

FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA

Jerri Reinaldo Satiro Junior

**O MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**IPATINGA - MG
2020**

JERRI REINALDO SATIRO JUNIOR

**O MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Projeto de pesquisa apresentado à Faculdade de Direito de Ipatinga como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. João Bosco Araújo

FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA

IPATINGA - MG

2020

À Deus, fonte de amor maior, meu guia, meu refúgio, minha fortaleza, a ti tudo entrego e confio, Senhor dos Senhores.

Aos meus pais, pessoas de absoluta importância nessa caminhada ao longo da minha tão sonhada graduação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares pelo apoio constante, em especial a minha mãe Márcia Cristina Satiro, por todos os anos de dedicação, ensinamentos, incentivo aos estudos e por sempre ter acreditado na minha capacidade para alcançar o sucesso, e ao meu pai Jerri Reinaldo Satiro, um homem íntegro, guerreiro e dedicado, meu espelho, foi fundamental nesta minha conquista, por ter contribuído na formação do meu caráter e pelos sábios conselhos. A minha irmã Jerfany Cristina Sátiro por ser uma mulher forte, determinada, que nas horas difíceis, me ergueu, me fortaleceu, e me fez amar o curso de direito, a melhor irmã que alguém pode ter. O meu amor por vocês é incomensurável. Aos meus mestres que, pelo resultado de um esforço comum, repartiram comigo os seus conhecimentos, sempre transformando os meus ideais em realizações. Enfim, agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para a concretização deste objetivo.

*Ninguém vai invejar sua oração,
seu jejum, seu sacrifício,
sua renúncia, seu sofrimento.
Mas certamente terão inveja da sua colheita
e do seu sucesso...
Todos querem nossas medalhas,
mas ninguém quer nossas cicatrizes.*

(Pr. Cláudio Duarte)

RESUMO

O presente trabalho visa estabelecer qual é o momento adequado para a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor a fim de evitar qualquer afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e conseqüentemente, do devido processo legal. Tem como objetivo analisar qual o momento propício para o juiz determinar a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor e ainda, levantar na legislação consumerista e no Código de Processo Civil vigente em paralelo ao Novo Código de Processo Civil a quem cabe o ônus probatório. Objetiva também examinar no Código de Defesa do Consumidor quais os requisitos para a concessão da inversão do ônus probatório e analisar nas Jurisprudências dos Tribunais qual o momento em que é determinada essa inversão. Por fim, tem como propósito demonstrar com base no posicionamento de grandes doutrinadores e da Jurisprudência Brasileira, qual o momento mais adequado para que seja determinada a inversão do ônus probatório.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Ônus da prova. Inversão. Momento processual adequado. Prova.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	PROVA NO PROCESSO CIVIL	9
3	ÔNUS DA PROVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	11
4	A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	14
5	AS MODALIDADES DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO	16
5.1	Inversão convencional	16
5.2	Inversão legal	17
5.2	Inversão judicial	19
6	A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR	20
6.1	Requisitos para a concessão da inversão do ônus probatório	20
6.1.1	<i>Verossimilhança das alegações</i>	20
6.1.2	<i>Hipossuficiência do consumidor</i>	22
7	O MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	23
7.1	No despacho inicial	23
7.2	Entre o despacho saneador e a sentença	24
7.3	No despacho saneador	25
7.4	Na sentença	27
8	JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	31
9	CONCLUSÃO	33
	REFERÊNCIAS	35

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a abordagem da inversão do ônus da prova nas relações de consumo regulamentadas pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC - Lei nº 8.078/90, e a definição da fase processual adequada para que o magistrado possa determinar a inversão do ônus probatório.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 6º, inciso VIII, que constitui um dos direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos em juízo, 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 experiências.

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor deixou de estabelecer em que fase processual deveria o juiz proceder à verificação dos pressupostos descritos, desta forma, ficou à discricionariedade do magistrado determinar o seu momento. Destarte, a doutrina e jurisprudência se incumbiram de formular teorias para estabelecer o momento processual adequado para a análise da inversão do ônus probatório.

Como consequência dessas teorias, estabeleceu-se uma enorme divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do momento adequado para que seja determinada a inversão do ônus probatório nas relações consumeristas, de modo que o processo possa prosseguir com total observância do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Diferentes interpretações das legislações processuais foram sendo feitas ao tentar determinar a situação processual adequada para a inversão do ônus probatório. Tornou-se necessário estabelecer qual o momento processual é o mais apto a não causar prejuízos aos litigantes, os quais poderão ser surpreendidos em qualquer fase do processo pela inversão do ônus da prova.

Deste modo, alguns doutrinadores defendem que o momento propício seria na sentença, após análise criteriosa das provas colhidas. Há também aqueles que acreditam que a inversão deveria ocorrer no despacho saneador e outros creem que o momento adequado seria

em qualquer momento da instrução processual desde que antes da decisão saneadora. E por fim, há ainda alguns poucos doutrinadores que entendem que o momento adequado seria assim que o juiz recebesse a inicial, concomitante com o despacho que determinaria a citação do réu.

Diante destas opiniões divergentes é forçoso verificar a adequada aplicação deste instituto na realidade brasileira para que não ocorra nenhuma ofensa tanto aos direitos, quanto aos princípios constitucionais elencados no Código de Defesa do Consumidor. Além disso, é necessário definir o melhor entendimento a ser observado nas relações consumeristas para que uma adequada aplicação do direito seja possível, e ainda, é imprescindível, para melhor compreender o tema, explanar os entendimentos, as divergências e mostrar a melhor conclusão embasada no posicionamento de grandes doutrinadores e nos recentes julgados em que o presente tema é objeto.

2 PROVA NO PROCESSO CIVIL

Em breve síntese, prova é o meio utilizado para formar o convencimento do juiz a respeito de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo.

