

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção II

Interesses Difusos e Coletivos

A inversão do ônus da prova na CLT e no CDC

Flávia Pereira Hill*

Sumário: 1 Introdução. Breve relato histórico. 2 Conceito e classificação. 3 Hipóteses de inversão do ônus da prova: hipossuficiência e verossimilhança. 4 Objeto da inversão. 5 Momento da decretação da inversão. 5.1 No despacho inicial. 5.2 Na sentença. 5.3 Momento antecedente ao início da instrução. 6 Decisão judicial de decretação da inversão do ônus da prova. 7 Efeitos da inversão do ônus da prova. 8 Teoria da carga dinâmica da prova. 9 Distinção entre ônus da produção da prova e ônus financeiro da prova. 10 Conclusão.

1 Introdução. Breve relato histórico

Nas épocas primitivas e bárbaras, vigoravam entre os antigos germânicos as ordálias ou Juízos de Deus. Acreditava-se na resposta divina, razão pela qual realizavam-se provas de destreza e de força e empenhava-se o juramento, na crença de que Deus auxiliaria no alcance da verdade.

Em seguida, passou o homem a depositar confiança em sua própria cultura e experiência, aliando a isso a convicção na legitimidade das generalizações quanto à valoração das provas, o que motivou a edição de normas de fundo racional. Diante disso, passou a haver previsão legal das provas aptas a comprovarem

* Flávia Pereira Hill é tabeliã, pós-graduada em Direito Processual e mestranda em Direito Processual pela UERJ.

os fatos relevantes, dando ensejo ao sistema denominado prova legal.

As Ordenações do Reino de Portugal, por exemplo, distinguem a prova plena da semiplena e rejeitavam os testemunhos dos escravos. Há registro, em sede doutrinária, de que haveria noventa e seis regras sobre o valor da prova testemunhal em Portugal, demonstrando os valores prevaletentes nessa fase histórica¹. Aponta-se como reminiscência desse sistema, entre outros, a vedação à comprovação exclusivamente por prova testemunhal em contratos de elevado valor (CPC, art. 401), bem como a exigência de que o estado da pessoa prova-se exclusivamente a partir da certidão do registro civil.

Em sentido diametralmente oposto ao sistema da prova legal, merece registro o sistema do íntimo convencimento do juiz, segundo o qual poderia o julgador decidir conforme suas impressões pessoais, ainda que formasse o seu convencimento a partir de sua própria ciência privada, considerando fatos alheios aos autos, e sem a obrigação de fundamentar sua decisão. Esse sistema vulnera, a todas as luzes, o princípio da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito, hoje alçados a princípios de elevada estatura. Admite-se, contudo, a subsistência de resquícios desse sistema, como o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Diante disso, conclui-se que o Direito Processual Civil moderno não se coaduna com os sistemas até aqui expostos. Prevalece, nos dias atuais, o chamado sistema da persuasão racional do juiz ou do livre convencimento motivado, previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil, segundo o qual cabe ao juiz formar o seu convencimento racionalmente e de acordo com a prova constante dos autos. Caberá ao juiz, outrossim, fundamen-

¹ DINAMARCO, 2001, p.104-105.

tar a sua decisão, a fim de permitir a sindicabilidade e o controle da decisão, corolários do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, cabendo ao juiz, de um lado, formar o seu convencimento exclusivamente com base na prova constante dos autos e, de outro lado, diante da vedação do *non liquet*, cumpre ao magistrado lançar mão dos mecanismos previstos em lei, a fim de cumprir com o seu mister e decidir o caso concreto com justiça. Com efeito, pode o magistrado recorrer ao poder geral instrutório que lhe é conferido por lei (CPC, art. 130), assim como às regras do ônus da prova (CPC, art. 333), que serão analisadas oportunamente, visando solucionar adequadamente o caso que lhe é submetido.

Entre as profundas modificações nas relações sociais empreendidas nas últimas décadas de nossa história, verificam-se dois fatos relevantes, a saber: *a uma*, a atual sociedade de massa ensejou a ocorrência de disparidades, ao se estabelecerem relações entre grandes empresas e indivíduos em ampla escala; e, *a duas*, a velocidade da divulgação da informação e o movimento de acesso à Justiça geraram a maior procura do Poder Judiciário para a solução dos conflitos e, por conseguinte, a maior submissão das relações antes mencionadas, de desequilíbrio, ao Judiciário. A convergência desses dois fatores fez surgir a necessidade de se adequarem os instrumentos processuais a essa nova realidade².

É nesse novo contexto que se insere o instituto da inversão do ônus da prova, que surge com o escopo de *restabelecer o equilíbrio* entre as partes integrantes da relação jurídica submetida a Juízo, sendo esta a *ratio essendi* do instituto ao qual nos dedicaremos no presente trabalho³.

² CASTELO, 2003, p. 377-388.

³ Nesse sentido: THEODORO JUNIOR, 2004, p. 141-166.

2 Conceito e classificação

Primeiramente, cumpre definir ônus da prova, por ser ele um pressuposto conceitual do instituto em análise. Com efeito, ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu interesse para as decisões que serão proferidas no processo⁴.

