

A PROVA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

Christiane Cavalcante

Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Advogada em São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil, como norma geral, aplica-se às ações que versem sobre direitos metaindividuais, naquilo que não contrariar o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública (CDC, artigo 90 e LACP, artigo 21).

Na verdade, no tocante à prova, o principal ponto de especificidade encontra-se disciplinado no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a inversão do ônus da prova como meio de facilitação da defesa do consumidor, a critério do juiz, desde que presentes os requisitos da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência.

Outro ponto de diferenciação é que o Código de Defesa do Consumidor filiou-se, como regra, à Teoria Objetiva e, por exceção, acolheu a responsabilidade subjetiva (parágrafo 4º do art. 14). Em se tratando de responsabilidade subjetiva, o ônus da prova incumbe à vítima, autora da ação, ao passo que, na responsabilidade objetiva, a vítima é dispensada deste ônus, ou porque a culpa já é presumida, ou porque se trata de uma hipótese de responsabilidade independente de culpa (art. 12, art. 14 e art. 38 do CDC).

Nestes pontos, o Código de Defesa do Consumidor não fez distinção entre tutela individual e coletiva, razão pela qual a inversão do ônus da prova e a regra da responsabilidade objetiva são perfeitamente aplicáveis à tutela coletiva. Aliás, com muito mais razão de ser, pois o interesse protegido é o da coletividade.

Visando estudar o tema, o presente artigo inicia-se com uma superficial análise sobre a teoria geral da prova no processo civil, desde o conceito de prova até uma breve explicação sobre ônus da prova. Posteriormente, caminhando em direção às especificidades da prova na tutela coletiva, analisa as provas em espécie, uma a uma,

englobando ainda a prova emprestada e a prova produzida no inquérito civil. Temos ainda os principais pontos considerados controvertidos pela doutrina e jurisprudência sobre a inversão do ônus da prova, momento da inversão e sua aplicabilidade na tutela coletiva.

Há, por fim, breve comentário sobre o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, que representará, quando aprovado, importante instrumento na matéria coletiva, em especial probatória.

Assume-se, portanto, não só um trabalho, mas um desafio, desejando-se não inovar, mas trazer ao mundo jurídico algum acréscimo pessoal que possa suscitar novas questões ou ao menos manter o calor das discussões sobre a prova na tutela coletiva do consumidor, sempre tão inovadora e viva.

2. TEORIA GERAL DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

2.1. Conceito de prova

A prova é um dos mais importantes institutos do processo civil, já que é o meio que as partes têm para convencer o Juiz da verdade de um fato. É através da prova que o juiz irá formar sua convicção. Dela depende o sucesso (prova bem produzida) ou o insucesso (prova mal ou sequer produzida) da demanda.

O Professor Vicente Greco Filho, em linguagem bastante didática, ensina que “a prova é todo elemento que pode levar ao conhecimento de um fato a alguém.¹”

João Penido Burnier Júnior², por prova entende a “*atividade que se desenvolve no curso de um processo e cujo objetivo é demonstrar a veracidade dos fatos alegados pelos sujeitos processuais.*”

¹ In *Direito Processual Civil*, 2º vol., p. 179.

² In *Teoria Geral da Prova*, p. 10.

Chiovenda define prova como “a convicção do juiz sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo.”³

Para o jurista colombiano Jorge Fábrega⁴, prova constitui todos os meios que serve para investigar e demonstrar qualquer coisa ou fato.

Segundo Mario Conte⁵, renomado jurista italiano, prova é aquele instrumento processual que a parte deve fornecer para sustentar sua própria defesa processual em juízo.

E, finalmente, Antonio Dellepiane⁶, jurista argentino, conceitua a prova no sentido de ação de provar, é a confrontação da versão de cada parte com os elementos ou meios produzidos para afiancá-la.

2.2. Objeto de prova

Constituem objeto de prova somente os fatos, não o direito⁷. Mas não é qualquer fato, somente os fatos relevantes, pertinentes, controversos e precisos devem ser provados.

