

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves

A inversão do ônus da prova no Processo Civil e o momento de sua realização

Brasília - DF

2014

Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves

A inversão do ônus da prova no Processo Civil e o momento de sua realização

Monografia apresentada em conclusão ao curso de graduação de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Fernandes Neto

Brasília, 20 de junho de 2014.

Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves

A inversão do ônus da prova no Processo Civil e o momento de sua realização

Monografia apresentada ao curso de graduação de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Fernandes Neto

Banca Examinadora

Prof. Dr. Guilherme Fernandes Neto - Orientador

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira

Prof.Msc. Virgínia Xavier Borges Silva

Prof. Dr.Carlos Frederico de Oliveira Pereira - Suplente

Brasília, junho de 2014.

Agradecimentos

Primeiramente, agradeço a Deus, pelas oportunidades que me proporcionou durante toda a vida.

Aos meus pais, Eliane e Maurício, e à minha irmã, Brenda, pela convivência e pelo apoio diário incondicional.

Ao Prof. Guilherme Fernandes Neto, pela orientação deste trabalho, pelo auxílio e pelas revisões realizadas.

Aos demais membros da banca, por terem aceitado o convite para participarem como avaliadores deste trabalho.

Aos amigos que me acompanharam durante todo o curso, pelos momentos de aprendizado, alegria e companheirismo.

Aos profissionais com quem trabalhei e aos demais professores, pela enorme contribuição para o meu desenvolvimento profissional e pessoal.

Resumo

A inversão do ônus da prova é um tema bastante em voga em nosso Direito Processual Civil e o momento de sua realização nunca foi uma unanimidade entre os autores, bem como entre os tribunais, sejam estaduais ou o próprio Superior Tribunal de Justiça. Ocorre que, recentemente, o STJ, tentando firmar apenas um entendimento sobre o assunto, alterou drasticamente seu posicionamento acerca do momento processual para inversão do ônus da prova, a fim de que houvesse uma uniformidade em todos os tribunais do país. É nesse contexto que se insere o presente trabalho, que pretende, em linhas gerais, abordar os principais aspectos sobre essa questão.

Palavras-chave: Processo Civil. inversão do ônus da prova. regra de julgamento. regra de instrução.

Sumário

1. Introdução.....	6
2.Considerações sobre o ônus da prova.....	7
2.1. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor	
2.1.1. Hipossuficiência	
2.1.2 Verossimilhança das alegações	
2.2. Teoria da carga dinâmica do ônus da prova	
2.2.1 Direito fundamental à ordem jurídica justa	
2.2.1.1 Igualdade substancial	
2.2.1.2 Direito fundamental à prova	
2.3 A inversão do ônus da prova no novo CPC	
2.4 Momento da inversão	
3. Posicionamento da Jurisprudência pátria.....	25
3.1 Resp nº 802.832-MG	
3.1.1 Análise do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino	
3.1.2. Análise do voto do Min. Sidnei Beneti	
3.1.3. Análise do voto da Min. Luis Felipe Salomão	
3.2 EResp 442.778-SP	
3.2.1 Análise do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino	
3.2.2 Análise do voto da Min. Isabel Gallotti	
3.3 Relevância dos julgamentos	
4. Considerações finais.....	38
5. Referências bibliográficas.....	40

1. Introdução

O ônus da prova possui um papel fundamental no desenvolvimento do processo e na resolução da lide, uma vez que, por meio dele, as partes sabem quais alegações possuem obrigação de provar e o juiz, a seu turno, passa a ter o subsídio necessário para proferir sua decisão, evitando o *non liquet*.

A inversão do ônus da prova surge, então, como ferramenta para facilitar, inicialmente, a proteção dos direitos do consumidor, considerado parte mais fraca na relação de consumo. A partir dessa possibilidade, juntamente com uma visão constitucional do processo, passou-se a admitir algumas teorias que possibilitassem a inversão do ônus da prova em outros casos, quais sejam, em que determinada parte ficaria deveras sobrecarregada com a divisão tradicional do ônus da prova, conforme será abordado no Capítulo 2.

Assim, tendo em vista a inexistência de previsão legal acerca do momento processual a ser realizada essa inversão, o tema passou a ser debatido de forma árdua na doutrina e na jurisprudência, gerando considerável divergência sobre o assunto, pois não havia um consenso sobre sua classificação como regra de instrução ou de julgamento, o que é amplamente abordado neste trabalho.

Com intuito de firmar entendimento na seara jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se de forma clara sobre o assunto em duas oportunidades, julgamentos esses que serão objetos do Capítulo 3.

Com base nesse contexto, o presente trabalho busca, a partir do método indutivo, no qual se utiliza dados particulares para atingir constatações gerais, compreender as hipóteses de inversão do ônus da prova e traçar o momento processual para sua realização. Além disso, apresenta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e de outros tribunais sobre o tema, a fim de analisar criticamente o posicionamento dos julgados e sua adequação ao ordenamento.

2. Considerações sobre o ônus da prova

Ao se iniciar uma demanda no judiciário, ambas as partes formulam alegações de fato para justificar seu posicionamento e a aplicação de determinada norma. Essas questões devem ser analisadas pelo juiz por meio da prova, instrumento hábil para a formação da convicção acerca da ocorrência ou não dos fatos controvertidos no processo.¹

Surge, antes, com base no arcabouço fático apresentado, o problema acerca de quem deve provar as alegações formuladas, o que passa a ser resolvido pelas regras de distribuição do ônus da prova.²

Nessa perspectiva, é de assaz importância a definição dos vocábulos prova e ônus da prova para um entendimento mais completo do tema tratado nesta monografia.

Primeiramente, vale ressaltar que a definição de prova é um tema bastante estudado na doutrina e possui várias vertentes. Assim, este trabalho focará em apenas um conceito de prova, embora esse tema não seja consensual.

Oriunda dos termos em latim "probatio" e "probare", que significam, respectivamente, "verificação, exame, inspeção" e "persuadir e examinar"³, o elemento prova é conceituado sob dois primas: o objetivo, meio hábil de demonstrar determinado fato, como documentos e testemunhas; e subjetivo, forma de convencimento do julgador.⁴

Vários autores de grande relevância no cenário nacional utilizam de ambos os aspectos para formularem seus conceitos. Assim, será utilizado neste trabalho o conceito de José Frederico Marques apenas para que se tenha uma base mais concreta de análise:

¹GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo, p. 376.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV. Atualizado por Sérgio Bermudes, p.982.

³ ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova, p.13.

⁴ Ibid., p.15.

"o meio e o modo de que usam os litigantes para convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato, bem como o meio e o modo de que se serve o juiz para formar sua convicção sobre os fatos que constituem a base empírica da lide."⁵

O vocábulo ônus significa, nos dizeres de Francisco Amaral, “necessidade que o agente tem de comportar-se de determinado modo para realizar interesse próprio”⁶, assim, o ônus da prova é entendido como a necessidade da parte demonstrar a existência do direito alegado e da respectiva lesão, devendo suportar a consequência de eventual não comprovação.⁷

Arruda Alvim ainda faz distinção entre ônus perfeito e imperfeito, argumentando que o ônus perfeito é caracterizado pela existência de uma consequência jurídica danosa para a parte, como se observa no ônus da recorrer da sentença. Por outro lado, o ônus imperfeito é aquele em que a consequência jurídica danosa é possível, mas não necessária, ou seja, possui o risco de ocorrer. É o exemplo da parte que perde a oportunidade de provar, mas essa prova ainda pode ser feita pela parte contrária.⁸

Destarte, a distribuição do ônus da prova desempenha um importante papel no resultado das demandas, pois, visando ao sucesso, a parte deve desenvolver e apresentar, durante a instrução, elementos necessários à formação de uma convicção favorável ao seu pleito, sob pena de indeferimento.⁹

O Código de Processo Civil regula, em seu art. 333, *caput*,¹⁰ a distribuição do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, o qual é deveras influenciado pela teoria das normas de Leo Rosenberg - cada parte do processo deve arcar com o suporte fático da norma que lhe favorece, isto é, da norma cujo efeito jurídico o

⁵ Manual de Direito Processual Civil, atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, vol. 2, p. 185.

