

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS: UM ESTUDO SOBRE O MOMENTO PROCESSUAL MAIS APROPRIADO PARA SUA APLICABILIDADE

Aline Beatriz Marth

Graduanda em Direito pela Faculdade Dom Alberto

Ana Paula de Almeida Borba

Professora Orientadora do Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto.

Resumo:

O Código de Defesa do Consumidor conferiu igualdade ao comprador, revestindo-se em lei de função social, ordem pública e assento constitucional. Configurado o rigor de seus preceitos e dado à dimensão do fenômeno jurídico da proteção do consumidor, a inversão do ônus da prova surgiu como novidade, já que facilita a sua defesa em juízo. Logo, devido aos debates entre os juristas, imprescindível o exame, através do método dedutivo, procedimento monográfico e documentação direta e indireta, do liame consumerista e seu aspecto principiológico, com enfoque no princípio da vulnerabilidade correlacionado com a hipossuficiência, bem como a prova e sua inversão com base no CDC, destacando quando a inversão deve ser aplicada.

Palavras-chave: Consumidor. Prova. Momento.

Abstract:

The Consumer Defense Code gave equality to the buyer, being covered by social function law, public order and constitutional seat. Configuring the rigor of its precepts and given the dimension of the legal phenomenon of consumer protection, the reversal of the burden of proof emerged as novelty, since it facilitates its defense in court. Therefore, due to the debates among the jurists, it is essential to examine, through the deductive method, monographic procedure and direct and indirect documentation, the consumer relationship and its principleological aspect, focusing on the principle of vulnerability correlated with

Revista de Direito Faculdade Dom Alberto, 2016, v. 05, n. 01, p. 101-118.

hyposufficiency, as well as the proof and Its inversion based on the CDC, highlighting when the inversion should be applied.

Keywords: Consumer. Proof. Moment.

1 INTRODUÇÃO

Estando as relações consumeristas em evidência no cotidiano do indivíduo e não bastando mais as regras preconizadas pelo Código Civil de 1916, surgiu a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor ou CDC), com o escopo de aprimorar o trato entre fornecedor e consumidor.

Além de conferir igualdade ao consumidor –pelo menos, no plano jurídico –o CDC acabou tornando-se uma lei com função social e, conseqüentemente, de ordem pública com assento constitucional. Logo, reconhecida a necessidade de aplicação fiel de seus preceitos normatizadores, o legislador inovou ao trazer à baila a possibilidade de inverter o ônus da prova, dado tratar-se de um mecanismo de facilitação da defesa do comprador.

Por conseguinte, a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o momento de aplicabilidade da inversão do ônus da prova tomou grandes proporções haja vista a dimensão do fenômeno jurídico da proteção ao consumidor no ordenamento legal.

Nessa perspectiva, imprescindível a análise do aspecto principiológico de tal regramento, especialmente no que se refere à vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor. Da mesma forma, requer exame a veiculação da prova, bem como sua inversão e o momento mais adequado para aplicação desse mecanismo.

2 DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E SEUS PRINCÍPIOS ESSENCIAIS

O direito do consumidor é considerado um ramo relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, visto que, de acordo com Felipe Peixoto Braga Netto (2010, p. 33), durante séculos, a disciplina jurídica ter sido monotemática, sendo regida por um código civil e um penal e seus respectivos códigos processuais, ou seja, por praticamente um século inteiro, no Brasil, foi utilizada a lei civil, de cunho essencialmente patrimonialista, individualista e inspiração liberal, para resolver problemas de ordem

consumerista.

Assim, segundo Carlos Alberto Bittar (2003, p. 22), surge uma lei com regime estruturado que se baseia, fundamentalmente, na técnica do direito social de proteção ao economicamente mais fraco, na busca do justo equilíbrio de forças. Por cúmulo, além das regras do CDC estarem submetidas aos parâmetros normativos da Carta Magna, as demais normas do ordenamento legal brasileiro somente terão aplicabilidade nas hipóteses que houver lacuna, dado que o Código de Defesa do Consumidor é norma especialmente principiológica, o que significa dizer que prevalece sobre as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem.

Nesse diapasão, consoante Bittar (2003, p. 25), logo no início do Código de Defesa do Consumidor são enumeradas as premissas em que assenta o sistema. Da definição dos princípios depreende-se nítida a orientação protecionista do consumidor, reconhecendo-se, por expresse, a posição de desvantagem em que se encontra frente aos complexos empresariais que movimentam as diferentes etapas do ciclo econômico.

