

ANÁLISE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: requisitos e momento de aplicação

João Ricardo Ferreira Fortini Pimentel¹

Ivone Juscelina de Almeida²

RESUMO

Este artigo buscou desenvolver um estudo acerca do instituto das provas no processo civil brasileiro, especialmente através do viés consumeirista e da inversão do ônus da prova. Sendo uma das principais inovações trazidas pelo código em comento, esta inversão encontra-se regulada no art. 6º, VIII, do CDC, que possibilita ao magistrado determinar a inversão do ônus da prova, a favor do consumidor, quando for verossímil a alegação ou quando tratar-se de hipossuficientes. Esta inversão tem como escopo facilitar a defesa dos interesses daquele que é considerado o vulnerável na relação jurídica, garantindo-lhe um efetivo acesso à justiça. Neste trabalho buscou-se analisar ainda, os requisitos para a concessão da inversão e o momento considerado apropriado para que esta venha a ocorrer durante o trâmite processual, já que a doutrina pátria não é uníssona sobre o tema. Destarte, diante dos argumentos expostos, o momento considerado apropriado para a realização da inversão do ônus da prova é o do despacho saneador, uma vez já restarem fixados os pontos controvertidos e ambas as partes já terem tido a oportunidade inicial de se manifestar nos Autos, garantindo assim, segurança jurídica aos litigantes e obedecendo os ditames constitucionais.

¹ Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

² Graduada em Psicologia pelo Centro de Ensino Superior de Juiz de Fora (2002), graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior (2002) e mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho (2006). Atualmente é Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica das Faculdades Integradas do Vianna Junior e professora de Processo Civil, TGP, Prática Jurídica e Direito do Consumidor das Faculdades Vianna Junior.

PALAVRAS-CHAVE: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONSUMIDOR. MOMENTO PROCESSUAL. VEROSSIMILHANÇA. HIPOSSUFICIÊNCIA. PROCESSO CIVIL

INTRODUÇÃO

Incorporada à legislação pátria em 11 de Setembro de 1990, a Lei nº 8078/90, cujo projeto antecede a própria Constituição da República, estabelece, como dispõe seu art. 1º, normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e de interesse social, como assim dispõe nossa Carta Magna em seus arts. 5, XXXII e 170, inciso V, conjuntamente com o art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Em seu bojo, o *codex* consumeirista, reconhecendo o desequilíbrio da relação comercial e a vulnerabilidade do consumidor, institui a Política Nacional das Relações de Consumo, conferindo-lhe direitos básicos que devem ser respeitados.

Ao passo que o Código de Processo Civil, em seu art. 333, I e II trata das regras ordinárias quanto ao onus probandi, o CDC inovou trazendo um instituto de extrema relevância no mundo jurídico, em especial na disciplina de Direito do Consumidor, a inversão do ônus da prova, que prevista no art. 6º, inciso VIII do CDC, garante ao consumidor a facilitação na defesa de seus direitos, além é claro, de seu acesso ao judiciário, conferindo um maior equilíbrio à relação de consumo.

Apesar de sua extrema importância, algumas dúvidas rondam os juristas brasileiros, uma vez ter sido silente o legislador no tocante ao momento de aplicação da Inversão do ônus da prova. Assim, grandes debates doutrinários giram em torno deste tema, havendo diversos posicionamentos doutrinários que serão, juntamente com os requisitos para sua inversão, o objeto deste estudo.

1 O ÔNUS DA PROVA

Inicialmente, devemos explicar o que vem a ser o ônus da prova. A palavra "ônus" deve ser entendida como um encargo, uma responsabilidade atribuída a alguém. Por sua vez, "prova" pode ser entendida como o elemento que utilizado para atestar

algo, convencer alguém a existência de algum fato ou coisa. Neste sentido, Chiovenda (1998, p. 109) leciona:

Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. Por si mesma, a prova em geral da verdade dos fatos não pode ter limites; mas a prova no processo, ao revés da prova puramente lógica e científica, sofre a limitação na necessidade social de que o processo tenha um termo; transitado em julgado a sentença, a investigação dos fatos da causa preclude-se definitivamente e, a partir desse momento, o direito não cogita mais da correspondência dos fatos apurados pelo juiz à realidade das coisas, e a sentença permanece como afirmação da vontade do Estado, sem que influência nenhuma exerça sobre o seu valor o elemento lógico de que se extraiu.