⁶ AMARAL, Francisco. Direito Civil, p. 236.

⁷ Ibid., p. 235.

⁸ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil, volume 2, p. 464.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *op. cit.*, p. 375.

¹⁰ Assim soa o Código de Processo Civil:

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.

beneficie - ¹¹, como se vê na dicção do referido dispositivo: o autor deve provar os fatos constitutivos do direito alegado, bem como o réu deve provar os fatos modificativos – aqueles que alteram parcialmente o fato constitutivo alegado pelo autor¹², extintivos – fazem cessar a relação jurídica alegada pela autor¹³- e impeditivos - geralmente, são de conteúdo negativo e tendem a demonstrar a falta de um requisito de validade do ato em análise¹⁴-, ou seja, o autor tem o ônus de demonstrar a situação fática que enseja a aplicação da norma alegada por ele e o réu deve demonstrar os fatos que impeçam a utilização da norma alegada.

Por outro lado, percebe-se, ainda, a permissão dada pelo legislador para convenção na distribuição do ônus, ressalvadas as hipóteses dessa convenção recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O legislador de 1973, ao fixar o ônus de modo geral e abstrato, teve o intuito de primar pela segurança jurídica e pela igualdade formal entre as partes, o que caracteriza um posicionamento essencialmente liberal. Nas palavras de Rosenberg¹⁵, idealizador desse modelo, "a distribuição invariável do ônus da prova é um postulado da segurança jurídica, sustentado justamente pelos práticos e defendido também pelos partidários das teorias discordantes" e que tal "regulação deve conduzir a um resultado determinado, independente das contingências do processo particular".

Resta hialino que esse modelo impede que o juiz faça uma análise das características do caso concreto e distribua o ônus de maneira diversa do disposto no referido artigo, num claro exemplo da simples observância da igualdade formal.

Além disso, esse dispositivo comporta grande discussão acerca da sua natureza jurídica, a saber, se é pertinente ao direito material ou ao processual.

¹¹ ROSENBERG, Léo. La carga de la prueba. Buenos Aires: Ejea, 1956, p. 91. No mesmo sentido: CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova, p. 47.

¹²TARTURCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor, p. 509.

¹³Ibid., p. 510.

¹⁴Ibid., p. 509.

¹⁵ ROSENBERG, Leo. La carga de la prueba, pp. 58-59.

Quem defende o posicionamento da natureza material da distribuição ônus probatório assevera que essa matéria está entre os preceitos norteadores do conteúdo da sentença judicial no processo civil. Todavia, esse juízo é deveras perfunctório, vez que só enxerga a distribuição como regra de julgamento.¹⁶

Por outro lado, José Frederico Marques defende que o ônus da prova, assim como todo assunto ligado à prova, é afeto ao Direito Processual.¹⁷

Sabe-se, porém, a importância da atividade probatória na dimensão do contraditório, ou seja, na participação das partes durante a produção das provas, bem como em todo o processo, o que é condição de validade para a própria sentença.

Nessa ótica, resta demonstrado que a disciplina probatória comporta esse diálogo entre direito material e processual¹⁸. “Tanto o direito material como o direito processual exercem marcada influência na distribuição dos esforços probatórios”¹⁹

Como se vê, a repartição do ônus *probandi* não se resume apenas à regra de julgamento, no sentido de que os juiz utiliza o conjunto probatório produzido para julgar a lide, mas, sim, como regra de organização da atividade probatória das partes.²⁰

Têm-se, então, as duas funções do ônus probatório: 1) subjetiva - exerce importante papel para organização da atividade probatória das partes, é dizer, esclarece-se qual parte deve produzir determinada prova²¹ e 2) objetiva – a insuficiência de provas no autos implica sentença contrária à parte que alegou o fato sem provas, caracterizando-se como regra de julgamento.²²

No âmbito doutrinário e jurisprudencial, observou-se historicamente uma maior importância da função objetiva, com uma clara marginalização da função subjetiva, o que não parece acertado a partir do Estado constitucional que privilegia o contraditório,

¹⁶CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova, p. 50.

¹⁷ MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. 1, pg. 97.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV. Atualizado por Sérgio Bermudes, p. 1003.

¹⁹CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova, p. 51.

²⁰ Ibid., pp. 54-55.

²¹TARTURCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor, p. 523.

²²CARPES, Artur, *op. cit.*, p. 52.

pois deve-se dar efetiva oportunidade não apenas de alegar, mas de requerer e produzir provas em toda atividade de formação do juízo de fato.

Em face de todas as considerações expostas sobre a atual sistemática de distribuição do ônus probatório, surgiram as teorias em torno da possibilidade de relativização desse *onus probandi*.

A distribuição do ônus da prova, no modelo de técnica processual destinada à organização da atividade probatória, deve ser balizada pelo sistema jurídico em que está inserida, ou seja, não pode deixar de estar em sintonia com a Constituição.

Assim, pode-se imaginar que o modelo descrito no art. 333 não vai ser sempre utilizado no caso concreto, ante a possibilidade de sua aplicação violar os direitos fundamentais.

A disposição rígida, estática e geral do artigo em tela deve ser vista como relativizável, haja vista que o princípio da legalidade estrita não é mais aplicável atualmente. Hodiernamente, observamos a legalidade substancial, que preconiza a correção de eventuais falhas legais com base nas diretrizes constitucionais.²³

Um exemplo disso é a criação do CDC após o advento da Constituição, o qual confere maior poder ao juiz para uma adequação constitucional do processo²⁴. Ilustrativamente, traz-se à baila a efetiva tutela dos direitos fundamentais do consumidor por meio de novas técnicas, como a “inversão do ônus da prova”.

Nessa senda, surgiu doutrinariamente a teoria da carga dinâmica da prova, a primeira que marcou a possibilidade do próprio juiz relativizar a distribuição do *onus probandi*, embora não houvesse previsão legal. Na esteira dessa doutrina, a divisão do ônus estipulada no diploma processual é deveras desigual em alguns casos, o que pode resultar numa prestação jurisdicional incompetente, pois não foi possível a correta produção das provas.²⁵

²³CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova, p. 55.

²⁴GOMES, Rogério Zuel. Questões Processuais em lides de consumo. Revista de Direito do Consumidor n. 69, p. 116.

²⁵CARPES, Artur. *op. cit.*, p.74.

2.1 A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), microsistema jurídico que traz normas de direito material e processual²⁶, ao tentar promover a efetiva tutela dos direitos consumeristas, fez a previsão, como direito básico do consumidor, da inversão do ônus da prova, que pode recair, a depender do caso concreto, apenas sobre determinado fato ou, ainda, sobre todo ônus probatório.

Essa inversão *ope iudicis* do ônus da prova foi positivada no art. 6º, VIII, do referido diploma, o qual fixou a ocorrência de um dos seguintes requisitos: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência da parte, para a sua ocorrência.