A doutrina destaca que o ônus da prova se apresenta sob dois aspectos. Sob o aspecto subjetivo, constitui uma norma de conduta para os litigantes. De outra parte, sob o aspecto objetivo, é uma norma de julgamento, segundo a qual, quando faltar a prova dos fatos relevantes do processo, o juiz deverá proferir uma sentença de mérito desfavorável para o litigante que estava encarregado de subministrá-la, salvo se houver invertido o ônus da prova, tendo em vista que é proibida a decisão de *non liquet*⁵.

Em prosseguimento, podemos conceituar inversão do ônus da prova como a alteração de regra sobre a distribuição desse ônus, imposta ou autorizada por lei. Implica a *isenção de um ônus* para o consumidor ou empregado e no *correlato acréscimo desse ônus* ao fornecedor ou empregador⁶.

Tal instituto do direito pátrio não encontra paralelo em ordenamentos alienígenas. Merece registro, contudo, a previsão contida no Decreto Presidencial Italiano n. 224/1988, que permite ao juiz a transferência do *encargo financeiro* da prova à parte a quem sua produção, a princípio, desfavoreça. Trata-se, portanto, de inversão do ônus *financeiro* da prova e não do ônus de sua produção propriamente. Nos Estados Unidos, por outro lado, embora não haja

⁴ DINAMARCO, 2001, p. 71.

⁵ MATTOS, 2001, p. 43-59.

⁶ BARBOSA MOREIRA, 1997, p. 123-140.

previsão legal, verifica-se tendência jurisprudencial a determinar a inversão casuisticamente⁷.

A inversão do ônus da prova é classificada doutrinariamente em inversão legal, convencional ou judicial. A inversão do ônus da prova legal ou inversão *ope legis* consiste nas presunções relativas instituídas em lei (*praesumptionis legis*), tendo como fundamento legal o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁸.

A inversão judicial, também denominada inversão *ope iudicis*, corresponde à alteração no disposto em regras legais responsáveis pela distribuição do ônus da prova por decisão do juiz, tendo como fundamento legal o artigo 6º, VIII, do CDC.

A inversão convencional, por seu turno, consiste na alteração nas mencionadas regras legais mediante ato concertado entre as partes, sendo autorizada de modo indireto no artigo 333, parágrafo único, do CPC, dependendo apenas da natureza dos direitos em litígio e do efeito da inversão, que não pode acarretar extrema dificuldade para uma das partes.

3 Hipóteses de inversão do ônus da prova: hipossuficiência e verossimilhança

A doutrina diverge quanto à taxatividade das hipóteses autorizadoras da inversão do ônus da prova. O renomado processualista mineiro Humberto Theodoro Junior e o jurista carioca Carlos Roberto Barbosa Moreira, nas obras já mencionadas, defendem que as hipóteses de admissibilidade da inversão do ônus da prova são taxativas e devem ser interpretadas restritivamente, tendo em vista o caráter excepcional da medida.

⁷ BARBOSA MOREIRA, 1997, p.123-140.

⁸ Nesse sentido, WATANABE, 2001, p. 732-737.

Ainda com fulcro na excepcionalidade, a jurista Maristela da Silva Alves defende, a nosso ver com propriedade, que o juiz deve valer-se primeiramente, e sempre que possível, de seu poder instrutório geral, determinando de ofício a produção das provas que reputar necessárias, visto que tal mecanismo atende com maior eficácia ao princípio da verdade real, devendo relegar a segundo plano a decretação da inversão do ônus da prova (caráter subsidiário)⁹.

Em sentido diametralmente oposto posiciona-se o jurista Luiz Guilherme Marinoni, segundo o qual a inversão mostra-se admissível ainda que não haja previsão legal expressa, podendo ser decretada sempre que o juiz verificar que se trata de relação jurídica perigosa ou de responsabilidade decorrente da criação de perigo pelo réu ou, ainda, quando diante de relações jurídicas que emergjam em decorrência da violação de deveres legais pelo réu. Para esse célebre processualista, a regra da inversão do ônus da prova decorre, pois, da análise do direito material.

Feitas essas considerações, cumpre analisar as duas hipóteses previstas no artigo 6º, VIII, do CDC, que autorizam a decretação da inversão do ônus da prova, quais sejam, a *verossimilhança das alegações* e a *hipossuficiência da parte*. De acordo com a corrente doutrinária a que se filie entre as duas acima expostas, concluir-se-á que a inversão será possível *apenas* nessas duas hipóteses (primeira corrente *supra*) ou, de outro lado, entender-se-á que se trata de mero balizamento, indicativo dos parâmetros a serem adotados no caso concreto (segunda corrente *supra*). De qualquer modo, a análise das hipóteses mostra-se de todo valiosa.

Afigura-se assente em sede doutrinária que as duas hipóteses previstas no artigo 6º, VIII, do CDC são *alternativas* e não cumula-

⁹ ALVES, 1999, p. 78-89.

tivas, ou seja, basta a verificação de uma das hipóteses para que seja admissível a decretação da inversão.

Com efeito, a primeira hipótese consiste na admissão da inversão do ônus da prova no caso de *verossimilhança* da alegação do consumidor, tratando-se de relação consumerista, ou do empregado, tratando-se de relação empregatícia. Segundo abalizada doutrina, não se trata de autêntica inversão. Em verdade, o juiz, de acordo com as máximas de experiência, considera produzida uma prova que incumbe a uma das partes¹⁰.

