

O MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

William Nunes Oliveira*

RESUMO

O presente trabalho expõe a previsão legal da inversão do ônus de prova estipulada no Código de Defesa do Consumidor, analisando o momento processual em que a medida é determinada ao longo do procedimento comum do processo civil, bem como seus efeitos às partes. Assim sendo, foram abordadas as características, legislações vigentes e julgados que tratam do assunto. Utilizou-se o método dedutivo, partindo-se da distribuição genérica do ônus probatório no direito brasileiro e a sua evolução, quando comparado ao diploma consumerista; e o método argumentativo ou dialético, estabelecendo-se o modo como o momento processual em que é determinada a inversão pode impactar no direito das partes. Ao fim, constatou-se a relevância do momento processual em que ocorre essa inversão, garantindo ou suprimindo direitos de defesa.

Palavras-chave: processo civil, ônus da prova; direito do consumidor; código de defesa do consumidor; inversão do ônus probatório;

1. INTRODUÇÃO

Destacam-se as nuances relativas ao momento processual em que ocorre a inversão do ônus de prova nas relações de consumo, e suas consequências às partes envolvidas. As principais legislações pertinentes ao assunto são a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que dispõe sobre a caracterização da relação de consumo, sobre a proteção da

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Avenida João Naves de Ávila, nº 2121, bloco 3D, *campus* Santa Mônica – Uberlândia, MG, CEP: 38.400-902, will.nunesoliveira@icloud.com.

figura do consumidor, sobre a responsabilização civil do fornecedor, e dá outras providências.

Antes do CDC, as relações de consumo eram reguladas pelo Código Comercial e pelo Código Civil de 1916, que não possuíam os mecanismos necessários à concretização de direitos em uma relação consumerista. Com a promulgação da Carta Magna em 1988, o legislador constituinte instituiu uma série de disposições que mudariam este cenário:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor.

Nesse sentido, o direito do consumidor se trata de um microsistema jurídico instituído com o objetivo de estabelecer o equilíbrio na relação existente entre o consumidor e o fornecedor, sendo que um dos instrumentos para alcançar este objetivo é justamente a inversão do método adotado pela legislação processual civil a respeito do ônus da prova. Observa-se, contudo, que o texto legal não prevê o momento no qual o Julgador deve comunicar a sua decisão, após analisar a verossimilhança da alegação autoral ou sua hipossuficiência. Nesta feita, serão abordados os conceitos, os requisitos e efeitos do momento processual em que se determina a inversão do ônus de prova nas causas que envolvem relações de consumo, bem como seus reflexos às partes.

Predominantemente utilizou-se o método dedutivo, pesquisando-se o campo qualitativo com base em dados bibliográficos, via internet e jurisprudências, além da análise de outros trabalhos científicos relacionados ao tema, adotando como principal técnica de coleta de dados a pesquisa bibliográfica a ser realizada

nas bibliotecas de instituições públicas e privadas, bem como via internet, identificando as fontes bibliográficas e documentais que serão usadas no trabalho.

2. DAS FASES DO PROCEDIMENTO COMUM NO CPC/15

O ordenamento jurídico pátrio, com relação ao processo civil (procedimento comum) e com especial atenção às alterações perpetradas pelo CPC/15, se divide resumidamente em fase de conhecimento e fase de execução. Para fins do estudo proposto no presente trabalho, a fase de conhecimento é alvo de análise.

No processo (fase) de conhecimento, o juiz recebe os fatos e os fundamentos jurídicos dos envolvidos na causa para reunir as informações necessárias para análise. O objetivo é que, de posse dos elementos disponíveis, o magistrado possa proferir a sentença e decidir sobre o conflito instaurado.

Importante destacar, ainda, que existem os chamados ritos processuais especiais (quando é disciplinada certa especificidade pela lei), conforme as previsões dos artigos 318, 539 e seguintes do CPC. Com relação ao tema, será delimitado ao rito comum, sendo que as relações de consumo são amplamente discutidas por este canal.