Considera-se prova como o meio eficaz pelo qual se busca demonstrar que os fatos expostos no processo ocorrem tal qual foram descritos em que pese ser comum a afirmativa que a verdade absoluta é algo inatingível.

Sabe-se que é utópico imaginar a possibilidade, com o processo, de se atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, tal logo, o que se objetiva com a prova é demonstrar a veracidade do fato alegado.

Sendo assim, no processo discutem-se as afirmações que são feitas acerca dos fatos e as valorações, as impressões que as pessoas têm deles ante a impossibilidade de voltar no passado e reconstituir um evento pretérito como exatamente ocorreu.

Com base nessas premissas a verdade que se busca com a prova, no processo, é aquela mais próxima possível da real. Esta, sim, é passível de ser alcançada durante o procedimento com a tentativa das partes de comprovarem a veracidade de suas alegações.

A procura pela verdade mais aproximada da real nos conduz a vislumbrar uma versão mais realista e coerente do processo judicial, porém, isso nada tem a ver com a velha divisão entre verdade real x verdade formal, uma vez que, a busca pela verdade, mesmo fora do processo judicial, é sempre relativa ao contexto em que ela é buscada. Não há, assim, diferença conceitual entre a verdade que se busca fora e aquela que se busca dentro do processo, razão por que é infundado distinguir entre verdade formal e verdade real, ou material.

Destarte, um processo que transcorreu de modo correto, com respeito as garantias processuais, bem como, mediante interpretação e aplicação adequada do direito não pode ter uma decisão final que consideremos justa se, a despeito de tudo isso, estiver baseado em

provas que destoam da verdade, em uma reconstrução falsa, não verdadeira, dos fatos discutidos no processo, conforme leciona Fredie Didier JR citando Calamandrei:

“Todo o sistema probatório civil está preordenado, não só a consentir, senão diretamente a impor ao juiz que se contente, ao julgar a respeito dos fatos, com o sub-rogado da verdade que é a verossimilitude. Ao juiz não lhe é permitido, como se lhe permite ao historiador, que permaneça incerto a respeito dos fatos que tem que decidir; deve de qualquer jeito (essa é sua função) resolver a controvérsia numa certeza jurídica. [...] Até nos casos muito raros, em que o juiz pode 'conhecer os fatos da causa' mediante a inspeção [...], a percepção direta do fato, que lhe dá o grau máximo de certeza subjetiva, não basta para excluir que a verdade seja distinta do que, ff”

Ressalta-se a importância da produção de provas para o convencimento do juiz que não pode se eximir de sentenciar sob a alegação que os fatos não foram esclarecidos.

3 ÔNUS DA PROVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Ônus da prova é o encargo que se atribui a cada uma das partes para demonstração da veracidade dos fatos alegados a fim de nortear a decisão do magistrado.

O artigo 333 do Código de Processo Civil vigente que prevê as regras gerais de caráter genérico sobre o ônus da prova, na qual incumbe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Portanto, ao autor cabe provar a existência de seu direito, enquanto ao réu cabe provar a inexistência deste ou demonstrar fatos que o modifiquem.

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. (BRASIL, 1973)¹

Na redação final do Novo Código de Processo Civil, o ônus da prova é previsto tal qual se apresenta no Código ainda vigente, entretanto, o artigo agora passa a ser de número 373 e não mais 333.

Nos moldes do Código Civil vigente, ônus da prova pode ser convencionado pelas partes desde que respeite o disposto no artigo 333, parágrafo único:

Parágrafo único – É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
Recair sobre direito indisponível das partes;
II. Tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. (BRASIL, 2002)²

Ocorre que, o Novo Código de Processo Civil, em que pese não apresentar alteração no caput do art. 373 em relação ao caput artigo 333 do Código de Processo Civil anterior, apresenta novidade no que se refere ao disposto acima e, assim, confere também ao magistrado a possibilidade de atribuir o ônus da prova de modo diverso da regra geral, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

¹ Código de Processo Civil, Art. 333. I e II.

² Código de Processo Civil, Art. 333. Parágrafo Único.

É redação do parágrafo primeiro do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil:

§ 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, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (BRASIL, 2015)³

Outra alteração importante acerca do tema está presente no parágrafo 2º que veta a distribuição do ônus probatório contida no parágrafo 1º nos casos das “provas diabólicas”, pelo que, trata-se de expressão conhecida doutrinariamente e faz referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil ou impossível

Quanto à possibilidade das partes convencionarem a quem recai o ônus da prova, o parágrafo 3º do Novo Código de Processo Civil mantém a previsão do parágrafo único do artigo 333 do Código vigente apenas acrescentando o parágrafo 4º que permite a convenção no curso do processo.

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil o ônus da prova poderá ser atribuído não só pelo legislador e pelas partes, por convenção, como também pelo magistrado. Com isso teremos um maior dinamismo na produção das provas que atenderá ao caso concreto com o escopo de coibir julgamentos de teor duvidosos e evitar pronunciamentos *non liquet* onde o julgador se recusa a julgar aduzindo que não conseguiu formar a sua convicção.

É de suma importância a devida produção da prova para o deslinde do processo e, embora não haja previsão legal para penalidades, sofrerão as consequências negativas advindas da falta de comprovação a parte que, incumbida de produzir tal prova, não o fizer, salvo se o juiz, concluída a instrução, formou o seu convencimento sobre os fatos presentes nos autos sem a necessidade socorrer-se as provas não produzidas. No mais, a lei define a responsabilidade pelas provas produzidas de má fé.

Sobre a matéria, é entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

³ Novo Código de Processo Civil, Art. 373.

O chamado "ônus da prova" é instituto de direito processual que busca, acima de tudo, viabilizar a consecução da vedação ao non liquet, uma vez que, por meio do art. 333, inc. I, do CPC, garante-se ao juiz o modo de julgar quando qualquer dos litigantes não se desincumbir da carga probatória definida legalmente, apesar de permanecer dúvidas razoáveis sobre a dinâmica dos fatos.⁴

Vale lembrar que não se pode confundir o termo "ônus" com obrigação, pois na linguagem técnica a obrigação refere-se a uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento aproveita à parte que ocupa o outro lado da relação processual, ou seja, supõe algo exigível, poder de outrem, a que o obrigado deve se sujeitar.