Quando unimos estas palavras, nos é permitido inferir que o ônus da prova trata-se da conduta processual exigida da parte de trazer aos Autos, elementos que comprovam a existência de seu direito, para assim, poder vencer a demanda. Sobre o tema, Theodoro Júnior (2013, p.460) aduz:

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

Ao tratar do tema, o Código de Processo Civil, em seu art. 333, expõe:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Segundo Cintra (2006, p. 355) "o fato jurídico é o acontecimento ao qual se segue uma consequência jurídica, ou seja, através do qual se opera modificação em alguma situação de direito (nascimento, contrato, crime)".

De acordo com o texto *supra*, cada parte tem o ônus de provar os fatos relativos ao direito que pretenda seja aplicado pelo juiz da causa. Desse modo, ao ajuizar a ação o Autor da demanda deve fazer as provas do que alega, e por consequência, ao contestar a demanda, o réu, à exceção de tratar-se de casos de reconvenção, exceção e ação declaratória incidental, poderá agir de duas formas distintas a saber, não oferecer qualquer defesa, quando então poderá sofrer os efeitos da revelia; contestar, podendo oferecer uma defesa processual, e necessariamente a defesa de mérito, que poderá ocorrer de forma direta ou indireta.

A defesa de mérito direta é aquela em que o réu irá impugnar o pedido do Autor, alegando que existe ou não o fato constitutivo, neste passo será do autor o ônus da prova (art. 333, I do CPC). Por sua vez, na defesa meritória indireta, o réu reconhece o direito, mas cria um fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Destarte, ao tomar tal postura o réu estará assumindo o ônus de provar este fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Diante de todo este contexto processual narrado, podemos afirmar que o legislador brasileiro adotou a teoria estática do ônus da prova, apesar de haver uma minoria de doutrinadores (dentre outros Freddie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira) que defendem a aplicação da teoria dinâmica, já que em determinadas situações este prestigiaria melhor os princípios de isonomia e adequação.

Dito isso, vale dizer, que independente de quem for o *onus probandi*, a prova, para ser eficaz, deve apresentar-se convincente e completa, uma vez que falta de prova e prova incompleta equivalem-se, tendo em vista nossa sistemática processual pátria.

2 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - A PROVA VISTA SOB A ÓTICA CONSUMEIRISTA

Previsto no Inciso VIII do art.6º do Código de Defesa do Consumidor a inversão do ônus da prova é um dos mais importantes e comentados tópicos da legislação consumeirista, uma vez que, conferindo ao fornecedor o ônus de trazer aos autos as provas dos direitos *sob judice*, esta norma, auxilia e faz valer o disposto no inciso

anterior, o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, para prevenir e reparar os danos patrimoniais e morais sofridos. Ademais, conforme aduz-se do art. 1º do CDC é norma de ordem pública (art. 1º), logo, indisponível.

Como dito por Nunes (2013, p.849):

Para entender, então, a produção das provas em casos que envolvam as relações de consumo é necessário levar em conta toda a principiologia da Lei 8078, que pressupõe, entre outros princípios e normas, a vulnerabilidade do consumidor, sua hipossuficiência (especialmente técnica e de informação, mas também econômica, como se verá), o plano geral da responsabilização do fornecedor, que é de natureza objetiva etc.

De modo a garantir e assegurar o equilíbrio das relações consumeristas, e assim garantir uma prestação jurisdicional justa, a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 trouxe em seu bojo, princípios salutares, de suma importância para regular estas relações. Estes regramentos são de suma relevância para a sociedade atual, tendo em vista que vivemos em uma sociedade de produção e de consumo em massa.

A inversão do ônus da prova então, pode ser vista como uma facilitação dos direitos do consumidor e se justifica, dentre tantas outras previstas no CDC para garantir o equilíbrio da relação de consumo, em decorrência da reconhecida vulnerabilidade do consumidor.

Vejamos o que dispõe o art. 6º, inciso VIII do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII- A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Como depreende-se o texto legal *supra*, para que haja o reconhecimento por parte do magistrado, o consumidor deve, quando do ajuizamento da demanda comprovar sua hipossuficiência (vulnerabilidade processual) e a verossimilhança de suas alegações.