A forma de estruturação do procedimento comum, isto é, a sua divisão lógica, não é unânime na doutrina. De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, v. 2, p. 143), o rito comum se divide em duas fases: fase de conhecimento e fase de cumprimento. A fase de conhecimento, por seu turno, divide-se em cinco estágios destinados à postulação, organização, instrução, decisão e, dependendo da liquidez da sentença condenatória, liquidação. Para Theodoro Júnior (2017, p. 773), divide-se o rito em quatro fases básicas: postulatória, saneadora, instrutória e decisória, sendo possível, eventualmente, em razão da liquidez da sentença condenatória ou da necessidade de promover o cumprimento forçado do comando sentencial, agregar mais duas fases: de liquidação e satisfativa.

Em que pese o entendimento doutrinário quanto à divisão não ser uníssono, os doutrinadores coincidem quanto ao reconhecimento de quatro fases elementares do procedimento: fases postulatória, saneadora, instrutória e decisória. Ressalta-se o entendimento da doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

“[...] estas fases, na prática, nem sempre se mostram nitidamente separadas, e às vezes se interpenetram. O que, todavia, caracteriza cada uma delas é a predominância de um tipo de atividade processual desenvolvida pelas partes e pelo juiz” (2017, p. 752).”

Nesse sentido, cabe o estudo das fases do procedimento comum do processo civil de maneira individualizada.

2.1 – Fase Postulatória

Na fase postulatória identificam-se duas significativas figuras: a petição inicial e a contestação. Nessa toada, leciona Donizetti:

“[...] a petição inicial é a forma legal a que alude o art. 2º [do Código de Processo Civil] de provocar a jurisdição, de fazer o pedido da providência jurisdicional desejada pelo autor. Com o protocolo da petição, inicia-se a fase postulatória” (DONIZETTI, 2017, p. 480).

Após promovida a citação, realizada a audiência de conciliação/mediação, não se atingindo uma solução consensual, o juiz concede ao réu o prazo de quinze dias para, querendo, apresentar sua defesa (artigo 334 e 335 do Código de Processo Civil). Com efeito, contestação é uma defesa total, pois incumbe ao réu alegar toda a matéria de defesa (consagração do princípio da eventualidade), apontando ainda as provas que pretende produzir, só sendo admitido deduzir novas alegações nas hipóteses previstas no artigo 342 do CPC.

De outro norte, o réu pode permanecer inerte, todavia “a ausência de comparecimento em juízo carrega consequências desfavoráveis” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, v. 2, p. 187), quais sejam, os efeitos da revelia. À vista do exposto, findo o prazo para o réu se manifestar, os autos são conclusos para o juiz e o processo segue para a próxima fase.

2.2 – Da fase saneadora

A fase saneadora é inaugurada pelas providências preliminares que “visam, fundamentalmente, assegurar o direito fundamental ao contraditório e sanear o processo, eliminando vícios que possam comprometer sua higidez” (WAMBIER et al., 2015, p. 608). Caso o réu tenha invocado fato impeditivo,

modificativo ou extintivo do direito autoral, ou arguir qualquer das preliminares previstas no CPC, o juiz intimará o autor para, querendo, no prazo de quinze dias, oferecer réplica e produzir contraprova (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 822).

Neste momento, “cabe ao juiz, verificando a existência de irregularidades ou vícios sanáveis, determinar sua correção em prazo nunca superior a 30 dias” (WAMBIER et al., 2015, p. 609). De mais a mais, a doutrina de Wambier ainda é cristalina:

“O juiz, após determinar as providências preliminares, ou constatar que não é o caso de determinar medidas dessa natureza, poderá tomar dois caminhos: ou procederá ao julgamento conforme o estado do processo, proferindo sentença; ou organizará o processo para a fase de instrução, proferindo a decisão a que se refere o artigo 357 do Código de Processo Civil” (2015, p. 609).