No que se refere ao ônus, não há dever de cumprimento, trata-se do interesse, da necessidade de se produzir a prova dos fatos alegados para que, em sede judicial, aparte não seja derrotada. A norma estabelece determinado comportamento e caso ele não seja seguido o agente sofrerá os efeitos, que podem ser favoráveis ou não, pois o não atendimento do ônus de provar coloca a parte em posição de desvantagem para uma decisão favorável.

⁴ Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

4 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Inversão consiste na modificação da regra natural de distribuição dos ônus da prova partindo do pressuposto de que o ônus pertenceria àquele contra quem foi feita a inversão. Trata-se de uma técnica de redimensionamento das regras do ônus da prova na qual determina-se que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum nas situações o qual é excessivamente difícil a uma parte provar seu direito, cabendo, neste caso, a inversão do ônus da prova a parte contrária caso essa tenha mais facilidade para provar ou repudiar determinada alegação.

Ressalta-se que dentre as inúmeras alterações que o Novo Código de processo Civil apresentou temos a importante consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova que foi positivada no artigo 373, §1º do Novo Código e, conforme já analisada em momento pretérito trata-se de teoria destinada a aplicar o ônus da prova a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto.

Embora só agora positivada no código de processo civil, sabe-se que não é algo novo no ordenamento jurídico brasileiro uma vez que, o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90) indicou expressamente como direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, conforme previsão do artigo 6º, inciso VIII.

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 experiências. (BRASIL, 1990)⁵

A inversão do ônus da prova está contida no código de defesa do consumidor de maneira a facilitar sua defesa levando em consideração a desigualdade fática estabelecida nas relações de direito material. É fundamental que se inverta o ônus probatório, pois na maioria das vezes quem tem o domínio da situação é a parte ré, conseqüentemente, a partir do

⁵ Código de Defesa do Consumidor, Art. 6º.

momento que ocorre a inversão do ônus probatório essa pratica assume caráter decisivo para a efetividade dos direitos do consumidor.

A possibilidade da inversão do ônus da prova, na maioria das vezes, é o único meio capaz de garantir a procedência da demanda judicial do consumidor diante das recentes especializações e sofisticações tecnológicas dos serviços e produtos oferecidos no mercado de consumo, o que se agrava ainda mais quando aliado à debilidade econômica ou técnica do consumidor.

Essa possibilidade tem o condão de facilitar a produção do conteúdo probatório que irá contribuir para que as questões consumeristas sejam esclarecidas e solucionadas. Desta forma, quebra-se o entendimento de que sejam suficientes as regras estáticas e abstratas que regem a distribuição da responsabilidade de produzir provas no processo, havendo, portanto, a necessidade de que ocorra uma análise criteriosa do caso concreto, tanto em razão da verossimilhança das alegações quanto pela hipossuficiência da parte, em que a vulnerabilidade independe da condição econômica do consumidor.

Ressalta-se que a inversão do ônus da prova deve abarcar as situações regidas pelo artigo 333 do Código de Processo Civil (Artigo 373 do Novo Código de Processo Civil) em que ocorra efetiva desigualdade entre as partes ou que tornem a demonstração da verdade dos fatos excessivamente onerosa ou mesmo impossível, tamanha a importância que, cabe ao juiz, ao fim do litígio, aplicar os efeitos desfavoráveis da sentença ao litigante que, acusado de determinado fato, deixou de produzir a prova no sentido de sua defesa, pautando-se na alegação do consumidor desde que esta seja verossimilhante aos fatos.

Salienta-se, também, que poderá haver a inversão do ônus da prova nos processos em que o consumidor for autor da ação como também naqueles em que ele for réu tendo em vista que o instituto busca resultados que tenham efetivo compromisso com o acesso à justiça, não se trata de uma mera formalidade e sim de uma justa proteção, a distribuição do ônus probatório não pode ser unicamente uma preocupação com a existência formal de uma resposta jurídica, mas sim, ser um instrumento que busca a tutela de direitos.

Diante de todo o exposto, resta cristalino o quanto é importante e necessário o instituto da inversão do ônus probatório.

5 AS MODALIDADES DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

São três espécies de inversão do ônus da prova, quais sejam: inversão convencional, legal e a judicial.

Essa classificação leva em conta a causa da inversão e influência no aspecto subjetivo e objetivo do ônus da prova. Entende-se por inversão convencional aquela em que as partes podem convencionar a inversão do ônus da prova, contudo, deve ser exercida com ponderação, pois será nula qualquer cláusula que venha beneficiar excessivamente uma parte em prejuízo da outra. Por inversão legal temos aquela em que por determinação da lei haverá a inversão do ônus da prova. Finalmente, entende-se por inversão judicial aquela em que a inversão ocorrerá por provimento do magistrado quando devem ser observados alguns requisitos.

5.1 Inversão convencional

A inversão convencional decorre de um acordo de vontade realizado entre as partes nas relações jurídicas e, no Código de Processo Civil de 1973, ainda vigente, essa modalidade está prevista de forma implícita no parágrafo único do artigo 333.

No Novo Código de Processo Civil uma das alterações que o tema sofreu segue no sentido de previsão explícita do direito das partes em acordarem no sentido de inverter o ônus da prova, além de trazer a modificação do momento em que essa inversão pode ser convencionada. Hoje, o acordo entre os litigantes deve ser estabelecido por cláusulas contratuais em um momento anterior a instrução processual ou por pedido endereçado ao magistrado até o saneamento do processo, fato é que, com a entrada em vigor do Novo Código o artigo 373, parágrafo 4º, prevê que a convenção pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Desse modo, a inversão convencional isentará a pessoa anteriormente responsável pelo ônus probatório, ou seja, aquela que, tradicionalmente, seria a onerada com aprova do fato constitutivo.