Discorrendo sobre o tema, o professor João Batista Lopes⁸ ensina que fatos relevantes “são os acontecimentos da vida que influencia o julgamento da lide (v.g.: tráfego na contramão de direção para caracterizar a culpa numa ação de reparação de dano; conduta desonrosa como causa de separação judicial etc.). E sobre os fatos pertinentes, diz que são os que têm relação direta ou indireta com a causa (v.g.: em acidente de trânsito, é pertinente saber a extensão dos danos, a posição em que ficaram os veículos após o evento, a existência de placas de sinalização no local etc.; mas é impertinente

³ In *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 91.

⁴ “... se entiende por prueba todo médio que sirve para investigar y demostrar cualquier cosa o hecho.” In *Teoria General de la Prueba*, p. 22.

⁵ “... quello strumento processuale che ogni parte deve fornire per sostenere la fondatezza della própria posizione processuale in um giudizio”, in *Lê Prove Nel Processo Civil*, p. 9.

⁶ “... em el sentido de acción de probar, es la confrontación de la versión de cada parte com los elementos o médios producidos para abonarlas.” In *Nueva Teoria General de La Prueba*, p. 19.

⁷ Salvo direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, conforme art. 337 do CPC.

⁸ João Batista Lopes, op. cit., p. 32.

saber se o réu é proprietário do prédio em que mora, se é solteiro ou casado etc.). Por fatos controversos ou controvertidos, são os que, afirmados por uma das partes, venham a ser impugnados pelo adversário (v.g., na ação de reparação de dano retro mencionada, poderá ocorrer que o réu impugne a alegação de culpa pelo acidente, mas deixe de impugnar o valor pleiteado pelo autor pelos danos sofridos). E, por fim, no que tange aos fatos precisos, são os que determinam ou especificam situações ou circunstâncias importantes para a causa. Alegações genéricas ou vagas não comportam prova (ex.: não basta alegar genericamente a insinceridade do pedido de retomada, mas é necessário descrever os fatos concretos e precisos que indiquem sua ocorrência).”

O artigo 334 do Código de Processo Civil enumera quatro categorias dos fatos que dispensam provas: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Embora o Código seja omissivo, não são objeto de prova os fatos impossíveis ou de impossível prova, cuja aferição deve levar em consideração as pessoas, os lugares e à época em que ocorreram.

Com relação destinatário da prova, a produção de provas é ato destinado a convencer o juiz da verdade de um fato afirmado.⁹

2.3. Meios de prova

O artigo 32 do CPC dispõe que *todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.*

Como se vê, o Código não apresentou de forma expressa os meios de prova que admite, bastando que os mesmos sejam éticos e lícitos. O Código disciplinou apenas 05 (cinco) meios de prova, sendo: depoimento pessoal, documental, testemunhal, a pericial e a inspeção judicial.

⁹ James Goldschmidt. *Direito Processual Civil. Tomo I*, p. 295

Como o presente artigo tem por objeto discorrer sobre os meios de prova no processo coletivo, mais a frente analisaremos as provas em espécie sob este aspecto.

2.4. Ônus da prova

Para explicar o ônus da prova, valemo-nos das palavras do Professor Nelson Nery Junior, que diz que a palavra ônus “vem do latim, onus, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de prova coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho da causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.¹⁰”

No mesmo sentido, destacam-se os ensinamentos do Professor João Batista Lopes, segundo o qual “no ônus há a idéia de carga, e não de obrigação ou dever. Por outras palavras, a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir; mas se não o fizer nem por isso será automaticamente prejudicado, já que o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes (CPC, art. 131)¹¹”

A distinção entre ônus e obrigação é brilhantemente apresentada pelo Professor Arruda Alvim¹²: “A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este era ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as conseqüências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente.”

¹⁰Nelson Nery Junior, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, p. 614

¹¹ João Batista Lopes, *A prova no Direito Processual Civil*, p. 38

¹² Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 2, p. 493.

A distribuição do ônus da prova é feita pelo artigo 333 do Código de Processo Civil, que atribui ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito e, ao réu, à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

É possível a inversão convencional do ônus da prova, desde que não recaia sobre direito indisponível da parte e que não torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (parágrafo único, art. 333 do CPC).

Antes de verificar o ônus da prova, deve o juiz verificar os pontos controvertidos, ou seja, os fatos alegados por uma parte e impugnados pela outra (ônus da alegação).