Em caso de não preencher as hipóteses dos artigos 354 a 356 do CPC, “tem-se que proceder à organização do processo, isto é, tem-se que sanear o processo e prepará-lo para a instrução e o respectivo julgamento” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, v. 2, p. 231). Neste momento, Wambier define:

“o Juiz resolverá as questões processuais pendentes; fixará os pontos controvertidos; deliberará sobre o ônus da prova; especificará os meios de prova admitidos; e designará, se necessária, audiência de instrução e julgamento” (2015, p. 615).”

Uma vez que devidamente organizado o processo, ou seja, encontrando-se em condições de prosseguir ao caminho da sentença de mérito, inicia-se a fase instrutória.

2.3 – Fase instrutória

Trata-se da fase incumbida de colaborar com a “formação da convicção do juiz com vistas ao julgamento da causa, sempre compreendida a expressão no sentido de decidir quem, autor ou réu, faz jus à tutela jurisdicional” (BUENO, 2016, p. 342). Inclusive, por se tratar do destinatário da prova, “o juiz tem o poder, quando os fatos ainda não lhe parecerem esclarecidos, de determinar prova de ofício, independentemente de requerimento da parte” (MARINONI; ARENHART;

MITIDIERO, 2015, v. 2, p. 286). Tal fase será objeto de aprofundamento neste estudo, em especial com relação ao ônus de produção probatória.

A prova, uma vez deferida e produzida, participará da valoração do julgador, bem como criado o nexos entre as razões de sua conclusão, dando início à fase decisória.

2.4 – Fase decisória

A fase decisória implica prolação de sentença. Após a provocação por meio da petição inicial, cumprida a convocação do réu para apresentar defesa, sendo sanadas eventuais irregularidades, e provadas as alegações de fato, surge o momento de o juiz dar cumprimento à obrigação jurisdicional do Estado, proferindo uma sentença.

Em não se tratando de nenhuma das hipóteses de extinção do feito sem resolução do mérito, ter-se-á uma sentença definitiva, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelo autor, tal como prevê o artigo 490 do Código de Processo Civil. A sentença, portanto, atribui o fim à fase de conhecimento do rito comum.

3. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O vocábulo *prova* no contexto jurídico brasileiro consubstancia-se no instrumento utilizado para provar o fato alegado, o meio com que se faz prova dos fatos; o ato de convencer o juiz, por meio do instrumento utilizado, à circunstância capaz de garantir a veracidade dos fatos, dizendo que a parte produziu a prova. Ainda, pode ser empregado para se referir ao convencimento acerca de determinado fato, posto que a parte, ainda que trazendo instrumentos e utilizando-se dos meios de prova, pode não produzi-la, concretamente, em razão de ser esta insuficiente para convencer o julgador da existência do fato, como bem expõe Ovídio Baptista (2006, p. 319-320).

Através do presente capítulo, ocorre a delimitação e aprofundamento do tema, em especial mas não restrito à fase instrutória, posto que como já

demonstrado a prova é apresentada junto ao pedido inicial, na contestação, e não se restringe ao momento da instrução.

A atividade probatória é essencial para alcançar a solução das controvérsias, tal como leciona Humberto Theodoro Junior em seu livro Curso de Direito Processual Civil:

Todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios a serem solucionados pelo processo se originam de fatos (*ex facto ius oritur*).

Por isso, o autor, quando propõe a ação, e o réu, quando oferece sua resposta, hão de invocar fatos com que procurem justificar a pretensão de um e a resistência do outro.

Do exame dos fatos e de sua adequação ao direito objetivo, o juiz extrairá a solução do litígio que será revelada na sentença. (2011, p. 425).

O juiz é o destinatário da prova, devendo formar o seu convencimento com base nas comprovações da questão alegada pelo autor, ou o contraponto feito pelo réu, reputando os fatos autorais. Cabe salientar que a prova é o instrumento para constatar a veracidade dos fatos alegados e, assim, presta-se à aplicação do direito de modo justo e seguro, garantindo o pleno acesso à Justiça, concedendo credibilidade ao judiciário, que busca alcançar a realidade dos fatos na apuração do direito ou, em não o fazendo, esforçar-se para conquistar a verdade real (COSTA, 2004, p. 422).