No tocante à hipossuficiência e às vulnerabilidades do consumidor, como é sabido, o CDC em seu art. 4º, inciso I, reconhece a vulnerabilidade do consumidor, ou hipervulnerabilidade como citado por Benjamin (2013, p. 97) no caso das crianças, idosos e doente ou com necessidades especiais. Esta reconhecida vulnerabilidade visa garantir uma igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo. Importante frisar que a vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, que acarreta desequilibrando a relação de consumo.

Existem três tipos de vulnerabilidades: a técnica, a jurídica, e a fática. Além destes existe um outro tipo, intrínseco do consumidor, que é a vulnerabilidade informacional, a saber: a) vulnerabilidade técnica: o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. b) vulnerabilidade jurídica: reside na falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou economia. A sua importância consiste em seu caráter de fonte irradiadora de informações do fornecedor sobre o conteúdo dos contratos, devido à complexidade da relação contratual e da falta de clareza dos contratos. Há ainda o fato do desconhecimento das leis que protegem o consumidor e o acesso a profissionais da advocacia. c) vulnerabilidade fática: seu ponto de concentração está no outro parceiro contratual, no fornecedor, que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam. Vizinha à esta ideia de vulnerabilidade fática está a noção processual de hipossuficiência (econômica). d) vulnerabilidade informacional: é aquela inerente a pessoa do consumidor. Em uma sociedade em que o poder está na informação, sua falta representa um *minus*, uma vulnerabilidade crescente, na medida da importância da informação. Mais do que as demais, esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, principalmente enquanto pessoa física. Cada vez mais essa ideia é valorizada, principalmente quando entra em questão produtos perigosos, medicamentos e serviços alimentares, que

podem afetar diretamente a saúde dos consumidores e suas famílias, onde fica clara a ideia de falta de informações importantes por parte do consumidor.

Ocorre, que mesmo prevalecendo estas vulnerabilidades, este rol não é exaustivo, uma vez que outras formas podem vir a se manifestar, como bem observa o E. Superior Tribunal de Justiça:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO.FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). 5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à

outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. (...) (STJ - REsp: 1195642 RJ 2010/0094391-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA)

A outra condição para a concessão da inversão é a verossimilhança das alegações. Gidi (1995, p.32) afirma que verossímil é o que é semelhante a verdade, o que tem aparência de verdade, o que não repugna a verdade, enfim, o provável. O Autor sustenta ainda que é possível fazer uma aproximação entre a verossimilhança das alegações do consumidor e o *fumus boni juris* do processo cautelar, na qual seria, por assim dizer, uma espécie de '*fumus boni facti*'. Coadunando com este pensamento, Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p.142) sustenta que:

A verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são desfavoráveis (divergentes). Se os motivos convergentes são inferiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade diminui.

Diante do exposto, conforme reza o artigo 6º, VIII, do CDC, que autoriza a inversão do ônus da prova, a verossimilhança não é relativa apenas à mera plausibilidade de a alegação ser verdadeira, mas sim à verdadeira probabilidade, algo mais concreto que a simples alegação.

Imperioso frisar que essa situação de inferioridade é uma preocupação global, motivo este que conforme trata Nogueira (1994, p. 49), a ONU, preocupada com os consumidores editou a Res. 39/248 de 10.4.85, na qual recomendou que os países membros adotassem regras para a "Facilitação da defesa dos consumidores". Com a promulgação da Lei 8078/90, essas recomendações se tornaram direitos básicos do consumidor no Brasil, estando elencadas no art. 6.º do CDC. Ressalta-se que o Brasil foi além, incluindo entre estes direitos do consumidor a inversão do ônus da prova. Desse modo, deve-se frisar que o Código de Defesa do Consumidor disciplina em seus artigos os meios de facilitação da defesa dos consumidores, de modo que, a inversão

do ônus da prova constitui um desses meios. Ao examinar o tal instituto, Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p.134) aduz que:

Uma das mais importantes inovações processuais do Código de Defesa do Consumidor reside na possibilidade, prevista em seu art. 6º, VIII, de o juiz determinar, no processo civil, a inversão do ônus da prova, a favor do destinatário final de bens e serviços, quando “for verossímil a alegação” ou quando se tratar de consumidor “hipossuficiente”. A relevância do dispositivo foi posta em destaque pelo próprio legislador, que proferiu inseri-lo no multifacetado elenco dos “direitos básicos do consumidor” (Título I, Capítulo III) a situá-lo no Título III do Código, inteiramente dedicado às normas de natureza processual.