Dito isso, verifica-se que abalizada doutrina¹¹ identifica o conceito de verossimilhança apto a ensejar a inversão com aquele exigido para a concessão de medida cautelar e tutela antecipada. Assim sendo, a delimitação do conceito de verossimilhança não se afigura tarefa árdua, visto que se mostra possível aplicar critérios já conhecidos pelos operadores do Direito.

Cumprido, contudo, destacar que a verificação da presença de verossimilhança perpassa necessariamente pelo exame de material probatório de feição indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor ou do empregado. De fato, cabe ao autor fazer prova de elementos indiciários, que levem à formação da convicção judicial acerca da verossimilhança de suas alegações. Tais indícios conduzem às presunções, que, destaque-se, não se confundem com as meras *suposições*, que consistem em simples especulação e não possuem o condão de caracterizar a verossimilhança.

A todas as luzes, destaca Humberto Theodoro Junior que, tendo em vista o caráter excepcional da inversão do ônus da prova,

¹⁰ WATANABE, 2001.

¹¹ BARBOSA MOREIRA, 1997.

é necessário que o autor apresente indícios relativos às suas alegações, sob pena de se admitir o ajuizamento de demandas absurdas, calcadas em fatos e alegações absolutamente impossíveis de serem comprovados, o que não deve ser admitido.

A segunda hipótese prevista no artigo 6º do CDC consiste na hipossuficiência do autor. Reconhece a doutrina que se trata, nesse caso, de verdadeira inversão do ônus da prova.

O conceito de hipossuficiência não se confunde com aquele previsto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei Federal n. 1.060/1950, que se restringe à vulnerabilidade *econômica*. O termo a ser utilizado no âmbito da inversão do ônus da prova deve ser mais abrangente, alcançando não apenas a carência de recursos financeiros, mas também a vulnerabilidade técnica e de conhecimento^{12 e 13}.

O jurista Carlos Roberto Barbosa Moreira, em obra anteriormente citada, vai além e afirma que a hipossuficiência abrange qualquer um que tenha a tarefa probatória dificultada *no caso concreto*, citando como exemplo o portador de vírus HIV, que o contraiu há décadas em transfusão de sangue em determinado hospi-

¹² A esse respeito, WATANABE, 2001.

¹³ Nesse sentido posiciona-se o E. TJRJ, consoante infere-se do seguinte aresto: “Apelação. Ação de indenização por danos morais. Concessionária de serviço público de telefonia. Inscrição do nome da autora em cadastro restritivo de crédito. Débito decorrente de linha telefônica não solicitada pela autora. Sentença de procedência do pedido. Inobstante a responsabilidade objetiva, a sistemática empregada pelo CDC impôs a inversão do ônus da prova em desfavor do fornecedor do produto ou serviço, em razão da hipossuficiência técnica e econômica do consumidor. Ônus da prova passado para a apelante, que não a produziu, adequadamente, para justificar o seu objetivo no processo. A inclusão indevida do nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito afronta a teoria da qualidade. Dano moral *in re ipsa*. O arbitramento do valor da reparação do dano moral deve caracterizar-se por ser moderado e proporcional. Modificação do apelo, para se reduzir o *quantum* indenizatório. Provedimento parcial do recurso” (Ac 28242/2006, rel. des. Ronald Valladares, 16ª Câmara Cível, julgado em 5.9.2006).

tal. Afigura-se extremamente difícil para o paciente demonstrar o nexo causal entre a transfusão realizada anos atrás e a doença contraída, principalmente porque os pacientes não têm por hábito guardar os documentos por longo período, mas essa comprovação mostra-se mais fácil para o hospital, que tem o dever de mantê-los em seus arquivos.

4 Objeto da inversão

Conforme entendimento prevalecente em sede doutrinária, o objeto da prova consiste nos *factos* alegados pelas partes¹⁴.

De acordo com a regra geral de distribuição do ônus da prova, salienta o processualista Wagner Giglio, tratando do Direito Processual do Trabalho, que a prova cabe a quem alega o fato, devendo ser interpretado o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) à luz do artigo 333 do CPC, apesar de não haver propriamente uma omissão na lei trabalhista, conforme exigido no artigo 769 da CLT.

Desse modo, cabe ao *reclamante* provar os fatos constitutivos do direito alegado, enquanto cabe ao *reclamado* comprovar os fatos extintivos, como, por exemplo, o cumprimento integral do contrato ou o pagamento das indenizações legais, bem como os fatos impeditivos e modificativos do direito alegado pelo autor, como, por exemplo, a existência de pedido de demissão, a ocorrência de justa causa para a despedida ou o gozo de descanso em outro dia da semana¹⁵.

Todavia, uma vez decretada a inversão do ônus da prova, fica subvertida a regra geral de distribuição do ônus da prova, devendo

¹⁴ Por todos, THEODORO JUNIOR, 2004.

¹⁵ GIGLIO, 1997.

a parte comprovar fatos que não foram por ela alegados. Cabe, nesse momento, indagar quais seriam os fatos passíveis de serem transferidos à parte contrária ou, em outras palavras, qual seria o objeto da inversão do ônus da prova¹⁶.