Em regra, incumbe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos (ônus subjetivo da prova).

Encerrada a instrução processual, o juiz julgará a causa de acordo com os elementos constantes nos autos, pouco importando se houve observância das regras que regem o ônus da prova subjetivo (ônus objetivo da prova). A relevância do ônus da prova só será observada pelo juiz quando houver falta ou insuficiência da prova.

Na legislação Argentina, como ocorre na legislação pátria, somente na ausência de provas o juiz tem o dever de resolver o litígio em favor da parte que não tinha o ônus de provar.

O artigo 377 do Código Processual Argentino dispõe que incumbirá o ônus da prova à parte que afirmar a existência de um fato controvertido ou de um preceito jurídico que o juiz ou o tribunal tenha o dever de conhecer. Cada uma das partes deverá provar o pressuposto do fato da norma ou normas que invocar como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção.

O renomado jurista Rolandi Arazi¹³ explica que o ônus da prova tem dois aspectos, a saber: a) subjetivo e concreto, que recomenda determinada conduta às partes em um

¹³ “Antes de hablar de dos conceptos distintos es preferible decir que la carga de la prueba tiene dos aspectos, a saber: a) subjetivo y concreto, que aconseja determinada conducta a las partes em um proceso determinado, si no quiere correr el riesgo de una sentencia desfavorable, y b) objetivo y abstracto, que le

processo determinado, se não quiserem correr o risco de uma sentença desfavorável, e b) objetivo e abstrato, que impõe ao juiz o dever de pronunciar-se de determinada maneira ante a ausência de prova. Este último se enuncia como uma norma de caráter geral, aplicável a todos os processos.

Para o jurista mexicano Rafael de Pina¹⁴, as partes se encontram submetidas a uma dupla carga processual: a) a de alegação ou afirmação de seus direitos. b) a de provar os seus direitos (e, excepcionalmente, do Direito).

Segundo referido jurista, o ônus *probandi* representa o gravame que recai sobre as partes de apresentar o material probatório necessário ao juízo para formar sua convicção sobre os direitos alegados pelas mesmas. Esta carga supõe, ao mesmo tempo, uma faculdade das partes; a de expor a disposição do juiz os elementos que consideram mais eficazes para formar sua convicção.

Mais adiante, descreve a distribuição do ônus da prova no Código Civil mexicano (art. 281), que dispõe que o autor deve provar os fatos constitutivos de sua ação e o réu as exceções.

impone al juez el deber de fallar de determinada manera ante la ausencia de prueba. Esto último se enuncia como una norma de carácter general, aplicable a todos los procesos.

...

El ar. 377 del CPN, dispone: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez e ol tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de su pretensión, defensa o excepción”. In *La prueba en el proceso civil*, p. 94

¹⁴ “em relación com la prueba, las partes se encuentran sometidas a una doble carga procesal: a) La de la alegación o afirmación de los hechos. B) La de la prueba de los hechos) y., excepcionalmente, Del Derecho).

...

Representa la carga de la prueba (ônus probandi) el gravamen que recae sobre las partes de facilitar el material probatorio necesario al juez para formar su convicción sobre los hechos alegados por las mismas.

...

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contiene disposiciones precisas respecto a la distribución de la carga de la prueba. El actor debe probar los hechos constitutivos de sua acción y el reo los de sus excepciones (art. 281).

...

La distribución de la carga de la prueba la formula el Código civil español (art. 1214) em la siguiente forma: “Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

... El artículo 1214 del Código Civil español puede interpretarse em sel sentido de que cada una de las partes está el caso de probar los hechos, positivos o negativos, que constituyen el objeto de sus alegaciones.” In *Tratado de las Pruebas Civiles*, p. 83, 89, 91.

O mesmo autor cita a distribuição do ônus da prova no Código Civil Espanhol (art. 1214), onde a prova das obrigações incumbe ao que reclama seu cumprimento e a de sua extinção ao que a ela se opõe.

Para o precitado autor, o artigo 1214 pode ser interpretado no sentido de que cada uma das partes deve provar os fatos, positivos ou negativos, que constituem o objeto de suas alegações.