No que tange às regras de distribuição do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, por ter adotado esta a teoria da responsabilidade objetiva, conforme dispõe o caput dos artigos 12 e 14 da referida lei, o consumidor não tem a necessidade de provar dolo ou culpa do agente, bastando somente provar o fato constitutivo do seu direito, excetuando-se as hipóteses dos profissionais liberais, cuja responsabilidade é subjetiva, configurando-se pois, mediante a verificação de culpa.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente de existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Assim, afastando-se do direito processual civil tradicional, o código consumerista dá um fundamento objetivo a um tema tão amplamente subjetivo e suscetível de discussões doutrinárias, a obrigação de indenizar. Desse modo, não importa se o responsável legal agiu com culpa (imperícia, imprudência ou negligência), ao colocar à disposição do consumidor o produto ou serviço, sequer é relevante o fato de ter sido o mais cuidadoso possível. Logo, o fornecedor será responsável mesmo que esteja apto a provar que agiu com a melhor diligência e perícia, pois que, pela teoria do risco, este

deve assumir o dano em razão da atividade que realiza. Vejamos o ensinamento de Cavalieri (2000, p. 105):

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco do negócio. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Por fim, o doutrinador Nery Júnior (2002, p.725), que defendeu tal tese junto à Comissão de juristas encarregada da elaboração do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, ensina:

A norma estabelece a responsabilidade objetiva como sendo o sistema geral da responsabilidade do CDC. Assim, toda indenização derivada de relação de consumo, sujeita-se ao regime da responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário. Há responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor, independentemente da investigação de culpa.

3 O MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO: doutrina e jurisprudência

Devido à omissão do legislador pátrio ao tratar do momento em que se deve operar a inversão probatória no diploma consumeirista, divergências surgiram, seja em âmbito doutrinário, seja no âmbito jurisprudencial.

Como leciona Didier Jr. (2008, p. 81), importantes doutrinadores, como Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe, Dinamarco e Nelson Nery, defendem que o momento processual mais propício para a decisão do juiz acerca da inversão seja na sentença, e para tanto, partem da adoção da teoria estática estampada no art. 333 do CPC, uma vez que as partes já teriam condições de antever quem poderia vir a ser o responsável por tal ônus.

A propósito, é o que salienta Nery Junior (2002, p. 696):

O ônus da prova é regra de juízo, sendo a sentença o melhor momento para a inversão. A parte que teve contra si invertido o ônus da prova 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 non liquet quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova.

Em contrapartida, Nunes (2013, p.853-855) defende que a inversão não é sempre automática, e por se dar através de uma decisão do magistrado, através da qual concederá a inversão se observar ser verossímil a alegação ou se for hipossuficiente o consumidor, conceitos esses indeterminados e subjetivos, visando garantir a segurança jurídica dos envolvidos, defende que em homenagem ao princípio da não-surpresa, a inversão do ônus da prova (ope judicis) deve ocorrer antes de iniciada a instrução probatória, por meio do despacho saneador, vejamos:

O momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento.

Não vemos qualquer sentido, diante da norma do CDC, que não gera inversão automática (à exceção do art. 38), que o magistrado venha a decidir apenas na sentença a respeito da inversão, como se fosse uma surpresa a ser revelada para as partes.

(...)

Entendemos que, muito embora essa norma trate da distribuição do ônus processual de provar dirigido às partes, ela é mista no sentido de determinar que o juiz expressamente decida e declare de qual das partes é o ônus.

Este entendimento aliás, encontra-se baseado no princípio da ampla defesa material, segundo o qual não basta apenas garantir que em dado momento processual as provas sejam apresentadas, mas sobretudo é necessário que a defesa possa ser realizada de forma plena e realmente utilizada como verdadeiro instrumento na formação da inteligência do magistrado.

Entendimento contrário aliás, tornaria a decisão judicial sobre o tema inútil, vez que o magistrado poderia vir a atribuir um ônus ao réu e, negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia, como bem tratou Gidi (*apud*, Didier Jr. 2008 p.81). Do mesmo modo, sem utilidade seria, já que ao mesmo tempo em que estivesse invertendo o ônus da prova, o magistrado já estaria julgando, sem dar ao

fornecedor a chance de apresentar novos elementos para que pudesse formar sua convicção, que poderiam cumprir o seu encargo.

