, horizontes principiológicos).²

O propósito primeiro do trabalho é exatamente chamar a atenção para as relevantes implicações axiológicas do tema, reservando-se a segunda parte do texto para aplicações específicas relativas ao Juizado Especial Cível, este igualmente objeto da nossa palestra.

Por sinal, a associação entre inversão probatória e Juizados Especiais aguça tremendamente a questão axiológica. Afinal, os Juizados também possuem enorme densidade valorativa. Não se trata, certamente, de uma forma neutra de prestar jurisdição. Ao contrário, os Juizados representam tutela altamente diferenciada, trabalhando pelos mesmos valores perseguidos pela inversão: o acesso substancial à justiça e ainda — dada a frequência com que acolhem conflitos de consumo — a materialização dos direitos do consumidor (em atenção ao art. 5º, XXXII da Constituição: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”).

Ou seja, não recorremos a uma retórica vazia quando afirmamos — está no título — que o tema da inversão nos Juizados é caríssimo ao acesso à justiça. Realmente é, cuidando de um acesso fundamental nas sociedades contemporâneas: o acesso à justiça do consumidor vulnerável. Mas o que significa exatamente “acesso à justiça”? Em uma

1

Reprodução, com adaptação da linguagem e acréscimos, de palestra proferida em 15/02/08 no Seminário “Juizados Especiais Cíveis e Direito do Consumidor”, promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

² Dentro dessa linha principiológica, confira-se obra excelente de Fábio Costa Soares: *Acesso do Consumidor à Justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

de suas várias manifestações no mundo jurídico, ele pode ser considerado um princípio constitucional, um destacado princípio da ordem constitucional brasileira. Sendo princípio, pode atritar, em sua aplicação, com princípios outros, portadores de interesses conflitantes. O mesmo se diga do princípio da defesa do consumidor (art. 170, V da Constituição): também arrostará antagonismos. Vai haver então a necessidade de ponderações e equilíbrio, algo que é ínsito ao batente cotidiano dos princípios. Aqui, dentro evidentemente das limitações de tempo, salientaremos o imperativo de uma aplicação equilibrada da inversão probatória nos Juizados, sem descaracterizar a vocação, já mencionada, de servir ao acesso à justiça dos consumidores.

Estão enunciadas, portanto, as propostas do trabalho, que levam à necessidade de contextualizar o tema, antes da sua abordagem direta. Dessa forma, mister estabelecer algumas premissas essenciais. É o que começaremos a fazer no próximo tópico.

2. A IMPORTÂNCIA DA PROVA NOS DIAS ATUAIS

O primeiro dado a ressaltar é a importância da prova nos dias atuais. Não que ela já tenha sido, em algum momento, um detalhe menor do processo. O que ocorre agora, em virtude de certas circunstâncias, é que a prova se tornou ainda mais crucial.

Em primeiro lugar, habitamos tempos extremamente complexos, em vários sentidos. Sobretudo a complexidade tecnológica elevou-se de maneira assustadora. Subiu exponencialmente o número de assuntos e técnicas que fogem à compreensão do homem comum. Aumentou a especialização. Cresceu a diversificação dos produtos e serviços oferecidos à população. Nichos absolutamente específicos apareceram. T tamanha complexidade repercute no processo. Cada vez mais o juiz depende da prova — muitas vezes prova técnica especializada — para julgar.

Por outro lado, temos hoje um Direito muito mais tópicos do que em outros tempos. A hermenêutica nascida dos escombros da Segunda Guerra Mundial é eminentemente concretista, afastando-se do normativismo que durante muito tempo predominou na jusfilosofia. Em outras palavras, assumiram os fatos, na cena jurídica, relevo muito maior. Isso também serviu à valorização da prova, na medida em que os fatos devem ser provados, não bastando, em regra, a mera afirmação.³

Contribuiu para a valorização da prova, ainda, o advento do movimento do acesso à justiça, preconizando a *substancialização* da experiência jurisdicional. Não mais satisfaz um acesso meramente formal, nos moldes do conhecido adágio (encharcado de sarcasmo) “A Justiça está tão aberta aos pobres quanto o Hotel Ritz”. Quer-se pois um acesso substancial, dando a quem invoca um direito chances reais de vitória. Surge assim a preocupação com a prova, com a otimização da atividade probatória, em especial quando a parte se mostra hipossuficiente.

Refletindo toda a importância da prova nos dias atuais, passa-se a falar em um *direito constitucional à prova*.⁴ É dele que trataremos no próximo tópico.

3. O DIREITO CONSTITUCIONAL À PROVA

3

O avanço do concretismo é bem ilustrado pela Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. De acordo com o art. 9º, § 1º da Lei, questões de constitucionalidade ganham contornos não somente normativos, como sempre aconteceu, mas também fáticos: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

⁴ Consulte-se, a respeito, Eduardo Cambi, *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

O direito constitucional à prova está plantado no art. 5º, LVI da nossa Carta Magna, que proíbe as provas obtidas por meio ilícitos. Por ser a prova tão importante para o acesso substancial à justiça, lança-se mão de interpretação em senso contrário, segundo a qual toda prova obtida por meios lícitos está protegida pela Constituição, devendo conseqüentemente ser respeitado e garantido o direito à prova dos litigantes. Além do acesso à justiça, também intercede a favor do direito à prova outro valor constitucional de primeira grandeza, o contraditório. Assim como não adianta demandar sem chance mínima de êxito, de nada adianta alegar sem chance de provar. Dessa forma, o direito à prova, na dicção do Supremo Tribunal Federal, representa “uma das projeções concretizadoras” do devido processo.⁵

Várias são as manifestações concretas do direito constitucional à prova. Destaquemos algumas.

Em primeiro lugar, a invocação do direito à prova pode servir à relativização ou ao menos a um enquadramento mais contido da proibição constitucional das provas obtidas por meios supostamente ilícitos. Tome-se como exemplo a gravação em fita magnética obtida por um dos interlocutores do diálogo. Meio lícito ou ilícito? É duvidoso. No entanto, a lembrança do direito constitucional à prova favorece a argumentação em prol da licitude do meio.⁶

Também influi o direito constitucional à prova na flexibilização das preclusões no terreno probatório. A propósito, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “a juntada de documentos com a apelação é possível, desde que respeitado o contraditório e inócurrenente a má-fé”.⁷

E mais. Graças ao direito constitucional à prova, exige-se motivação relevante para o indeferimento de uma prova, sob pena de cerceamento de defesa. Na dúvida, a prova deve ser deferida e produzida, a não ser que sua impertinência se mostre manifesta.

Brevemente, outras manifestações do direito à prova podem ser mencionadas ainda: a admissão de meios atípicos; o repúdio à chamada “prova legal”; o franqueamento da atividade probatória ao revel, caso se apresente a tempo (nos termos do enunciado 231 da Súmula do Supremo Tribunal Federal⁸); a atribuição ao Estado — em causa da qual não participa — do ônus de arcar com as despesas de exame pericial indispensável.⁹

⁵ Decisão do Min. Celso de Mello em 27/02/07, deferindo medida liminar no Mandado de Segurança 26.358-DF (conf. Informativo 457 do Supremo Tribunal Federal).

⁶ Nesse sentido, AI-AgR 503.617-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma do STF, julgamento unânime em 01/02/05 e Recurso Especial 707.307-RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma do STJ, julgamento unânime em 11/10/05.

