

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 422.778-SP
(2007/0233500-0)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti
Embargante: Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas
Advogada: Estefania Ferreira de Souza de Viveiros e outro
Embargado: Francisco Ferraz Caldas Filho
Advogado: Paulo Rangel do Nascimento e outro(s)
Interessado: Companhia Paulista de Seguros

EMENTA

Embargos de divergência. Inversão do ônus da prova. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/1990, 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 diverjam 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 n. 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011).

5. Embargos de divergência a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Isabel Gallotti acompanhando o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, Relator, o Sr. Ministro Raul Araújo reformulou seu voto e passou a acompanhar o Relator.

Após, votaram os Srs. Ministros Antônio Carlos Ferreira e Villas Bôas Cueva acompanhando o Relator, e os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi, que declarou-se habilitada a votar, acompanhando o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

A Seção, por maioria, conheceu dos embargos de divergência e deu-lhes provimento, vencidos os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi, que deles não conhecia. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Lavrará o acórdão o Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília (DF), 29 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 21.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de embargos de divergência interpostos por *Spaipa S/A – Indústria Brasileira de Bebidas* com o propósito de que se reforme acórdão da Terceira Turma da relatoria da Ministra Nancy Andrighi assim ementado:

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 n. 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 6º, 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. 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. 6º 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.

A embargante sustenta a existência de dissídio entre o entendimento manifestado no aresto impugnado e aquele adotado nos seguintes julgamentos:

Segunda Turma: REsp n. 343.904-PR, Ministra Eliana Calmon, DJ de 24.2.2003; e

Quarta Turma: REsp n. 591.110-BA, Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 1º.7.2004; REsp n. 662.608-SP, DJ de 5.2.2007, e REsp n. 881.651-BA, DJ de 21.5.2007, os dois últimos da relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Os embargos foram admitidos pela decisão de fl. 999 (e-STJ).

O prazo para impugnação transcorreu *in albis* (e-STJ, fl. 1.003). Após a certificação desse fato, o embargado peticionou alegando que a intimação fora realizada, por equívoco, em nome de causídico que não patrocina seus interesses. Juntou, então, cópia de informações processuais referentes a outros processos concernentes às mesmas partes e requereu a devolução do prazo para resposta, bem como a alteração, na contracapa dos autos, do nome dos advogados, devendo nela passar a constar o nome dos subscritores da referida petição a fim de que recebam as futuras intimações (e-STJ, fls. 1.005-1.010).

É o relatório.

VOTO

Ementa: Processual Civil. Embargos de divergência. Inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). Momento processual adequado. Fase instrutória.

1. As partes não podem ser surpreendidas com a inovação de ônus que, antes de decisão judicial fundamentada, não lhes era imputado. Por isso, concluindo o Tribunal de origem, quando do julgamento da apelação, pela inversão do ônus da prova, deve determinar o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau a fim de que reabra a oportunidade para indicação de provas e realize a instrução do processo.

2. Embargos de divergência conhecidos e providos.

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): De plano, afasto o pleito de reabertura do prazo processual para impugnação aos embargos, uma vez que das publicações, tanto no âmbito da Corte Especial quanto no desta Segunda Seção, constou nome de advogada regularmente constituída nos autos, conforme substabelecimento juntado às fls. 854-856 (e-STJ). Observa-se que, desde o termo de recebimento e autuação dos embargos de divergência, há o registro do nome da referida causídica como representante legal do recorrido (e-STJ, fl. 875). Além disso, antes do presente pedido, não consta requerimento para que se promovessem as publicações exclusivamente em nome de determinado advogado.

Verifico, inicialmente, que dois são os temas constantes destes embargos. O primeiro trata do valor fixado a título de indenização – paradigma originário da Segunda Turma: REsp n. 343.904-PR. O segundo diz respeito à interpretação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente, à definição do momento oportuno para a inversão do ônus da prova – paradigmas originários da Quarta Turma: REsp n. 591.110-BA, REsp n. 662.608-SP e REsp n. 881.651-BA.

Distribuído o feito à Corte Especial para apreciação da matéria relativa ao valor fixado a título de indenização (paradigma originário da Segunda Turma), a relatora, Ministra Laurita Vaz, proferiu decisão nos seguintes termos:

Não obstante, na hipótese em apreço, as divergências suscitadas implicaram a feitura de *pedidos sucessivos*, os quais demandam a inversão dessa ordem de julgamento, ou seja, em primeiro lugar, deve a Segunda Turma apreciar a controvérsia acerca da nulidade argüida porque, caso sejam acolhidos os embargos de divergência, restará prejudicado o exame do segundo pedido; e, se forem rejeitados, aí sim, deve o recurso ser encaminhado para completar o julgamento perante a Corte Especial.

Ante o exposto, *determino* seja o presente feito distribuído para um dos ilustres Ministros integrantes da Eg. Segunda Seção, a fim de que seja analisado o recurso sob a luz dos paradigmas da 4ª Turma, nos termos da fundamentação acima esposada (e-STJ, fl. 980).

Assim, a matéria a ser apreciada por esta Segunda Seção, nos presentes autos, diz respeito ao momento em que se deve promover a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

A irresignação merece ser acolhida.