A lei excetua os fatos que naturalmente dispensam provas, pois já constituem o direito. Nessa toada, é desnecessário comprovar os fatos notórios, por serem de conhecimento de todos; também dispensam provas os fatos confessados pela parte, na medida em que inexistente discussão quando o que se alega é corroborado pela parte contrária; de igual maneira os fatos incontroversos, (aquilo que não foi refutado no processo; e, por fim, aqueles com presunção legal de existência ou veracidade, tudo nos termos do art. 374 e incisos do CPC/15.

O ônus da prova é um benefício processual concedido às partes a fim de sustentar suas alegações dos fatos. Não se trata de uma obrigação legalmente exigida, mas sim de opção legal para que as partes possam obter a verdadeira vantagem de demonstrar o que alegam e, em não usufruindo do ônus, assumem a consequência de tal omissão. (GONÇALVES, 2011, p. 413).

Conforme os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior o ônus da prova "(...) consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade

dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.” (2011, p. 434). Nota-se, por derradeiro, não existir um dever de provar, mas o litigante assume o risco de perder a causa se deixar de provar os fatos que alegou, dos quais decorre o direito subjetivo que pretende ter atendido pela tutela jurisdicional. (2011, p. 434).

Conforme leciona Leonardo Greco:

As regras de distribuição do ônus da prova têm duplo objetivo: primeiramente, definir a qual das partes compete provar determinado fato, o chamado ônus subjetivo; em seguida, no momento da sentença, servir de diretriz no encadeamento lógico do julgamento das questões de fato, fazendo o juízo pender em favor de uma ou de outra parte conforme tenham ou não resultado provados os fatos que a cada uma delas interessam, o chamado ônus objetivo. (COSTA, 2004, p. 405).

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 373, distribui o ônus da prova entre as partes de modo que a cada uma incumbe o dever de provar os fatos dos quais decorram o direito pleiteado na via processual:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de 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, caso em que 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.

É possível concluir através da leitura dos parágrafos primeiro e segundo do dispositivo legal em comento que o próprio legislador do Código de Processo Civil de 2015 incorporou tanto a inversão legal do ônus probatório, quanto àquela percebida como medida adequada no caso concreto pelo julgador.

4. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor tem por base a defesa e proteção do consumidor, ante sua patente vulnerabilidade na relação com o fornecedor, de modo que objetiva sua efetiva proteção contra os danos causados, tendo em vista

a posição de inferioridade em que se encontra frente ao poder econômico e muitas das vezes técnico do fornecedor. Conforme ensina Almeida (2008, p. 24):

É facilmente reconhecível que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo. A começar pela própria definição de que consumidores são 'os que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes'. Para satisfazer suas necessidades de consumo, é inevitável que ele compareça ao mercado e, nessas ocasiões, submeta-se às condições que lhe são impostas pela outra parte, o fornecedor.

Através da observância dessa realidade fática, percebendo a necessidade de se criar normas para a proteção do consumidor, a legislação consumerista consolidou em seu art. 4º, inciso I, que as relações de consumo se orientam com base no princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Nesse aspecto, é imperioso ressaltar que a vulnerabilidade do consumidor decorre da própria lei e é considerada absoluta, não sendo necessário provar a ocorrência, sendo que Braga Netto assim leciona:

A vulnerabilidade do consumidor fundamenta o sistema de consumo. É em razão dela que foi editado o CDC, que busca fazer retornar o equilíbrio a essa relação frequentemente desigual entre consumidor e fornecedor.

[...]

a presunção de vulnerabilidade do consumidor é absoluta. Todo consumidor é vulnerável, por conceito legal. A vulnerabilidade não depende da condição econômica, ou de quaisquer contextos outros.

[...]