⁷ Recurso Especial 466.751-AC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma do STJ, julgamento unânime em 03/06/03. No mesmo sentido, Apelação Cível 2005.001.46337, Rel. Des. Ademir Pimentel, Décima Terceira Câmara do TJ/RJ, julgamento em 11/10/06: “Desde que não se revista de características de ‘guarda de trunfo’, possível a juntada de documentos por ocasião do recurso, preservando-se o princípio da instrumentalidade do processo”.

⁸ “O revel, em processo civil, pode produzir provas desde que compareça em tempo oportuno.”

⁹ A matéria evidentemente é polêmica, mas o STJ tem precedentes afirmando a obrigação do Estado, em caso de gratuidade de justiça e desde que indispensável (Recurso Especial 100.086-MS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgamento unânime em 29/04/98).

A essa altura, é de se perguntar: a inversão do ônus da prova também representaria uma derivação do direito constitucional à prova? A resposta virá logo a seguir, no próximo tópico.

4. O ACESSO SUBSTANCIAL À JUSTIÇA E A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

A inclusão da inversão probatória no raio de influência do direito constitucional à prova pode de início causar alguma estranheza, porque a inversão parece seguir rota contrária: em vez de garantir a produção da prova, a inversão serve à isenção do encargo probatório. A antinomia, contudo, é apenas aparente. A inversão pode, sim, ser considerada manifestação do direito constitucional à prova. Basta ver a razão última deste direito: evitar que problemas ligados à prova possam estorvar o reconhecimento e a materialização de um direito. Pois bem, a mesma *ratio* está presente quando se fala na inversão probatória, com a diferença de que ela não visa a uma ação, mas sim a uma isenção. Muito mais relevante do que essa diferença operacional, seguramente, é o compartilhamento da idéia de que um direito não pode perecer em virtude de dificuldades probatórias. A prova, por óbvio, não é fim, é meio.

Responde-se afirmativamente, portanto, à indagação feita acima. A inversão do ônus da prova insere-se sem dificuldade no amplo campo de incidência do direito constitucional à prova. Mas esse, sublinhe-se, é apenas um dos caminhos que temos para demonstrar o relevo constitucional da inversão probatória. Além da ligação com o direito constitucional à prova, a inversão probatória reverencia outras garantias constitucionais, sobretudo a garantia do devido processo legal, que exige, segundo a concepção que prevalece atualmente, paridade de armas no terreno processual.

Sem embargo da possibilidade de vários enquadramentos constitucionais para a inversão probatória, um tem a nossa preferência: o enquadramento da inversão como figura que emana diretamente do princípio do acesso substancial à justiça, princípio capital da nossa Constituição.

Vale abrir parêntese para tratar sucintamente do princípio do acesso substancial à justiça. Assim como o princípio (ou regra) da proporcionalidade, o princípio do acesso tem existência e importância reconhecidas independentemente de uma sede normativa precisa. Muitos o atrelam ao art. 5º, XXXV da Constituição, que cuida da inafastabilidade do controle jurisdicional. É um bom pouso para o princípio do acesso, sem no entanto conter toda a sua amplidão. Outras moradas poderiam ser tentadas, mas em verdade não interessa tanto marcar o endereço positivo de um princípio constitucional, até porque este pode subsistir à míngua de qualquer endereço. O que interessa realmente é o significado do princípio. A esse respeito, diga-se que o sistema processual brasileiro instituído pela Constituição de 1988 abriga duas vertentes muito fortes e não raro antagônicas. De um lado estão as normas e os institutos comprometidos com as garantias tradicionais do processo, basicamente defensivas e individualistas. Do outro lado, em ascensão, postam-se as figuras de processo voltadas para fins sociais e promocionais, mais identificadas com o aspecto positivo da

instrumentalidade do processo.¹⁰ São justamente estas últimas figuras que o princípio do acesso condensa e representa.

Se o princípio constitucional do acesso defende a vertente social e promocional do processo brasileiro, nada mais apropriado, como adiantamos, do que vincular a inversão probatória a tal princípio. Com efeito, estão no âmago da inversão duas preocupações vitais, identificadas plenamente com o princípio do acesso substancial: a busca da igualdade de forças no campo processual e a promoção da defesa do consumidor. Em nome desses objetivos, a inversão força, inevitavelmente, recuos das garantias tradicionais. É o princípio do acesso promocional duelando com o princípio do devido processo formal (que não se confunde com a concepção mais atualizada do *due process*). Desse duelo falaremos mais tarde.

Acabamos de constatar, pois, a relevância constitucional da inversão probatória, ligada intimamente ao princípio do acesso substancial à justiça. Fica para o próximo tópico um aprofundamento do sentido promocional da inversão.

5. O SENTIDO PROMOCIONAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O Estado brasileiro inaugurado em 1988 é claramente solidarista, preocupado com a igualdade e o destino dos mais fracos. Por conta disso, a ordem jurídica pátria quer mais do que conservar direitos adquiridos e evitar o arbítrio. Quer também “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (Constituição, art. 3º, I). Se quer “construir” algo, é uma ordem explicitamente promocional (para usar expressão consagrada de Norberto Bobbio). Vivemos, assim, em um Estado solidarista e promocional. É pelo menos o que informa a nossa Constituição.

Esse solidarismo promocional da ordem constitucional brasileira é bastante reforçado pela defesa do consumidor. Reza o art. 5º, XXXII da Constituição, deveras, que incumbe ao Estado *promover* a defesa do consumidor, vulnerável em relação ao fornecedor.

Só que, para *promover* a defesa da parte mais fraca na relação de consumo, não bastam palavras. É preciso ter à mão instrumentos concretos. Entra em cena o Código de Defesa do Consumidor. Lê-se no seu art. 6º, VIII: é direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova.

Vê-se portanto que está plenamente autorizada pela Constituição a atribuição de sentido promocional à inversão do ônus da prova. Ou melhor, não é que esteja simplesmente autorizada. Na verdade, a Constituição *impõe* o sentido promocional à

¹⁰ Sobre o aspecto positivo da instrumentalidade, fala Cândido Rangel Dinamarco (*A Instrumentalidade do Processo*, 12. ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 391, grifado no original): “A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir [...]; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a idéia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da *efetividade do processo* e conduz à assertiva de que ‘o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais’”.

defesa do consumidor, o que só se consegue através de mecanismos como a inversão probatória.

Mas em que consistiria, exatamente, esse sentido promocional?

Podemos dizer, muito sinteticamente, que o sentido promocional representa um *plus*. A aplicação do ônus da prova deve servir não só ao caso concreto, mas também à depuração do mercado de consumo, principalmente no que toca à transparência das relações de consumo. Ou seja, se o fornecedor não quiser sofrer derrotas judiciais facilitadas pela inversão do ônus da prova, deverá então aprimorar suas práticas.¹¹