Cumprido destacar que, embora haja alguma divergência²⁷ acerca da alternatividade dos requisitos, o entendimento mais adequado e adotado por este trabalho é de que a observância de apenas um deles já autoriza a inversão do ônus da prova²⁸

Esse posicionamento é amparado na própria interpretação literal do dispositivo legal, vez que traz a conjunção alternativa "ou" ao separar os requisitos²⁹.

Assim, para se afastar a interpretação literal do referido dispositivo, caberia demonstrar que a alternatividade dos requisitos seria equivocada e tornaria o artigo ilógico ou desarrazoado³⁰, o que não ocorre no caso concreto, pois essa interpretação é amplamente favorável ao consumidor.

²⁶ DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; DA SILVA FANECO, Livia Carvalho. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. Revista de Direito do Consumidor n. 91, p. 310.

²⁷ GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. Revista do Direito do Consumidor, São Paulo, v.22, p. 135.

²⁸ CALDEIRA, Mirella D'angelo. Inversão do ônus da prova, p. 4. Disponível em http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20080731150109.pdf. Acesso em 12/10/2013.

²⁹ Assim soa o Código de Defesa 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; **Negrito nosso.**

³⁰ DE ANDRANDE, André Gustavo C. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor - o momento em que se opera a inversão e outras questões, p.7. Disponível em:

Doutrinariamente, esse entendimento também é defendido por Carlos Roberto Barbosa Moreira: "o emprego da conjunção alternativa e não da aditiva 'e' significa que o juiz não haverá de exigir a configuração simultânea de ambas as situações, bastando que ocorra a primeira ou a segunda".³¹

Por fim, vale ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor não traz apenas essa hipótese de inversão do ônus da prova, podendo-se citar, por exemplo, os arts. 12, § 3º, II, e o art. 38 como outras inversões presentes no CDC. Ocorre que essas hipóteses de inversão são *ope legis*, é dizer, o próprio legislador determinou a sua ocorrência e a parte toma conhecimento antes mesmo de iniciar a demanda, ante a expressa previsão no código. Dessa forma, o juiz não precisa de um momento processual para determinar a inversão, o que faz com que o tema não seja tão relevante para este trabalho.

Passar-se-á, então, à análise dos requisitos necessários à inversão.

2.1.1 Hipossuficiência

Buscando a definição deste primeiro requisito, é possível observar que os dicionários, ao escreverem sobre o hipossuficiente, fazem clara vinculação à idéia de insuficiência econômica³².

Todavia, tal expressão disposta no Código de Defesa do Consumidor não deve ser vista sob esse ponto de vista, devendo ser tratada de maneira ampliativa, é dizer, hipossuficiente é o consumidor que encontra-se, concretamente, em posição de

http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_consua_inversao_do_onus_da_prova_no_cdc.pdf. Acesso em 15/01/2014.

³¹ BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 22, p. 135, abr./jun.1997.

³² DE ANDRANDE, André Gustavo C. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor - o momento em que se opera a inversão e outras questões, p.2. Disponível em http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_consua_inversao_do_onus_da_prova_no_cdc.pdf. Acessado em 15/01/2014.

inferioridade em relação ao fornecedor, seja essa inferioridade técnica, econômica ou social.³³

Sob essa ótica, o consumidor hipossuficiente é aquele que está em situação de desvantagem em relação a um específico fornecedor, no tocante à dificuldade de produzir determinada prova em juízo. Essa dificuldade pode, dentro outros motivos, ser em virtude do monopólio das informações pelo fornecedor e do desconhecimento de informações acerca da produção (hipossuficiência técnica), o que corrobora a não vinculação desse conceito a um aspecto estritamente econômico³⁴.

Por fim, vale citar o entendimento do ilustre autor Kazuo Watanabe, que, mudando seu entendimento, não passou a admitir a vinculação da hipossuficiência à simples carência econômica³⁵, conforme se observa do seguinte trecho: "Nas primeiras edições desta obra, sustentamos a opinião de que o conceito de hipossuficiência é o constante do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50. Sentimos, hoje, que essa posição anterior não é de todo aceitável"³⁶

³³ DE ANDRANDE, André Gustavo C. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor - o momento em que se opera a inversão e outras questões, p. 3. Disponível em http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_consua_inversao_do_onus_da_prova_no_cdc.pdf. Acessado em 15/01/2014.

³⁴ DE ANDRANDE, André Gustavo C. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor - o momento em que se opera a inversão e outras questões, p.4 Disponível em http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_consua_inversao_do_onus_da_prova_no_cdc.pdf. Acessado em 15/01/2014.

³⁵ WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 9.

³⁶ Ibid., p. 9.

2.1.2 Verossimilhança das alegações

Inicialmente, o vocábulo verossímil traz a idéia de algo semelhante à verdade ou, ainda, que tem a aparência de ser verdadeiro³⁷.

Nessa toada, sustenta Antônio Gidi³⁸ que as alegações devem sempre ser verossímeis, haja vista que não pode ser uma afirmação ilógica ou destituída de um mínimo de racionalidade.

Por outro lado, Kazuo Watanabe³⁹ assevera que a inversão do ônus da prova baseada na verossimilhança da alegação não é uma verdadeira inversão, mas, sim, uma lembrança didática da aplicação do disposto no art. 335 do Código de Processo Civil:

“O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.”⁴⁰

Efetivamente, a verossimilhança, por si só, pode ensejar a inversão do ônus da prova, para tanto, segundo André Gustavo C. de Andrade⁴¹, deve-se atentar para existência de uma prova indiciária mínima, que possibilitará uma associação entre o fato alegado e um já comprovado, mediante um juízo de presunção. Sem esse pré-requisito mínimo, não há como configurar a verossimilhança⁴²

³⁷ SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos. A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal, p. 72.

³⁸ GIDI, Antônio. Defesa do Consumidor - aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor, p. 69.

³⁹ WATANABE, Kazuo, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 8.

⁴⁰ WATANABE, Kazuo. *op. cit.*, p. 8.

⁴¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

⁴² DE ANDRANDE, André Gustavo C. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor - o momento em que se opera a inversão e outras questões, p.6. Disponível em

Assegura, ainda, o referido autor, que ante a absoluta inexistência de provas, a inversão do ônus da prova só pode ser fundamentada na hipossuficiência do consumidor.

2.2 A Teoria da carga dinâmica do ônus da prova

A origem da teoria da carga dinâmica do ônus da prova é no direito argentino, sendo possível citar o renomado jurista Jorge Walter Peyrano como um dos precursores do seu desenvolvimento⁴³.

Essa teoria trouxe à lume a possibilidade de valer-se de uma distribuição probatória diferente da estabelecida no diploma processual, ainda que haja ausência de autorização legal para tanto, desde que determinada parte tenha melhores condições de produzir a prova.

Sob esse foco, a doutrina visa a flexibilizar a rigidez da distribuição probatória já existente, bem como a afastar sua aplicação em determinados casos, é dizer, a regra tradicional será afastada quando quem deveria produzir a prova está impossibilitado de fazê-lo por motivos alheios a sua vontade⁴⁴. Trata-se de um aperfeiçoamento da regra tradicional.

A importância dessa teoria no Brasil, bem como sua recepção são facilmente comprovadas na jurisprudência e em diversas produções doutrinárias.

Ilustrativamente, vale colacionar alguns julgados que aplicam expressamente a teoria em testilha: TJRJ - Apelação nº 0380579-68.2011.8.19.0001⁴⁵, TJDFT - Apelação nº 0071886-12.2008.8.07.0001⁴⁶ e REsp nº 69.309/SC⁴⁷.

http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_consua_inversao_do_onus_da_prova_no_cdc.pdf. Acessado em 15/01/2014.