Embora a vulnerabilidade seja absoluta (todo consumidor é vulnerável, segundo presunção legal), é possível analisar a existência ou não de vulnerabilidade para fins de determinar a aplicação do CDC. Ou seja, ausente a vulnerabilidade, pode ser que estejamos diante de uma relação empresarial, e não diante de uma relação de consumo. É a análise da vulnerabilidade que permite superar [...] a distinção entre as teorias maximalista e minimalista, protegendo os mais fracos naquelas relações desprovidas de paridade, buscando estabelecer o equilíbrio material entre as prestações. (2013, p. 51-53).

No intuito de propiciar e garantir o acesso à justiça, bem como a proteção do consumidor em juízo, o art. 6º da Lei 8.078/90, em seu inciso VIII, “[autoriza] o magistrado a inverter o ônus da prova em benefício do consumidor, em duas hipóteses: quando for verossímil sua alegação ou quando ele for hipossuficiente”. (MARQUES, 2009, p. 63).

Também ensina Theodoro Júnior:

[...] o consumidor é a parte fraca no mercado de consumo, a lei inclui entre as medidas protetivas que lhe são proporcionadas a da possibilidade de inversão do ônus da prova. Mas, o inciso VIII do art. 6º, do CDC, autoriza essa providência apenas quando o juiz venha a constatar a verossimilhança da alegação do consumidor, ou sua hipossuficiência, 'segundo as regras ordinárias de experiência'. (2008, p. 178).

Com isso, adverte que o CDC, sendo microsistema jurídico autônomo e próprio, deve ser aplicado uma vez que configurada a relação de consumo, havendo aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. É imperioso ressaltar a seguinte transcrição:

[...] a produção de provas em casos que envolvam as relações de consumo [requer] compreender toda a principiologia da Lei n. 8.078, que pressupõe, entre outros princípios e normas, a vulnerabilidade do consumidor, sua hipossuficiência (especialmente em técnica de informação, mas também econômica [...]), o plano geral da responsabilização do fornecedor, que é de natureza objetiva etc. (NUNES, 2009, p. 150).

Destaca-se que a inversão do ônus da prova não é aplicada de ofício, via de regra, pelo que deve preencher os requisitos estampados no art. 6º, VIII, do CDC, que dispõe:

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;

Da leitura do dispositivo legal se extrai que a inversão do ônus não é compulsória, e depende do preenchimento alternativo de dois requisitos, quais sejam: a verossimilhança e a hipossuficiência. Quanto ao critério do julgador, cumpre transcrever as ponderações de Rizzatto Nunes:

[...] em matéria de produção de prova o legislador, ao dispor que é direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova, o fez para que, no processo civil, concretamente instaurado, o juiz observasse a regra. E a observância de tal regra ficou destinada à decisão do juiz, segundo seu critério e sempre que se verificasse a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência. (2013, p. 852).

O doutrinador conclui, ainda, que uma vez verificada a presença de qualquer um dos requisitos, tanto a hipossuficiência quanto a verossimilhança, o juiz deve conceder a inversão, e, portanto, está vinculado aos requisitos. O julgador obrigatoriamente determinará a inversão se um deles se fizer presente. (2013, p. 852-853).

No que se refere à verossimilhança das alegações do consumidor, Wambier defende que ela deve ser entendida como:

“aquela que tem aparência de ser verdadeira, independentemente de ser corroborada por elementos probatórios. A etimologia da palavra verossímil significa semelhante à verdade, isto é, que parece verdadeiro.” (2008, p. 16).

Já o outro requisito legal, qual seja o da verossimilhança, se consubstancia em alegação crível do consumidor, de modo que seja possível e provável que os fatos tenham ocorrido nos termos alegados, fundado em uma narração coerente, da qual decorram naturalmente os fatos, podendo o juiz dispensar as provas constitutivas do direito do consumidor e exigir que o fornecedor prove fato modificativo, extintivo ou impeditivo ou ainda, a inexistência do fato alegado e conseqüentemente do direito.

Nesses termos, a verossimilhança não induz necessidade da certeza da verdade, mas nitidamente uma aparência desta, fundada em argumentos críveis nas alegações do autor, e que serão analisados sob a perspectiva de experiência do juiz, para que assim seja hábil decretar a inversão.