A doutrina sustenta que a inversão deve voltar-se para fatos que se mostrem:

- (a) *relevantes* para o deslinde do litígio, quais sejam, aqueles aptos e suficientes para comprovar a existência do fato constitutivo do direito do autor;
- (b) *controvertidos*, ou seja, que tenham sido alegados pelo autor e rechaçados pelo réu na contestação, sendo certo que fatos incontroversos não são objeto de prova, já que sobre eles paira presunção legal de veracidade (CPC, art. 334, III);
- (c) *específicos*, vale dizer, fatos *determinados* que tenham sido apontados pelo autor como suficientes para comprovar o seu direito. Assim sendo, sustenta-se que o juiz não deve admitir que o autor da ação alegue *fatos abstratos e genéricos* que apresentem impossibilidade absoluta de comprovação.

¹⁶ O E. TST editou a Súmula n. 338, prevendo a possibilidade de inversão do ônus da prova quanto ao cumprimento de hora extra, conforme se extrai do teor da citada súmula, *in verbis*: “JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário (ex-Súmula n. 338 – Res. 121, DJ de 21 nov. 2003). II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário (ex-OJ n. 234 – Inserida em 20.6.2001). III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir” (disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2006).

Nesse caso, seria impossível não só para o autor comprovar tais fatos, mas para qualquer pessoa (impossibilidade absoluta ou objetiva), visto que se trata de fatos indefinidos. Nessa hipótese, observa o jurista Humberto Theodoro Junior que não cabe a inversão do ônus da prova, mas sim a prolação de sentença de improcedência do pleito autoral.

Indo além, o citado jurista alerta para o que denomina “cruzada antiempresa”. Segundo ele, a sucessiva decretação da inversão do ônus da prova em ações fundadas em fatos genéricos e indeterminados acaba por desvirtuar o instituto, utilizando-o como instrumento de garantia da vitória do autor, ou seja, de sucesso no mérito.

Em última análise, a constante sucumbência por parte das empresas em inúmeros litígios consumeristas – raciocínio que se aplica, por analogia, às relações trabalhistas –, em decorrência da transferência para elas de fatos de impossível comprovação, enfraquece tais empresas, acarretando, até mesmo, o encerramento de suas atividades ou o seu mau desenvolvimento. Com isso, a inversão do ônus da prova, em vez de promover o incremento das relações consumeristas e trabalhistas e tornar as empresas mais sérias e competitivas, irá enfraquecer o mercado e, em última análise, o próprio consumidor, que terá à sua disposição empresas com menor competitividade e, portanto, menor eficiência.

Cumprir registrar entendimento doutrinário parcialmente diverso, defendido por Luiz Guilherme Marinoni, para quem o ônus da prova de *fato específico*, mas que encerre *impossibilidade absoluta* de comprovação – ou seja, que não possa ser comprovado nem pelo autor nem pelo réu – e sobre o qual o juiz não tenha formado sequer juízo de verossimilhança, deve ser transferido à parte ré, enquanto o processualista mineiro antes citado defende, conforme

visto, a prolação de sentença de improcedência do pedido autoral¹⁷, posição com a qual concordamos.

A doutrina rejeita a inversão do ônus da prova tendo por objeto as chamadas *provas diabólicas*. Nesse conceito inserem-se não só as provas baseadas em fatos indeterminados ou inespecíficos, conforme destacado nas linhas anteriores, como também a prova de *fato negativo absoluto e indefinido*. Por fato negativo tem-se aquele que se dirige a algo que não ocorreu. É admissível, contudo, a inversão do *onus probandi* de fato negativo que possa ser comprovado a partir de um fato positivo, ou seja, partindo-se de algo que ocorreu, consegue-se comprovar que algo não ocorreu. Por outro lado, não se afigura admissível decretar a inversão do ônus da prova acerca de fato negativo absoluto e indefinido, vale dizer, a comprovação do nada, do inexistente, já que tal se mostra impossível.

¹⁷ Do mesmo modo, não se admite a inversão do ônus da prova quando a sua produção se revele de fácil consecução pela parte autora. Nesse sentido posiciona-se o E. TJRJ, conforme se depreende do seguinte aresto: “Responsabilidade civil. Casa bancária. Contrato de conta corrente encerrado. Conta sem qualquer movimentação. Inscrição no órgão protetivo de crédito não comprovada pela parte. Dano moral inexistente. Relação de consumo inversão do ônus da prova – art. 6º, VIII, do CDC. 1 – Alegação de inscrição do nome da correntista no cadastro de proteção ao crédito não demonstrada, após pedido de encerramento de conta. 2 – Dever de indenizar inexistente ante a ausência de dano. 3 – Inversão do ônus da prova somente aplicável às provas de difícil produção pela autora, a prova de inscrição nos cadastros restritivos de crédito é de simples realização, não cabendo ao réu a produção de prova negativa. Desprovimento da apelação” (Ac 42315/2006, rel. des. Antonio Saldanha Palheiro, 5ª Câmara Cível, julgado em 12 set. 2006). O mesmo entendimento é dispensado às relações trabalhistas, conforme se extrai do seguinte julgado: “EMENTA: ÔNUS DA PROVA. DEPÓSITOS DO FGTS. Correto o raciocínio de que compete, em regra, ao empregador, que dirige a relação empregatícia, a guarda dos documentos a ela relativos. Todavia, ao alegar o descumprimento de alguma obrigação atrai o empregado para si o ônus da prova, justificando-se sua inversão somente quando estiver impossibilitado de a oferecer, o que não é o caso do FGTS, visto que tem pleno acesso à conta vinculada, podendo obter do órgão gestor extratos analíticos para fazer a prova, mormente quando não define o período no qual não houve o depósito ou houve em valor inferior. Inteligência da OJ n. 301 da SBDI-I do TST” (TRT 3ª Região – 00413-

5 Momento da decretação da inversão

Paira acirrada divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o momento adequado para a decretação, pelo juiz, da inversão do ônus da prova. Em síntese, os posicionamentos a respeito do tema dividem-se em três correntes, a seguir expostas.