O tema em questão foi pacificado no julgamento do REsp n. 802.832- MG, afetado pela Terceira Turma, da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, sessão de 13.4.2011, ementado nos seguintes termos:

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.

I. 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).

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

III. 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.

IV. 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).

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

VI. A inversão "*ope judicis*" do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente na fase do 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.

VII. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turmas desta Corte.

VIII. Recurso especial desprovido.

Ante o exposto, *conheço dos embargos de divergência e dou-lhes provimento* para determinar o retorno dos autos à primeira instância a fim de que, mantida a inversão do ônus da prova pelo Tribunal *a quo*, o Juízo de primeiro grau reabra a oportunidade para indicação de provas e realize a fase de instrução do processo.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Peço vênia ao eminente relator para divergir, votando no sentido do não conhecimento dos embargos de divergência.

Relembre-se que os embargos de divergência foram interpostos contra acórdão da Terceira Turma desta Corte, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial n. 422.778-SP, cuja ementa foi a seguinte:

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 n. 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 6º, 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. 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. 6º 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 n. 422.778-SP, Rel. Ministro Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.6.2007, DJ 27.8.2007, p. 220).

A alegação central da empresa embargante diz com a divergência jurisprudencial desta Corte acerca da aplicação automática da regra de inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, seja quanto à falta de

fundamentação da respectiva decisão, seja quanto ao momento processual adequado para tal.

Citou como paradigmas os acórdãos da Quarta Turma proferidos nos Recursos Especiais n. 662.608 e n. 881.651, relatoria do Min. Hélio Quaglia Barbosa, bem como no Recurso Especial n. 591.110, relatoria do Min. Aldir Passarinho Júnior.

No seu respeitável voto, o eminente relator mencionou precedente da minha relatoria, no REsp n. 802.832-MG, em que se estabeleceu que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, não é regra de julgamento, mas de instrução, devendo ser deliberada pelo juiz em momento intermediário do processo, permitindo a produção de provas pela parte a quem se atribuiu a carga probatória.

A ementa desse acórdão foi a seguinte:

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.

I. 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).

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

III. 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.

IV. 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).

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

VI. 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.

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

VIII. *Recurso especial desprovido.*

Ocorre que o presente caso, porém, versa acerca de responsabilidade pelo fato do produto, prevista no art. 12 do CDC, abrangendo os danos causados aos

consumidores por produtos defeituosos, tutelando-se a sua segurança física e patrimonial.

No precedente da minha relatoria, por exemplo, mencionado no voto do relator, tratava-se de caso de responsabilidade pelo vício do produto (art. 18 do CDC), protegendo-se o consumidor em relação à falta da qualidade legitimamente esperada de um produto adquirido no mercado de consumo.

A peculiaridade da responsabilidade pelo fato do produto, assim como ocorre na responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14), é a previsão, no microsistema do CDC, de regra específica acerca da distribuição do ônus da prova da "inexistência de defeito".

O art. 12, § 3º, estabelece textualmente o seguinte:

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.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

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

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, *embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente;*

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A previsão legal é sutil, mas de extrema importância na prática processual.

O fornecedor, no caso o fabricante, na precisa dicção legal, "só não será responsabilizado quando provar (...) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente."

Ou seja, o ônus da prova da inexistência de defeito do produto ou do serviço é do fornecedor, no caso, do fabricante demandado.

A inversão do ônus da prova, nessa hipótese específica, não decorre de um ato do juiz, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, mas derivou de decisão política do próprio legislador, estatuiu a regra acima aludida.

É a distinção entre a inversão do ônus da prova “*ope legis*” (ato do legislador) e a inversão “*ope iudicis*” (ato do juiz).

Em sede doutrinária, já tive oportunidade de analisar essa delicada questão processual (*Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355-357).

Em síntese, são duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope iudicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova.

Isso ocorreu nas duas hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo (fato do produto - art. 12 - ou fato do serviço - art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

Nessas duas hipóteses de acidentes de consumo, mostra-se impertinente a indagação acerca dessa questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova.

Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador (“*ope legis*”) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova “*ope iudicis*”, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a “verossimilhança” e a “hipossuficiência” a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC.

Nestes casos, de que era exemplo marcante a situação retratada no REsp n. 802.832-MG, envolvendo responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC), é que surge a questão de se estabelecer qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine a inversão da distribuição do ônus probatório mediante decisão fundamentada.

Nesse ponto, no julgamento do REsp n. 802.832-MG, nesta Segunda Seção, consoante a ementa acima transcrita, já manifestei minha concordância com a posição do eminente relator no sentido de que a inversão *ope iudicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador mediante decisão fundamentada de molde a assegurar plenamente o contraditório e a ampla defesa.

O presente caso, porém, é um típico acidente de consumo em que o consumidor demandante, ao abrir uma garrafa de refrigerante, teve a infelicidade de a tampa ser arremessada em direção ao seu rosto pela pressão interna da garrafa, causando graves lesões em seu olho direito.

Esse fato amolda-se perfeitamente à regra do art. 12 do CDC, que contempla da responsabilidade pelo fato do produto.

Consequentemente, a regra de inversão do ônus da prova da inexistência de defeito do produto é a do art. 12, § 3º, inciso II, do CDC, e não a do art. 6º, VIII, do CDC, atribuído pelo próprio legislador ao fabricante, não havendo necessidade de qualquer ato decisório prévio do juiz.