⁴³ AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Dissertação de Mestrado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p.121.

⁴⁴ AZÁRIO, Márcia Pereira. *op. cit.*, p. 123.

⁴⁵ "APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. Documentos que demonstram a relação jurídica entre as partes e comprovam a tentativa de obtenção do contrato pela via administrativa.

Demonstrada a importância dessa teoria no âmbito nacional, far-se-á, então, uma análise básica dos fundamentos teóricos que autorizam a sua aplicação, vez que não há uma previsão legal expressa pra tanto.

Interesse de agir inequívoco. **Teoria da carga dinâmica da prova. A parte que detêm melhores condições de demonstrar os acontecimentos deve fazê-lo, colaborando com o Juízo, não havendo dúvidas de que as instituições bancárias têm estrutura que lhes coloca na condição de poder exibir seus próprios contratos, sendo inaceitável sua alegação de que não está obrigada a guardá-los, mormente em se tratando, na espécie, de contrato firmado em 2009.** RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. Art. 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL." (Negrito nosso). Disponível:<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000455719CA0F55260CC2D083802BDDB6C85C5025F400F3F>. Acessado em: 05/01/2014.

⁴⁶ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO POR PERDA DE UMA CHANCE. PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS DE FORMA DEFEITUOSA. PROVA. FATO CONSTITUTIVO. AUSÊNCIA. PROVA NEGATIVA. EXIGÊNCIA. INVIABILIDADE. **TEORIA DA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. APLICAÇÃO.** PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO.

Tendo o advogado negado haver recebido os documentos que, segundo o autor, conduziram ao êxito da ação judicial proposta, cabia a este a prova em contrário, uma vez que não se pode exigir daquele a prova do não recebimento da documentação considerada essencial, pois trata-se de prova negativa, conhecida também como prova impossível ou prova diabólica, revelando-se caso de aplicação não só do puro extrato do que dispõe o art. 333 do CPC, mas também do princípio da carga dinâmica da prova, segundo o qual o ônus da prova cabe à parte que melhores condições tem de produzi-la.

A responsabilidade civil do advogado para com a sua clientela é contratual e de meio, pois não há como garantir o sucesso da demanda. Sendo assim, o advogado só responderá pelos prejuízos do insucesso, quando este ocorrer exclusivamente por causa da sua inabilidade profissional. Inexiste o dever de indenizar quando, mesmo na hipótese de defeito do serviço, lastreado em erro grosseiro do advogado de não interpor agravo de instrumento acompanhado da íntegra de documento considerado obrigatório (procuração ad judícia da parte agravada), é mínima a chance do cliente de obter êxito na demanda em razão de entendimento já pacificado e sumulado das Cortes Superiores sobre a matéria em debate.

(Acórdão n.429724, 20080111202740APC, Relator: NATANAEL CAETANO, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/06/2010, Publicado no DJE: 29/06/2010. Pág.: 59) Disponível: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acessado em 05/01/2014.

⁴⁷ RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA. 1. **NÃO VIOLA REGRA SOBRE A PROVA O ACORDÃO QUE, ALEM DE ACEITAR IMPLICITAMENTE O PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA, EXAMINA O CONJUNTO PROBATÓRIO E CONCLUI PELA COMPROVAÇÃO DA CULPA DOS REUS.** 2. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CLINICA, INICIALMENTE PROCURADA PELO PACIENTE. 3. JUNTADA DE TEXTOS CIENTÍFICOS DETERMINADA DE OFÍCIO PELO JUIZ. 4. REGULARIDADE. 5. RESPONSABILIZAÇÃO DA CLINICA E DO MEDICO QUE ATENDEU O PACIENTE SUBMETIDO A UMA OPERAÇÃO CIRURGICA DA QUAL RESULTOU A SECÇÃO DA MEDULA. 6. INEXISTENCIA DE OFENSA A LEI E DIVERGENCIA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 69.309/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/1996, DJ 26/08/1996, p. 29688)

Disponível:http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=+PRINCIPIO+D+A+CARGA+DINAMICA+DA+PROVA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acessado em: 05/01/2014.

2.2.1 Direito fundamental à ordem jurídica justa

O direito constitucional passou a exercer uma grande influência sobre o direito processual civil com o advento da teoria dos direitos fundamentais e com o reconhecimento da força normativa da constituição.

A teoria dos direitos fundamentais, dentre outras modificações, passou a exigir que o processo civil esteja em conformidade com esse rol de direitos, em outras palavras, "as técnicas encartadas no formalismo processual- procedimentos, sentença, meios executórios, técnicas de antecipação de tutela e acautelamento- devem estar ajustadas às necessidades de tutela dos direitos, especialmente dos direitos fundamentais"⁴⁸

Nessa sorte, a Constituição da República de 1988 prevê um extenso rol de direitos e garantias fundamentais que impactaram sobremaneira o desenvolvimento e a cognição de conceitos gerais do processo civil.

No que tange à dinamização do ônus da prova, é de assaz relevância o art. 5º, XXXV, LIV e LV⁴⁹, da Constituição Federal, uma vez que estabelece as regras fundamentais ao processo justo⁵⁰.

Outrossim, os referidos dispositivos constitucionais ratificam o direito de ação como um direito fundamental, o efetivo acesso à jurisdição e o direito de defesa, no sentido de ser necessária a utilização de técnicas adequadas à defesa do direito em litígio.

⁴⁸ CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova, p. 78.

⁴⁹ Assim soa a Constituição da República:

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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁵⁰ CARPES, Artur. *op. cit.*, p. 79.

Esse entendimento de processo justo pode ser decomposto em duas premissas que são bases para a dinamização do ônus da prova, quais sejam, o direito fundamental à igualdade substancial e o direito fundamental à prova.⁵¹

2.1.1.1 Igualdade substancial

O termo igualdade é de grande relevância para nosso estado democrático de direito, essa importância é tamanha que o art. 5º de nossa constituição trata da igualdade em dois dispositivos, sendo possível retirar o conceito de igualdade formal, pressuposto do Estado Liberal que previa a aplicação uniforme da lei, sem qualquer distinção entre os cidadãos, e, por outro lado, a igualdade substancial, que assegura uma análise das particularidades do sujeito, devendo-se garantir um tratamento isonômico, ajustado às desigualdades dos sujeitos.

Na seara processual, a igualdade substancial tem ganhado uma enorme relevância, sendo necessárias algumas definições práticas que irão facilitar o entendimento desse princípio no processo.

A finalidade buscada pelas partes por meio da atividade probatória é a formação do juízo de fato⁵², ou seja, a reconstrução dos fatos que mais se assemelham à realidade.

Contudo, deve haver um critério para que seja aferida a igualdade entre as partes durante essa produção do juízo de fato. Esse critério é a efetiva participação dos litigantes no alcance da reconstrução dos fatos, pois a previsão abstrata e genérica pode não ser tão fidedigna à realidade do processo.

Assim, surge a distribuição do ônus probatório para estruturar a atividade das partes e definir como elas deverão participar na formação do conjunto probatório.

⁵¹CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova, p. 80.

⁵²Ibid., p. 81.

Ocorre que essa disposição de distribuição do ônus da prova nem sempre será adequada à efetiva finalidade a ser buscada, uma vez que o caso concreto poderá indicar uma certa dificuldade para a parte autora na produção de determinada prova e, por outro lado, facilidade da ré para o esclarecimento sobre o mesmo assunto.⁵³

Resta hialino, então, que, nesses casos, há uma flagrante quebra da relação de igualdade entre as partes, pois exigir a aplicação dos dispositivo geral e abstrato não levaria em conta as vicissitudes e particularidades do caso concreto, acarretando uma prestação jurisdicional incompetente.