Já segundo requisito exigido pelo art. 6º, VIII, do CDC qual seja a hipossuficiência, se trata da fragilidade processual do consumidor na produção de prova, trazendo a este grande dificuldade, acarretando, inclusive, até mesmo a impossibilidade de fazê-lo; não se admitindo o mesmo ao fornecedor, que presumidamente detém maiores condições de fornecer o conteúdo necessário das provas. Para uma prudente análise da hipossuficiência é importante diferenciá-la da vulnerabilidade e, para isso, analisamos os ensinamentos de Rizzatto Nunes:

A vulnerabilidade, como vimos, é conceito que afirma a fragilidade econômica do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem

ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc. [...] [assim], a inversão do ônus da prova deve ser feita na constatação de sua hipossuficiência (técnica e de informação) (2013, p. 854-855).

A relação não se limita tão somente à fragilidade econômica do consumidor, como também inclui a fragilidade técnica, que é decorrente do desconhecimento do consumidor quanto ao produto ou serviço e as peculiaridades que o envolve, de modo que incumbir ao consumidor a produção de provas dificultaria ou impossibilitaria o acesso à justiça. Incumbe ao Juiz o reconhecimento da fragilidade do consumidor em relação ao fornecedor, com o escopo de promover o equilíbrio processual.

Assim, é sólido o entendimento jurídico que basta o reconhecimento de um dos requisitos para que o juiz aplique a inversão do ônus da prova, como apresenta Rizzatto Nunes: “[...] a decisão [será pautada] em duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova”.

5. O MOMENTO PROCESSUAL EM QUE É PROFERIDA DECISÃO QUE INVERTE O ÔNUS DA PROVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS ÀS PARTES

O Código de Defesa do Consumidor, apesar de instituir a inversão do ônus probatório, é omissivo quanto ao momento processual da decretação, de modo que a questão ocasiona discussões pela doutrina e gera decisões judiciais diversas, sendo destacados três momentos para a decretação, sendo eles: no despacho inicial; no saneamento; na sentença.

Para Rizzatto Nunes, por ser a inversão do ônus da prova medida drástica, ainda que embasada no princípio constitucional da isonomia, deve o juiz aguardar a contestação, para que comparando as peças processuais, possa verificar o grau de verossimilhança das alegações:

É necessário que da narrativa decorra verossimilhança tal que naquele momento da leitura, desde logo, possa-se aferir forte conteúdo persuasivo. E, já que se trata de medida extrema, deve o juiz aguardar a peça de defesa para verificar o grau de verossimilhança na relação com

os elementos trazidos pela contestação. E é essa a teleologia da norma, uma vez que o final da proposição a reforça, ao estabelecer que a base são 'as regras ordinárias de experiência'. Ou, em outros termos, terá o magistrado de se servir dos elementos apresentados na composição do que usualmente é aceito como verossímil. (2009, p.152).

Já para Theodoro Júnior (2008, p. 186) não há justificativa para determinar a inversão do ônus da prova logo despacho inicial, pois “[...] antes da contestação, nem mesmo se sabe quais fatos serão controvertidos e terão, por isso, de se submeter à prova.” Desse modo, o autor defende que faltam elementos para a inversão do ônus, tornando prematura a inversão se proferida logo neste momento processual.

Trata-se, na realidade, de corrente minoritária da doutrina que entende ser no despacho inicial o momento ideal para a aplicação da inversão do ônus da prova, no qual o julgador concederia às partes a ciência de seu ônus probatório desde o início do processo.

Com relação à corrente doutrinária adepta ao procedimento de inversão do ônus probatório no momento da prolação da sentença, um dos principais argumentos é instigar do fornecedor a máxima diligência na defesa processual. Assim entende Ada Pelegrini Grinover:

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considera-se demonstrado o fato afirmado pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova. Por isso mesmo, como ficou anotado, não se tem verdadeiramente uma inversão do ônus da prova em semelhante hipótese. (2011, p. 10-11, vol. II).