Normalmente, a prova do defeito, como fato constitutivo do direito do demandante, deveria ser produzida pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória.

Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei, denominada de inversão *ope legis* do ônus da prova, tem um motivo claro.

Historicamente, a proteção efetiva ao consumidor sempre foi dificultada pela necessidade de ele comprovar os fatos constitutivos de seu direito. A vulnerabilidade do consumidor, no mercado massificado das relações de consumo em geral, constitui um enorme obstáculo a que ele obtenha os elementos de prova necessários à demonstração de seu direito. Isso é particularmente mais grave quando se sabe que essa prova é, via de regra, eminentemente técnica, sendo o fornecedor um especialista na sua área de atuação. Por isso, tendo o fabricante as melhores condições técnicas de demonstrar a inexistência de defeito no produto colocado no mercado, foi procedida a essa inversão pelo próprio legislador, sendo-lhe atribuído esse encargo.

Portanto, tratando-se de caso de inversão do ônus probatório por força de lei (*ope legis*), não há necessidade de o juiz reabrir a instrução, podendo a regra ser aplicada diretamente pelo juiz ou pelo próprio Tribunal, como ocorreu no caso em julgamento.

Enfim, essa distinção é relevante, pois está-se a tratar, no presente caso, de uma situação de inversão do ônus da prova "*ope legis*", como se fosse "*ope iudicis*".

Anote-se que o eminente Min. Menezes Direito, em seu judicioso voto proferido por ocasião do julgamento do recurso especial, após consignar sua concordância com a posição doutrinária de Carlos Roberto Barbosa Moreira de que o juiz, ao perceber a necessidade de inversão do ônus da prova, deve reabrir a instrução processual para que o fornecedor possa produzir a prova adequada, observou o seguinte aspecto na presente demanda, *verbis*:

No caso, vale relevar, trata-se de responsabilidade pelo fato do produto que não ofereceu a segurança que dele legitimamente se esperava, com o que a empresa ré deveria comprovar que não colocou o produto no mercado, ou que embora o tenha colocado, o defeito inexistia ou que a culpa foi exclusiva da vítima, como está expressamente indicado no artigo 12, § 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Se não se desincumbiu dessa prova, a responsabilidade estaria configurada. Essa obrigatoriedade da prova de uma das excludentes do art. 12 do Código de Defesa do

Consumidor decorre diretamente da lei. É que aqui a própria regra já impõe a inversão, isto é, já determina que se presume o defeito constatado o dano, passando ao fornecedor dos bens o dever de fazer a prova (cfr. Cláudia Lima Marques, cit., p. 261).

E finaliza o seu voto eminente Min. Menezes Direito:

Com isso, embora em desacordo com a fundamentação do acórdão no que se refere ao art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor naqueles pontos antes indicados, entendo que, no caso, com as razões antes deduzidas, não há como dar guarida ao especial para afastar a responsabilidade da empresa recorrente. Não conheço do especial.

Finalmente, a questão relativa à correta identificação do fabricante, ressaltada pela empresa recorrente nas suas razões, é irrelevante para o julgamento deste recurso, que busca superar uma divergência entre as Turmas desta Corte e uniformizar a sua jurisprudência.

Trata-se, na realidade, de matéria de fato, cujo reexame refoge da competência desta Corte, especialmente em sede de embargos de divergência.

Por isso, com a mais respeitosa vênia ao eminente relator, voto pelo não conhecimento dos embargos de divergência.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, também tenho como irrespondíveis os argumentos trazidos pelo eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a quem acompanho, com a vênia do ilustre Ministro Relator.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de embargos de divergência opostos por Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas contra acórdão da 3ª Turma deste Tribunal (fls. 860-905), que considerou a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.078/1990 (CDC) como regra de julgamento, que, portanto, pode ser estabelecida no momento em que o juiz proferir a sentença ou até mesmo pelo Tribunal ao apreciar a apelação, como ocorreu no caso em exame.

Afirma a embargante que o acórdão embargado encontra-se em divergência com o entendimento da 4ª Turma, que, nos julgamentos dos REsp's n. 591.110-BA, n. 662.608-SP e n. 881.651-BA, concluiu que a referida norma legal inseriu regra de procedimento, que, como tal, deve ser determinada pelo juiz durante a

instrução do feito e mediante decisão que examine fundamentadamente os requisitos exigidos em lei, de forma a propiciar a produção da prova à parte a quem dirigida a ordem judicial e que irá suportar as consequências processuais de sua eventual não produção.

O relator, Ministro João Otávio de Noronha, conheceu e deu provimento aos embargos, “a fim de que, mantida a inversão do ônus da prova pelo Tribunal *a quo*, o Juízo de primeiro grau reabra a oportunidade para indicação de provas e realize a fase de instrução do processo”, com base no recente julgamento pela 2ª Seção do REsp n. 802.832-MG.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em voto-*vista*, considerou não configurada a divergência entre os acórdãos embargado e paradigma, ao entendimento de que a discussão dos autos se refere à responsabilidade pelo fato do produto prevista no art. 12 do CDC, dispositivo que indica por quem e de que forma os fatos devem ser comprovados, motivo pelo qual não tem pertinência a discussão sobre o momento adequado para se estabelecer a inversão do ônus da prova, debate que tem cabimento somente nas hipóteses em que a inversão decorre de determinação judicial, na forma do art. 6º, VIII, do referido Código.