Importante perceber que, apesar das alterações ocorridas, permanece inalterado as vedações para essa modalidade de inversão. Assim, será nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando a inversão recair sobre direito indisponível da parte ou que torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O Código de Defesa do Consumidor também dispõe sobre vedação da inversão do ônus da prova por convenção, além das previstas na legislação processual civil. O artigo 51, inciso VI, da por nula de pleno direito, entre outras, a cláusula contratual relativa ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleça a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

Sobre essa vedação Cabral dispõe:

Trata-se de uma vedação cujo objetivo é evitar estipulações com excessivo favorecimento ao fornecedor, pois, a grande maioria das relações de consumo formalizada mediante contratos de adesão, cujas cláusulas são estipuladas e impostas unilateralmente pela parte mais forte. (CABRAL, 2008, p. 351).⁶

Conclui-se, portanto, que a inversão convencional, apesar de muitas vezes imposta pelo fornecedor, principalmente nos contratos de adesão, via de regra é afastada para evitar eventual prejuízo que possa atingir a facilitação da defesa do consumidor.

5.2 Inversão legal

A inversão legal do ônus da prova decorre da própria lei e, nessa situação o magistrado não inverterá o ônus da prova, pois, já está definido na lei, ou seja, essa modalidade de inversão poderá ocorrer independentemente de qualquer ato do juiz, não sendo necessário manifestar-se sobre ela.

⁶ Livro: Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor (CABRAL, 2008, p. 351).

Assim sendo, a lei estabelece formas diretas e indiretas de redistribuição do ônus da prova, ou seja, haverá inversão direta legal quando o legislador instituir diretamente uma lei, cujo texto enumera qual parte deve provar um determinado fato. Contudo, a lei brasileira estabelece numerosos casos de presunção e, ao fazê-lo torna dispensável a prova do fato alegado, que se presume verdadeiro, podendo ou não admitir prova contrária, conforme o grau de intensidade da presunção. Quando admite-se prova contrária temos as presunções relativas e, as que não admitem prova em sentido contrário são as presunções absolutas.

Importante destacar que terá relação com a inversão legal do ônus da prova somente a presunção relativa e temos como exemplo da modalidade de inversão legal do ônus da prova os artigos 12, §3º, 14, §3º e 38 do Código de Defesa do Consumidor, vejamos:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da 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.

[...]

§3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I – que não colocou o produto no mercado;

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

[...]

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.

[...]

§3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

[...]

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina. (Brasil, 1990)⁷

O Código de Defesa do Consumidor adotou a inversão legal do ônus da prova nestes artigos pois, um fato, que no caso da ação de indenização proposta pelo consumidor, é constitutivo do seu direito, não precisa ser provado pelo autor, mas atribui ao réu (fornecedor) provar a inexistência daquele mesmo fato.

⁷ Código de Defesa do Consumidor, Art. 12, 14 e 38.

5.3 Inversão judicial

No Código de Processo Civil ainda vigente no nosso ordenamento jurídico esta modalidade pressupõe a existência de uma lei que a autorize como, por exemplo, o artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor.

O Novo Código de Processo Civil abre, no §1º do artigo 373, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz no caso concreto e, com isso, permite expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz, bem como, abre a possibilidade de a legislação esparsa prever outras hipóteses de aplicação dessa teoria. O dispositivo ressalta também a necessidade de fundamentação específica da decisão judicial que tratar do tema e positiva no parágrafo 2º do aludido artigo 373 que, caso a prova seja “diabólica” para todas as partes da demanda, o juiz deverá decidir com base nas outras provas eventualmente produzidas, nas regras da experiência e nas presunções.

6 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, inciso VIII autoriza a inversão judicial (*ope judieis*; "por obra do juiz") do ônus da prova. Este é um dos casos previstos em lei que se refere a primeira parte do parágrafo 1º o do art. 373, Novo Código de Processo Civil.

Tal prática é de grande valia, vez que, dadas as circunstâncias em que ocorrem os danos ao consumidor, geralmente, é o fornecedor que possui os de provar o que de fato houve naquela relação, ficando muitas vezes o consumidor sem meio algum de comprovar os defeitos e falhas praticados contra ele.

O artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor permite, em duas hipóteses, que o magistrado inverta o ônus da prova nos litígios que versem sobre relações de consumo, quais sejam: quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência e quando o consumidor for hipossuficiente. A redistribuição deve sempre ser feita em favor do consumidor

6.1 Requisitos para a concessão da inversão do ônus probatório

Como já dito, o artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor permite ao magistrado conceder a inversão do ônus probatório em favor do consumidor quando, após análise do caso concreto, for constatada a verossimilhança das alegações práticas ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Para uma melhor compreensão da inversão do ônus da prova na legislação consumerista, passa-se a analisar os seus requisitos legais.

6.1.1 Verossimilhança das alegações

O Código do Consumidor busca facilitar a defesa dos direitos do consumidor, para tanto, estabelece que o juiz pode considerar provado um fato com base em alegação revestida de certa aparência de verdade, coerência lógica do caso narrado não em um juízo de certeza, basta apenas verossimilhança ou a probabilidade.

A verossimilhança deve ser entendida como “juízo de probabilidade extraída de material probatório de feitiço indiciário, da qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor.” (Theodoro JÚNIOR, 2008, p. 179).

Portanto, temos que o raciocínio deve partir de dados concretos que autorizem a convicção de ser muito provável a veracidade da versão do consumidor, como por exemplo, os indícios que estão presentes nos autos.