5.1 No despacho inicial

A corrente doutrinária que defende seja a inversão do ônus da prova decretada pelo juiz no despacho que recebe a petição inicial sustenta que esse seria o momento processual adequado, uma vez que as partes seriam alertadas *ab initio* acerca de quais seriam os ônus que caberiam a cada qual delas provar ao longo do processo.

Essa corrente recebe acertadas críticas, no sentido de que seria prematura a decretação da inversão nesse momento, tendo em vista que, àquela altura, o réu sequer teria contestado, razão pela qual ainda não se saberia quais fatos se tornariam controvertidos. Com efeito, conforme salientamos em capítulo antecedente, somente os fatos controvertidos devem ser objeto de inversão do ônus probatório. Alie-se a isso o fato de que, justamente por ser excepcional, a inversão do ônus da prova deve ser decretada somente quando se mostrar necessária, o que resta comprometido com a sua adoção logo ao início do processo.

5.2 Na sentença

Segundo o jurista Kazuo Watanabe¹⁸, o momento adequado para a decretação da inversão corresponde à sentença, isso porque o ônus da prova consiste em regra de julgamento que orienta o

2004-093-03-00-4 RO, 5ª Turma, rel. juiz José Murilo de Moraes, publicado em 9 out. 2004. Grifou-se).

¹⁸ WATANABE, 2001.

juiz na solução do caso que lhe é submetido. Desse modo, somente quando o juiz se depara, no julgamento da causa, com uma situação de incerteza – ou de ausência de verossimilhança, como prefere Luiz Guilherme Marinoni – quanto aos fatos, deve ele valer-se das regras de distribuição do ônus da prova, especialmente à sua inversão, a fim de evitar o *non liquet*.

De acordo com Kazuo Watanabe, a inversão do ônus da prova não pode ser decretada em momento anterior, pois feriria o princípio da imparcialidade do juiz, que estaria prejudgando o mérito do processo ao determinar a inversão.

Todavia, ousamos discordar desse posicionamento. Com efeito, o ordenamento jurídico pátrio confere ao juiz o poder instrutório geral, cabendo a ele até mesmo determinar a produção das provas que entender necessárias *de ofício*, sem que se vislumbre, nesse caso, a violação do dever de imparcialidade. Assim sendo, a inversão do ônus da prova consiste em instrumento por meio do qual o juiz adota postura menos ativa do que ao valer-se do poder instrutório geral. Isso porque, ao decretar a inversão do ônus da prova, o juiz não tem a iniciativa de determinar especificamente *quais* meios de prova serão produzidos a fim de comprovar determinados fatos relevantes, mas apenas *transfere à parte ré* o respectivo ônus, cabendo a ela definir os meios e o modo com que se desincumbirá desse ônus. Os defensores da corrente ora em análise sustentam que, ao inverter o ônus da prova, o juiz estaria demonstrando uma propensão a julgar favoravelmente à parte autora, revelando, pois, um prejulgamento.

No entanto, essa mesma crítica deveria, então, ser dirigida ao poder instrutório geral, visto que, caso o juiz determinasse de ofício a produção de determinada prova a fim de demonstrar, por exemplo, o fato constitutivo do direito do autor, essa medida denotaria que o juiz não reputa suficientemente provadas as alegações do autor. Nesse caso, estaria, então, o juiz igualmente externando o

seu convencimento. No entanto, forçoso convir que tanto o poder instrutório geral quanto a inversão do ônus da prova não ferem a imparcialidade do juiz, configurando instrumentos destinados a alcançar o acesso à justiça e a justiça e que se harmonizam com a postura ativa do juiz na direção do processo.

Alie-se a isso o fato de que o ônus da prova ostenta dois aspectos – subjetivo e objetivo – consoante apresentado no item 2 do presente trabalho. Assim sendo, de acordo com o aspecto subjetivo, as normas sobre repartição do ônus probatório são *regras de comportamento* dirigidas às partes litigantes, por meio das quais elas ficam cientes, com antecedência, dos fatos que cabem a cada qual delas provar ao longo do processo¹⁹.

Por conseguinte, a decretação da inversão no momento da sentença subtrai da parte ré qualquer chance de se desincumbir do (novo) ônus probatório, pela simples razão de que a fase instrutória já se esgotou sem que ela sequer soubesse que mais esse fato lhe incumbiria comprovar. Daí por que não o fez oportunamente. Se soubesse, decerto teria ao menos tentado comprovar também esse fato cujo ônus lhe foi transferido. Sob tais fundamentos, sustenta-se que teriam sido violados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em resposta às críticas formuladas, Kazuo Watanabe sugere que o juiz “alerte” abstratamente, por ocasião do despacho saneador, sobre o teor do artigo 6º, VIII, do CDC, ou seja, que o magistrado aluda à possibilidade de ser, na sentença, invertido o ônus da prova, sem que isso signifique qualquer juízo sobre a futura decretação da inversão em concreto. Com isso, segundo o aludido jurista, estaria afastada qualquer alegação de vulneração de garantias processuais e constitucionais do réu.