Observou, ainda, ser irrelevante a identificação do fabricante do produto defeituoso para o julgamento do presente recurso, primeiro, em razão da finalidade dos embargos de divergência de uniformizar a jurisprudência no âmbito do Tribunal e, depois, porque a providência demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, provimento vedado pela Súmula n. 7-STJ. Diante disso, não conheceu dos embargos de divergência, no que foi acompanhado pelos Ministros Sidnei Beneti e Nancy Andrighi.

Pedi vista para melhor examinar a questão, trazendo agora o meu voto, a fim de prosseguir o julgamento.

Adiro integralmente aos fundamentos do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em relação à precisa distinção das espécies de inversão do ônus da prova contidas no CDC, quando decorrente da lei (“*ope legis*”) ou por determinação judicial (“*ope iudicis*”), conforme exposto de maneira brilhante no voto condutor do acórdão proferido no REsp n. 802.832-MG, cujo julgamento foi afetado à 2ª Seção e do qual extraio as seguintes passagens:

Inicialmente, deve-se estabelecer uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope iudicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona previamente a regra geral de distribuição do ônus da prova. Constituem exemplos dessa situação as hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na

responsabilidade civil por acidentes de consumo - fato do produto (art. 12) ou fato do serviço (art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

Nessas duas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois a inversão foi feita pelo próprio legislador ("*ope legis*") e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhes foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, que é a discutida no presente processo, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a "verossimilhança" e a "hipossuficiência" a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC.

Nestes casos, de que é exemplo marcante a situação retratada nos autos, relativo à responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC), surge a questão de se estabelecer qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine a inversão da distribuição do ônus probatório.

A este respeito, embora diante da responsabilidade pelo fato do produto – em que a inversão do ônus da prova, ao meu sentir, advém automaticamente da própria lei (*ope legis*) –, esta Terceira Turma, no REsp n. 422.778-SP, *leading case* do atual entendimento, entendeu possível a utilização, no momento do julgamento, do art. 6º, VIII, do CDC (*ope iudicis*):

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 n. 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 6º, VIII, do CDC.

(...)

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º 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 n. 422.778-SP, Rel. Ministro Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.6.2007, DJ 27.8.2007 p. 220).

Considerou-se que o ônus da prova, por ser regra de julgamento, poderia – e deveria – ter a sua inversão determinada na sentença, único momento processual em que a distribuição do encargo probatório possuiria sentido e relevância.

Não se desconhece que as normas relativas ao ônus da prova constituem, também, regra de julgamento para se evitar o *non liquet* do Direito Romano, pois as consequências da não-comprovação de fato ou circunstância relevante para o julgamento da causa devem, quando da decisão, ser atribuídas à parte a quem incumbia o ônus da sua prova.

Nada obstante, entendo ser este somente um dos aspectos relevantes da distribuição do ônus da prova. Trata-se do aspecto objetivo, dirigido ao juiz.

Não se pode olvidar, porém, que o aspecto subjetivo da distribuição do ônus da prova mostra-se igualmente relevante.

Pelo aspecto subjetivo ou – na doutrina de Barbosa Moreira (*Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 74) – formal do ônus da prova, ele se apresenta, conforme destacado por Fredier Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (*Curso de direito processual civil*, vol. 2, 4ª Edição. Editora Juspodivm. Salvador: 2009, p. 74), como uma “regra de conduta para as partes” ou ainda, nos dizeres de Daniel Mitidiero (*Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: 2009, p. 125), como uma “norma de instrução”.

A distribuição do ônus da prova apresenta extrema relevância de ordem prática, norteando, como uma verdadeira bússola, o comportamento processual das partes. Naturalmente, participará da instrução probatória com maior vigor, intensidade e interesse a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo.

Exatamente isso pode ser verificado no caso dos autos, pois o fornecedor do produto considerado viciado pelo recorrente desistiu da produção das provas testemunhal e pericial que havia requerido, comportamento que certamente não adotaria se soubesse – antes da sentença – que sobre si recairia o ônus probatório.

Influindo a distribuição do encargo probatório decisivamente na conduta processual das partes, devem elas possuir a exata ciência do ônus atribuído a cada uma delas para que possam, com vigor e intensidade, produzir oportunamente as provas que entenderem necessárias.

Do contrário, permitida a distribuição, ou a inversão, do ônus probatório na sentença e inexistindo, com isto, a necessária certeza processual, haverá o risco do julgamento ser proferido sob uma deficiente e desinteressada instrução probatória, na qual ambas as partes tenham atuado com base na confiança de que sobre elas não recairá o encargo da prova de determinado fato.

De outro lado, o argumento de que a simples previsão legal da inversão *ope iudicis* já seria suficiente para alertar as partes acerca da possibilidade da sua utilização pelo juiz quando da prolação da sentença desconsidera a distinção inicialmente referida, entre inversão *ope iudicis* e *ope legis*.

Expressão dessa tendência de se conferir cada vez mais relevo ao aspecto subjetivo do ônus da prova é o Projeto de Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão presidida pelo eminente Min. Luiz Fux (Projeto n. 166, de 2010, em tramitação no Senado Federal), cujo enunciado normativo do art.