Considerando o substrato político-filosófico da tutela do consumidor, João Batista de Almeida (2009, p. 49) enuncia alguns princípios específicos a ela aplicáveis, numa tentativa de melhor sistematizar o assunto, sendo eles os princípios da boa-fé, equidade e vulnerabilidade do consumidor.

Quanto a boa-fé, Nunes (2013, p. 204) salienta que há duas vertentes para esse princípio: a boa-fé subjetiva e a boa fé-objetiva, importando para as relações consumeristas somente a última.

Segundo Nunes (2013, pág. 204, a boa-fé objetiva trata-se da aceção incorporada pela lei consumerista em seu artigo 4º, definindo-a como uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo.

Netto (2010, p. 59) complementa no sentido de se tratar de um

dever, imposto a quem quer que tome parte em relação comercial, de agir com lealdade e cooperação, abstendo-se de condutas que possam esvaziar as legítimas expectativas da outra parte. Daí decorrem múltiplos deveres anexos, deveres de conduta que impõem às partes, ainda que na ausência de previsão legal ou contratual, o dever de agir lealmente.

Logo, tal preceito tem como função viabilizar os ditames constitucionais da ordem econômica, compatibilizando interesses aparentemente contraditórios, como a proteção do

consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico. Assim, tem-se que a boa-fé não é somente útil para a defesa do débil, porém serve como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica (NUNES, 2013, p. 205).

Por conseguinte, Netto (2010, p. 67) frisa a necessidade do equilíbrio material entre as prestações, aliada à ampla utilização de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, já que isso faz com que a equidade seja particularmente valorizada no sistema de proteção do consumidor.

Nessa trilha, enormes são os poderes atribuídos ao intérprete, dado que a equidade aparece na "condição de cláusula geral" no CDC e tem a funcionalidade de princípio de equidade contratual, determinando que o intérprete busque encontrar e manter as partes em equilíbrio na relação obrigacional estabelecida, com o fim de alcançar uma justiça contratual." Com efeito, a máxima de que o contrato faz lei entre as partes deve ser relativizada por força do princípio do equilíbrio contratual. Não é mais suficiente a busca pela mera igualdade jurídico-formal, devendo o intérprete visar ao equilíbrio real entre as partes. O magistrado, ao analisar as posições dos contratantes, deverá levar em conta tanto a vulnerabilidade do consumidor — que sempre estará presente, por presunção legal — quanto a verdadeira situação material em que se encontrem. Dessa maneira, poderá coibir eventuais vantagens excessivas ou encargos desmedidos. Logo, basta contrariar a equidade, para que determinada cláusula contratual seja considerada nula (NUNES, 2009, p. 555 *apud* MATSUMOTO, Caio César., 2011, p. 36).

No que concerne ao princípio da vulnerabilidade, Gilson Martins Mendonça (2014) afirma que é um elemento chave para se compreender o lugar ocupado pelo consumidor no mercado de consumo, pois significa que este é o mais débil, a parte mais frágil, o alvo para o qual são direcionados todos os mecanismos de convencimento e de manipulação postos à disposição do fornecedor no intuito de vender e impor os seus produtos e serviços. Posto isso, o autor evidencia o fato da vulnerabilidade ser um conceito de direito material, uma qualidade intrínseca, imanente a todos que se encontram na posição de consumidor, não importando sua condição social, cultural ou econômica, logo, a imediata aplicação do CDC é forma de minorar esta desigualdade existente.

O preceito em exame está expresso no inciso I do artigo 4º do CDC e consoante Netto (2010, p. 47) é a vulnerabilidade do consumidor que fundamenta o sistema de consumo e em razão dela que fora editado o Código de Defesa do Consumidor, o qual busca fazer retornar o equilíbrio a essa relação frequentemente desigual entre consumidor

e fornecedor.

De acordo com Flávio Tartuce (2014, p. 40), é constatada a clara intenção do legislador em dotar o consumidor, em todas as situações, da condição de vulnerável na relação jurídica de consumo. O autor explica, ainda que, com a realidade da sociedade de consumo, não há como afastar tal posição desfavorável, principalmente se forem levadas em conta as revoluções pelas quais passaram as relações jurídicas e comerciais nas últimas décadas.

Dando continuidade, Nunes (2012, p. 178) aponta que a fraqueza decorrente da relação consumerista se trata de uma fragilidade real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico.