3.- A PROVA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

3.1. Da subsidiariedade da aplicação das regras do CPC

Tudo que foi dito a respeito da prova no Código de Processo Civil aplica-se às ações que versam sobre direitos metaindividuais, naquilo que não contrariar o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública (CDC, artigo 90 e LACP, artigo 21).

Por isso, para não sermos repetitivos, nos próximos itens iremos apenas destacar as peculiaridades nas lides coletivas, em especial quanto às provas em espécie e à inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor.

3.2. Das provas em espécie

Do depoimento pessoal: O depoimento pessoal é um meio de prova que consiste na oitiva de uma parte, a requerimento da outra, com o objetivo de obter a confissão sobre fato que a favoreça.

Caso a parte, regularmente intimada a depor não compareça à audiência designada ou comparecendo recusa-se a depor, sem motivo justificado, faz recair sobre ela a pena de confesso, onde os fatos contra ela alegados presumem-se verdadeiros.

Esta presunção, no entanto, não se aplica ao autor da ação coletiva, por tratar-se de direitos indisponíveis, sobre os quais, por força do disposto no artigo 351 do CPC, não se admite confissão.

Sem adentrar na questão da legitimidade, que fugiria ao tema proposto, é importante lembrar que o autor da ação coletiva não é o titular do direito, por tal razão também não poderia confessar em nome de terceiros, ainda mais para prejudicar a situação destes.

Cumprido salientar, por fim, que somente nas hipóteses de má-fé ou lide temerária poderiam ser aplicados os efeitos da confissão ao autor confitente.

Do prova testemunhal: Testemunha é a pessoa chamada em juízo para ser ouvida sobre fatos discutidos no processo, sobre os quais tem conhecimento.

Nas lides individuais é notória a dificuldade que se tem na produção da prova testemunhal. Isto porque, apesar de a testemunha ser obrigada a depor, é importante que ela o faça de forma espontânea, com a intenção de colaborar com a justiça, o que na maioria das vezes não ocorre.

O que temos, na realidade, são pessoas descompromissadas com a verdade, descrentes no Poder Judiciário ou ainda com medo de sentar-se diante do juiz. São diversos os motivos que desestimulam e até comprometem o depoimento da testemunha, dificultando a realização da prova.

Se há dificuldade na produção de prova testemunhal nas lides individuais, por mais razão ainda há nas ações coletivas, sobretudo porque a testemunha, na maioria das vezes, também é parte interessada no sucesso da demanda, o que a torna aparentemente suspeita. De qualquer forma, referida testemunha deverá ser ouvida, cabendo ao juiz atribuir-lhe o valor que possa merecer. (CPC, artigo 405, parágrafo 4º).

Da prova documental: A prova documental é de suma importância nas lides de consumo, em especial para efetivação dos princípios da transparência e informação.

O Princípio da transparência encontra-se expressamente previsto no artigo 4º, *caput*, do Código de Defesa do consumidor, impõe ao fornecedor o dever prestar informação ao consumidor não somente do produto ou serviço, mas também sobre o conteúdo contratual. Este princípio deve estar presente não apenas na conclusão do contrato, mas sobretudo no momento pré-contratual.

O princípio da informação, também previsto do Código de Defesa do Consumidor (art. 8º), incumbe ao fornecedor o dever de informar sobre a qualidade, meio de utilização, composição, validade, eventuais riscos etc. do produto ou serviços colocados no mercado de consumo.

Em geral, a informação deve estar inserida no produto ou serviço, é o caso das embalagens, dos rótulos, manuais de instrução e identificação do fornecedor, daí a imprescindibilidade da prova documental.

Da prova pericial: A prova pericial é aquela que se faz necessária quando for preciso esclarecimento técnico ou científico por uma pessoa especializada. Os tipos de perícias são exame, vistoria e avaliação.

Com relação à prova pericial não há especificidade nas lides de consumo que merecem ser comentadas, mas a discussão que se coloca diz respeito aos custos da perícia.

Como é sabido, os honorários periciais competem a quem sucumbiu. Normalmente, o perito exige antes da realização da perícia que sejam depositados os honorários provisórios, que ficam ao encargo de quem requereu a perícia. No caso de o requerente ser o juiz de ofício ou ambas as partes, o Código determina tal incumbência ao autor.