262, § 1º, dispõe que “a dinamização do ônus da prova será sempre seguida de oportunidade para que a parte onerada possa desempenhar adequadamente seu encargo”.

Assim, a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador, ocasião em que o juiz “decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento” (art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC).

Desse modo, confere-se maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, evitando-se a insegurança.

Considero irretocáveis esses ensinamentos, motivo pelo qual acompanhei o referido voto no julgamento concluído em 13.4.2011. Divirjo, todavia, quanto à solução dada ao caso presente, porque, aqui, não foi comprovado que a ré fabricou (forneceu) o produto defeituoso, de modo a ensejar a incidência das regras de ônus probatório estabelecidas no art. 12 do CDC. Estas têm por pressuposto lógico a identificação do responsável pelo produto defeituoso, encargo do autor da ação, o que não ocorreu no processo em exame. A sentença julgou improcedente o pedido exatamente porque não comprovado o nexo causal, vale dizer, o autor não comprovou que a fabricante do produto causador do dano foi a antecessora da ré. Não se cogitou de inversão do ônus da prova quanto à identidade do fornecedor na fase de instrução, providência decidida apenas durante o julgamento da apelação. O autor não comprovou que a ré fabricou o produto (nexo causal). A ré teve contra si invertido o ônus de provar que não fabricou o produto na fase de julgamento de apelação, tendo suprimida a chance de fazer a prova negativa que lhe foi atribuída em segundo grau.

Com efeito, as hipóteses descritas nos incisos, I, II e III, do § 3º, do referido dispositivo legal, tratam de excludentes de responsabilização, sendo certo que somente é possível atribuir-se a incumbência de comprovar a não colocação de produto do mercado, que ele não apresenta defeitos ou mesmo a culpa exclusiva do consumidor, a quem detém a condição de fabricante, produtor, construtor ou importador do bem ou serviço, cujo alegado defeito provocou danos ao seu adquirente. A comprovação de quem é o fabricante do produto defeituoso compete ao consumidor. Este fica dispensado de comprovar apenas a culpa do fabricante pelo defeito que causou o evento danoso, mas não que o produto foi fabricado pelo fornecedor que indica na inicial.

Nesse sentido, posiciona-se Rizzatto Nunes ao comentar o art. 12 do CDC:

A primeira observação diz respeito aos sujeitos da oração. A norma diz “o fabricante, o produtor, construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador” abrindo mão de utilizar o termo geral: “fornecedor”.

Explica-se. Fornecedor é o gênero daqueles que desenvolvem atividades no mercado de consumo, conforme definido no art. 3º. Assim, toda vez que o CDC se refere a “fornecedor” está envolvendo todos os participantes que desenvolvem atividades, sem qualquer distinção. É o que ocorre, por exemplo, na responsabilidade pelo vício (que examinaremos na próxima seção). No art. 18 o CDC põe com sujeito “os fornecedores”, sem distinção. Como se verá, quando isso ocorre, cabe ao consumidor a escolha daquele que deverá resolver seu produto (v.g. o consumidor vai ao comerciante-lojista pedir a troca do produto).

Já na responsabilidade por defeito, a regra é a especificação do agente. Com isso, a sujeição passiva se altera, limitando a escolha do consumidor. Na hipótese de acidente de consumo com produto, a ação do consumidor tem de se dirigir ao responsável pelo defeito: fabricante, produtor ou construtor e, em caso de produto importado, o importador.

(Comentário do Código de Defesa do Consumidor, p. 251, 6ª ed., 2011, Saraiva).

Especificamente em relação às excludentes de responsabilização (CDC, art. 12, § 3º), acrescenta o citado autor:

Como a sistemática adotada é a da responsabilidade objetiva, demonstrado pelo consumidor o dano, o nexo de causalidade entre o dano e o produto com a indicação do responsável, pode este, caso queira - e possa -, desconstituir sua obrigação de indenizar nas hipóteses previstas no § 3º do art. 12.

Contudo, antes de ingressarmos nessa avaliação, necessário se faz que comentemos um aspecto relevante da prova do nexo de causalidade. A pergunta que se faz é: o consumidor tem a obrigação de provar o dano, o nexo de causalidade existente entre o dano e o produto, e apontar o responsável pela elaboração deste?

Já tivemos oportunidade de comentar a norma que permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (inciso VIII do art. 6º). Trata-se de norma processual que se espalha por todas as situações em que, eventualmente, o consumidor tenha de produzir alguma prova. Assim aqui também, na prova do dano e do nexo de causalidade.

Voltando à questão: é ao consumidor, naturalmente, a quem incumbe a prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano e o produto, com indicação do responsável pela fabricação do produto. Todavia, o ônus de produzir essa prova pode ser invertido nas hipóteses do inciso VIII do art. 6º.

(...)

Concluída essa fase pelo consumidor, da prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano sofrido e o produto, com a indicação do responsável pelo produto, deve este último pura e simplesmente pagar o valor da indenização que for apurada, sem praticamente possibilidade de defesa. Suas únicas alternativas de contestação são as previstas no § 3º do art. 12.

(Obra citada, p. 259-260).