Dessa forma, deve haver uma alteração do esquema estático da lei, a fim de que haja uma desoneração da parte que não possui condições de provar sua veracidade e a conseqüente transferência do ônus para a parte que detém maior facilidade de prova sobre o assunto, o que garantiria a observância dos preceitos constitucionais de igualdade, mormente a substancial.

2.1.1.2 Direito fundamental à prova

Baseado na idéia de que a prestação jurisdicional deve ser efetiva e justa, surge o direito fundamental à prova, vez que a adequada formação do juízo de fato é um pressuposto para o acesso a essa tutela jurisdicional.

Uma vez deficiente o contexto probatório, sabe-se que isso influenciará todo o andamento da lide e sua decisão, obstaculizando a correta tutela do direito em litígio. Percebe-se, assim, que o direito à prova é também um direito fundamental.⁵⁴

Segundo Artur Carpes, esse direito à prova pressupõe a participação das partes e a utilização dos meios e das fontes de prova existentes em direitos que são necessárias à formação do juízo. Ademais, deve compreender, ainda, o direito de

⁵³ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. A distribuição do ônus da prova como instrumento garantidor da igualdade das partes no processo civil brasileiro. Revista Processo e Constituição, Porto Alegre, n.1, dez 2004, p.359.

⁵⁴ CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova, p. 87.

produzir provas para assegurar a veracidade de suas alegações, o direito dessas provas serem admitidas, bem como a sua valoração pelo magistrado.

Nessa sorte, é fácil perceber que o procedimento probatório, para se manter em conformidade com o direito fundamental à prova, deve oferecer a efetiva participação das partes na produção do circunlóquio fático.

Assim, a distribuição do ônus da prova é elemento indispensável para também garantir a efetividade desse direito, uma vez que sua função primordial é organizar a atividade probatória das partes, a fim de que os esforços sejam divididos de forma adequada, levando-se em conta as particularidades do caso concreto, as possibilidades reais de participação e objetivando a colaboração entre as partes ⁵⁵.

Uma vez observados os requisitos expostos, ver-se-á que a distribuição do ônus da prova fará com que a atividade probatória atinja seu grau máximo de efetividade na sua função de esclarecer a veracidade dos fatos alegados pelas partes do processo e que são incontroversos.

Por fim, a dinamização do ônus da prova, que "encontra-se em total consonância com a idéia de processo civil pautado pela colaboração"⁵⁶, surge como técnica processual adequada para garantir a esmerada aplicação dos direitos fundamentais apresentados ao processo civil, bem como do dever de auxílio dos órgãos jurisdicionais para com as partes.⁵⁷

⁵⁵ CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova, p. 89.

⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo, p. 93. Disponível <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>. Acessado em 17/03/2014.

⁵⁷ CARPES, Artur. *op. cit.*, p. 93.

2.3 A inversão do ônus da prova no novo Código de Processo Civil

Hodiernamente, é notória a iminência de aprovação do novo Código de Processo Civil⁵⁸ pelo Congresso Nacional, vez que a Câmara dos Deputados já aprovou, em 2013, o texto-base da parte geral do código.

No que tange ao ônus da prova, o novo código mantém a atual regra do art. 333, mas consagra a possibilidade de dinamização do ônus da prova. Entretanto, não estabelece o momento de sua realização, conforme se observa dos referidos artigos:

"Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção."

Como se vê, o legislador adotou o entendimento já cediço na jurisprudência e na doutrina de que, em determinados casos concretos, a disposição estática de ônus da prova pode ferir diversos princípios consagrados constitucionalmente.

Assim, percebe-se que a dinamização do ônus da prova passará a ter expressa previsão legal no ordenamento brasileiro e essa técnica poderá ser aplicada com maior frequência e com maior segurança nas futuras lides.

Contudo, a manutenção da lacuna quanto ao momento da inversão é um ponto falho do projeto de lei, uma vez que, apenas em 2012, o Superior Tribunal de Justiça

⁵⁸ Projeto de Lei nº 8046/2010.

firmou posição uniforme sobre o tema e ainda não sabemos como será essa repercussão nos tribunais estaduais.

Vale ressaltar, ainda, entendimento doutrinário no sentido de que essa regra prevista no novo CPC é uma regra procedimental e que as partes devem ser informadas sobre seu ônus probatório antes da instrução.⁵⁹

Nessa senda, a fim de evitar novos recursos para a discussão da matéria e de ter uma prestação jurisdicional mais célere, o novo código já poderia positivizar a posição estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual está em consonância com a melhor doutrina e cristaliza o entendimento constitucional do instituto.

2.4 O momento da inversão no procedimento ordinário

Inicialmente, cumpre destacar que, ao falarmos do momento da inversão, foi levado em conta as fases do procedimento ordinário, por ser mais amplo e aplicável subsidiariamente aos outros procedimentos específicos, caso seja possível.

Conforme demonstrado, a inversão do ônus da prova é plenamente possível em nosso ordenamento jurídico sob diversos argumentos. Ocorre que a falta de uma expressa previsão legislativa quanto ao momento processual de sua realização levou a um grande embate jurisprudencial e doutrinário.

O debate que baliza a definição quanto ao momento da inversão é o questionamento se a inversão do ônus da prova caracteriza-se como regra de instrução ou de julgamento, é dizer, se a inversão do ônus da prova for regra de julgamento, o momento deverá ser a sentença; caso contrário, deverá ser no *despacho do saneador*⁶⁰ ou no despacho inicial.

⁵⁹ DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; DA SILVA FANECO, Livia Carvalho. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. Revista de Direito do Consumidor n. 91, p. 326.

⁶⁰ A nomenclatura foi adota em virtude da consagração doutrinária do termo, embora seja de amplo conhecimento que o despacho do saneador é, na verdade, uma decisão interlocutória.

Em âmbito doutrinário, vale destacar as posições de Kazuo Watanabe⁶¹, Nelson Nery Junior⁶² e Cândido Rangel Dinamarco⁶³, os quais consideram as regras de distribuição de ônus da prova como regras de juízo. Sustenta o primeiro autor que cabe ao magistrado, no início da fase probatória, a fixação dos pontos controvertidos e a determinação das provas que devem ser produzidas, não sendo possível realizar, desde já, a inversão do ônus da prova, sob pena de incorrer no prejudgamento da causa.⁶⁴

Ademais, alega que juiz poderá esclarecer alguns aspectos sobre as regras de distribuição do ônus da prova e sobre as consequências da sua inobservância, mas não será possível decidir sobre a inversão⁶⁵.

Por outro lado, também é forte na doutrina a posição de que as regras de inversão do ônus da prova caracterizam-se como regra de instrução, em clara ênfase à função subjetiva do ônus probatório.

Carlos Roberto Barbosa Moreira, defensor da posição supracitada, sustenta que a inversão realizada na sentença modificará toda a regra de distribuição até ali vigente, como também comprometerá a defesa de quem adquiriu o ônus. Outrossim, alega que essa inversão ofende os princípios do contraditório e ampla defesa, vez que o juiz preferiria sentença sem oportunizar nova chance de a parte produzir as provas.⁶⁶

Por fim, assevera o referido autor que o juiz, ao indicar os pontos controvertidos, deverá fazer a inversão, sendo as partes intimadas na própria audiência. "Assim, já no início da fase instrutória saberão as partes não só quais são os fatos sobre os quais recairá a prova, mas também, a qual dela toca o respectivo ônus."⁶⁷

⁶¹ WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 10.

⁶² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, p. 608.