Vale ressaltar que o juízo de verossimilhança é formado a partir da prova indiciária, que possibilita ao juiz realizar uma associação entre dois fatos: um comprovado, que é o fato indiciário e outro apenas alegado, que é o fato constitutivo do direito do consumidor. A prova do primeiro permite a presunção de que o último também ocorreu por lhe ser consequência ordinária. Há, portanto, simples presunção comum realizada pelo julgador. Mas sem esse indício mínimo, não há de onde extrair a verossimilhança da alegação.

Em síntese, para que verossimilhança das alegações seja demonstrada na peça inicial não basta que o profissional tenha uma boa técnica redacional para relatar os fatos e conectá-los ao direito, mas é necessário que da narrativa decorra um forte conteúdo persuasivo, causando a verossimilhança. Os fatos narrados na inicial devem parecer verdadeiros em face do conteúdo probatório juntado aos autos.

A verossimilhança não necessita de comprovação de um fato certo, não exige provada verdade absoluta, mas que tenha aparência fática verdadeira, ou seja, que tenha uma prova robusta, que mesmo na fase de cognição sumária, o magistrado consiga aproximar o juízo de probabilidade do juízo de verdade das alegações do consumidor. Deve ser demonstrado ao juízo que, através de indícios extraídos do conjunto probatório mínimo, o fato jurídico conduz à solução e aos efeitos que o consumidor-autor pretende alcançar na demanda.

6.1.2 Hipossuficiência do consumidor

Ha dois tipos de hipossuficiência e ambas podem levar a inversão. A hipossuficiência econômica, quando o consumidor tiver dificuldade de comprovar o alegado por força de dificuldades materiais e a hipossuficiência que decorre da falta de meios, sobretudo em termos de acesso a conhecimentos técnicos ou periciais em dado conflito nascido de relações de consumo. Pode ser verificada pela ausência de condições técnicas, jurídicas, informacionais.

Logo, o consumidor hipossuficiente seria aquele que, por razões de ordem econômica, técnica, jurídica, social, cultural, dentre outras, tivesse grandes dificuldades de comprovar a veracidade de suas alegações. Portanto, a hipossuficiência do consumidor pode decorrer do seu desconhecimento acerca de aspectos relacionados com a elaboração de produtos e a realização de serviços, ou ainda, da extrema dificuldade de produzir prova relacionada com as fases da cadeia produtiva. O monopólio da informação por parte do fornecedor justifica a inversão da carga probatória. A inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor decorrerá, muitas vezes, da desigualdade existente quanto à detenção dos conhecimentos técnicos inerentes à atividade deste.

Segundo Cabral a hipossuficiência:

Consiste na ausência de conhecimentos técnicos específicos sobre o produto ou serviço colocados no mercado de consumo, das técnicas de venda, dos termos do contrato, bem como de condições sociais, econômicas e jurídicas para demandar juridicamente. (CABRAL. 2008, p. 377)⁸

Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 206) define a hipossuficiência como a “Impotência do consumidor, seja de origem econômica seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor”.

Conclui-se, portanto, que a hipossuficiência ocorrerá nas situações em que o consumidor tenha uma dificuldade muito grande para cumprir com o seu natural ônus probatório, mas o fornecedor está em condições melhores para esclarecer os fatos.

⁸ Livro: Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor (CABRAL, 2008, p. 377).

7 O MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Em relação ao momento processual adequado para a inversão do ônus probatório há muita controvérsia. Alguns doutrinadores entendem que o momento mais adequado é no despacho inicial. Outros entendem que a inversão pode ocorrer a qualquer momento desde que entre o despacho inicial e a decisão saneadora. Ainda, outra corrente considera que a inversão deve ocorrer no despacho saneador. E por fim, há também aqueles que entendem que o momento apropriado para a inversão do ônus da prova é na sentença.

Apresentados os diversos posicionamentos, passa-se à análise dessas correntes doutrinárias referentes ao momento processual adequado para que ocorra a inversão do ônus probatório nas relações de consumo.

7.1 No despacho inicial

A primeira corrente a ser analisada, minoritária, é aquela que defende que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no recebimento da inicial, pois é nesse momento que o juiz tomará conhecimento e se manifestará sobre as questões apresentadas pelo autor. Portanto, o autor deverá requerer na inicial a inversão do ônus probatório e o juiz deve se manifestar sobre a questão no despacho inicial.

Para essa corrente, o magistrado a fim de orientar desde logo as partes quanto ao encargo probatório que terão de se desincumbir na fase instrutória, deve inverter o ônus da prova já no despacho inicial. Assim, o juiz, ao inverter o ônus probatório nessa fase, orienta o réu para que produza as provas e junte os documentos que julgar necessário para a sua defesa.

Segundo Tânia Nogueira (1994, p. 59) “o autor consumidor deverá já na inicial requerer a inversão do ônus, e desta forma o juiz deverá se manifestar sobre a questão no ato do primeiro despacho, passível de recurso de agravo”.

Portanto, o magistrado, após o recebimento da inicial, analisará se estão presentes os requisitos exigidos para a inversão e, caso estejam presentes, determinará a inversão do ônus probatório, e posteriormente ordenará a citação do réu e o intimará de sua decisão, a fim de garantir a ampla defesa dos direitos do consumidor e também o contraditório e a ampla defesa em relação ao réu, visto que, desde logo, já estará advertido do seu ônus de direcionar a sua atividade probatória de modo a desconstituir as alegações do autor.

No entanto, essa teoria recebe muitas críticas pelo fato de o juiz ainda não conhecer os pontos controvertidos da demanda, que irão se concretizar após a resposta do réu, o que lhe impossibilita um juízo de valor sobre a questão. Ao despachar a inicial o juiz desconhece a argumentação da defesa, não tendo como saber quais fatos se tornarão controvertidos.

Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 188) entende que “é inconcebível o juízo de verossimilhança, acerca dos fatos apenas afirmados pelo autor, sem que antes se conheça as contra alegações do réu”. No mesmo entendimento, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho ensina que esta posição “se mostra precipitada, uma vez que, no despacho liminar, antes, portanto, da eventual apresentação de contestação pelo réu, ainda não é possível saber quais fatos se tornarão controvertidos e, por isso, exigirão provas”.