Ora, se o consumidor não demonstrou que o réu da ação fabricou o produto defeituoso e, portanto, é o responsável pelo dano que alegou ter suportado, não têm aplicação as regras de apresentação de provas previstas no art. 12, § 3º, do CDC (inversão do ônus da prova “*ope legis*”). Caberia a inversão do ônus de comprovar a identidade do fabricante do produto defeituoso (nexo causal entre o dano e a ação do réu de fabricar o produto), mas esta inversão tem por fundamento o art. 6º, inciso VIII, do CDC (fundamento adotado pelo acórdão da apelação e pelo acórdão embargado), e deveria ter sido determinada pelo juiz, na fase de instrução, ou ao menos seguir-se da reabertura da instrução, a fim de dar oportunidade ao réu de demonstrar que não produziu, fabricou, construiu ou importou a mercadoria reputada defeituosa.

Ressalto que o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no âmbito doutrinário, ratifica esse posicionamento ao discorrer sobre a imputação de responsabilidade no CDC:

“O ordenamento jurídico atribui a determinadas pessoas o dever de reparar os danos causados a outras por certos fatos que a elas se vinculam. A imputabilidade consiste no nexo de atribuição (ou de imputação) que se deve estabelecer entre certo fato e determinado agente, para que ele possa ser considerado responsável, constituindo, assim, um pressuposto de extrema relevância na responsabilidade civil subjetiva ou objetiva.

Na responsabilidade civil subjetiva, a imputação guarda sempre referência a um determinado delito, atribuindo-se a obrigação de indenizar uma pessoa por ter, sob um ângulo objetivo, violado determinados deveres de cuidado fixados pela ordem jurídica (ilicitude) e por ter, sob um ângulo subjetivo, agido voluntariamente ou de forma diversa da que era devida nas circunstâncias (culpa *lato sensu*). Na responsabilidade civil objetiva, o elemento culpa é dispensado do suporte fático, derivando a formulação do nexo de imputação de critérios puramente objetivos.

Na responsabilidade civil por acidentes de consumo, como modalidade de responsabilidade objetiva, o suporte fático do fato do consumo, em si, é composto apenas pelos danos causados por um produto ou serviço defeituoso. A rigor, a atribuição do dever de indenizar esses danos deveria recair sobre as pessoas físicas ou jurídicas que mantivessem vinculação direta com a defeituosidade desse produto ou serviço causador do dano. A imputação deveria ficar restrita aos responsáveis pela criação desses produtos ou serviços e por sua colaboração no mercado de consumo, atingindo, assim, somente o fabricante, o construtor, o produtor ou o prestador de serviços.

Frequentemente, porém, para viabilizar uma proteção mais efetiva à vítima de acidentes de consumo, amplia-se o nexo de imputação para abranger outras pessoas, que, embora não tendo relação direta com o produto ou o serviço no momento da sua criação, instante provável do surgimento do defeito, participam ativamente da sua circulação no mercado de consumo até chegar às mãos do consumidor ou usuário, como ocorre com o importador, o

distribuidor, o comerciante. Estabelece-se, assim, na responsabilidade por acidentes de consumo, uma ampliação do nexo de imputação para abranger pessoas que, no sistema tradicional, não seriam atingidas.

(...)

O comerciante atacadista ou varejista aparece como responsável aparente quando vender produtos anônimos ou produtos perecíveis em mau estado de conservação. Figura como responsável aparente, sendo somente responsabilizado subsidiariamente, quando não identificar o fabricante ou o importador do produto vendido.

(...)

Nas duas primeiras hipóteses (art. 13, incisos I e II), a responsabilização do comerciante justifica-se em face da dificuldade ou, até mesmo, da impossibilidade de identificação dos nomes dos responsáveis reais (fabricante, produtor ou consumidor) ou do importador. As normas constantes do incisos I e II do art. 13 do CDC têm suscitado interpretações conflitantes. De um lado, interpreta-se restritamente o benefício concedido ao comerciante, permitindo que seja acionado pelo consumidor quando houver simples ausência de identificação. De outro lado, procede-se a uma exegese mais ampla, admitindo-se apenas a ação direta contra o comerciante quando houver impossibilidade de identificação.

Esta segunda linha de interpretação é a mais correta, pois, havendo possibilidade de identificação do responsável real, não é razoável afastar, desde logo, a eximente concedida pelo legislador e admitir a ação direta contra o comerciante. Imagine-se um consumidor que se intoxicou por uma fruta ou verdura adquirida em um grande supermercado, onde, normalmente, não existe a identificação do produtor. Por evidente, antes de ingressar com o processo, deve-se conceder ao comerciante a oportunidade de indicar o responsável real. Na prática, a melhor solução é a notificação prévia, por escrito particular, do comerciante para que indique o responsável real em prazo determinado, sob pena de ajuizamento de demanda indenizatória (Responsabilidade Civil no Código de Consumidor e a Defesa do Consumidor, p. 170-171 e 181-182, 3ª ed., 2010, Saraiva).