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, volume III, p. 83.

⁶⁴ WATANABE, Kazuo. *op. cit.*, p. 7.

⁶⁵ WATANABE, Kazuo, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, p. 306.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 146.

Nesse mesmo sentido são as lições de Luiz Guilherme Marinoni ao afirmar que a parte deve saber previamente a quem incumbe o ônus da prova, pois a regra de ônus da prova não se dirige apenas ao magistrado, mas, também, às partes.⁶⁸

Demonstrados os dois posicionamentos doutrinários, este trabalho adota a posição de que a inversão do ônus da prova é regra de instrução, uma vez que esse posicionamento se coaduna com as disposições constitucionais já expostas anteriormente.

Fixado o entendimento de que se trata de regra de instrução, abrem-se as possibilidades de inversão no *despacho do saneador* ou no despacho inicial. O presente trabalho corrobora o entendimento de que deve ser realizada no *despacho do saneador*, vez que a possibilidade de haver a inversão no despacho inicial também não levaria em consideração a plenitude dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, nesse caso, ainda não haveria a análise da contestação.

Por fim, vale a ressalva de que esse entendimento não exclui a possibilidade da dinamização ser vislumbrada apenas no segundo grau de jurisdição, desde que as partes tenham nova oportunidade de desincumbir-se de seus ônus.⁶⁹

O debate ora em análise não é apenas doutrinário, sendo perceptível sua relevância na seara jurisprudencial, a qual será analisada no próximo capítulo.

3. Posicionamento da jurisprudência pátria

O momento processual para inversão do ônus da prova também encontra-se em pleno debate no âmbito jurisprudencial brasileiro, não sendo possível, há alguns meses, asseverar qual era posicionamento dominante nos Tribunais pátrios.

Ao se analisar diversos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça estaduais, percebeu-se o quão tormentoso era o assunto. Em pesquisa realizada no Tribunal de

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil v.2 - Processo de conhecimento, p. 269.

⁶⁹ CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova, p. 140.

Justiça de São Paulo (TJSP), no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), encontram-se diversos julgados com concepções opostas sobre o instituto em questão, ora o considerando como regra de julgamento⁷⁰, ora o considerando como regra de instrução⁷¹. Vale ressaltar, ainda, na tentativa de fixar um determinado entendimento, o Enunciado nº 91 da súmula do TJRJ: "A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença".

Essa multiplicidade de posicionamentos também atingia o Superior Tribunal de Justiça, tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência na seara infraconstitucional. A terceira turma desse tribunal era claramente favorável ao entendimento de que tratava-se de regra de julgamento⁷², e a Quarta turma entendia

⁷⁰ TJDFT: Acórdão n. 488178, 20060111105006APC, Relator VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, julgado em 02/03/2011, DJ 17/03/2011 p. 279. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&CHAVE=20060111105006&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER> e acessado em 14/06/2013. Acórdão n. 351170, 20060710159324APC, Relator FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, julgado em 01/04/2009, DJ 20/04/2009. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20060710159324APC> e acessado em: 14/06/2013; TJSP: Agravo de instrumento nº 0072945-34.2013.8.26.0000/SP, disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6855022&cdForo=0> e acessado em: 15/06/2013; e Agravo de Instrumento nº 2001835-38.2013.8.26.0000/SP, disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6855125&cdForo=0> e acessado em 15/06/2013.

⁷¹ TJDFT: Acórdão n. 541134, 20070111556073APC, Relator JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, julgado em 05/10/2011, DJ 14/10/2011 p. 121. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&CHAVE=20070111556073&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER> e acessado em: 14/06/2013. Acórdão n. 287975, 20070150101210APC, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, julgado em 07/11/2007, DJ 29/11/2007 p. 95. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&CHAVE=20070150101210&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER> e acessado em: 14/06/2013; TJRJ: 0030471-77.2012.8.19.0000 - Agravo interno em Agravo de Instrumento - Des. MARIO GUIMARAES NETO - Julgamento: 30/07/2013 - Décima Segunda Câmara Cível, disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000494A4E297C41C65C6F9D47888CA1CDAFBC50236591F4E> e acessado em 25/08/2013; 0013555-31.2013.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. JUAREZ FOLHES - Julgamento: 24/07/2013 - Décima Quarta Câmara Cível, disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F36464BE600A4A732B57B40253F947FBC5023556035A> e acessado em: 30/08/2013.

⁷² AgRg nos EDcl no Ag 977.795/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 13/10/2008 e AgRg no Ag 1028085/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 16/04/2010. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=977795&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acessado em: 14/06/2013.

ser regra de instrução⁷³. Todavia, a Segunda Seção, órgão composto pelas turmas supracitadas, firmou entendimento nos seguintes julgados: EREsp 442.778-SP e REsp 802.832-MG.

Assim, Far-se-á uma análise detalhada desses posicionamentos, por meio da análise dos julgados que levaram o STJ a ter um posicionamento mais firme, quais sejam, REsp 802.832-MG, Resp 442.778-SP e EResp 442.778-SP, chegando-se à conclusão de que se trata de regra de instrução.

3.1 Análise do REsp 802.832-MG⁷⁴

Esse recurso especial foi interposto com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que entendeu ser inviável, no momento da sentença, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

⁷³ REsp 881.651/BA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 21/05/2007, p. 592 e REsp 662.608/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 05/02/2007. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=881651&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acessado em: 14/06/2013.

⁷⁴ "RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts.12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC.

A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)." Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=INVERS%C3O+%27OPE+JUDICIS%27+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acessado em 14/06/2013.

A recorrente alegou dissídio jurisprudencial sobre esse tema e que a inversão ocorreu antes da instrução, além de questões de direitos materiais não afetos ao tema desta monografia.

Inicialmente distribuído à Terceira Turma, esse recurso, conforme decidido pela sessão de 16/11/2010, foi afetado à Segunda Seção e julgado por esse mesmo órgão.

3.1.1 Análise do voto do ministro Paulo de Tarso Sanseverino

O primeiro voto a ser analisado será o do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator do processo, o qual asseverou que a questão principal é definir qual o momento processual adequado para o juiz realizar a inversão do ônus da prova. O ministro trouxe em seu voto a distinção entre duas modalidades de inversão do ônus da prova previstas no CDC: a) *ope legis*, na qual a própria lei excepciona previamente a regra geral de distribuição do ônus da prova, conforme se observa no art. 12, §3º, II, do CDC; e b) *ope judicis*, que depende de autorização judicial, ressaltando que só se cabe falar em momento processual para inversão no caso da inversão "*ope judicis*", vez que na primeira situação os litigantes já sabem do ônus probatório antes mesmo de ingressarem em juízo, pois está distribuído em lei.

No caso em testilha, está presente a segunda hipótese, que é, conforme aponta o eminente julgador⁷⁵, a mais tormentosa, pois o magistrado deverá observar a ocorrência dos pressupostos "verossimilhança" e "hipossuficiência".

Na visão do ministro, embora a Terceira turma tenha firmado entendimento sobre o momento da inversão, qual seja, regra de julgamento, esse aspecto deixa de considerar o aspecto subjetivo da inversão do ônus da prova, o qual deve ser entendido como "regra de conduta para as partes"⁷⁶, é dizer, norma de instrução.

⁷⁵Disponível:https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=12437901&num_registro=200502038653&data=20110921&tipo=51&formato=PDF p.5. Acessado em: 14/06/2013.

⁷⁶ *Ibid.*, p.7.

Sob esse aspecto, a distribuição do ônus da prova orienta o comportamento das partes durante a instrução probatória, pois a que possui maior encargo participará com maior vigor dessa fase processual.