Convém ilustrar, com o apoio de julgado de Turma Recursal Fluminense, o sentido promocional da inversão. O julgado: “Responsabilidade objetiva do banco. Saques realizados em caixas eletrônicos não reconhecidos pelo recorrente. Sistema operacional automático que não possui a segurança esperada, havendo históricos de clonagens realizadas por meliantes, relatados na imprensa e em diversas demandas judiciais, onde aqueles se aproveitam da falta de vigilância e conseguem visualizar a senha e dados do consumidor. Inversão do ônus da prova que constitui direito básico [...]. Prova do saque pelo correntista ou pessoa de sua confiança que poderia ser efetivada através de simples imagens de câmeras instaladas nos terminais eletrônicos, omitindo-se o recorrido com o ônus que, pelo sistema de provas definido no ordenamento jurídico, lhe competia. Garantia de segurança que irrefragavelmente não é fornecida pelo banco nos sistemas informatizados que disponibiliza, aproveitando-se os criminosos da defectibilidade existente para realizar os saques ilícitos. Dever de indenizar que emerge do risco da atividade empresarial e da opção de proliferação de caixas eletrônicos e redução do número de agências bancárias e postos de trabalho. Prescindibilidade da configuração de culpa, respondendo o fornecedor pelos defeitos relativos à prestação do serviço, inserindo-se nesta qualidade a falta de segurança esperada pelo consumidor. [...] Dano moral configurado pelo inevitável comprometimento do orçamento do aposentado recorrente. Arbitramento do *quantum* indenizatório que deve observar o princípio da razoabilidade. Provimento parcial do recurso.”¹²

O julgado que acabou de ser visto exemplifica muito bem o sentido promocional da regra da inversão. Há uma condenação, mas ela não se limita ao caso concreto. Cobra-se do fornecedor, além disso, mudança de postura. O recado é claro: se persistirem as mesmas condutas, continuarão também as condenações (em casos repetitivos na seara consumerista, aliás, o ideal é que as indenizações por danos morais fossem paulatinamente subindo de tom). Em função da inversão probatória, o fornecedor fica praticamente sem defesa na esfera processual. O que lhe resta, então, é a alteração de procedimentos. É cuidar mais da segurança do consumidor e da transparência da relação. É zelar pelo aspecto preventivo, evitando ao máximo que o consumidor sofra lesões. Essas é que passam a ser as melhores defesas. Tenta-se dessa

¹¹ Sobre o sentido promocional do direito do consumidor e a transparência das relações de consumo, permita-se a citação de dois trabalhos nossos: O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 28, out./dez. 1998; e Tutela da informação e vocação irradiante do Código de Defesa do Consumidor, *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 35, 2006.

¹² Processo 2005.700.013335-0, Rel. Juiz André Luiz Cidra, Segunda Turma Recursal do Estado do Rio de Janeiro, julgamento em 28/04/05.

forma aperfeiçoar o mercado de consumo. Condena-se, com o apoio da inversão probatória, para que não haja mais, no futuro, necessidade de condenar.

Antes de encerrar o tópico, e já que falamos acima de danos morais, vale o registro de que também estes podem incorporar o mesmo sentido promocional, dando-se escopo “preventivo-pedagógico” às indenizações respectivas, com isso se buscando evitar a repetição de condutas lesivas.¹³ (Pena que às vezes sejam tão baixas as indenizações. Ontem — 14 de fevereiro de 2008 — noticiou o *site* do nosso Tribunal de Justiça: “Nestlé vai indenizar torcedor que tentou trocar alimento por ingresso.” O torcedor queria assistir a um jogo do Flamengo mas não pôde, em virtude de falhas atribuídas à Nestlé, que tinha uma promoção ligada ao jogo. Só que a indenização foi de apenas R\$ 500,00, um absurdo. Para dano moral de tamanha gravidade — ficou o infeliz torcedor privado de um espetáculo monumental, envolvendo o melhor esquadrão da galáxia — o *quantum* da indenização deveria ter, à direita, vários zeros a mais...)

6. AS INEVITÁVEIS PONDERAÇÕES

Até agora, nossa preocupação foi frisar as implicações valorativas da inversão probatória. Com esse propósito, enfatizamos o duplo comprometimento principiológico da inversão: instrumentalizar o princípio do acesso substancial à justiça e o princípio da defesa do consumidor.

Ocorre que os princípios, conforme lições célebres de Ronald Dworkin, não funcionam na base do “tudo ou nada”. Amiúde, eles se deparam com princípios antagônicos, daí surgindo a necessidade de ponderações. Tal necessidade intensifica-se em Estados Democráticos, nos quais pensamentos e grupos minoritários devem ser preservados, não se admitindo possa um determinado valor ganhar caráter absoluto, a ponto de esmagar qualquer oposição. Não bastasse, o pluralismo feérico da contemporaneidade, ao estimular a relativização dos valores, acaba produzindo o mesmo efeito. Antes, as “verdades” eram muito mais nítidas para todos, mesmo que não fossem tão verdadeiras assim. O tempo agora é outro. Não se pode dizer que seja pior, mas é indiscutivelmente bem mais complexo. Flexibilizam-se os valores com estonteante velocidade. A toda hora é preciso, democraticamente, ponderar interesses conflitantes.

Os princípios que informam a inversão do ônus da prova não escapam da sina da ponderação.

Quanto ao princípio do acesso, já vimos que ele patrocina institutos empenhados na efetivação de um processo não só célere mas também igualitário. Inevitáveis são os choques com outras figuras de processo, muito mais ligadas ao valor segurança, que também não pode ser desprezado, de forma alguma, em ordenamentos democráticos. Processo, sempre dizemos em aula, é “cobertor curto”: se esquenta demais uma parte do corpo, deixa a outra parte no frio.¹⁴

¹³ Consulte-se, a propósito, texto primoroso de André Gustavo Corrêa de Andrade: Indenização punitiva, *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 36, 2006.

¹⁴ Sobre os dilemas do processo, já dizia, há meio século, o grande Francesco Carnelutti (*Diritto e Processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 154): “Lo *slogan* della giustizia rapida e sicura, che va per le bocche dei politici inesperti, contiene, purtroppo, una contraddizione *in adiecto*: se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura.”

Por outro lado, também não é absoluto o princípio da defesa do consumidor, fruto igualmente do viés social da nossa ordem jurídica. Mais uma vez não se pode abandonar totalmente a banda antagônica. A forte inclinação social do Estado brasileiro não impede que ele ostente, ao mesmo tempo, componentes liberais relevantes. Demais, a proteção do consumidor levada a extremos pode ter reflexos econômicos negativos, em detrimento de toda a coletividade.

O que estamos querendo dizer? Não pretendemos nem de longe atenuar a força da inversão do ônus da prova, mecanismo vigoroso a serviço do acesso à justiça dos consumidores. A interpretação do instituto deve mirar, prioritariamente, esse norte promocional. Mas não podemos fugir do inevitável: a necessidade de ponderar minimamente os interesses conflitantes. Por mais que se exalte o acesso substancial à justiça, uma dose básica de “cidadania processual”¹⁵ há de ser assegurada aos fornecedores. E, por mais que se queira proteger os direitos substanciais dos consumidores, não se pode passar um rolo compressor sobre os interesses dos fornecedores, sem os quais a defesa do consumidor perde inteiramente o sentido — não por acaso, é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico” (art. 4º, III do CDC).

Eis aí, então, o grande desafio da interpretação da inversão probatória: equilibrar vigor e temperança. Será possível alcançar equilíbrio tão árduo? Tentaremos nas seções seguintes.

7. OS REQUISITOS DO ART. 6º, VIII DO CDC À LUZ DOS VALORES QUE INFORMAM A INVERSÃO PROBATÓRIA

De acordo com o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova deve ser deferida, a favor do consumidor, quando “for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. Uma questão básica da dogmática da inversão, assim, é a identificação correta dos seus requisitos, verossimilhança e hipossuficiência: o que significam exatamente e como se articulam. Nem seria preciso dizer que, a nosso juízo, tal tarefa só pode ser cumprida de modo satisfatório se orientada valorativamente. Pensar no Direito sem pensar em valores não é equivocado ou pernicioso; é simplesmente impossível. Dessa forma, não analisaremos o art. 6º, VIII do CDC encarecendo os aspectos semânticos, mas sim as premissas axiológicas vistoriadas mais acima.