Assim, percebe que esta teoria recebe muitas críticas, tendo em vista que o problema da inversão no despacho inicial é a ausência de elementos suficientes para serem analisados os requisitos que autorizam a concessão, pois não possibilita ao réu a participação na formação da convicção do juiz, sendo, portanto, minoritária e não havendo precedentes jurisprudenciais conhecidos que tenham acolhido este entendimento.

7.2 Entre despacho inicial e despacho saneador

A segunda corrente a ser analisada defende que só é possível a inversão antes da fase instrutória, ou seja, entre o recebimento da inicial até a decisão saneadora. Os defensores dessa teoria são menos específicos, pois não se fixam em um momento definido, para eles o momento da inversão do ônus probatório deve ocorrer entre a propositura da ação e o despacho saneador pois, nesse momento o magistrado já dispõe de dados para decidir sobre a

questão e também, a atividade probatória já seria iniciada com as cargas definidas entre as partes.

Para essa corrente, o magistrado deve manifestar-se no processo sobre a presença dos requisitos da inversão do ônus probatório, assim, o momento processual mais adequado para a sua aplicação é o situado entre o recebimento da inicial e o despacho saneador. Verifica-se, de acordo com esses doutrinadores, que a inversão do ônus da prova não deve ser uma surpresa a ser revelada pelo juiz somente na sentença.

Nesse mesmo sentido, Luis Antonio Rizzatto Nunes (2005, p. 175) dissertando sobre o momento adequado para o magistrado decidir sobre a inversão do ônus probatória afirma que "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".

Entretanto, essa corrente doutrinária recebe muitas críticas tendo em vista que não há nenhum preceito legal que determina que o artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor só pode ser aplicado quando o magistrado, antes de iniciada a instrução probatória, disponha se é o caso de sua incidência ou não. Ademais, o juiz tem que fazer sua análise sobre a existência da verossimilhança das alegações do consumidor ou de sua hipossuficiência, portanto, não comporta decisão antecipada, visto que dependerá de produção de provas.

Ainda, pode-se trazer a este posicionamento às mesmas críticas feitas ao posicionamento que entende ser o momento ideal para a inversão do ônus da prova o recebimento da inicial, em razão da ausência de elementos suficientes para a análise do magistrado dos requisitos que autorizam a concessão. Também, é importante destacar que o magistrado deve, antes de resolver a questão do ônus probatório, fixar os pontos controvertidos e determinar as provas a serem produzidas pelas partes, o que ocorre no despacho saneador e não antes dele.

7.3 No despacho saneador

Essa corrente, prestigiada pela maior parte da doutrina, defende que o momento adequado para a inversão do ônus da prova é o da fixação dos pontos controvertidos do processo, ou seja, na fase de saneamento, onde o réu já apresentou sua defesa. É na fase de saneamento que o juiz terá que fixar os pontos controvertidos e em seguida decidir sobre questões processuais pendentes, dentre os quais a aplicação ou não da inversão do ônus da prova.

No mesmo sentido, Voltaire de Lima Morais (1999, p. 69) afirma que o momento propício para a inversão do ônus probatório dá-se no saneamento do processo, ocasião em que, caso inexista a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos e decidirá as questões procedimentais incidentes, dentre elas o cabimento ou não da inversão do ônus da prova. Assim, ficam as partes cientes de seu encargo probatório, podendo melhor planejar a postura processual que passarão a adotar, não havendo surpresa para nenhuma delas, especialmente aquela em cujo prejuízo ocorreu a inversão.

Segundo Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2009, p.23) “deverá o juiz inverter o ônus da prova, no procedimento ordinário, na fase de saneamento do processo”. Nesta mesma obra o doutrinador afirma também que no caso do procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis a inversão do ônus da prova deverá ser examinada pelo magistrado na sessão de conciliação, caso esta tenha sido infrutífera, hipótese em que, geralmente, a audiência de instrução e julgamento será designada para um dos quinze dias subsequentes.

Ainda, o brilhante doutrinador ensina que tendo o magistrado concluindo pela necessidade da inversão do ônus da prova somente após a instrução, deverá “não apenas determinar a inversão do ônus da prova como ainda reabrir a instrução, permitindo que o fornecedor requeira e produza as provas que lhe pareçam necessárias para desincumbir-se do ônus”. (ARAÚJO FILHO, 2009, p. 25)

Portanto, entender que o despacho saneador é o momento processual mais adequado é acreditar que a sua aplicação não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Ainda, não acarreta o adiantamento da convicção do juiz, visto que o despacho que determina a inversão apenas declara a existência de um ou dos dois requisitos exigidos pelo artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor e não necessariamente uma sentença de mérito favorável ao consumidor.

Por tais razões, conclui-se que o momento processual adequado para que ocorra a inversão do ônus probatório é no despacho saneador, visto que não afronta os princípios do contraditório e da ampla defesa, e também, caso a inversão ocorra em qualquer outro momento, posterior ao despacho saneador, deixará o réu impossibilitado de se defender, pois o momento oportuno para apresentação das provas cabíveis já estaria esgotado.

Contudo, essa corrente é criticada pelos doutrinadores que afirmam que a regra de distribuição do ônus da prova é de julgamento e, portanto, deve ser aplicada somente quando da prolação da sentença, pois somente irá utilizar a regra de distribuição do ônus da prova quando houver o *non liquet* matéria de fato.

Nesse sentido é o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover (2005, p.797) ao afirmar que somente após a instrução processual é que o magistrado estará habilitado a se manifestar sobre a existência ou não do *non liquet*, analisando se é possível ou não a aplicação da inversão do ônus probatório.