O primeiro estaria ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. O autor (2012, p. 178) destaca que quando se discorre acerca de meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. É por isso que, quando se fala em *escolha* do consumidor, ela já desponta reduzida. O consumidor somente pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, evidentemente, os da obtenção de lucro. Já o aspecto econômico, está associado à maior capacidade econômica do fornecedor em relação ao consumidor. É certo que há consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores, porém são poucas as exceções.

Nesta seara, é comum referir-se em vulnerabilidade e ser feita alusão à hipossuficiência. Tartuce (2014, p. 42) denota que o conceito de vulnerabilidade é diverso do de hipossuficiência, pois todo consumidor é sempre vulnerável, característica intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente.

Nesse sentido, Nunes (2012, p. 675) observa que a lei reconhece a vulnerabilidade do comprador à medida em que tão somente não há acesso ao sistema produtivo como não tem condições de conhecer seu funcionamento (não tem conhecimento técnico), nem de ter informações sobre o resultado, que são os produtos e serviços oferecidos.

No tocante à hipossuficiência, Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes (Ruthes *apud*

Bittar, 2003, p. 173) faz ligação com circunstâncias processuais, sofrendo o sujeito de direito do consumo a impossibilidade de comprovar os fatos ocorridos junto à autoridade judiciária.

Conseqüentemente, o artigo 6º inciso VIII do CDC menciona a hipossuficiência, indicando que tal característica refere-se àquele consumidor que, no campo probatório processual, não tem possibilidade de apresentar provas cabais dos fatos jurídicos de consumo relatados (Ruthes *apud* Bittar 2003, p. 173).

Netto (2010, p. 47) acrescenta que a hipossuficiência deve ser aferida pelo juiz no caso concreto e, existente, poderá fundamentar a inversão do ônus da prova — o instituto jurídico será mais bem estudado a diante quando da análise dos requisitos para inversão do ônus da prova no CDC. Para complementar, o autor cita o exemplo de uma demanda relativa a cobranças indevidas realizadas por operadora de telefonia celular: o juiz deve determinar inversão do ônus da prova tendo em vista a hipossuficiência do cliente, pois, o entendimento é de que não seria razoável exigir do consumidor a prova de que não fez determinadas ligações, mas seria crível exigir da operadora tais evidências.

Trata-se, pois, de institutos divergentes, apesar de muitas vezes apresentar-se tênue a sua diferenciação nos casos concretos, não há como considera-los com o mesmo significado (Maranhão, 2003, p. 174).

3 PROVA E SUA VEICULAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Nunes (2012, p. 225) deixa consignado que o Código de Defesa do Consumidor constitui-se em um sistema autônomo e próprio, sendo fonte primária (dentro do sistema da Constituição) para o intérprete.

Em vista disso, no que respeita à questão da produção de provas no processo civil, o CDC é o ponto de partida, aplicando-se a seguir, de forma complementar, as regras do Código de Processo Civil (Nunes, 2012, p. 225).

Compreender, então, a produção de provas em casos que envolvam as relações de consumo é, segundo Nunes (2012, p.225) interpretar toda a principiologia da Lei nº 8.078, ao lado de determinações próprias que tratam da questão de prova.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2014, p. 414) relata que, quando se trata de ônus da prova, é comum na doutrina haver uma divisão em dois aspectos: o primeiro, chamado de ônus subjetivo da prova, e o segundo, ônus objetivo. No tocante ao *ônus*

subjetivo da prova, analisa-se o instituto sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção de determinada prova (—quem deve provar o *quell*), enquanto no *ônus objetivo* da prova o instituto é visto como uma regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no momento de proferir a sentença no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente. No aspecto objetivo, o ônus da prova afasta a possibilidade de o juiz declarar o *non liquet* (falta de clareza) diante de dúvidas a respeito das alegações de fato em razão da insuficiência ou inexistência de provas, sendo obrigado a julgar e não estando convencido das alegações de fato, aplicar a regra do ônus da prova.

Em vista disso, Wambier e Talamini (2014, p. 526) ensinam que, mediante a distribuição do ônus da prova, estabelecem-se regras destinadas a nortear a atividade do julgador e sistematiza-se o procedimento probatório, evitando-se diligências desnecessárias e indesejáveis.