Argumenta também que a inversão na sentença pode acarretar um julgamento proferido com base em uma instrução deficiente e desinteressada, na qual ambas as partes agiram com base em uma distribuição do ônus equivocada.

Aos olhos do relator, esse aspecto subjetivo da inversão do ônus da prova vem ganhando, corretamente, mais destaque e importância no universo jurídico, o que justifica seu posicionamento de que a inversão deve ocorrer no despacho do saneador. Desse modo, confere-se maior segurança às partes sobre seus encargos processuais.

Por essas razões, o relator houve por bem negar provimento ao recurso especial para manter o acórdão que desconstituiu a sentença que determinou, nela própria, a inversão.

Em consonância com esse entendimento, o ministro Aldir Passarinho Júnior acompanhou o relator e teceu o seguinte comentário:

"O problema é o seguinte: se se inverte somente na sentença, a parte oposta fica prejudicada na sua defesa, porque ela não está contando com essa surpresa. A uma certa altura, depois de ultrapassada a fase de cognição, diz-se que a prova agora cabe à outra. Mas ela não se preocupou em fazer, porque não era problema dela produzir-la, se não estava invertido o ônus. Há evidente prejuízo à defesa"⁷⁷

Nesse mesmo sentido foram os votos dos ministros João Otávio de Noronha e Raul Araújo.

⁷⁷Disponível:https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=15093933&num_registro=200502038653&data=20110921&tipo=2&formato=PDF. Acessado em 14/06/2013.

3.1.2 Análise do voto do ministro Sidnei Beneti

Dando continuidade à análise dos votos, passa-se a apreciar o voto-vista do ministro Sidnei Beneti, que considerou ser necessário o julgamento desse tema pela Seção, tendo em vista a necessidade de se firmar um entendimento mais consolidado sobre o assunto. Ressaltou, ainda, a existência da mesma divergência em âmbito doutrinário.

De acordo com o ministro, ambas as posições podem ser bem fundamentadas, porém a opção por se fazer a inversão por meio de decisão interlocutória recorrível retardaria sobremaneira o término do processo, haja vista a prolação da sentença somente após o julgamento dos recursos que impugnaram a decisão interlocutória. Ademais, argumenta o eminente ministro que haveria a possibilidade de "dupla recorribilidade"⁷⁸, pois a parte poderia recorrer quando da decisão que inverteu o ônus e, posteriormente, na sentença, ao julgar o mérito.

Em sequência, o ministro aduziu que a inversão anterior à fase probatória já seria uma análise prematura do mérito, pois o Juízo afirmaria se tratar de uma relação de consumo, mesmo sem a produção de provas. Esse juízo prematuro do mérito acabaria por engessar o juiz sentenciante, haja vista que ficaria adstrito à inversão anteriormente decidida.

Ressalva, outrossim, que o momento adequado para o juiz fazer a análise do mérito e de todas as controvérsias é na sentença, quando deve sopesar as provas trazidas nos autos e decidir com segurança, exaurindo a atividade jurisdicional de sua competência.

Por fim, assegura que a inversão deve ser realizada em capítulo preliminar da sentença, o que não acarretaria violação aos princípios do contraditório e do devido processo legal, bem como ao direito de defesa.

⁷⁸Disponível:https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=14171961&num_registro=200502038653&data=20110921&tipo=3&formato=PDF p.4. Acessado em 14/06/2013.

Em face do exposto, o ministro deu provimento ao recurso especial e anulou o acórdão guerreado. Esse entendimento foi integralmente acompanhado pelo ministro Vasco Della Giustina, desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

3.1.3 Análise do voto do ministro Luis Felipe Salomão

Após fazer um breve resumo dos fatos ocorridos, o ministro fez menção ao Resp 720.930, quando fez uma análise detalhada do instituto em tela. Afirmou que a regra geral de distribuição do ônus da prova encontra-se esculpida no art. 333 do Código de Processo Civil, porém, nas relações de consumo, essa regra ganhou novos contornos, consoante se observa no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Esse novo contorno está relacionado à possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz, quando observados os requisitos de verossimilhança e hipossuficiência do consumidor. Contudo, ressalta que esse instituto não tem o desiderato de facilitar a procedência do pedido formulado pelo consumidor, mas, sim, transferir a incumbência de demonstrar determinado fato a quem tem mais condições⁷⁹.

Nessa sorte, aduz que a inversão deveria ser realizada até o saneamento do processo ou, caso seja realizada posteriormente, deve-se abrir novo prazo para a parte onerada possa desempenhar esse novo encargo, de modo que não haja surpresa com essa nova distribuição.

Por essas razões, negou provimento ao recurso e acompanhou o eminente relator.

Dessa forma, com o julgamento do recurso especial em testilha, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a inversão do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente até a fase do saneamento. É que, como

⁷⁹Disponível:https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=15328330&num_registro=200502038653&data=20110921&tipo=4&formato=PDF. Acessado em 15/06/2013.

visto na primeira parte deste trabalho, deve-se atribuir maior valor ao aspecto subjetivo da distribuição do ônus da prova, a fim de que as partes tenham segurança ao chegar na fase probatória.

Além desse julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, para consolidar a jurisprudência nesse sentido, admitiu os embargos de divergência no recurso especial nº 422.778-SP, o qual será analisado em seguida.

3.2 Análise do EREsp 422.778-SP⁸⁰

Inicialmente, antes de analisarmos o EREsp em destaque, cumpre fazer algumas considerações acerca do recurso especial em si, o qual foi julgado pela Terceira Turma do STJ no ano de 2007.

⁸⁰ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.

1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso.

2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.

3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.

4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexos causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade" (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011).

5. Embargos de divergência a que se dá provimento.

(EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012)". Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=EMBARGOS+DE+DIVERG%CANCIA+INVERS%C3O+DO+%D4NUS+DA+PROVA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acessado em 14/06/2013.

Nesse julgamento, a Terceira Turma entendeu que a inversão do ônus da prova seria uma regra de julgamento, mas ressaltou os votos divergentes dos ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros⁸¹.

Assim, ensejando a divergência entre a Terceira e Quarta turmas do STJ, a parte que teve seu recurso não conhecido opôs embargos de divergência, recurso esse que possui claro fim de padronizar o entendimento do tribunal acerca de determinada matéria, conforme se observa do Código de Processo Civil⁸² e do Regimento Interno do STJ⁸³. Passar-se-á, então, à análise dos votos prolatados no julgamento do referido embargos de divergência em recurso especial.

⁸¹ "Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. inversão do ônus da prova em favor do consumidor. regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6.º, VIII, do CDC.

- Se o Tribunal a quo entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste STJ.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de "prova negativa", ou "impossível".

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. **Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.**

Recurso especial não conhecido.

(REsp 422778/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 220)". Negrito nosso. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=Cegueira+causada+por+ta+mpa+de+refrigerante&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acessado em 14/06/2013.

⁸² Assim soa o Código de Processo Civil:

Art. 546. É embargável a decisão da turma que: I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial;

⁸³ Assim dispõe o regimento:

Art. 266. Das decisões da Turma, em recurso especial, poderão, em quinze dias, ser interpostos embargos de divergência, que serão julgados pela Seção competente, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, competirá a esta o julgamento dos embargos.

3.2.1 Análise do voto do ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Inicialmente, o ministro assevera que a discussão do caso em tela não se assemelha ao discutido no REsp 802.832-MG, vez que, no caso em testilha, estamos diante da inversão "*ope legis*"⁸⁴, quando a própria lei faz a distribuição do ônus da prova diferentemente da regra geral, não sendo necessária uma decisão do juiz, característica da inversão "*ope judicis*".