Ocorre que nas lides coletivas, por força do artigo 87 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública, não se admite adiantamento dos honorários periciais, o que aparentemente dificulta a realização da prova.

No caso, entendemos que caberá ao fornecedor o ônus da realização da prova pericial necessária a afastar a pretensão do legitimado da ação coletiva, pois, caso não o faça, estaria assumindo o risco de uma sentença desfavorável.

Da inspeção judicial: Quanto a esta prova, também não há especificidade direcionada ao processo coletivo, a não ser a importância maior do contato do juiz com a coisa ou pessoa.

Importante lembrar, apenas, que a inspeção serve normalmente como complementação da prova, quando o juiz ainda não formou seu convencimento e depende do contato pessoal para tanto.

Além das elencadas no Código de Processo Civil, temos ainda a prova por amostragem, o valor probante da prova produzida no inquérito civil e da prova emprestada, que serão comentadas a seguir:

Da prova por amostragem: Apesar de não prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, a prova por amostragem torna-se cada vez mais imprescindível nas lides coletivas.

Vejamos o exemplo de um sabão em pó, em que a quantidade não corresponde ao informado pelo fornecedor. A prova então pode ser feita por amostragem, onde apenas alguns dos produtos são analisados, não o lote por inteiro.

Do valor probante da prova produzida no inquérito civil: Em regra, a prova produzida em inquérito civil não precisa ser repetida, salvo se impugnada pela outra parte ou solicitada pelo juiz.

Da prova emprestada: A prova pode ser emprestada da ação coletiva para a individual ou da ação individual para a coletiva?

Para que seja admissível, exige-se que a parte contra quem vai ser produzida tenha efetivamente participado do processo de onde proveio a prova a ser emprestada. Caso contrário, em atenção ao princípio do contraditório, a parte deverá ratificar a prova em juízo.

De qualquer forma, quando utilizada pelo consumidor, acreditamos ser admissível a prova emprestada, dada a identidade do fornecedor. Vale dizer que o fornecedor, em regra, exerceu o direito do contraditório por ter sido parte no processo originário da prova, assim nada impede que a prova seja remetida à outra demanda na qual ele também é parte.

Por outro lado, em se tratando de prova emprestada trazida pelo fornecedor, onde o consumidor não foi parte no processo, não tendo portanto exercido o contraditório, referida prova deverá ser repetida.

Salienta-se, por fim, que somente as provas lícitas podem ser trasladadas.

3.3. A inversão do ônus da prova

Segundo o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, são direitos básicos do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo regras ordinárias de experiência”.

Cumprido salientar, primeiramente, que a inversão disposta no Código de Defesa do Consumidor vai de encontro ao disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, que diz que ao autor incumbe provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Justifica-se, no entanto, a inversão do ônus da prova, segundo o Professor João Batista Lopes¹⁵, eis que o consumidor, por força de sua situação de hipossuficiência e fragilidade, via de regra enfrentava dificuldade invencível de realizar a prova de suas alegações contra o fornecedor, mormente em se considerando ser este o controlador dos meios de produção, com acesso e disposição sobre os elementos de provas que interessam à demanda.”

A inversão nada mais é que a garantia do princípio constitucional da isonomia, pois o próprio Código de Defesa do Consumidor reconhece a desigualdade entre as partes na relação de consumo, ao dispor que todo consumidor é vulnerável. Por tal razão, com o

¹⁵ João Batista Lopes, *A proteção jurídica do Consumidor*, p. 79.

fito de igualar as partes, deixando-as numa relação harmônica, é que o Código de Defesa do consumidor, dentre outros direitos, institui a inversão do ônus da prova, desde que o consumidor seja hipossuficiente ou suas alegações sejam verossímeis.

A inversão é *ope judicis* e não *ope legis*, ou seja, ficará a critério do Juiz verificar se estão presentes os requisitos legais: verossimilhança das alegações do consumidor OU quando o consumidor for hipossuficiente.

As alegações serão verossímeis quando apresentar elementos suficientes que demonstrem a existência do direito alegado pela parte. É a probabilidade da veracidade das alegações, baseadas nas provas iniciais existentes nos autos.