Nesse sentido convém deixar consignada a decisão da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, que dispôs:

O deferimento da inversão do ônus da prova deverá ocorrer entre o ajuizamento da demanda e o despacho saneador, sob pena de se configurar prejuízo para a defesa do réu" (AI 14.305-5/8, rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 5-9-1996, citada em Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, p. 620.)

Sob o mesmo farol jurídico, convém destacar a decisão do E. Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.
 [...] 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexa causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade" (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011).

Nesse mesmo sentido já vem decidindo o Tribunal do Rio Grande do Sul, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. REVISIONAL DE CONTRATO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE PROCEDIMENTO. A Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) é aplicável aos contratos bancários. Súmula n. 297 do STJ. De regra, o momento processual adequado à análise da inversão do ônus probatório é aquele anterior à prolação da sentença, sob pena de surpreender as partes, em afronta ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. O consumidor possui o direito de informação acerca do negócio jurídico realizado com o fornecedor (art. 6º, III, CDC), bem como de facilitação da sua defesa, inclusive com a inversão do ônus da prova a critério do Juiz (art. 6º, VIII, do CDC). Com

a devida vênia ao entendimento do magistrado de origem, de regra, o momento adequado a análise da inversão do ônus da prova é aquele anterior à prolação da sentença, sob pena de surpreender as partes, as quais, na falta de provimento judicial em contrário, alinharam-se a regra geral prevista no CPC. A distribuição do ônus da prova determina o agir processual de cada uma das partes, razão pela qual nenhuma delas deve ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes da prolação da sentença, não lhe era atribuído. (Agravo de Instrumento Nº 70033466160, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Ângelo, Julgado em 31/03/2010)

Isolada em entendimento destoante dos demais doutrinadores mencionados, Nogueira (1994) entende que o momento apropriado para a inversão seria aquele do despacho de deferimento da inicial e de citação do réu, vejamos:

Contudo, entendo que o autor consumidor deverá já na inicial requerer a inversão do ônus e, desta forma a fase processual em que o juiz deverá se manifestar sobre a questão será no ato do primeiro despacho, que não se trata de mero despacho determinante da citação, mas de decisão interlocutória, passível portanto de recurso de agravo. Tal proceder irá propiciar a defesa dos direitos do consumidor de forma ampla, de acordo com o espírito do CDC, uma vez que em não sendo concedida a inversão poderá o consumidor agravar da decisão interlocutória, e ser então revista a decisão.

Em que pese a louvável intenção, esta não deve prosperar, isto pois, enquanto não houver nos Autos, manifestação do Réu/fornecedor, que ocorrerá quando da apresentação da contestação, o juiz não tem como saber que fatos se tornarão controvertidos, tornando precária esta análise preliminar da lide.

4 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CPC

Imperioso frisar que a relevância deste instituto é tal, que no Novo Código de Processo Civil, em seu art. 380 o legislador já prevê a possibilidade de o magistrado atribuir o ônus da prova de modo diverso, à parte que possuir melhores condições de produzi-la, como observa-se no parecer da comissão especial destinada a proferir

parecer sobre o projeto de lei nº 6.025, de 2005, ao projeto de lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do "Código de Processo Civil", vejamos:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Diante do exposto, o que se vê em relação ao tema do ônus da prova é justamente uma concessão de poder para que o juiz delibere casuisticamente como o distribuirá. A nosso sentir esta espécie de alargamento de poderes do juiz não é algo maléfico, pelo contrário, é salutar e visa a reequilibrar as forças entre os demandantes, instaurando um processo mais igualitário e paritário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este trabalho, buscou-se realizar um estudo acerca do instituto da inversão do ônus da prova no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, que, previsto em seu art. 6, inciso VIII, constitui uma norma de ordem pública, cogente, um direito básico do consumidor, que facilita o seu acesso aos órgãos judiciários e o acesso efetivo à justiça.

O texto do mencionado artigo estabeleceu um novo paradigma na realidade judiciária, sendo principalmente através deste mecanismo que o magistrado consegue compensar as desigualdades existentes entre os litigantes.