Em primeiro lugar, vamos procurar entender o que significam exatamente os requisitos. Quanto ao requisito da verossimilhança, não há mistério maior. Mais desafiador é o sentido de hipossuficiência.

Diga-se logo que o conceito de hipossuficiência não se confunde com o de vulnerabilidade. Explica Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin: “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

¹⁵ Colhe-se a sugestiva expressão em artigo de Sérgio Gilberto Porto: Cidadania processual e relativização da coisa julgada, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 112, out./dez. 2003.

consumidores. [...] 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”.¹⁶

Portanto, todo hipossuficiente é vulnerável, mas a recíproca não é verdadeira. A hipossuficiência consiste em uma vulnerabilidade específica, qualificada. A distinção ganha, na voz de Paulo Valério Dal Pai Moraes, um paralelo interessante. Ele evoca o assassinato, em plena via pública, do presidente americano John Kennedy, vulnerável (como todo ser humano) mas não hipossuficiente: “o homem mais poderoso do mundo naquele momento era vulnerável? Sem dúvida, por isso acabou sendo ofendido, ferido, morto. Seria possível considerá-lo hipossuficiente?”¹⁷

Ao mesmo tempo em que reforça a noção de que todos os consumidores são vulneráveis mas não necessariamente hipossuficientes, frisa Dal Pai Moraes que a equiparação de vulnerabilidade e hipossuficiência “traria a concretização de injustiça e desigualdade inaceitáveis. Surgiriam inúmeras situações em que consumidores vulneráveis, mas com condições econômicas e sociais imensamente superiores ao fornecedor, se beneficiariam da inversão.”¹⁸

Do que fala Dal Pai Moraes? Fala exatamente da necessidade de uma interpretação equilibrada da inversão probatória, que desigule *na medida certa* a disputa entre consumidor e fornecedor. Em outros termos, fala Dal Pai Moraes da necessidade de uma interpretação adequada constitucionalmente.

A bem portanto dessa interpretação adequada, apenas um critério será decisivo na apuração da hipossuficiência: o critério probatório. A hipossuficiência é uma deficiência ligada primordialmente à questão probatória. Se o consumidor for pobre e inculto, mas não tiver dificuldade para conseguir uma prova, a inversão não deve ser deferida. Por exemplo, quem sofreu a lesão, mesmo sendo pessoa carente, costuma ter mais facilidade para produzir a prova dos prejuízos correspondentes. Em casos tais, a inversão significaria desequiparação excessiva, mantendo desequilibrada — só que em sentido inverso — a relação processual. Não agrada à isonomia constitucional a imposição, ao fornecedor, de provas reputadas “diabólicas”.

Sem embargo do que acabou de ser dito, é fato que as condições pessoais do consumidor exteriores ao processo podem influir intensamente na configuração da hipossuficiência probatória, devendo nessa medida ser consideradas. Na Defensoria Pública, isso é percebido muito claramente. As pessoas leigas, de um modo geral, tendem a desprezar a importância da prova. Se se julgam titulares de um direito, pensam que aquele direito é invencível, independentemente de questões processuais “menores”, não raro sequer cogitadas. Muito natural. Ocorre que provas acabam sendo perdidas por conta dessa falta de traquejo forense do “litigante eventual”, que, ao contrário do “litigante habitual”, não se preocupa em preparar previamente o material probatório a ser levado a juízo.¹⁹ Nesse sentido, quando provocam o aparecimento da

¹⁶ Vasconcellos e Benjamin, Das práticas comerciais, in Ada Pellegrini Grinover e outros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 313-314.

¹⁷ Dal Pai Moraes, *O Princípio da Vulnerabilidade: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, Porto Alegre, Síntese, 1999, p. 110.

¹⁸ Dal Pai Moraes, *O Princípio da Vulnerabilidade...*, cit., p. 109.

hipossuficiência probatória — e porque provocam —, as condições pessoais do consumidor exteriores ao processo devem ser consideradas.

Do que já foi dito, infere-se também que a inversão do ônus da prova não pode ser deferida em bloco. Ela é pontual, referindo-se aos fatos em relação aos quais se percebe hipossuficiência (probatória). A inversão, insista-se, deve ser aplicada na medida exata das necessidades do consumidor, nem mais nem menos.

Ainda dentro da compreensão constitucionalmente adequada do requisito da hipossuficiência, diga-se que ela é relacional e atenta ao caso concreto. Caso a caso, as condições dos dois pólos da relação processual devem ser observadas, assim como a prova específica a ser produzida. Em razão desse caráter relacional, a inversão poderá ser deferida ao próprio Ministério Público em ação coletiva, quando a matéria for muito complexa e o oponente mostrar-se poderoso.

Analisado o requisito da hipossuficiência, parta-se para outra questão de grande relevância. Afinal, quando o art. 6º, VIII do CDC usa o conectivo “ou” (a inversão se defere quando houver verossimilhança *ou* hipossuficiência), é de “ou” mesmo que se trata? Ou seria muito mais acertado trocar “ou” por “e”?

A corrente que defende o “e” se vale do argumento (*ad terrorem*) do mendigo, formulado por Antonio Gidi: “Afigura-se-nos que verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor *per se* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um *shopping center* luxuoso, requerendo preliminarmente, em face da sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que o seu carro (do mendigo) não estava estacionado nas dependências do *shopping* e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de natal.”²⁰

O argumento do mendigo pode causar algum impacto, mas se mostra intrinsecamente frágil. A inversão, conforme já frisado aqui, não constitui uma alegre panacéia destinada a beneficiar o consumidor em todo e qualquer caso. Ela é pontual, sendo usada na exata medida das necessidades probatórias do consumidor. Não se admite inversão quanto à prova que pode, sem maior dificuldade, ser produzida pelo consumidor. No caso (assaz) hipotético do mendigo, como precisamente assinalou Carlos Roberto Barbosa Moreira, “a inversão, aí, jamais irá ao ponto de eximir o autor do encargo de provar... a *propriedade do veículo* — indiscutivelmente, um dos fatos constitutivos do direito à indenização.”²¹

Não obstante a fragilidade do argumento do mendigo, admita-se que a inversão não deve ser concedida quando, *manifestamente*, estiver ausente a verossimilhança. Assim como não deve ser concedida quando, *manifestamente*, estiver ausente a hipossuficiência (volte-se ao ponto dos prejuízos: se o consumidor é vítima de um fato

¹⁹ Quando falamos em “litigante eventual” e “litigante habitual”, estamos evocando as categorias elaboradas por Marc Galanter e exploradas por Mauro Cappelletti e Bryant Gart (*Acesso à Justiça*, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 25-26).

²⁰ Gidi, Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor, *Revista Direito do Consumidor*, nº 13, jan./mar. 1995.

²¹ Barbosa Moreira, Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 22, abr./jun. 1997, p. 149.

do produto e tem gastos com médicos particulares, ele próprio é quem terá as melhores condições de comprovar os gastos). De acordo com a interpretação constitucionalmente adequada aqui preconizada, a aplicação da inversão probatória não pode levar a resultados desarrazoados ou desproporcionais.

O que acabamos de dizer implica a superioridade da corrente favorável à conjunção “e”? De forma alguma.