7.4 Na sentença

Os defensores desta corrente entendem que a inversão do ônus probatório é regra de julgamento e sustentam que as regras de distribuição do ônus da prova devem ser analisadas somente na sentença. Esses doutrinadores acrescentam que o magistrado, 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 encontra provado. Ou seja, somente quando não houver prova é que o juiz deve averiguar quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbi.

Para Nelson Nery Júnior a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, assim:

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

não se produza. [...] A sentença, portanto, é o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova. Não antes. (NERY JUNIOR, 2007, p.608)⁹

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Kazuo Watanabe:

As regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* tem matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. [...] Efetivamente, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível. (WATANABE, 2007, p. 815)¹⁰

Assim, qualquer conclusão referente ao ônus probatório não pode ser realizada antes do encerramento da fase instrutória, sob pena de ocorrer um prejulgamento da lide. Então a oportunidade de sua aplicação é na sentença, pois é nesse momento que o juiz valoriza as provas colhidas, constatando a possibilidade de falhas na produção probatória que o levará à incerteza.

Rosa Benites Pelicani (2005, p. 361-374) entende que o momento adequado para inversão do ônus probatório é na sentença, visto que o inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor além de tratar de distribuição do ônus da prova nas relações de consumo, também veicula uma inversão da regra geral quando atendidos os requisitos correspondentes. Desse modo, “sua aplicação ocorre no momento em que é proferida a sentença de mérito nos processos que envolvem conflitos entre consumidor e fornecedor”.

Ensina a doutrinadora Rosa Benites Pelicani ensina, ainda, que não existe cerceamento de defesa por não se vislumbrar qualquer impedimento à produção de provas e acrescenta que:

Se a parte podia produzir uma prova, mas não a produziu, deve sofrer as conseqüências de tal omissão, restando inequivocamente inadmissível que, depois, venha apontar cerceamento de defesa porque não tinha ciência da possibilidade de uma inversão do ônus da prova que está prevista em lei. Ademais, de modo geral o fornecedor, parte presumivelmente mais forte na relação de consumo, é defendido por advogados que desde o início têm ciência da possibilidade prevista no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, razão pela qual dificilmente acontece propriamente uma surpresa. (PELICANI, 2005, p.361-374)¹¹

⁹ Livro: Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. (NERY JUNIOR, 2007, p.608)

¹⁰ Livro: Defesa do consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto. (WATANABE, 2007, p. 815)

¹¹ Revista da Faculdade de Direito: O Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova. (PELICANI, 2005, p.361-374)

No entanto, essa corrente também é criticada tendo em vista que, se a inversão for decretada somente na sentença, o direito ao contraditório, à ampla defesa e, conseqüentemente, ao devido processo legal daquele contra quem o ônus fora invertido estaria sendo cerceado, pois não teve a oportunidade de se desincumbir desse encargo, já que nesse momento já estaria exaurida a fase instrutória, ou seja, a produção de mais provas não seria viável.

Nesse sentido, Carlos Roberto Barbosa Moreira leciona que:

É preciso ponderar, todavia, que as normas sobre a repartição do ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes: através delas, as partes ficam cientes, de antemão, dos fatos que a cada uma incumbe provar. Assim vistas as coisas, a inversão, se ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra até ali vigente, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido o ônus –que, para ele, não existia antes da adoção da medida – obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir. A aplicação do dispositivo em exame, se observada a orientação doutrinária aqui combatida, redundaria em manifesta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, n.LV): ao mesmo tempo em que estivesse invertendo o ônus da prova, o juiz já estaria julgando, sem dar ao fornecedor a chance de apresentar novos elementos de convicção, com os quais pudesse cumprir aquele encargo. [...] A finalidade da norma é facilitar a defesa dos direitos do consumidor, e não assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar. (MOREIRA, 1997, p. 305-306)¹²

Portanto, o magistrado deve dar oportunidade à parte em desfavor de quem foi decretada a inversão, a possibilidade de produzir a contraprova, ou seja, de carrear elementos probatórios aptos a desconstituir as alegações da parte autora, eis que a norma do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor visa facilitar a defesa do consumidor e não garantir-lhe a procedência da demanda.

O doutrinador Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2005, p.134) também crítica essa corrente ao afirmar que ela está alinhada a distribuição do ônus probatório pela regra geral do artigo 333 do Código de Processo Civil, pois aqueles que litigam em um processo que não tenha relação de consumo já sabem de antemão a quem compete o ônus da prova e não haverá surpresa para as partes no julgamento. Entretanto, nas relações de consumo a inversão não é automática, necessitando de decisão judicial analisando seus requisitos e não poderá aguardar até a sentença esta incerteza.

¹² Revista de Processo: Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. (MOREIRA, 1997, p. 305-306)

Conclui-se, portanto, que se a inversão do ônus probatório ficasse para ser analisada posteriormente à fase de saneamento do processo geraria o problema do ônus econômico da produção de certas provas, como exemplo a perícia. Isto porque se o magistrado decidir somente na sentença e constatar que não estão presentes os requisitos da inversão e o consumidor deixou de produzir determinada prova em virtude da falta de recursos financeiros, estaríamos diante de um absurdo, pois configura prejuízo para o consumidor.

8 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Percebe-se, ao analisar os julgados do Superior Tribunal de Justiça, que há uma grande polêmica instaurada em relação ao momento da inversão do ônus da prova. A Ministra Nancy Andrighi afirma que a jurisprudência do STJ ainda “não se pacificou quanto à possibilidade de o juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo”. (REspnº1125621/MG).

No REsp nº 949000/ES, cujo relator Ministro Humberto Gomes de Barros foi vencido, firmou-se o entendimento de que a inversão deve ocorrer na sentença visto que “a inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento”.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 840690/DF de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques se posicionou no sentido de que o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova é no despacho saneador. Afirmou-se que em observância ao princípio do dispositivo, “o magistrado deve ser parcimonioso ao determinar a produção de provas no saneador, evitando tornar controversos pontos sobre os quais, na verdade, as partes abriram mão de discutir e, portanto, de tornar controvertidos”.