Murilo Rezende dos Santos (2016, p. 10) explica que é a lei que distribui o ônus da prova, prevendo qual das partes vai sucumbir caso não seja produzida prova necessária para a formação da convicção do juiz, mas não impõe que aquela prova seja feita única e exclusivamente pela parte onerada, podendo ser feita pela outra parte e até mesmo pelo magistrado, no uso de seus poderes instrutórios.

Sendo assim, o ato de inverter o ônus da prova significa distribuí-lo de forma diversa da regra geral (Alex Quaresma Ravache, 2011, p. 96).

Tartuce (2015, p. 219) leciona que a inversão do ônus da prova tratada pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor representou notável avanço teórico e prático, quanto à justa distribuição dos encargos probatórios, facilitando muito as *jornadas processuais* dos consumidores em suas contendas. Para ele, era realmente necessário estender a viabilidade de distribuição diferenciada dos encargos probatórios.

Netto (2010, p. 339) destaca que dentre os instrumentos previstos para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, a inversão do ônus da prova é um dos mais importantes. Nesse sentido, o dispositivo legal anteriormente mencionado preceitua como direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Como se não bastasse, Netto (2014, p.476) leciona que o sistema do artigo 6º, VIII, do CDC, só se compatibiliza com as garantias democráticas do processo se entendido

como critério de apreciação de provas pelo menos indiciárias, disponíveis no processo. Não pode ser aplicado do nada, sendo importante a aplicação da inversão do ônus da prova no sentido teleológico da lei consumerista, que não teve o propósito de liberar o consumidor do encargo probatório previsto na lei processual, mas apenas o de superar dificuldades técnicas na produção de provas necessárias à defesa de seus direitos em juízo. Nesse sentido, o expediente da inversão do ônus da prova precisa ser utilizado com equidade e moderação, dentro da busca de harmonização dos interesses em conflito nas relações de consumo. Dessa maneira, tem de ser visto como instrumento para a obtenção do equilíbrio processual entre as partes, não tendo por fim causar indevida vantagem para uma das partes.

Destarte, Alan de Matos Jorge (2016) ressalta que o objetivo principal do legislador consumerista ao dispor sobre a inversão do ônus da prova foi exatamente adequar a distribuição tradicional dos ônus probatórios (nos moldes previstos no Código de Processo Civil) à nova realidade das relações de consumo, universo este onde o modelo tradicional mostrou-se ineficaz às sociedades de massa, o que obstruía o acesso à justiça. Em que pese o legislador, em matéria de produção de provas, ter disposto sobre a inversão do ônus da prova como sendo direito básico do consumidor, Nunes (2012, p. 850) observa que o fez para que, no processo civil, concretamente instaurado, o juiz observasse a regra, sendo que essa observância ficou condicionada à decisão do juiz.

No que tange à verossimilhança, Neves (2014, p. 395) pontua que as alegações de fato sejam aparentemente verdadeiras, tomando-se por base para essa análise as máximas de experiência, ou seja, aquilo que costuma ocorrer em situações similares à narrada na demanda judicial. O autor (2014, p. 395) sinala que, devido à experiências próprias, chegou à conclusão de que a verossimilhança é uma aparência da verdade pela mera alegação de um fato que costuma ordinariamente ocorrer, não se reivindicando para sua constituição qualquer espécie de prova, de forma que a prova final será exigida somente para o convencimento do juiz para a prolação de sua decisão, nunca para permitir a inversão judicial do ônus de provar.

Para a avaliação de Nunes (2012, p. 227), não basta a boa redação da petição inicial ou ainda o bom uso da técnica de argumentação que muitos profissionais possuem, isto é, não basta relatar fatos e conectá-los logicamente ao direito, de modo a produzir uma boa peça exordial. 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.

Em seguida é analisada a hipossuficiência do consumidor. André Luiz Marcassa Filho (2015, p. 94) aponta que é necessário diferenciar os termos de vulnerabilidade e hipossuficiência, comumente confundidos. O primeiro está associado à condição de inferioridade técnica, jurídica ou econômica do consumidor frente ao fornecedor.

Conforme já fora abordado no presente trabalho, a vulnerabilidade de todos os consumidores é presumida por força de lei (artigo 4.º, inciso I, do CDC). Por sua vez, a hipossuficiência estaria ligada a dificuldade do consumidor de produzir determinada prova no processo, por fatores técnicos ou econômicos. O autor (2015, p. 95) chama atenção para o fato de, ao contrário da vulnerabilidade, a hipossuficiência não é presumida por lei, devendo ser verificada pelo juiz da causa, *in concreto*, de acordo com as regras ordinárias de experiência, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do CDC.