¹⁹ BARBOSA MOREIRA, 1997, p. 36.

No entanto, ousamos discordar do notável jurista ainda nesse ponto. A nosso ver, o mero “alerta” pelo juiz sobre o teor de um dispositivo legal não possui qualquer efeito jurídico. De fato, a ninguém é dado alegar desconhecimento da lei. Assim sendo, forçoso convir que o réu tem conhecimento de que *a lei admite, em tese*, a inversão do ônus da prova em relações consumeristas – e igualmente em relações trabalhistas. No entanto, não tendo sido proferida decisão judicial de decretação da inversão do ônus da prova naquele processo, afirmando expressamente quais os fatos cujo ônus probatório foi transferido à parte ré, por certo o réu fica submetido, até então, à regra geral de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333, aplicável também às relações trabalhistas, consoante exposto anteriormente). Desse modo, a decretação da inversão por ocasião da prolação da sentença, já esgotada a fase instrutória, toma o réu de surpresa, impondo-lhe novo ônus quando não lhe é dada mais nenhuma oportunidade de dele se desincumbir, e, portanto, vulnera sim as suas garantias processuais.

Carlos Roberto Barbosa Moreira afirma, com propriedade, que a decretação da inversão na sentença desvirtua o propósito do instituto, que a rigor seria o de facilitar a defesa do consumidor, acabando por destiná-lo a garantir a própria vitória do autor.

5.3 Momento antecedente ao início da instrução

A terceira corrente doutrinária, à qual nos filiamos, sustenta que a inversão do ônus da prova deve ser decretada em momento anterior ao começo da fase instrutória, a fim de dar ciência a ambas as partes de quais são exatamente os fatos que lhes incumbirão provar ao longo do processo. Esse é, a nosso ver, o entendimento consentâneo com os princípios da ampla defesa e do contraditório, que norteiam o Direito Processual Civil moderno.

Com efeito, deve o juiz decretar a inversão por ocasião da audiência de conciliação, quando fixa os fatos controvertidos, devendo conjuntamente definir a quem caberá comprovar cada um deles, a teor do artigo 331, § 2º, do CPC²⁰.

Indo além, o jurista Carlos Roberto Barbosa Moreira sustenta, com razão, que, caso o juiz verifique, no momento em que os autos estão conclusos para sentença, que deve inverter o ônus da prova, então deverá proferir decisão interlocutória nesse sentido e reabrir a instrução²¹.

6 Decisão judicial de decretação da inversão do ônus da prova

A inversão do ônus da prova, fundada no artigo 6º, VIII, do CDC, não se opera automaticamente²², dependendo de decisão judicial que a determine no caso concreto²³.

²⁰ Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, 1997.

²¹ No mesmo sentido, THEODORO JUNIOR, 2004.

²² Nesse sentido posiciona-se o E. TJRJ, conforme ementa a seguir transcrita: “Acórdão. Apelação cível. Ação de repetição de indébito cumulada com indenização por danos morais. Contrato de empréstimo com garantia fiduciária. Julgamento antecipado da lide. Improcedência do pedido. Alegação do recorrente que o juízo *a quo* haveria incorrido em *error in procedendo*, haja vista suposta violação ao princípio constitucional da ampla defesa. O Magistrado é o destinatário final das provas, importando dizer que compete ao mesmo rechaçar a produção de provas que se revelem desnecessárias ao julgamento da causa. A inversão do ônus da prova, que encontra amparo legal no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, não tem aplicação imediata pelo simples fato de restar configurada a relação de consumo, para tanto faz-se necessária a presença de demais requisitos tais como a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações. Hipossuficiência não vislumbrada, eis que não verificada, no caso em tela, qualquer dificuldade da consumidora produzir provas capazes de demonstrar o direito alegado. Narrativa perpetrada na inicial desacompanhada de mínimo lastro probatório, decorrendo daí a falta de verossimilhança das alegações deduzidas. Inversão do *onus probandi* corretamente indeferida. Ausência de elementos que denotem cobrança indevida de valores, tornando assim inviável a pretensão de repetição do indébito. O dano

Todavia, discute-se qual a *natureza* da atuação do juiz ao decretar a inversão do ônus da prova. O processualista Humberto Theodoro Junior sustenta que se trata de uma *faculdade judicial*. Segundo ele, estando presentes os pressupostos que autorizam a inversão, possui o juiz a faculdade de decretá-la.

No entanto, ousamos divergir de tal posicionamento. A nosso sentir, trata-se, em verdade, de um poder-dever do magistrado, e não uma mera faculdade²⁴. Conforme destacado pelo próprio jurista acima mencionado, deve o juiz *verificar a presença* dos pressupostos autorizadores da inversão. Contudo, caso se entenda que o juiz possui uma faculdade, então, ainda que presentes os requisitos, poderá o juiz *optar* discricionariamente entre decretar a inversão do ônus da prova ou não fazê-lo.