Hipossuficiente é aquele que não reúne condições adequadas de litigar em igualdade dentro de uma relação processual. O hipossuficiente é aquele consumidor que possui tanto dificuldade técnica como dificuldade econômica.

Segundo Luiz Antonio Rizzato Nunes¹⁶, verossimilhança é o grau e a possibilidade de ser verdadeiro o que se está falando e consumidor hipossuficiente é aquele fraco e especialmente carente de informações sobre o produto ou serviço.

Por tratar-se de norma de ordem pública, presentes um dos requisitos, o juiz deve inverter o ônus da prova, que poderá ocorrer de ofício.

Resta-nos analisar se, em se tratando de lides coletivas, a hipossuficiência seria do legitimado ou da coletividade.

Admitindo-se a hipossuficiência sob a égide da coletividade, esta então seria presumida, pois normalmente os consumidores encontram-se em dificuldades técnica e econômica para provar o defeito/vício do produto ou serviço.

¹⁶Compre Bem, p. 53

No que tange ao legitimado, é de bom alvitre que seja analisado o caso concreto. O Instituto de Defesa do Consumidor, por exemplo, como legitimado que é, não teria dificuldade alguma para provar a abusividade de uma cláusula contratual.

Temos, portanto, que a hipossuficiência deve ser analisada sob o enfoque do legitimado, que é o autor da ação e que por isso deve preencher um dos requisitos exigidos para que a inversão ocorra.

3.4. Fase processual para a inversão

Segundo o Professor Kazuo Watanabe, o momento da inversão do ônus da prova é o do julgamento da causa. Explica o Professor que *as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o Juiz, quando há um non liquet em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória.*¹⁷

No mesmo sentido, temos o entendimento do Professor Nelson Nery Junior¹⁸:

“Regra de julgamento. Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC 6º, VIII), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se

¹⁷ Em *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos Autores do Anteprojeto, p. 735

¹⁸Ibid, p. 614, temos ainda: **“ Inversão do ônus da prova pelo juiz.** Caso o juiz, antes da sentença, profira decisão invertendo o ônus da prova (v.g., CDC 6º VIII), não estará, só por isso, prejudgando a causa. A inversão, por obra do juiz, ao despachar a petição inicial ou na audiência preliminar (CPC 331), por ocasião do saneamento do processo, não configura por si só motivo de suspeição do juiz. Contudo, a parte que teve o contra si invertido o ônus da prova, quer nas circunstâncias aqui mencionadas, que na sentença, momento adequado para o juiz assim proceder, não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo o non liquet quanto à prova, poderia ter contra ela inverter o ônus da prova. Em suma, o fornecedor (CDC 3º) já sabe, de antemão, que tem de provar tudo o que estiver a seu alcance e for de seu interesse nas lides de consumo. Não é pegu de surpresa coma inversão na sentença.”

“ Aplicação das regras do ônus da prova. O juiz, na sentença, somente vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da prova se houver o non liquet quanto à prova, isto é, se o fato não se encontrar provado. Estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu. Somente quando não houver a prova é que o juiz deve perquirir quem tinha o ônus de prova e dele não se desincumbiu.”

desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza”

O Professor Frederico da Costa Carvalho Neto, descreve parecer elaborado pela Professora Ada Pelegrini Grinover, que também defende tratar-se de regra de julgamento, pois caso contrário o juiz estará pré-julgando os fatos alegados.¹⁹

Na mesma obra, cita o referido autor dois outros doutrinadores, Antonio Gidi e Voltaire de Lima Moraes, que entendem que o momento da inversão é anterior à fase instrutória, para não prejudicar o réu. Para o primeiro, o momento seria quando o juiz despacha a inicial até a decisão de saneamento, podendo ainda ser posterior, caso o juiz necessite de elementos probatórios. Para o segundo, o momento da inversão é o do saneamento do processo.

Para os Professores João Batista Lopes²⁰ e João Batista de Almeida²¹, posição que nos parece mais acertada, “o deferimento da inversão deverá ocorrer entre a propositura da ação e o despacho saneador, pena de prejuízo para a defesa do réu.”