Mediante o exposto, para elucidar, Netto (2010, p. 340) cita o exemplo de cirurgia em clínica médica que, devido a um erro médico, lesionou o paciente, de modo que perdesse a visão. Nesse caso, o consumidor será hipossuficiente, pois não detém o conhecimento técnico da especialidade médica, podendo a inversão ter lugar nesse sentido.

4 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUA APLICABILIDADE NO CDC

Em virtude do silêncio legislativo do diploma consumerista, surgiram divergências na doutrina e jurisprudência, acerca do momento processual mais adequado para que o juiz decrete a inversão do ônus da prova disposta no artigo 6º, VIII. De acordo com Fabiana Rodrigues Gonçalves (2013), tal tema vem provocando acirradas divergências doutrinárias e jurisprudenciais no Brasil, uma vez que a lei foi omissa quanto ao momento exato da aplicabilidade desse mecanismo de facilitação de defesa do consumidor.

A autora (2013) revela que uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, o julgador tem o dever de inverter o ônus da prova em favor do consumidor. Porém, ela salienta que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência divergem sobre qual o momento mais adequado para aplicá-la, haja vista não haver previsão legal que ampare tal questão processual.

Gonçalves (2013) afirma haver uma divisão na doutrina a respeito do que foi

instigado. A primeira corrente doutrinária defende como sendo o momento processual adequado para a inversão do *ônus probandi*, o despacho saneador, no qual o magistrado, saneando o processo, no intuito de que o mesmo possa prosseguir de forma regular, livre de vícios ou qualquer questões que venham obstar a análise do mérito da causa, colocando em ordem o processo e, conseqüentemente, determinando as providências de natureza probatória. Essa corrente como principais defensores José Carlos BarbosaMoreira, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Teresa Arruda Alvim, Humberto Theodoro Júnior, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Paulo Sarno Braga, Rafael Oliveira, Luiz Guilherme Marinoni e José Garcia Medina. A outra corrente é defendida por Nelson Nery Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido R. Dinamarco, João Batista Lopes e Rosa Maria de Andrade Nery, os quais consideram que a regra de distribuição do ônus da prova é regra de juízo, ou seja, é o julgamento da causa.

Wylton Carlos Gaion (2015, p. 31) afirma que os defensores de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, ou seja que tal mecanismo seja utilizado no despacho saneador, visam oportunizar que as partes tenham prévio conhecimento das regras de distribuição do ônus probatório, inclusive de modo que possam avaliar se querem ou não produzir provas, já que a inversão ocorreria antes da sentença.

André Gustavo C. de Andrade (2016, p. 10-11) sinaliza no sentido de texto do artigo 6º, VIII, do CDC estabelecer regra de procedimento e não regra de julgamento. Em consequência, considerando que o caso é de aplicação do referido dispositivo legal, caberia ao juízo, antes de prolatar sentença, determinar a inversão do ônus da prova. Essa interpretação dada ao texto do art. 6º vem escorada no argumento de que, ausente a comunicação prévia do juízo acerca da inversão do ônus da prova, o fornecedor não teria como saber que sobre ele recaía o peso de produzir prova que refutasse as alegações deduzidas pelo consumidor. A sentença que viesse a ser prolatada, com aplicação da inversão do ônus probatório, surpreenderia inteiramente o fornecedor, que, até então, supunha que o ônus seria do consumidor, por força da regra geral de distribuição dos ônus da prova.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 338) acrescentam que se for o caso da inversão do ônus da prova, além dos pressupostos legais, deve ela advir de maneira a facultar —necessariamente à parte, a partir daí onerada, a possibilidade de provar. Quando se fala em inversão do ônus da prova, essa norma adquire a qualidade de norma de instrução e não de norma de julgamento. Finalizam afirmando que deve ser

concedida a possibilidade de prova à parte a quem se atribuiu, pela inversão do ônus probatório, o encargo de provar, sob pena de violação ao direito de prova.

Outro defensor da corrente, Humberto Theodoro Junior (2001, p. 140) assevera que adotar a regra de instrução prestigia o direito ao contraditório e à ampla defesa, exercendo-se assim o devido processo legal, podendo-se produzir provas e manifestar-se a respeito da decisão judicial. O autor comenta que em relação ao artigo 6º, inciso VIII, o CDC não instituiu uma inversão legal do referido ônus, mas, sim, uma inversão judicial, que caberá ao juiz efetuar quando considerar configurado o quadro previsto na regra da lei.