Nessa senda, as partes já sabiam dos encargos probatórios sem qualquer decisão judicial, pois foi uma escolha do legislador, que fez essa escolha para salvaguardar a vulnerabilidade do consumidor em determinados aspectos, como a produção de provas técnicas, pois o fornecedor é especialista em sua área e detém mais meios para produzir esse tipo de prova. Um claro exemplo desse tipo de inversão é o art. 12, §3º, II, do CDC⁸⁵.

Assim, considerando a inversão "*ope legis*", não há necessidade de o juiz reabrir a instrução, podendo a regra ser aplicada pelo juiz ou pelo próprio tribunal, conclui o eminente ministro. Assim, não se conheceu dos embargos.

3.2.2 Análise do voto da ministra Isabel Gallotti

Passa-se a analisar o voto-vista da ministra Isabel Gallotti, que fez um breve resumo dos fatos e dos votos proferidos pelos ministros Paulo de Tarso Sanseverino e João Otávio de Noronha.

⁸⁴Disponível:https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=17131486&num_registro=200702335000&data=20120621&tipo=3&formato=PDF. Acessado em 15/06/2013.

⁸⁵Assim soa o CDC:

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

A ministra concorda com a distinção realizada pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino acerca dos tipos de inversão do ônus da prova, porém discorda com a aplicação do art. 12 do CDC no caso dos autos.

Segundo seu posicionamento, a inversão aplicável é a do art. 6º, VIII, do CDC, a fim de que fosse possível identificar a fabricante do produto defeituoso. Dessarte, essa inversão carece determinação judicial e deveria ter sido feita na fase de instrução, para que a ré provasse não ser a fabricante.

Por fim, assevera que o tema foi pacificado na Segunda Seção quando do julgamento do REsp 802.832-MG, devendo a inversão ser "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade"⁸⁶. Em face disso, a ministra conheceu e deu provimento aos embargos.

Vale ressaltar que o ministro Raul Araújo havia seguido o entendimento do ministro Paulo Sanseverino, mas mudou seu entendimento após o voto aqui analisado, conforme o seguinte trecho: "gostaria de reformular meu voto, em face das judiciosas razões trazidas pela eminente Ministra Isabel Gallotti, para conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento"⁸⁷.

Nesse mesmo sentido foi o entendimento do min. João Otávio de Noronha, relator do recurso, que, citando o entendimento esposado no REsp 802.832-MG, julgado também pela Segunda Seção e já analisado neste capítulo, manifesta-se no sentido de a inversão é uma regra de instrução. O Ministro Antonio Carlos Ferreira proferiu voto no mesmo sentido do relator, concordando com os acréscimos trazidos pela ministra Isabel Gallotti.

⁸⁶Disponível:https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=19194240&num_registro=200702335000&data=20120621&tipo=3&formato=PDF p.13. Acessado em 16/06/2013.

⁸⁷Disponível:https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=21053791&num_registro=200702335000&data=20120621&tipo=65&formato=PDF p.1. Acessado em 16/06/2013.

3.3 Relevância dos julgamentos

Os julgamentos supramencionados serviram para demonstrar a consolidação da posição, no Superior Tribunal de Justiça, sobre questão do momento processual da inversão do ônus da prova. A existência de um entendimento cediço é importante para que os litigantes tenham maior segurança ao ingressarem com demandas que envolvam direito do consumidor e para que os magistrados possam aplicar de maneira uniforme o instituto.

Ademais, espera-se, agora, que esse entendimento reflita nos tribunais estaduais, é dizer, que a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça seja seguida nesses tribunais, a fim de que não haja inúmeras decisões conflitantes acerca do tema, prática essa comum hodiernamente, conforme demonstrado neste capítulo.

Por fim, o posicionamento pacificado também permite que os processos que envolvam essa matéria possuam um desfecho mais rápido, não restando mais dúvidas acerca do momento a ser adotado, bem como possibilita uma prestação jurisdicional mais efetiva, nos termos já citados deste trabalho.

4. Considerações finais

Percebe-se, claramente, que o ônus da prova tem duas funções bem demarcadas, quais sejam, nortear o comportamento das partes na instrução probatória, delimitando a quem cabe a produção de determinada prova, e possibilitar o julgamento desfavorável à parte que não cumpriu com os esforços probatórios fixados.

Nessa sorte, surgem, em diversas searas, hipóteses de inversão do ônus da prova, a fim de que haja uma prestação jurisdicional adequada ao caso concreto e de que a parte, em consonância com os requisitos e argumentos citados neste trabalho, que não consiga suportar determinado ônus não seja punida com o julgamento desfavorável da lide.

Vale destacar, inicialmente, a previsão do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor por se tratar de dispositivo legal que autoriza expressamente a inversão do ônus da prova em casos de hipossuficiência ou verossimilhança das alegações do consumidor, em clara adequação processual à tutela dos direitos do consumidor.

No âmbito doutrinário, ganha força hodiernamente a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, a qual prevê a distribuição do ônus em conformidade com as dificuldades das partes em produzir determinada prova, independentemente de previsão legal, é dizer, quem possui maior facilidade em produzir determinada prova, deve produzi-la. Essa teoria ganhou prestígio na jurisprudência e na doutrina nacional, sendo adotada no projeto do novo Código de Processo Civil.

Como se vê, a possibilidade de inversão do ônus da prova é uma matéria cediça em nosso ordenamento jurídico, porém o momento processual de sua inversão não possuía um entendimento tão firme.

Nessa sorte, com base nas duas funções delineadas para o ônus da prova, o presente trabalho classifica a inversão do ônus da prova como regra de instrução, em clara prevalência da função subjetiva sobre a objetiva, porquanto a organização da atividade probatória das partes deve ser o principal intuito do referido instituto.

Assim, o momento processual para realização da inversão do ônus da prova deve ser no saneamento do processo, para que as partes ingressem na fase instrutória sabendo quais provas devem produzir.

5. Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. Direito Civil - Introdução. 7ª Edição, revista, modificada e aumentada - Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil, volume 2: processo de conhecimento. 11ª ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 22, abr./jun.1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 422778/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 220.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo 1. - 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Curso sistematizado de direito processual civil: Recursos. Processos incidentes nos Tribunais. Sucedâneos Recursais: Técnicas de Controle das decisões judiciais. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2013.

CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. Ônus da prova no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2012.

DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira; DA SILVA FANECO, Livia Carvalho. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. Revista de Direito do Consumidor n. 91/2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, volume III. 6ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. Revista do Direito do Consumidor, São Paulo, v.22, 1993.

GOMES, Rogério Zuel. Questões Processuais em lides de consumo. Revista de Direito do Consumidor n. 69/2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo. 28ª Edição. São Paulo: RT, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10ª Edição, revista, atualizada e reformulada - Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vols. I e II.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil v.2 - Processo de conhecimento. 10ª Edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil - Vol. 3ª Edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil - Volume II. 9ª Edição, atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas/SP: Millenium, 2003

MITIDIERO, Daniel. Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 10ª Ed. rev., ampl. São Paulo: RT, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV. Atualizado por Sérgio Bermudes. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PIMENTEL, Bernardo. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Curso de direito do consumidor. 5ª edição, revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª Ed. ver., modif. e atual. São Paulo, Saraiva, 2005.

ROSENBERG, Léo. La carga de la prueba. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956.

SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos. A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA MELERO, Valentin. La prueba procesal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

TARTURCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor - Volume Único. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. 1ª Edição, Malheiros Editores, 2011.

WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.