A responsabilidade do fornecedor pressupõe, pois, que o consumidor indique com precisão o fabricante, produtor, construtor ou importador do produto defeituoso que ensejou os danos para os quais busca reparação, admitindo-se, todavia, a inversão do ônus da prova, mediante decisão fundamentada do juiz, nos termos do art. 6º VIII do CDC, a fim de incumbir ao apontado como fornecedor (o réu) comprovar que não fabricou o produto defeituoso, conforme observa o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na obra mencionada:

“No Brasil, o ônus probatório do consumidor não é tão extenso, inclusive com possibilidade de inversão do ônus da prova em seu favor, conforme

será analisado em seguida, Deve ficar claro, porém, que o ônus de comprovar a ocorrência dos danos e da sua relação de causalidade com determinado produto ou serviço é do consumidor. *Em relação a esses dois pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor (dano e nexa causal), não houve alteração da norma de distribuição do encargo probatório do art. 333 do CPC.*

Por outro lado, compete ao fornecedor a comprovação dos fatos impeditivos do direito do direito do demandante (a culpa exclusiva do consumidor, o fato exclusivo de terceiro, a força maior, o caso fortuito); dos fatos modificativos (*v.g.* a culpa concorrente); ou dos fatos extintivos (*v.g.* a prescrição). Além disso, deve também demonstrar o fornecedor os fatos cujo encargo probatório lhe atribuído pela lei ou pelo juiz. A inversão do ônus da prova pode decorrer diretamente da própria lei (*ope legis*) ou de determinação (*ope iudicis*), estando a primeira hipótese prevista no art. 12, § 3º, e 14, § 3º, enquanto a regra do art. 6º, inciso VIII, do CDC contempla a segunda situação (p. 354-355, grifei).

Ocorre, porém, que, no caso em exame, o autor da ação limitou-se a afirmar que adquiriu uma garrafa de coca-cola litro “no Posto de Gasolina situado na Rodovia Com. João Ribeiro de Barros, município de Iacri-SP, já que empreendia viagem a esta cidade de Tupi Paulista” e que a empresa Refrigerantes Marília Ltda., sucedida pela Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas, ora embargante, “é fabricante e comercializa coca-cola, nesta região do Estado de São Paulo” (fl. 7). A ré contestou, afirmando que “várias são as empresas que fabricam o produto, com fábricas sediadas em toda a região onde ocorrido o evento. O estabelecimento vendedor poderia ter adquirido o produto, pois, de qualquer um dos fabricantes.” (fl. 106). Não indicou o autor, sequer, o nome do estabelecimento no qual adquiriu o refrigerante, circunstância que impediu a empresa de até mesmo de verificar se mantém ou manteve, na época dos fatos, negócios com o ponto de venda no qual teria sido adquirido o produto.

Observe que a sentença não analisou a inversão do ônus da prova e, a despeito de reconhecer o dano provocado pelo estouro de garrafa de refrigerante, julgou improcedente o pedido porque entendeu não comprovada a fabricação do produto defeituoso pela ora embargante, confira-se (fls. 649-651):

“Enfim, foi comprovado que o autor sofreu um dano gerado pela expulsão involuntária da tampa de garrafa de coca-cola.

Todavia, *data venia*, não há prova de que a empresa incorporada, Refrigerantes Marília Ltda., tenha sido a fabricante do produto, de forma a gerar a obrigação de indenizar.

Embora a aludida empresa tenha fabricado e comercializado a coca-cola nesta região do Estado, fato esse que é incontroverso, nem por isso significa que aquele refrigerante tenha sido produzido por ela.

O próprio autor admitiu na petição inicial que aquela empresa era apenas uma, "como tantas outras fábricas existentes em todo o Brasil do refrigerante coca-cola.

Em outras palavras, é sabido que o autor adquiriu um refrigerante coca-cola no restaurante de um posto de abastecimento, mas não é sabido se tal estabelecimento comercial havia adquirido o produto de fabricação da empresa incorporada Refrigerantes Marília Ltda.

O aludido restaurante poderia muito bem ter adquirido o refrigerante produzido por qualquer outra fábrica da coca-cola.

E nem se diga que o autor da ação estaria impossibilitado de realizar tal prova.

Poderia ter apresentado a tampinha que lhe causou o ferimento e, dessa forma, noticiar a empresa produtora do refrigerante. É do conhecimento geral que as tampinhas dos refrigerantes trazem o nome do fabricante do produto.

Poderia também trazer depoimentos dos proprietários do restaurante para que eles esclarecessem de qual fábrica da coca-cola haviam adquirido o produto.

Enfim, não havendo nenhum adinículo de prova de que a empresa incorporada Refrigerantes Marília Ltda. produziu o refrigerante que causou o acidente, impõe-se a improcedência da demanda.

Discute-se, pois, na presente ação, não o defeito da garrafa de coca-cola cuja explosão provocou seríssimos danos na visão do consumidor, fato esse incontroverso, mas se o produto defeituoso foi fornecido ao ponto de venda em que adquirido pela empresa incorporada pela ora embargante, prova que, mesmo nas relações de consumo, caberia ao autor da ação, admitindo-se a inversão do ônus da prova, com base no art. 6º, VIII, do CDC, mediante decisão fundamentada em que sejam examinados os requisitos descritos nele descritos (verossimilhança ou hipossuficiência).