Theodoro Junior (2001, p. 141) assevera que é certo que boa parte da doutrina entende que as regras sobre ônus da prova se impõem para solucionar questões examináveis no momento de sentenciar. Entretanto, pela garantia do contraditório e ampla defesa, as partes, desde o início da fase instrutória, têm de conhecer quais são as regras que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre a qual se assentará, no fim do processo a solução da lide.

Fredie Didier *et al* (2008, p. 81) critica a inversão do ônus da prova com base em argumentos semelhantes a outros defensores dessa corrente, a medida que operá-la na sentença representaria uma ruptura com o sistema do devido processo legal, ofendendo o contraditório, sendo que o ônus subjetivo da prova condiciona a atuação processual da parte, que neste caso não acontecerá, já que a sentença é posterior à instrução.

Como se verifica, outros juristas tais como Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery entre outros, defendem posição contrária quanto ao momento da aplicação do ônus da prova. Gonçalves (2013) afirma que tais autores consideram que a regra de distribuição do ônus da prova é regra de juízo, sendo a ocasião de sua aplicação o momento da sentença, ou seja, após ter o magistrado apreciado suficientemente a qualidade da prova colhida durante a instrução processual. Os seguidores dessa corrente consideram que o julgador só estaria apto a deferir ou não a inversão do ônus probatório, configurando regra de julgamento e não de procedimento, razão pela qual, qualquer conclusão sobre o ônus da prova não pode ser emitida antes de ser encerrada a fase instrutória, sob o risco de ser feito um prejudicamento da causa.

Kazuo Watanabe (1997, p. 494), apoia a regra de julgamento e reforça essa tese a medida que o ônus seria possível de ser invertido na sentença pois as regras de inversão do ônus da prova são de julgamento e somente após a instrução processual, no momento de serem valoradas as provas produzidas, estará o juiz com elementos suficientes para dizer

se existe ou não uma situação de *non liquet*, operando a inversão ou não.

Gaion (2015, p. 29) aponta que tais autores ainda argumentam que a isonomia prevista na Constituição Federal é material, visando tratar os desiguais segundo suas desigualdade, reconhecendo a legalidade e constitucionalidade da inversão do ônus da prova na sentença, ante a hipossuficiência dos consumidores frente aos fornecedores, alcançando o equilíbrio na relação jurídica.

Por fim, vale dizer que essa corrente sofre duras críticas, sendo um dos principais problemas é que, usando esse instituto de facilitação de defesa do consumidor somente na ocasião de se prolatar a sentença, é violado o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, pois não seria possível determinar a produção de provas, sendo que o fornecedor seria pego de surpresa ao ser-lhe imposto um ônus processual até então inexistente, sem que possa produzir provas para afastá-lo (GAION, 2015, p. 29).

Nunes (2013, p. 229) faz uma importante observação sobre assunto levantando a hipótese de que se ficasse para a sentença a resolução e se o juiz decidisse que não havia nem verossimilhança nem hipossuficiência do consumidor e que este, portanto, teria de ter produzido prova pericial e não o fez porque não tinha dinheiro para adiantar os honorários provisórios do perito, para o autor estar-se-ia diante de um absurdo.

Em vista disso, Gaion (2015, p. 30) conclui, ainda, que esta corrente contraria o próprio conceito de ônus. Neste não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Porém, entender ser possível a inversão do ônus na sentença implicaria impor obrigação ao fornecedor de sempre produzir as provas, mesmo na incerteza da inversão.

5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa foi fruto do método de abordagem dedutivo, que consiste numa construção lógica que retira de duas premissas uma terceira, denominada de conclusão (Gil, 1999, p. 27). Quanto ao procedimento, optou-se pelo monográfico, eis que se pretende descrever minuciosamente os elementos fundamentais do presente estudo. Como técnica de pesquisa, houve utilização da documentação direta, através de expedientes metodológicos constitutivos da pesquisa bibliográfica, buscando-se elementos para

investigação do tema em bibliografia de fontes secundárias, notadamente em livros e revistas especializadas e na legislação atinente a matéria.

6 COLETA E ANÁLISE DE DADOS

Igualmente à doutrina, não há entendimento pacificado na jurisprudência quanto ao momento de aplicabilidade do instituto da inversão do ônus da prova. Nesse sentido, foram analisadas algumas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que versam sobre o tema.