Rizzato Nunes²² também entende que a inversão deve ocorrer entre o pedido e o saneador, mais precisamente neste último. De acordo com o Professor, “se ficasse para a sentença a resolução e se o juiz decidisse que não havia verossimilhança nem hipossuficiência do consumidor e que este, portanto, teria de ter produzido prova pericial e não o fez porque não tinha dinheiro para adiantar os honorários provisórios do perito, estaríamos diante de um absurdo.”

No tocante à jurisprudência, a questão também é controvertida, vejamos duas decisões contrárias da lavra do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, representadas pelas ementas abaixo:

“Ementa da Redação: A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é uma faculdade concedida ao Juiz, que irá utiliza-la no momento que entender oportuno,

¹⁹ Apud, Frederico da Costa Carvalho Neto, *Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*, p. 174

²⁰ João Batista Lopes, *A proteção Jurídica do Consumidor*, p. 80.

²¹ João Batista de Almeida, *Manual de Direito do Consumidor*, p. 78

²² Luiz Antonio Rizzatto Nunes. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. P. 126.

se e quando estiver em dúvida, geralmente por ocasião da sentença.”(1º TACivSP, AgIn 912.726-8 – 3ª Câm. – j. 04.04.2000 – rel. Juiz Roque Mesquita.)

PROVA – Ônus. Inversão. Decisão que relega para final, no momento da entrega da prestação jurisdicional, a deliberação a respeito. Descabimento, ante o direito das partes de saber se incidirá ou não na relação jurídica a regra do art. 6º, VIII, do CDC. Determinação para que o Juízo de 1º grau se pronuncie agora sobre o direito a inversão, não podendo o Tribunal apreciar diretamente, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. Recurso parcialmente provido para esse fim. (1º TACSP – AI 1004348-2 – (39036) – São Paulo – 7ª C. – Rel. Juiz Waldir de Souza José – J. 08.05.2001)

Com todo respeito àqueles que sustentam de forma contrária, acreditamos que a inversão do ônus da prova deve ocorrer entre o oferecimento da contestação e saneador, mais precisamente neste último, se presentes uma das hipóteses do inciso VIII.

Isto porque a inversão apenas no julgamento acabaria prejudicando o consumidor, sendo que a idéia é de facilitação. Ademais, é importante que as partes saibam o ônus que lhes incumbe, para que não sejam surpreendidas por uma sentença desfavorável porque dele não se desincumbiu, já que sequer sabiam o que tinha que provar.

4. ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

Cumprе salientar, primeiramente, que o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, quando aprovado, revogará, dentre outras, a Lei de Ação Civil Pública e os artigos 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Vale dizer que será instrumento único para a defesa dos interesses metaindividuais, o que significa um grande avanço em nossa legislação.

Quando ao tema sob análise, o anteprojeto dedicou apenas um artigo, porém que põe uma pá de cal em todos os pontos acima controvertidos. Vejamos:

Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

Par. 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Como se vê, o *caput* do artigo 11 apenas introduziu a prova estatística ou por amostragem, que na verdade já vinham sendo admitidas pela jurisprudência. Não se pode falar em novidade, portanto.

A questão do ônus da prova passa a ter regulamentação própria, não aplicando à espécie o inciso VIII do Código de Processo Civil. Porém, na verdade, nada mais é que a hipossuficiência esmiuçada, pois quando o parágrafo diz que a ônus será de quem *detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração*, refere-se ao hipossuficiente. Nota-se que o artigo silenciou-se quanto à verossimilhança.

Outra importante introdução e esta sim de cunho inovador, é a possibilidade de o juiz rever a distribuição do ônus da prova, desde que surja *modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa*.

E, por fim, o parágrafo 3º atribui maiores poderes instrutórios ao juiz, o que já vinha sendo admitido pela jurisprudência, uma vez que o interesse em jogo é o da coletividade.

5. CONCLUSÃO

Como vimos, aplica-se o Código de Processo Civil às ações que versem sobre direitos metaindividuais, naquilo que não contrariar o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública (CDC, artigo 90 e LACP, artigo 21).