Deve realmente prevalecer o conectivo “ou”, tal como pretendeu o legislador. Lembre-se que o art. 6º, VIII, onde está encartada a previsão da inversão probatória, cuida da *facilitação* da defesa dos direitos do consumidor, algo fundamental à concretização do dever que a Constituição, no art. 5º, XXXII — cláusula pétrea —, impôs ao Estado: *promover* a defesa do consumidor. Logo, qualquer dúvida interpretativa há de ser resolvida, na ausência de argumentos muito sólidos em sentido contrário, a favor da posição do consumidor.

E como ficam as situações em que, *manifestamente*, não estiver presente um dos requisitos?

Em tais situações, obviamente, a inversão não será aplicada. Mas são outras as situações que a regra do art. 6º, VIII do CDC pretende reger. Sua força normativa, em verdade, dirige-se a situações em que só um requisito está presente de forma clara, havendo dúvidas quanto à presença do outro requisito. Nesses casos, a bem do princípio constitucional da defesa do consumidor, a inversão será deferida na presença de um *ou* outro requisito.

Dessa forma, a melhor interpretação para o art. 6º, VIII do CDC — porque endossada pela Constituição — é a que confirma na letra do dispositivo a conjunção alternativa “ou”: basta a presença de verossimilhança *ou* hipossuficiência, contanto naturalmente que um desses requisitos não esteja ausente de maneira *manifesta*.

À vista da interpretação aqui defendida — a que melhor harmoniza os elementos literal e teleológico envolvidos —, não procedem as críticas ao Código de Defesa do Consumidor. Por sinal, o Código foi absolutamente lógico quando associou a inversão probatória aos requisitos autorizadores da verossimilhança e da hipossuficiência. No que concerne à verossimilhança, ela já induz naturalmente uma inversão do encargo probatório. Kazuo Watanabe chega a dizer que não se trata de autêntica hipótese de inversão: “Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário.”²² Já o requisito autorizador da hipossuficiência se explica mais facilmente ainda, estando plenamente sintonizado com o sistema do Código, voltado de forma clara para a proteção das partes mais fracas.

Na próxima seção chegaremos, enfim, ao ponto culminante deste trabalho: aplicações da inversão probatória especificamente na seara dos Juizados Especiais

²² Watanabe, Disposições gerais do Título III do CDC, in Ada Pellegrini Grinover e outros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 712-713.

Cíveis. Tudo, ocioso repetir, à vista das premissas axiológicas estabelecidas em seções precedentes.

8. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL: APLICAÇÕES ESPECÍFICAS

Revela-se capital a importância dos Juizados Especiais para o desenvolvimento prático da inversão do ônus da prova. Nos Juizados, em virtude da confluência de vários fatores — grande concentração de demandas consumeristas, partes eventualmente sem advogado, procedimento concentrado —, dá-se o teste de fogo da inversão. É certamente o *locus* em que ela se mostra mais valiosa.

Sem a menor pretensão de esgotar um assunto tão rico e relevante, selecionamos algumas questões para comentar, sempre com aquele propósito de utilizar, em relação à inversão probatória, uma interpretação valorativa e conforme a Constituição.

8.1 A questão do momento da inversão nos Juizados Especiais

Iniciamos, neste capítulo dedicado a aplicações da inversão probatória no campo específico dos Juizados Especiais, pela questão possivelmente mais polêmica do estudo da inversão. Qual o seu momento próprio? Cumpre ao juiz impor a inversão ou simplesmente a reconhecer? Regra de procedimento ou regra de julgamento?²³

Preferimos, por mais adequado à sistemática consumerista, o entendimento de que se trata de regra de julgamento. Com a vênua dos que pensam em sentido contrário, parece-nos risível o argumento de que a inversão como regra de julgamento pode ser um fator de surpresa para o fornecedor, violando assim o devido processo legal. Ora, será que algum advogado de empresa desconhece a regra da inversão? Se desconhece, trata-se de causídico alarmantemente inepto, que deve ser demitido. Sumariamente. Lembre-se a propósito o sentido promocional do direito do consumidor e, especificamente, da regra de inversão. A parte hipossuficiente que pede proteção é o consumidor, evidentemente, e não o fornecedor. De mais a mais, ainda que houvesse realmente surpresa, a ruptura de algumas regras garantísticas tradicionais é inevitável quando se quer dar aos hipossuficientes autêntico e substancial acesso à justiça.²⁴

²³ O Superior Tribunal de Justiça está bastante dividido no tocante à questão do momento. No Recurso Especial 422.778-SP, Rel. p/acórdão a Min. Nancy Andrighi, a Terceira Turma, em 19/06/07, vencidos os Min. Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, afiançou: “Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Em sentido contrário, no Recurso Especial 881.651-BA, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, a Quarta Turma, em 10/04/07, entendeu (à unanimidade): “A inversão do ônus da prova, prevista no art. 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.” Este segundo entendimento é seguido no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme enunciado 91 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal: “Direito do Consumidor. Inversão do Ônus da Prova. Determinação na Sentença. Impossibilidade. Princípio do Contraditório. A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença.”

²⁴ No sentido do texto, Cristina Tereza Gaulia, A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 40, out./dez. 2001, p. 86: “A lei não é mais tão nova, e os Juízes não têm, como parcela de seu múnus, a obrigação de ensiná-la aos operadores do direito que atuam no processo.”

Não é só. A inversão como regra de procedimento (ou conduta), ao exigir mais um pronunciamento interlocutório, complica o processo consumerista, objetivo certamente não desejado pelo sistema.

E nem se diga que considerar a inversão como regra de julgamento traz insegurança ao processo. Entendemos positiva uma certa insegurança relativa à prova, porque a parte não fica prendendo prova, e isso milita em prol da verdade real. É o que acontece muitas vezes nos relacionamentos afetivos: se um (uma) da relação percebe que está “abafando”, não se preocupa tanto em agradar. Ou seja, temos aí, em verdade, mais um ponto vantajoso da inversão como regra de julgamento: estimular a verdade real.²⁵

Entretanto, a bem mais uma vez da virtude do equilíbrio, ressalve-se que em algumas hipóteses não há como escapar da necessidade de uma definição prévia quanto ao encargo probatório. Pense-se por exemplo no processo, fora dos Juizados, que carece de prova pericial, um meio de prova cuja operacionalização não é simples e exige bastante preparação, inclusive no que toca aos honorários do perito. Ou então se pense em uma lide em relação à qual haja fundada dúvida acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Em casos assim é bastante razoável que a inversão probatória ganhe o caráter de regra de procedimento. No geral, porém, a inversão deve ser considerada regra de julgamento.

Está-nos faltando coerência? Em absoluto. A flexibilidade é uma regra de ouro do processo contemporâneo, timbrado pelo instrumentalismo. Busca-se — por via legal ou através de integração judicial que incide sobre cláusulas abertas — a diferenciação dos procedimentos, para amoldá-los melhor aos casos concretos. Declara a propósito Luiz Guilherme Marinoni, entusiasta dessa diferenciação: “A idéia de construção do procedimento no caso concreto não deve ser vista apenas como corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva [...], mas também como fundamento da legitimidade do exercício da própria jurisdição.”²⁶ Assim, não há qualquer obstáculo a que a questão do momento da inversão do ônus da prova tenha soluções diferenciadas, de acordo com as especificidades do caso concreto. Muito ao contrário, a dogmática processual atual mostra-se refratária a soluções únicas e invariáveis.