Com a coleta, percebeu-se que é de entendimento de algumas turmas, assim como diversos autores já mencionados no decorrer do presente trabalho, que a inversão do ônus da prova envolvendo a relação consumerista, é regra de julgamento, decorrendo da própria lei, uma vez presentes os requisitos estabelecidos nela, os quais são apenas reconhecidos no caso concreto pelo juízo, nesse caso a sentença, assim pode ser observado na jurisprudência colaciona na sequência:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO RETIDO. INÉPCIA DA INICIAL. PEDIDO GENÉRICO. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO ADEQUADO. ABORDAGEM DE PREPOSTOS DE FARMACIA MEDIANTE DISPARO DO ALARME ANTIFURTO. CONSTRANGIMENTO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO.

[...]

2. A relação de direito material objeto da controvérsia está albergada pela legislação consumerista. Assim, considerando que o consumidor não dispõe dos mesmos conhecimentos técnicos do fornecedor, impõe-se o reconhecimento da hipossuficiência, incidindo a espécie a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC a efeito de facilitar os meios de defesa da lesada. A inversão do ônus da prova é uma regra de julgamento, de modo que não há qualquer vício em se acolher à inversão do ônus da prova por ocasião da sentença. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais.

[...] AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. PRELIMINAR AFASTADA E APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70043280346. *(Sublinhei)*

Nessa ordem das coisas, pouco importa se houve manifestação judicial expressa sobre a inversão do ônus da prova apenas em sede de embargos de declaração opostos contra a sentença, porquanto, como dito, a própria lei já impunha a inversão antes mesmo

da formação da relação jurídico-processual.

Ademais, segundo algumas decisões judiciais e de acordo com Nunes (2012, p. 850), no processo civil, o juiz não age com discricionariedade (a qual é medida pela conveniência e oportunidade da decisão), mas dentro da legalidade, fundando suas decisões em bases objetivas. O que lei processual lhe outorga são certas concessões, como determinação de alguns prazos judiciais.

Por outro lado, destaca Fredie Didier Jr. (2012, p. 86-87) que, a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII do CDC deve ser interpretada como regra de instrução, pois não se coaduna com o contraditório a sua aplicação apenas por ocasião da sentença. O devido processo legal, que tem como corolários o contraditório e a ampla defesa, repele a insegurança jurídica. Esta garantia constitucional impõe que o processo de prestação da atividade jurisdicional seja previsível às partes, de modo que saibam exatamente quais posturas deverão adotar para ver suas pretensões acolhidas pelo magistrado.

Apesar disso, Marcassa Filho (2015, p. 113) alerta que o entendimento de que a aplicação da regra se dá no momento do julgamento, mas que o juiz deve alertar as partes antes da sentença quanto à possibilidade da aplicação futura da regra, não parece o melhor caminho a ser seguido. Isso porque tal entendimento cria um jogo de palavras (aplicação da regra *versus* alerta quanto à futura aplicação da regra) que não contribui para uma definição clara do momento de aplicação da regra da inversão do ônus da prova.

Logo, observou-se, a partir dos julgados analisados, que não se trata de um fato pacificado na jurisprudência do STJ, à medida que, a inversão do ônus da prova utilizada como regra de julgamento pode ocasionar o cerceamento de defesa para a ré, bem como provocar outros danos, senão vejamos:

CONSUMIDOR. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO. ALEGAÇÃO DE VÍCIO CONSTATADO APÓS O PRAZO DA GARANTIA LEGAL DE NOVENTA (90) DIAS. ACEITAÇÃO DO BEM NAS CONDIÇÕES DA VENDA. AUSÊNCIA DE VISTORIA POR MECÂNICO DE CONFIANÇA. DESCONTO NO PREÇO. AUTOMÓVEL USADO HÁ CINCO (05) ANOS. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE REPARAR OS DANOS.

Inicialmente, consigno que descabe a inversão do ônus da prova em sentença, porquanto implica cerceamento de defesa. A par do conjunto probatório, verifica-se que o veículo apresentou vício após seis meses da data da compra (07.01.2013), ou seja, após o decurso do prazo da garantia legal, o que justifica a negativa de assistência daré. [...]