Evitando a prática descomedida de sua aplicação, a legislação tratou de criar requisitos para a sua concessão, ficando assim a critério do magistrado verificar a existência de verossimilhança nas alegações, ou ainda, alternativamente, comprovar a hipossuficiência do consumidor. De se notar que a importância de tal norma protetiva, que o CDC veda ainda qualquer contrato ou acordo entre as partes de inverter o ônus da prova em prejuízo do consumidor (art. 51, VI, do CDC).

Diante de sua especificidade, deve o magistrado agir com cautela, sendo-lhe exigida uma conduta moderada, a fim de evitar a sua utilização irregular e por via de consequência que o instituto seja levado a descrédito.

No tocante ao momento em que o juiz deve decidir a respeito da inversão, foi analisado os três principais posicionamentos doutrinários, além de julgados dos tribunais nacionais, concluindo-se que o momento adequado para que seja realizada a inversão é aquele entre a propositura da demanda e do despacho saneador, de modo que dentro deste período, o mais recomendado seria o do próprio despacho saneador. Isto pois, nesta fase processual, já estão fixados os pontos controvertidos, e, por ser anterior à instrução processual, evita 'surpresas' e quaisquer prejuízos aos litigantes.

Se deferida no despacho saneador, o fornecedor (réu) poderá exercer amplamente seu direito de defesa na fase de instrução do processo, de modo que sua defesa não restaria prejudicada, uma vez que lhe é assistido o direito de ser comunicado com antecedência de quaisquer ônus que lhe seja incumbido. Logo, é garantido às partes uma segurança jurídica e a possibilidade de realizar uma ampla e efetiva defesa de seus interesses.

Ergo, tal entendimento garante às partes, mesmo antes da fase de instrução, o inteiro conhecimento de seus encargos na posterior fase processual, que, de maneira garantida e segura, saberão quais provas que deverão ser constituídas e quais encargos não lhes compete, respeitando pois, os ditames tão preciosos de segurança jurídica e ampla defesa, previstos na Constituição Federal de 1988.

**ANALYSIS OF THE REVERSE BURDEN OF PROOF UNDER THE CONSUMER
DEFENSE CODEX: requirements and moment of application**

ABSTRACT

This paper aims to develop a study of the evidences in the Brazilian institute civil proceedings , particularly by the consumers bias and the reverse burden of proof . Being one of the main innovations introduced by the code under discussion, this reversal is regulated in art. 6, VIII of the Consumer Defense Codex, which allows the magistrate to determine the inversion of the burden of proof in favor of the consumer, when the allegation is probable or in the case is hyposufficient. This reversal is scoped to facilitate the defense of the interests of those considered vulnerable in the legal relationship, to guarantee an effective access to justice. This paper seeks to analyze the requirements for the granting the institute and the moment considered appropriate for that may occur during the procedural action. Thus faces, given the arguments, the time deemed appropriate for and performing the reverse burden of proof is the curative act, as already set remain the disputed points and both parties have already had the initial opportunity to speak in the process, thus ensuring legal certainty for litigants and obeying the constitutional dictates.

KEYWORDS: TEST CHARGE OF REVERSAL . CONSUMER DEFFENSE CODEX.
CONSUMER . PROCESS TIME. LIKELIHOOD . CIVIL PROCEDURE. LAW.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V. *et al.* **Manual de Direito do Consumidor**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 6. ed. Organizador: Alexandre Alves Lazzarini e Fernando de Oliveira Marques. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o **Código de Processo Civil**. 4ª ed. Organizador: Yussef Said Cahali. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, 2ª edição, ano 2008

FILHO, Sérgio Cavalieri. O direito do consumidor no limiar século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**. Revista dos Tribunais, nº 35, jul/set. 2000, p. 105

GIDI, Antonio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 13, p. 32, jan./mar. 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al.* **Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em benefício do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 22, p. 134, abr./jun. 1997.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado**. 6. ed, São Paulo: RT, 2002.

_____. **Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002, p. 725.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. Direitos Básicos do Consumidor: A Facilitação da Defesa dos Consumidores e a Inversão do Ônus da Prova. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 10, p. 49, abr./jun. 1994.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 7 ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70033466160**. Revisional de contrato. Inversão do ônus da prova. Regra de procedimento. Agravo de

instrumento parcialmente provido. Relator: Marco Antonio Angelo. Data do Julgamento 31/03/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 20 dez. 2014

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento - vol. I** - Humberto Theodoro Júnior - Rio de Janeiro: Forense, 2013.