E no universo particular dos Juizados Especiais Cíveis? Qual a solução mais adequada? No âmbito dos Juizados a inversão constitui, tranqüilamente, regra de julgamento, sobretudo em razão da concentração do procedimento, fator que não permite uma definição prévia a respeito do encargo probatório.²⁷ Aponta nesse sentido o enunciado 9.1.2 da Consolidação dos Enunciados Jurídicos Cíveis e Administrativos em Vigor trazida pelo Aviso 29/2005 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

²⁵ Em termos bastante incisivos, pronuncia Fábio Costa Soares a respeito da questão do momento (*Acesso do Consumidor à Justiça...*, cit., p. 230): “O fornecedor não precisa do alerta do juiz sobre o peso de provar suas alegações e as conseqüências da sua inércia. Precisa é estar consciente de que o processo civil moderno não mais compactua com a atuação descompromissada das partes. [...] Aceitar o alerta do juiz como antecedente da inversão do ônus da prova (quando em verdade *nenhum encargo novo* é atribuído ao fornecedor) é o mesmo que aceitar que o fornecedor somente adotará postura séria quanto à prova dos fatos por *ele* alegados caso advertido pelo juiz das conseqüências da ausência de comprovação.”

²⁶ Marinoni, *Teoria Geral do Processo (Curso de Processo Civil*, vol. 1), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 429.

²⁷ Art. 33 da Lei 9.099/95: “Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.”

“A inversão do ônus da prova nas relações de consumo é direito do consumidor (art. 6º, *caput*, CDC), não sendo necessário que o Juiz advirta o fornecedor de tal inversão, devendo este comparecer à audiência munido, desde logo, de todas as provas com que pretenda demonstrar a exclusão de sua responsabilidade objetiva.”

Além do entendimento da inversão como regra de julgamento, os Juizados contemplam uma prática muito interessante a respeito: no próprio instrumento da citação, já há advertência acerca da inversão. Ou seja, fica impossível ao fornecedor alegar qualquer surpresa.

8.2 Os casos em que a inversão não se faz necessária

Antes de abordar casos em que a inversão probatória é decisiva nos Juizados, cumpre falar de situações outras, nas quais a inversão não tem o mesmo peso, podendo até se revelar completamente desnecessária.

Repise-se em primeiro lugar que, no sistema ordinário do nosso Código de Processo Civil, a questão da distribuição do ônus da prova, por traduzir regra de julgamento, é eventual, residual. No sistema do Código de Defesa do Consumidor, como analisado acima, não há motivo para ser diferente (afora algumas situações excepcionais). Assim, também a inversão probatória em prol do consumidor, não obstante a sua importância, pode ser vista processualmente como uma questão residual, somente levada em consideração se ao final da instrução perdurarem dúvidas no espírito do julgador em relação à matéria de fato. Quanto maiores as dúvidas, mais espaço para a inversão.

Ocorre que o processualismo contemporâneo, notadamente no Brasil, apresenta alto teor de “publicização”, outorgando-se poderes crescentes ao sujeito necessariamente público do processo. Isso vale também para a atividade probatória. Quer-se hoje um juiz ativo e inquieto no tocante à prova (valendo ressaltar que essa proposta de ativismo muitas vezes sucumbe diante da não rara sobrecarga de trabalho dos magistrados). A bem da inafastabilidade substancial do controle jurisdicional, a busca da verdade real tornou-se meta prestigiada também no processo civil.

Nos Juizados Especiais, igualmente, a verdade real há de ser buscada de maneira incessante. Eloquentemente, nesse sentido, é o art. 5º da Lei 9.099/95: “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.” Por isso, o juiz não deve eximir-se, no momento da audiência, de atos como passar a mão no telefone para apurar a veracidade de uma alegação da parte. Chegando-se à verdade dos fatos, esvazia-se a necessidade de inversão probatória.

Por outro lado, ao autor só compete provar o fato constitutivo do seu direito, ficando sobre os ombros do réu a prova da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (CPC, art. 333, I e II). Outrossim, lista o art. 334 do CPC fatos que não dependem de prova, como os fatos notórios (inciso I). Dessa forma, o próprio regime ordinário do CPC já indica hipóteses em que não será necessária a inversão. Se por exemplo o fornecedor admite os fatos narrados pelo consumidor mas aduz a existência de um acordo verbal entre as partes para modificar as

condições do negócio, a prova desse acordo verbal já cabe ao fornecedor pelas próprias regras do CPC, sem necessidade de invocação da inversão consumerista.

Saindo do CPC, merece destaque a existência de hipóteses legais de inversão probatória, ou seja, hipóteses automáticas e obrigatórias de inversão, independentemente da presença dos requisitos previstos no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Assim, ao consumidor basta alegar a existência de defeito no produto ou serviço de consumo, tocando ao fornecedor o ônus — legal — de provar a inexistência do alegado defeito (CDC, arts. 12, § 3º, II e 14, § 3º, I). O nexo causal, evidentemente, é outra história, a ele não chegando a inversão legal. Outro caso de inversão *ope legis* se vê no art. 38 do CDC: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Uma inversão compulsória ainda mais interessante é a que deriva não de dispositivos legais expressos, mas sim do sistema. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao encarecer a transparência das relações de consumidor e o correlato dever de informação dos fornecedores, tem consagrado esse tipo de inversão, que a rigor nem seria propriamente “inversão”, vez que implica a atribuição originária do ônus da prova ao fornecedor.²⁸ Tome-se, exemplificativamente, o caso rumoroso dos contratos de arrendamento mercantil diante da crise cambial de 1999. Considerou o Superior Tribunal de Justiça que “Incumbe à arrendadora se desincumbir do ônus da prova de captação de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (arts. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6º da Lei 8.880/94.”²⁹ Outro julgado do mesmo STJ deixou expresso: “A exigência de que a arrendadora prove a origem do dinheiro utilizado no contrato, para efeito de vinculação das contraprestações à variação do dólar americano, não representa inversão quanto ao ônus da prova.”³⁰ Um último exemplo: “É possível a revisão de contrato de cartão de crédito, cabendo à Administradora informar o juízo sobre os valores, sua origem, taxas de juros, comissões, despesas, e o mais que interessa para que se tenha a noção exata dos critérios segundo os quais está sendo executado o contrato de adesão.”³¹ Este último julgado, em suas razões de decidir, invocou expressamente “o princípio básico de que o fornecedor deve transmitir ao consumidor toda a informação de que

²⁸ Leciona a propósito Cláudia Lima Marques (no prefácio de Geraldo de Faria Martins da Costa, *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 20): “[...] a técnica do Código de Defesa do Consumidor, de assegurar direitos materiais ao consumidor, de modificação das cláusulas excessivamente onerosas, por exemplo, e de impor deveres de informação e de abstenção do abuso aos fornecedores, *per se*, influencia o direito processual de defesa do consumidor, ao determinar *ex vi lege* determinadas provas ao fornecedor”

²⁹ Recurso Especial 268.661 – RJ, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento por maioria em 16/08/01. Quanto ao art. 6º da Lei 8.880/94, citado no aresto, é este seu teor: “É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior.”

³⁰ Agravo Regimental no Recurso Especial 275.391 – MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgamento unânime em 19/06/01.

³¹ Recurso Especial 438.700 – RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgamento unânime em 15/04/03.

dispõe sobre o negócio, os fatores considerados e as conseqüências de seus atos, a fim de que este possa bem se orientar na relação.”