A nosso ver, contudo, trata-se de poder-dever, cabendo ao juiz inverter o ônus da prova sempre que considerar presentes os requisitos legais autorizadores, a fim de facilitar a defesa da parte autora. Em outras palavras, estando presente uma das hipóteses legais autorizadas da inversão, emerge para a parte autora o direito de ver o ônus da prova invertido em seu favor, como forma de reequilibrar a relação processual estabelecida entre as partes.

Dito isso, é preciso traçar uma distinção. Com efeito, a nosso sentir, não há discricionariedade judicial quanto à decretação da inversão do ônus da prova, ou seja, não há juízo de conveniência e

moral invocado pelo demandante não restou comprovado nos autos, razão pela qual não se tem como prosperar a pretensão compensatória. Recurso desprovido” (AC 45527/2006, rel. des. Maria Helena Martins, julgado em 31.10.2006).

²³ Nesse viés de orientação, BARBOSA MOREIRA, 1997; THEODORO JUNIOR, 2004.

²⁴ Segundo De Plácido e Silva (1998, p. 344), o termo faculdade significa “poder que se tem para que se faça alguma coisa, seja de ordem física ou de ordem moral. [...] exprime a *possibilidade* de poder fazer ou agir, o que se entende ter autoridade para fazer alguma coisa ou agir de certa maneira para defesa ou aquisição de direitos, ou para o exercício de direitos”.

oportunidade do magistrado sobre a decretação ou não da inversão do ônus da prova, por tratar-se de poder-dever. Por outro lado, forçoso convir que as hipóteses autorizadoras da inversão, notadamente a hipossuficiência e a verossimilhança, consistem em conceitos jurídicos indeterminados. Dessa forma, a sua verificação, no caso concreto, pelo juiz, embora não pressuponha o exercício de discricionariedade judicial propriamente, decerto exige a *interpretação* a ser dada pelo juiz a tais conceitos jurídicos indeterminados²⁵.

Ainda acerca da decisão judicial que decreta a inversão do ônus da prova, cumpre destacar a necessidade de fundamentação, em obediência ao artigo 93 da Constituição Federal. Com efeito, a referida decisão acarretará um gravame à parte ré, incrementando o seu ônus probatório. Diante disso, sobreleva a necessidade de o juiz apresentar claramente os fundamentos que motivaram a concessão da inversão ou, de outra parte, o seu indeferimento, em detrimento do autor. A motivação da decisão permite, como salientamos em momento anterior do presente trabalho, o controle e a sindicabilidade pelas partes, constituindo um fator legitimador da função jurisdicional e consentânea com o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o jurista Carlos Roberto Barbosa Moreira, em citada obra, destaca, com propriedade, que não basta a mera alusão, pelo juiz, da norma sobre a qual lastreia a sua decisão, tampouco a transcrição literal da disposição legal. Cabe ao magistrado apontar os fundamentos, extraídos dos autos, que justificam ou não a inversão do ônus da prova.

7 Efeitos da inversão do ônus da prova

São considerados efeitos da inversão do ônus da prova:

²⁵ WAMBIER, T.A.A., 2006.

- (a) a isenção ao consumidor de provar o nexo causal, em caso de responsabilidade objetiva;
- (b) em caso de responsabilidade subjetiva, isenção ao consumidor de provar, outrossim, o fato de que o réu teria agido com culpa ou dolo;
- (c) transferência, ao réu, do respectivo ônus de que fora o autor isentado;
- (d) possibilidade de o fato alegado pelo autor ser reputado verdadeiro, com a (provável) consequência de ser o mérito julgado favoravelmente ao demandante, caso o réu não se desincumba do novo ônus que lhe foi transferido.

No entanto, tem-se que a inversão do ônus da prova não possui o condão de liberar o consumidor de comprovar a *ocorrência do dano*, o que lhe compete²⁶.

8 Teoria da carga dinâmica da prova

Cumpre, nesse momento, abordar, ainda que sucintamente, a teoria da carga dinâmica da prova, tendo em vista a sua íntima relação com o tema ora em estudo. Com efeito, a teoria da carga dinâmica da prova rompe com a visão estática tradicional da prévia distribuição do ônus da prova entre as partes, a fim de adequar a distribuição *ao caso concreto*, atribuindo o ônus da prova à parte que estiver em melhor condição de fazê-lo.

Essa teoria abandona o prévio e abstrato estabelecimento do ônus probatório e sustenta que a atribuição do ônus da prova independe da posição que as partes ocupam no processo. De igual sorte,

²⁶ Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, 1997.

será de pouco relevo a natureza do fato invocado (constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo do direito). Ao revés, assumem relevo para a aplicação do citado princípio as *particularidades do caso concreto* e a *natureza do fato a ser provado*, com o objetivo de se imputar o encargo à parte que, *pelas circunstâncias concretas*, possua melhores condições de fazê-lo²⁷.

Cumprir registrar que esse princípio foi amparado no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, de autoria dos professores Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe, estando previsto no artigo 11²⁸.

É autorizado afirmar que a teoria da carga dinâmica da prova se mostra mais abrangente do que o mecanismo de inversão do ônus da prova. Isso porque a decretação da inversão do ônus da prova, tal qual adotada em nosso ordenamento jurídico, depende da verificação da presença de requisitos ditados pela lei, como a

²⁷ NASCIUTTI, 2006.

²⁸ “§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, § 5º, inciso IV).