No que tange à prova, praticamente todos os artigos da norma geral são aplicáveis às ações coletivas, estando a maior diferença na possibilidade da inversão do ônus da prova e na responsabilidade objetiva, ambos disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Vimos que a inversão do ônus da prova é perfeitamente aplicável às ações coletivas, desde que preenchidos um dos requisitos. De acordo com o anteprojeto de Código de Processo Coletivo, basta a hipossuficiência, **o Código silenciou-se quanto à verossimilhança.**

As espécies de prova previstas no Código de Processo Civil são totalmente cabíveis nas lides coletivas, com algumas peculiaridades, no caso do depoimento pessoal, por exemplo, o legitimado não pode confessar, pois os direitos indisponíveis não são passíveis de confissão. Falamos também da prova emprestada, que apesar de não prevista expressamente é bastante utilizada. O precitado anteprojeto supriu esta omissão.

Quanto ao momento da processual para a inversão, embora haja divergência na doutrina e jurisprudência, entendemos que deva ocorrer entre o oferecimento da contestação e saneador, mas precisamente neste último, se presentes uma das hipóteses do inciso VIII. Isto porque a inversão apenas no julgamento acabaria prejudicando o consumidor, sendo que a idéia é de facilitação. Ademais, é importante que as partes saibam o ônus que lhes incumbe, para que não sejam surpreendidas por uma sentença desfavorável porque dele não se desincumbiu, já que sequer sabiam o que tinha que provar.

Salientamos, por fim, que nosso futuro Código de Processo Coletivo, em matéria probatória, irá suprir as lacunas em nossa legislação e sobretudo encampar o que já vinha sendo decidido por nossa jurisprudência.

6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003p. 78.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 2, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 493
- ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, p. 94, p. 111.
- BARUFFI, Helder. *Metodologia da Pesquisa*. 2ª ed., Dourados: HBedit, 2001.
- BURNIER JUNIOR, João Penido. *Teoria Geral da Prova*. São Paulo: Edicamp, 2001. p. 10
- CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 174
- CAS, Gerard. FERRIER, Didier. *Traité de droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, 320p.
- CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Tradução da 2ª ed. italiana por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, p. 228.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual Civil*. Vol. III, 1ª ed., São Paulo: Ed. Bookseller, 1998, p. 91.
- CONTE, Mario. *Lê Prove Nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 9.
- DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoria General de la Prueba*. 4ª ed., Buenos Aires: Valério Abeledo, 1939, p. 19
- FÁBREGA P., Jorge. *Teoria General de la Prueba*. Colômbia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibanez, 2000, p. 22.
- GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Tomo I, traduzido por Lisa Pary Scarpa, Campinas: Bookseller, 2003, p. 295.
- GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil*, 2º vol., 14ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1000, p. 179.
- _____, *Direito processual civil brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, 3v.
- KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoria de la prueba y médios probatórios*. Buenos Aires – Argentina: Abeledo – Perrot, p. 14

LOPES, João Batista, *A prova no Direito Processual Civil*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38

_____. *A proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 80.

LUCCA, Newton de. *Direito do Consumido – Teoria Geral da Relação de Consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. *Manual do Consumidor em Juízo*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. Benjamim, Antonio Herman V. e Miragem, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MATOS, Cecília. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de São Paulo, 1993, Orientador Kazuo Watanabe.

NERY JUNIOR, Nelson Nery, *Código de Processo Civil Anotado e Legislação Processual em Vigor*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 614

NUNES, Luiz Antonio Rizzato, *Compre Bem – Manual de compras e garantias do consumidor*, São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 53

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000

_____. *Manual de Monografia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PINA, Rafael de. *Tratado de las Pruebas Civiles*. México: Editorial Porrúa, 1975, p. 83, 89, 91.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos, *Juizados Especiais Cíveis Comentários à Lei 9.099, de 26-9-1995*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 178

Revista dos Tribunais – 775/274, 780/278, 812/246, 815/369 e 819/316

RIOS, Josué de Oliveira (Coordenador). *Código de Defesa do Consumidor – ao seu alcance*. São Paulo: IDEC, 1997, p. 37.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22ª ed., São Paulo: Cortez, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 3v.

WATANABE, Kazuo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto: Ada Pelegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim, José Geraldo Brito Filomeno, Daniel Roberto Fink e Nelson Nery Jr*, São Paulo: Ed. Forense, 7ª ed., 2001, p. 735