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

RECURSO INONIMADO Nº 71004925178 (Nº CNJ: 0016028-62.2014.8.21.9000) (*Sublinhei*)

Tal tese é atacada por aqueles que defendem que o mecanismo seja operado na sentença, de modo que trata-se de um risco desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência, inclusive há decisões judiciais que propiciam tal acontecimento no 2º grau de jurisdição, ressaltando que a opção de adotar uma regra ou outra independe do caso concreto que é objeto da lide.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o momento de aplicabilidade da inversão do ônus da prova no CDC, constatou-se, a partir de alguns julgados, que não se trata de um fato pacificado na jurisprudência do STJ.

Sendo assim, conforme explanado anteriormente, o entendimento predominante, embora seja de margem pequena, é de que o magistrado deva adotar a regra de instrução, compatibilizada com as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa bem como a prestação da atividade jurisdicional previsível às partes, repelindo qualquer insegurança jurídica.

Sendo assim, à luz de tais premissas, a doutrina destaca que toda a interpretação jurídica é também interpretação constitucional, ou seja, qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. A correta interpretação do dispositivo legal deve ser obtida à luz da Constituição Federal, pois não se trata de um simples ato de escolha entre essa ou aquela corrente.

Logo, dos dados obtidos, percebeu-se que da mesma forma que a doutrina a jurisprudência também não é pacífica, não havendo uma posição adotada majoritariamente e que, tampouco, conforme fora explanado no decorrer da pesquisa, o caso concreto influencia na opção de um posicionamento ou outro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo C. de. **A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor: o momento em que se opera a inversão e outras questões.** Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2&groupId=10136>. Acesso em 11 abr 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRASIL. **Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 de outubro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>

GAION, Wylton Carlos. **Da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII do CDC como regra de instrução à luz do entendimento do STJ.** Bonijuris. Paraná, vol. 27, nº 12. Dezembro de 2015.

GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. **Inversão do ônus da prova.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12769>. Acesso em out 2016.

JORGE, Alan de Matos. **Análise do ônus da prova e sua inversão como direito básico do consumidor: aplicabilidade; requisitos e momento processual adequado para a efetivação da inversão prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2214>. Acesso em 11 abr 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto.** Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(15\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(15)%20-formatado.pdf)>. Acesso em 06 outubro 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MATSUMOTO, Caio César. **A abusividade da equiparação de preços em vendas parceladas e à vista nas relações de consumo.** Universidade Federal de Santa

Catarina. Florianópolis. 2011. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/tcc_caio_cesar_matsumoto.pdf>

Acesso em 27 fev 2016.

MENDONÇA, Gilson Martins. **O princípio da vulnerabilidade e as técnicas de neuromarketing: aprofundando o consumo como vontade irrefletida**. ScientiaJuris, v. 18, n. 01, p. 135. Julho de 2014.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de direito do consumidor: à luz do STJ**. 5 ed. Salvador: Juspodvim, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor : direito material e processual**. 3.ed. São Paulo: Método, 2014.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAVACHE, Alex Quaresma. **O ônus da prova no processo civil moderno**.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32422&seo=1>>.

Acesso em: 11 abr. 2016.

SANTOS, Murilo Rezende dos. **A prova e o ônus da prova no processo civil**.

Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/6999>>

Acesso em: mar 2016.

TARTUCE, Flávio. **Impactos do novo CPC no Direito Civil**. São Paulo: Método, 2015.

ANEXO F – CRITÉRIOS NORTEADORES PARA AVALIAÇÃO DO ARTIGOCIENTÍFICO

1. O artigo científico apresenta todos os itens do respectivo tipo de trabalho (resumo, abstract, sumário, introdução, revisão da literatura e delimitação de referencial teórico, metodologia, cumprimento da proposta metodológica,

conclusão e referências).
2. O problema de pesquisa é relevante e adequado uma das linhas de formação do curso.
3. O Artigo apresenta introdução, revisão da literatura, abordagem e conclusão adequados e coerentes.
4. A introdução apresenta o tema da pesquisa, os objetivos, o problema de pesquisa e a estrutura do trabalho.
5. A fundamentação teórica é coerente e adequada com o problema proposto.
6. Os autores citados na revisão da literatura constituem referencial adequado à temática da pesquisa.
7. A exposição teórica está consistente.
8. O método é bem definido e adequado ao problema, com as fases de pesquisa claramente relatadas.
9. A abordagem e aplicação metodológica estão adequados e seguem o pressuposto teórico
10. As conclusões estão coerentes com a análise e abordagem.
11. A pesquisa apresenta contribuição científica
12. O texto é claro, objetivo e usa linguagem correta.