§ 4º O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.”

hipossuficiência e a verossimilhança. Com efeito, prevalece a distribuição do ônus da prova previsto no artigo 333 do CPC, cabendo ao juiz afastar essa regra, em caráter excepcional, caso verifique o preenchimento dos requisitos legais. A teoria da carga dinâmica da prova, por outro lado, abandona qualquer previsão legal abstrata de distribuição do ônus da prova (como aquela prevista no artigo 333 do CPC) e privilegia as particularidades do caso concreto, portanto, sem atentar para qualquer balizamento legal, o que ocorre quanto à inversão do ônus da prova.

9 Distinção entre ônus da produção da prova e ônus financeiro da prova

A jurisprudência corretamente traçou a distinção entre ônus da produção da prova e ônus financeiro da prova. Com efeito, pela inversão do ônus da prova, transfere-se ao réu o ônus de comprovar determinado fato, alegado pelo autor. Nesse passo, caso não sejam produzidas as provas necessárias a afastar as alegações tecidas pelo autor, elas serão reputadas verdadeiras.

Com isso não se confunde o ônus financeiro pela produção dos meios de prova. Ainda que seja invertido o ônus da prova, caso o autor insista na produção de determinada prova, não poderá o réu ser compelido a seu pagamento. Com efeito, caso a prova requerida pelo autor não venha a ser produzida em razão de o réu ter se negado a custeá-la e o juiz entender que a parte ré não se desincumbiu do ônus que lhe fora imposto em razão da inversão do ônus da prova, a consequência será a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, em desfavor do réu²⁹.

²⁹ Nesse sentido se posiciona o E. Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere do seguinte aresto: “Consumidor. Recurso especial. Inversão do ônus da prova. Responsabilidade pelo custeio das despesas decorrentes de sua produção. Preceden-

10 Conclusão

Por todo o exposto, verificamos que o instituto da inversão do ônus da prova consiste em instrumento de vanguarda destinado a restabelecer o equilíbrio entre as partes do processo, desfeito em razão da hipossuficiência da parte autora. Esse desequilíbrio se verifica na relação de direito material – seja a relação de consumo, seja a relação empregatícia – e reflete diretamente na relação processual, podendo, inclusive, comprometer o acesso à justiça e a isonomia.

Atentos a essa problemática, tanto o legislador pátrio quanto os tribunais brasileiros vêm disciplinando o instituto e acolhendo-o no cotidiano forense como meio eficaz de garantir a persecução das garantias constitucionais processuais.

tes. Prova pericial requerida apenas pelo consumidor. Ônus pelo adiantamento do pagamento dos honorários do perito. Art. 33 do CPC. – *Conforme entendimento da 3ª Turma, a inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor.* No entanto, sofre as consequências processuais advindas de sua não-produção. – Se a prova pericial foi requerida apenas pelo autor, é apenas ele quem deve adiantar o pagamento dos honorários periciais, conforme determina o art. 33 do CPC, ainda que à demanda seja aplicável o Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial conhecido e provido” (Resp 661149/SP, 3ª Turma STJ, rel. min. Nancy Andrighi, julgado em 17.8.2006). No mesmo viés de orientação posiciona-se o E. TJRJ, consoante se infere do seguinte julgado: “Consumidor e processual civil. Demanda contra concessionária de serviços de energia elétrica, sob alegação de irregularidades no sistema de medição sob sua responsabilidade, bem como contra cobrança de consumo energético recuperado. Formulação de requerimento de prova pericial por ambas as partes, sendo o autor beneficiário da gratuidade de justiça. Decisão impugnada que determina a partição por igual do encargo relativo aos honorários de perícia. Inversão do ônus da prova. Assistência judiciária. Aplicação do art. 6º, VIII, CDC, e art. 3º, V, da Lei n. 1.060/50. *Inversão do ônus probatório que não produz o efeito de obrigar o fornecedor a pagar as custas da prova requerida por ambas as partes ou somente pelo consumidor, sujeitando aquele, entretanto, a sofrer as consequências processuais advindas da falta da respectiva produção.* Parcial provimento do agravo de instrumento” (AI n. 19837/2006, 3ª Câmara Cível, rel. des. Luis Fernando de Carvalho, julgado proferido em 4.10.2006).

Com efeito, conclui-se que o instituto da inversão do ônus da prova, sendo utilizado com racionalidade e prudência, insere-se no contexto maior de garantia da cidadania e de acesso à justiça, valores tão caros ao Estado Democrático de Direito.

Referências

ALVES, Maristela da Silva. O ônus da prova como regra de julgamento. In: _____. *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CASTELO, Jorge Pinheiro. A facilitação do acesso à Justiça e à ordem jurídica justa e a inversão do ônus da prova no CDC e na CLT. In: _____. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade*. São Paulo: LTr, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1 e 3.

FERNANDEZ, Atahualpa. A desigualdade como critério de distribuição do ônus da prova. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, ano 12, 2002.

GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

LIMA, Maria Marta Moreira de. *Acidentes do trabalho: responsabilidades relativas ao meio ambiente laboral*. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 3 nov. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 10 out. 2006.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NASCIUTTI, Fernanda Rochoael. *Cargas probatorias dinâmicas*. Dissertação inédita. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Livre apreciação da prova: perspectivas atuais*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 10 out. 2006.

PRATES, Clarice Couto e Silva de Oliveira. *A prova pericial no processo de acidente do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre o ônus da prova*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 10 out. 2006.

WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.