Segundo WAMBIER (2008, p. 19), mesmo que se considere a sentença como momento oportuno para decretação da inversão do ônus, é necessário a cautela acerca da surpresa da decisão pelo lado do fornecedor, pois são muitas as situações geradas pelo instituto e, desse modo, defende ser a inversão questão incidente e, por essa razão, que deve ser analisada durante a instrução processual.

Para Theodoro Júnior (2008, p. 188): “[...] a regra do CDC deve ser entendida à luz do sistema do CPC, onde a definição dos fatos controvertidos e da necessidade de prova deve ser feita pelo juiz no saneador [...]”.

Ocorre que a discussão ultrapassa a esfera doutrinária, sendo que se percebe a pluralidade de entendimentos dos julgadores. Nesse sentido, colaciona-se os seguintes excertos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO. SENTENÇA. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA.

1. A jurisprudência do STJ 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. 2. O Processo Civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um julgamento por presunção, essas regras devem ser aplicadas apenas de maneira excepcional. 3. As partes, no Processo Civil, têm o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam. 4. O processo não pode consubstanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil. 5. Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está

presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência. 6. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favorável de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença. 7. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 1125621/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 07/02/2011).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FASE PROCESSUAL APROPRIADA. I - A inversão do ônus da prova é uma questão processual que deve ser decidida antes de instar as partes a especificarem as provas (art. 331, § 2º, CPC), pois o interesse na realização da prova nasce para a parte de acordo com a distribuição do onus probandi, motivo pelo qual não cabe ao juiz decidi-la no momento da sentença, sob pena de cercear o direito de defesa das partes. (TJ-MG - AC: 10521110046278001 MG , Relator: Mota e Silva, Data de Julgamento: 18/03/2014, Câmaras Cíveis / 18ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/03/2014)

Contudo, para fins de garantir os mais basilares direitos da parte a quem o ônus incumbe, seja ele autor ou réu, parece mais acertado que a decisão que determina a inversão do ônus probatório seja proferida, como via de regra, entre o despacho inicial e o despacho saneador, isto é, do início ao fim da fase postulatória (iniciando-se com a inicial, encerrando-se com o esgotamento do prazo de defesa, independente de apresentada contestação). A explicação para isso decorre do fato de que a inversão do ônus probatório admite duas hipóteses

de aplicação: quando verificada a hipossuficiência ou a verossimilhança das alegações do consumidor.

Torna-se compreensível que com relação à condição de hipossuficiência, a depender da narrativa autoral comprovada, possa o Juiz reconhecê-la quando do recebimento da petição inicial, permitindo, neste caso, a decretação. Doutro lado, para fins de se verificar a verossimilhança das alegações do consumidor, torna-se necessário o contraponto apresentado pelo réu, sendo que apenas seria possível após garantido o direito à defesa, mediante contestação.

CONCLUSÃO

Dentre a estipulação das fases do procedimento comum do processo civil brasileiro, a fase instrutória é o momento processual designado para a produção de provas. O ônus da prova é um benefício processual concedido às partes a fim de sustentar suas alegações dos fatos. O Código de Processo Civil em seu art. 373 distribui o ônus da prova entre as partes de modo que a cada uma incumbe o dever de provar os fatos dos quais decorram o direito pleiteado no processo.

O art. 6º, inc. VIII do CDC, tem por finalidade facilitar a defesa do consumidor diante as pendências que surgem nas relações de consumo. Assim, perante uma demanda judicial, permite-se a inversão do ônus da prova em favor do consumidor nas hipóteses de verossimilhança e de hipossuficiência.

Trata-se de uma técnica legislativa utilizada com objetivo de proteger a parte que se encontra em posição de desigualdade no processo. É uma tentativa de adequar o procedimento ao direito material a ser juridicamente tutelado, se tratando de um meio para resguardar o princípio da igualdade, diante da relação processual em que as partes não estão em posição isonômica. Deste modo, visa a paridade das armas entre consumidor e fornecedor, tendo em vista que o consumidor é considerado através da criação desse microsistema jurídico como a parte mais fraca na relação de consumo.