8.3 Os *hard cases* dos Juizados: diretrizes para o seu enfrentamento

Vamos ao outro extremo. Se os casos que acabamos de ver prescindem da inversão, os que examinaremos agora, ao contrário, precisam demais dela. Frequentemente o julgador, nos Juizados Especiais, depara-se com lides muito árduas do ponto de vista fático-probatório, nas quais à primeira vista só restam “provas diabólicas”, ou quase isso, para os dois lados. É a consumidora que alega ter ficado doente depois de comer em certo restaurante, ou que alega ter sido atacada por uma gigantesca barata voadora. É o passageiro que relata ter sentado em poltrona suja de urina. É o aposentado que se queixa do péssimo atendimento de um SAC (serviço de atendimento ao cliente). É a dona de casa que se feriu por causa supostamente da utilização de um eletrodoméstico defeituoso. Ou então que perdeu todos os cabelos em virtude do uso de determinado produto. É a criança que teria ingerido um refrigerante contaminado por restos de insetos. São os saques bancários não reconhecidos pelo correntista, as ligações telefônicas exóticas não admitidas pelo titular da linha, o prêmio de loteria reivindicado pelo apostador que perdeu o bilhete respectivo. Enfim, a casuística é farta.³²

Como enfrentar esses *hard cases*? Será que realmente a inversão deve ser deferida? O que nos diz a respeito a interpretação constitucionalmente adequada da inversão do ônus da prova?

Naturalmente, a decisão de inverter ou não o ônus da prova — uma decisão que tende a selar o destino da causa — passa pelo exame dos requisitos do art. 6º, VIII do CDC, devendo observar-se a mais adequada interpretação do dispositivo (exposta em tópico anterior): a inversão é de ser afirmada quando estiver presente, no caso concreto, um dos requisitos, verossimilhança *ou* hipossuficiência, contanto que o outro requisito não esteja ausente de modo manifesto.

Mas será que basta? Certamente não. A interpretação adequada e ponderada do art. 6º, VIII do CDC quanto à articulação dos requisitos da inversão ajuda muito. Mesmo com ela, porém, não é possível evitar grandes dilemas na efervescência da vida forense, composta por casos diversificados e complexos. Aliás, nem se trata de peculiaridade extraordinária da inversão probatória. A vida do Direito é coalhada de dilemas. Veja-se por exemplo a antecipação de tutela: quantas vezes não se vislumbram riscos de lesão grave e irreversível dos dois lados, tanto na hipótese de deferimento da antecipação quanto na hipótese de indeferimento?

Por falar em antecipação de tutela, Cassio Scarpinella Bueno, em ótima monografia sobre o tema, mais especificamente no capítulo que cuida da fungibilidade entre a cautelar e a tutela antecipada, demonstra como certos conceitos teóricos ou

³² Todos os exemplos dados dizem respeito a processos reais, com exceção do caso da consumidora atacada por uma barata. Este último caso, ao que consta não processualizado, foi extraído da seção “Gente” da Revista Veja, edição 2054, 2 de abril de 2008, p. 79. “A polêmica história da dona baratona” teve como protagonista a conhecida apresentadora Luciana Gimenez, que relatou ter sido atacada por uma barata voadora tamanho família — “a barata das baratas”, possivelmente fruto de alguma alteração genética... —, no sofisticado restaurante Waverly Inn, em Nova York, que refutou o relato da apresentadora.

legais podem não satisfazer plenamente as necessidades práticas do foro: “[...] O *fumus*, na linha da doutrina dominante, estaria entre os 50,1% de convicção e os 75%, enquanto a ‘prova inequívoca da verossimilhança da alegação’ estaria entre os 75,1% e os 99,9%. [...] essa colocação, que tem o seu apelo didático, é extremamente simples de ser feita. O problema é que ela não corresponde à realidade do pensamento de ninguém. Não há como avaliar, com precisão, qual o grau de convicção do juiz a respeito de dada pretensão. É impossível reduzir a um cálculo aritmético ou a padrões matemáticos o *quanto* alguém está convencido.”³³

Torna-se a indagar: o que fazer então? Seria a inversão probatória, ao menos no que toca aos casos difíceis, um terreno a ser completamente dominado pelo voluntarismo judicial? Por sinal, nos Juizados, fortíssimos na oralidade, costuma-se valorizar o “olho-no-olho”, método que permitiria ao juiz chegar quase sempre à verdade. Da nossa parte, guardamos ceticismo em relação a essa oralidade um tanto lombrosiana. Não por acaso, a deusa da Justiça tem uma venda sobre os olhos. Mister, sem dúvida, buscar paradigmas decisórios mais consistentes, mesmo no âmbito dos Juizados.

Pois bem, tentemos enunciar algumas diretrizes relevantes (mas não exaustivas) para a aplicação da inversão do ônus da prova nos Juizados Especiais, à luz não só dos requisitos alternativos do art. 6º, VIII do CDC mas também, e principalmente, dos princípios que devem iluminar o assunto.

Uma primeira diretriz leva em conta o sentido promocional do direito do consumidor em geral e, particularmente, da inversão probatória. Cuida-se de perguntar no caso concreto: será que o quadro de aridez probatória não pode alguma forma ser atribuído ao fornecedor, que deixou de tomar providências razoavelmente ao seu alcance que aumentariam a segurança e a transparência da relação de consumo travada? Se a resposta a tal quesito for positiva, a inversão deve acontecer, em prol do consumidor. Um excelente exemplo da utilização dessa primeira diretriz já foi dado anteriormente: julgado de Turma Recursal fluminense deu a inversão em caso no qual um aposentado alegou saques indevidos em sua conta bancária. Segundo o julgado, a prova que interessava à entidade ré — a prova do saque pelo próprio correntista ou por pessoa de sua confiança — poderia ser efetivada “através de simples imagens de câmeras instaladas nos terminais eletrônicos”. É razoável atribuir tal providências às entidades bancárias? Parece que sim, considerando-se especialmente os lucros estratosféricos dessas entidades. Houvesse as tais câmeras, o quadro de aridez probatória não se configuraria. Mais ainda: diminuiria sensivelmente a ocorrência desse tipo de problema, porque a filmagem intimidaria os fraudadores.

Bem se percebe que estamos inteiramente imersos no sentido promocional da inversão probatória. Ela deve ser aplicada de molde a melhorar a segurança e a transparência das relações de consumo. É claro que pode não surtir o efeito desejado. O fornecedor pode recusar-se a investir em segurança e transparência. Se assim for, as condenações judiciais devem tornar-se freqüentes, com base principalmente na inversão do ônus da prova (valendo repetir alvitre já feito mais acima, no sentido de que as indenizações por danos morais, em casos repetitivos, sejam progressivamente aumentadas, até que não compense mais, economicamente, perseverar no erro e na omissão).

³³ Scarpinella Bueno, *Tutela Antecipada*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 130.

A segunda diretriz que vamos apresentar também se acha timbrada pela função promocional. Diz respeito àqueles casos em que a narrativa do consumidor envolve uma deficiência notória de um fornecedor específico ou de um grupo de fornecedores, dando-se ao termo “notório” um sentido mais lato do que o admitido para o art. 334, I do CPC. À guisa de exemplo, considere-se o pleito de um consumidor que alega ter sido prejudicado pelo péssimo atendimento do SAC (serviço de atendimento ao cliente) de uma empresa. Ora, é notória a inépcia de muitos desses serviços, que muitas vezes levam ao desespero os consumidores, perdendo estes um tempo absurdo com ligações telefônicas frustrantes e infrutíferas. Por conta disso, a narrativa do consumidor, em casos tais, deve ser considerada verossímil, invertendo-se o ônus da prova. O que caberá ao fornecedor para não ser prejudicado pela pecha que acompanha os SACs em geral? Caberá ao fornecedor manter um SAC de alta qualidade, levando ao juiz a demonstração correspondente. Não tomando tal providência, ficará sujeito a condenações judiciais com base na inversão do ônus da prova, mesmo quando não for rigorosamente verdadeira a alegação do consumidor. Mais uma vez, reitere-se, estará sendo exercitada a função promocional da inversão probatória.