Colaciona-se aqui o REsp 881651/BA de Relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa que foi acompanhado pelos Ministros Massami Uyeda, Cesar Asfor Rocha e Aldir Passarinho Junior, firmando entendimento no mesmo sentido:

A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida. (Recurso Especial nº 881.651/BA. 4ª Turma. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília-DF, 10.05.2007. DJe: 21.05.2007)¹³

Ainda, ao julgar o REsp 662.608/SP, acompanhado pelos Ministros Massami Uyeda, Aldir Passarinho Júnior e Jorge Scartezini, o Ministro Hélio Quaglia Barbosa reafirmou seu posicionamento afirmando que

¹³ Resp 881651/BA, entendimento do STJ.

Mesmo que controverso o tema, dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória - momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes -, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal, conforme precedentes. (Recurso Especial nº 662.608/SP. 4ª Turma. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília-DF, 12.12.2006. DJe 05.02.2007.)¹⁴

Nesse mesmo sentido, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2009, p. 25) afirma que é “possível vislumbrar tênue tendência à futura consagração do entendimento que nos parece o melhor, ou seja, de que a decisão deve anteceder à instrução do feito”.

Do mesmo modo, doutrinadores como Humberto Theodoro Júnior, Antonio Gidi e Voltaire de Lima Moraes defendem que o momento da inversão do ônus da prova é o da fixação dos pontos controvertidos do processo, onde o requerido já apresentou sua resposta e quando houve necessidade o autor manifestou-se sobre ela.

Portanto, verifica-se que, apesar de ser um tema ainda bastante controverso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem evoluindo no sentido de consagrar o entendimento de que a decisão de inverter o ônus da prova deve anteceder à instrução do feito, ou seja, deve ocorrer no despacho saneador.

¹⁴ REsp 662.608/SP, entendimento do STJ.

9 CONCLUSÃO

Buscou-se no presente trabalho analisar o momento adequado para que ocorra a inversão do ônus da prova. A inversão do ônus probatório está prevista no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor e visa à facilitação da defesa do consumidor nas relações de consumo ao transferir esta incumbência ao fornecedor.

Importante salientar que o ônus da prova é o encargo das partes em comprovar os fatos relevantes à causa. Entretanto, a defesa do consumidor é princípio constitucional e dever do Estado, sendo, portanto, a inversão do ônus da prova obrigatória para que o consumidor, parte frequentemente mais fraca na relação de consumo, tenha possibilidade de se defender.

A inversão do ônus probatório nas relações de consumo ocorrerá quando o magistrado, ao analisar o caso concreto, constatar que são verossímeis as alegações fáticas do consumidor ou quando verificar que ele é hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Portanto, a inversão do ônus probatório não se dá instantaneamente e necessita de manifestação judicial fundamentada acerca de sua aplicabilidade no caso concreto. Entretanto, a legislação consumerista não dispõe sobre qual o momento processual adequado para que o juiz decida sobre sua aplicação.

Desse modo, buscou-se verificar o posicionamento de grandes doutrinadores e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre qual seria o momento processual propício para a inversão do ônus da prova nas relações de consumo. Formou-se, portanto, quatro posicionamentos, sendo defendidos por doutrinadores e aplicados indistintamente pelo judiciário, são eles; o recebimento da inicial, do recebimento da inicial até o despacho saneador, no despacho saneador e na sentença.

Verificou-se que os dois últimos posicionamentos receberam mais adeptos, contudo, o despacho saneador vem tomando a frente, apesar da teoria que estabelece a sentença como momento ideal ser defendida por grandes nomes da doutrina. Nota-se, ainda, grande

divergência jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, todavia, com forte tendência a fixar a inversão do ônus da prova na fase instrutória, ou seja, no despacho saneador.

Isto porque se o magistrado decidir somente na sentença e constatar que não estão presentes os requisitos da inversão e o consumidor deixou de produzir determinada prova em virtude da falta de recursos financeiros, estaríamos diante de um absurdo, pois configura prejuízo para o consumidor.

E, ainda, o magistrado deve dar oportunidade à parte em desfavor de quem foi decretada a inversão, a possibilidade de produzir a contraprova, ou seja, de carrear elementos probatórios aptos a desconstituir as alegações da parte autora, eis que a norma do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor visa facilitar a defesa do consumidor e não garantir-lhe a procedência da demanda.

Conclui-se, portanto, que, a inversão do ônus da prova no despacho saneador mostra-se mais adequada, por um lado não determinando atos desnecessários e por outro, não afrontando os princípios do contraditório e da ampla defesa, e conseqüentemente, do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 662.608/SP**. 4ª Turma. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília-DF, 12.12.2006. DJe 05.02.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 840.690/DF**. 2ª Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília-DF, 19.08.2010, DJe28.09.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 881.651/BA**. 4ª Turma. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília-DF, 10.05.2007. DJe: 21.05.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 949.000/ES**. 3ª Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília-DF, 27.03.2008. DJe23.06.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.125.621/MG**. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 19.08.2010. DJe 07.02.2011.

CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil, v.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 31, 1999.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 86, 1997.

MORELLI, Daniel Nobre. **Teoria geral da prova no processo civil**: considerações sobre os principais pontos da teoria geral da prova. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1390/Teoria-Geral-da-Prova-noprocesso-Civil>>. Acesso em: 24 out. 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 10, 1994.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Comentários ao CDC: direito material (arts. 1 a 54)**. 2. ed. São Paulo; Saraiva, 2005.

PELICANI, Rosa Benites et al. O Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova. **Revista da Faculdade de Direito**, São Bernardo do Campo, v. 9, n.11, jan/dez. 2005.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito civil sistematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RADLOFF, Stephan Klaus. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Defesa do consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.