Ocorre que, apesar de estipular a figura, o CDC não delimitou em que momento processual essa decisão do juiz deve ser proferida. Não se trata de

matéria pacificada perante a doutrina e a jurisprudência, sendo que existem três relevantes correntes de pensamento: aqueles que defendem a inversão do ônus da prova logo no despacho inicial, outros que defendem que o ônus deve ser invertido na decisão saneadora, e por fim aqueles que entendem que a decisão que altera o ônus da prova deve ser consolidada apenas na sentença.

Entende-se que, para fins de garantir o direito ao contraditório, evitar o cerceamento de defesa de qualquer das partes, e de acordo com a previsão legal contrária à decisão surpresa, o momento processual adequado para decidir sobre a inversão do ônus da prova é o despacho saneador, momento no qual o juiz poderá analisar o preenchimento dos requisitos para a aplicação da medida.

THE PROCEDURAL MOMENT FOR THE REVERSAL OF THE CHARGE OF PROOF IN CONSUMER RELATIONS

ABSTRACT

This paper presents the legal provision for reversing the burden of proof stipulated in the Consumer Protection Code, analyzing the procedural moment when the measure is determined along the common procedure, as well as its effects on the parties. Therefore, the characteristics, laws in force and judged that deal with the subject had been detailed. The deductive method was used, starting from the generic distribution of probative burden in Brazilian law and its evolution, when compared to the consumer diploma; and the argumentative or dialectical method, establishing how the procedural moment in which the inversion is determined can impact the parties' law. At the end, it was comproved the relevance of the procedural moment in which this inversion occurs, guaranteeing or suppressing defense rights.

Keywords: civil procedure, burden of proof; consumer law; consumer protection code; inversion of the evidential burden.

EL MOMENTO PROCESAL PARA LA INVERSIÓN DEL CARGO DE PRUEBA EN LAS RELACIONES CON EL CONSUMIDOR

RESUMEN

En este trabajo se presenta la disposición legal para revertir la carga de la prueba prevista en el Código de Protección al Consumidor, analizando el momento procesal en que se determina la medida en el procedimiento común, así como sus efectos sobre las partes. Por tanto, se habían detallado las características, leyes vigentes y juzgadas que tratan el tema. Se utiliza el método deductivo, a partir de la distribución genérica de la carga probatoria en la legislación brasileña y su evolución, en comparación con el diploma del consumidor; y el método argumentativo o dialéctico, estableciendo cómo el momento procesal en el que se determina la inversión puede impactar el derecho de las partes. Al final, reconoce la relevancia del momento procesal en el que se produce esta inversión, garantizando o suprimiendo los derechos de defensa.

Palabras clave: procedimiento civil, carga de la prueba; derecho del consumidor; código de defensa del consumidor; inversión de la carga probatoria;

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6^a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R.; MARQUES, C. L. **Manual de direito do consumidor**. 2^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 8. ed. rev. e ampl. Salvador: Edições Juspodivm, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>.
Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.
Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>.
Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10521110046278001. Apelante: Edylaine Gomes de Souza. Apelado: Banco Santander Brasil S/A. Relator: Mota e Silva – 18ª Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 21 mar. 2014. Disponível em:
<https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=105211100462780012014281001>. Acesso em: 24 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1125621/MG. Relator: Ministra Nancy Andriahi – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 fev. 2011. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11600008&num_registro=200901323778&data=20110207&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24 mai. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; DINAMARCO, Pedro da Silva; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. **Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC**. São Paulo, Atlas, 771p. 2004.

DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Revista Eletrônica, Direito UNIFACS. jan. 2015. Disponível em:
<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446/2472>>.
Acesso em: 19 set. 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 1 e 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Luis Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito do Consumidor**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Volume 1: processo de conhecimento, 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. I**, 57ª edição. Forense, 03/2016. VitalSource Bookshelf Online.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. vol. 1. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.