Se as duas primeiras diretrizes formuladas favorecem os consumidores, uma terceira socorre os fornecedores. Pensamos naqueles casos em que o relato do consumidor traz um fato extraordinário, que não envolve uma deficiência notória do fornecedor e gera dificuldade probatória para qual o fornecedor não contribuiu, por ato ou omissão. É por exemplo a comensal que alega ter sido alvejada por uma barata de Itu em restaurante de luxo ou o passageiro que relata ter sentado em poltrona suja de urina. Tais fatos podem ter efetivamente acontecido? Sim. Ocorre que a inversão, aí, além de esbarrar no requisito da verossimilhança, implicaria encargos pesados demais para os fornecedores, traindo a harmonia preconizada pelo CDC. A desigualação processual de consumidores e fornecedores seria exagerada, ferindo o princípio isonômico. Restaria abalada, ainda, a proteção constitucional das empresas, que consistem em instrumento de bem-estar individual (seja pelos produtos e serviços que oferecem, seja pelos empregos que geram) e desenvolvimento econômico. Não bastasse, uma aplicação radical da inversão do ônus da prova acicataria aventuras processuais pouco católicas. É certo que a boa-fé do consumidor se presume, mas tudo tem limites. A própria efetividade do processo depara com limites incontornáveis. Os sistemas de justiça, por melhores que sejam, nem sempre conseguem fazer justiça no caso concreto, até porque valores coletivos de grande envergadura podem apontar, eventualmente, para o lado contrário.

Cabe ainda traçar uma diretriz de fechamento, para a hipótese de o juiz não conseguir de modo algum, nem mesmo com o apoio das diretrizes anteriores (e outras que podem ser formuladas), contornar o impasse fático-probatório.

Esta última diretriz é axiomática. Havendo dúvida invencível sobre a inversão probatória — que tende a ser uma dúvida quanto ao próprio desfecho da causa —, a mesma deve ser resolvida em favor do consumidor. Tal é o sistema do Código de Defesa do Consumidor, que não existe para tutelar de maneira abstrata e neutra as relações de consumo, mas sim para proteger concretamente a parte mais fraca da relação, o consumidor vulnerável. Nesse contexto normativo, os riscos do negócio recaem sobre os ombros do fornecedor, aí incluídos, naturalmente, os riscos concernentes aos desdobramentos processuais da relação de consumo. Em abono à

diretriz de fechamento que acabamos de enunciar, lembre-se que o direito processual, na sua fase metodológica atual — a fase instrumentalista —, vive para afirmar o direito material. É o direito material que deve iluminar os caminhos teóricos e práticos do processo. Bastante ilustrativo, a propósito, é o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Investigação de paternidade. Hipótese em que o autor não produz prova oral, enquanto que o réu frustra o exame de DNA, não comparecendo para a perícia genética, embora intimado de forma regular. Colisão de valores fundamentais que se resolve pela predominância do direito do menor de obter a paternidade, cuja presunção decorre do art. 232 do CC. Provimento.”

8.4 Inversão probatória e prova técnica complexa nos Juizados

Por fim, abordemos outras situações delicadas no âmbito dos Juizados: lides que podem exigir prova técnica complexa.

Como se sabe, o procedimento sumaríssimo dos Juizados não se compadece com provas técnicas complexas. O máximo que se permite, nos termos do art. 35 da Lei 9.099/95, é a inquirição em audiência de técnicos da confiança do juiz, permitidas às partes a apresentação de parecer técnico. Havendo necessidade de prova técnica mais complexa, a extinção do processo torna-se inevitável, devendo a demanda ser reproposta no âmbito dos juízos cíveis ordinários.

Só que se deve evitar a todo custo, nos Juizados, uma extinção de processo sem julgamento de mérito. Ora, uma extinção sem julgamento de mérito na Escandinávia já é uma frustração grande, porque se deixa de resolver um conflito levado ao conhecimento do Judiciário. Se a extinção ocorre em juízo ordinário aqui no Brasil, é uma frustração ainda maior, em virtude das nossas carências e urgências. Agora, se a extinção acontece em Juizado Especial, aí a tragédia é total. Nada pode ser tão melancólico.

Sempre que possível, então, deve-se tentar salvar o processo no Juizado Especial. Segundo Felipe Borring Rocha, como parte desse esforço de aproveitamento, é conveniente que o julgador faça três perguntas: “eu posso julgar, sem causar prejuízo às partes, prescindindo da perícia técnica requerida? Eu posso realizar esta perícia com os recursos humanos e materiais, disponíveis no juizado? Existe algum outro meio idôneo e célere para que eu possa obter esta resposta técnica?”³⁴ Só se as respostas forem negativas é que o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito (Lei 9.099/95, art. 51, II).

E onde entra a inversão do ônus da prova? A inversão pode ser um apoio importante em relação ao aproveitamento do processo. Nem sempre será possível, mas em muitos casos a inversão proporcionará, efetivamente, a salvação do processo, com a resolução do conflito.

Com efeito, a inversão torna o fornecedor o agente principal da atividade probatória. Dessa forma, em casos que aparentemente desafiam prova complexa, é preciso antes de mais nada verificar a defesa trazida pelo fornecedor. Porque pode se tratar de uma defesa completamente descompromissada em relação ao encargo

³⁴ Borring Rocha, *Juizados Especiais Cíveis: aspectos polêmicos da Lei nº 9.099, de 26/9/1995*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 129.

probatório que lhe toca (vezes há em que sequer se tem uma impugnação especificada dos fatos articulados pelo autor). Se isso acontecer, o processo deve continuar no Juizado, nada impedindo a sentença de mérito (muito provavelmente favorável ao consumidor).

É claro que o fornecedor pode apresentar uma defesa que deixe clara, realmente, a necessidade de aprofundamento da prova. Comum também, quando a matéria é muito técnica, vir a contestação acompanhada de documentos altamente complexos, só assimiláveis por especialistas naquela matéria. Em casos tais, a extinção é inevitável. Ao fornecedor não pode ser negado o direito de defesa. E o consumidor não pode ser prejudicado pela complexidade da matéria.

De qualquer forma, nessa última hipótese o Juizado vai até onde pode, só se rendendo à necessidade de extinção sem julgamento do mérito quando estiver muito claro, à vista da defesa trazida, que o prosseguimento do feito poderá prejudicar seriamente ou o consumidor hipossuficiente ou mesmo o fornecedor, que, como já foi dito, deve ter assegurada uma dose básica de “cidadania processual”.

9. ENCERRAMENTO

Reafirmamos, ao longo do texto, a importância da inversão do ônus da prova para a efetivação do acesso à justiça dos consumidores, sobretudo em sede de Juizados Especiais Cíveis. Sem embargo, ficou clara também a necessidade de proceder, na mesma seara, a algumas ponderações de valores, de molde a garantir para o instituto da inversão a mais adequada adesão aos valores constitucionais incidentes. Eis aí, em suma, a grande preocupação do trabalho: cuidar da inversão probatória nos Juizados Especiais dentro de uma ótica valorativa e conforme a Constituição.