No julgamento da apelação, todavia, o Tribunal de Justiça, ao interpretar o referido dispositivo legal, considerou que a inversão do ônus da prova em favor do consumidor deve ser automática, exigindo-se manifestação judicial fundamentada apenas quando o magistrado entender não aplicável a inversão, conforme se extrai das seguintes passagens do voto condutor (fl. 715):

"Não se pode deixar de lembrar, como bem ressaltado pelo autor nas razões de apelação, que estamos diante de uma relação de consumo, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que, pelo seu artigo 6º, inciso VIII, impõe ao juiz a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente. A bem interpretar tal dispositivo, há de se compreender, porque presunção *juris tantum*, a hipossuficiência (deixando-se a verossimilhança da alegação quando se tratar de pessoas jurídicas, ou mesmo pessoas físicas, mas sempre em igualdade de condições com o fornecedor), invertendo-se, sempre, o ônus da prova, independentemente de expressa manifestação do juiz nesse sentido.

Ou seja, apenas quando o juiz, nos casos de hipossuficiência, entender que não se inverter o ônus da prova, é que expressará o seu critério. Caso contrário, o alcance do artigo deixa de cumprir suas finalidades, considerando aqui tratar-se o Código de Defesa do Consumidor de norma de proteção ao consumidor hipossuficiente contra o fornecedor. E o critério para não se inverter o ônus da prova, há de ser fundamentado pelo juiz, levando-se em conta entre os seus direitos básicos a facilitação da defesa de seus direitos.

O Tribunal de origem, portanto, em manifestação dissonante da orientação deste Tribunal, considerou a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º VIII do CDC como regra de julgamento, atribuindo à ora recorrente o dever de demonstrar, independentemente de inversão judicial, que “não é a fabricante do refrigerante Coca-Cola distribuído naquela região, ou mesmo demonstrar que efetuou vendas ao estabelecimento apontado pelo autor como aquele em que adquiriu o refrigerante” (fls. 715-716). Não produzida a prova, sem considerar sequer que não fora declinado na inicial nem o nome (ou endereço completo) do estabelecimento comercial onde adquirido o produto, presumiu que a empresa incorporada pela ora embargante fabricou o produto defeituoso, condenando-a ao pagamento da indenização pleiteada na inicial.

Ao apreciar o recurso especial, o acórdão embargado adotou o entendimento de que “a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do CDC, é regra de julgamento” (fl. 904). A 4ª Turma, em direção diametralmente oposta, entende que o referido dispositivo legal regula regra de instrução, conforme demonstram os acórdãos paradigmas: REsp n. 881.651-BA, REsp n. 662.608-SP e REsp n. 591.110-BA (fls. 936, 946 e 955). Manifesta, portanto, data maxima vênia, a divergência a justificar o conhecimento dos presentes embargos de divergência.

O presente recurso não tem, pois, por objeto verificar a existência do defeito no produto, o que demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado pela Súmula n. 7-STJ. Cuida-se de decidir se é possível inverter, no julgamento da apelação (como regra de julgamento, portanto, e não de instrução), o ônus da prova acerca do próprio nexos causal, no caso, a correta identificação do fabricante do produto defeituoso, sendo manifesta, pois, no ponto, a divergência de entendimento entre as Turmas que integram esta 2ª Seção. Não tem relevância a circunstância de os acórdãos paradigmas terem examinado, respectivamente, indenização por dano moral decorrente de agressão por segurança de estabelecimento comercial e revisão de cláusulas de contrato bancário, dado que em todos os casos a conclusão decorreu da interpretação do art. 6º, VIII, do CDC.

A propósito, apenas a título de exemplo, cito o seguinte acórdão da 2ª Seção:

Embargos de divergência em recurso especial. Processual Civil.
Desnecessidade de acórdãos absolutamente idênticos, bastando a similitude

entre os julgados para a configuração da divergência. Litisconsórcio. Inexistência de sucumbência de dois dos três litisconsortes. Ausência de interesse para recorrer, no que lhes toca. Inaplicabilidade do art. 191 do CPC. Precedente. Apelação da embargante que se diz manter o litisconsórcio entre embargada e hospital. Inaplicabilidade. Embargos acolhidos, negando-se provimento ao recurso especial.

1. A existência de diferenças pontuais entre os acórdãos não impede a admissibilidade dos embargos de divergência, se a questão nuclear foi abordada pelos julgados confrontados, exibindo clara a divergência no tocante à aplicação ou não do disposto no art. 191 do CPC, em situações parelhas, como indicadas.

2. Inexistindo sucumbência e interesse de recorrer, porém, por parte dos litisconsortes, que restaram vitoriosos em primeira instância, não se aplica a dobra do prazo. Precedente: EREsp n. 222.405-SP, Corte Especial.

3. A apelação da embargante manteve o litisconsórcio tão-somente no que toca àquele recurso, mas não em relação ao apelo da embargada, onde a participação do litisconsorte seria inócua.

4. Embargos de divergência acolhidos, negando-se provimento ao recurso especial.

(EREsp n. 525.796-RS, 2ª Seção, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 19.3.2007).

Diante disso, como bem delineado pelo Relator, Min. João Otávio de Noronha, “a matéria a ser apreciada por esta Segunda Seção, nos presentes autos, diz respeito ao momento em que se deve promover a inversão do ônus da prova”.

Esse tema, todavia, já está pacificado no âmbito desta 2ª Seção que, no recente julgamento do REsp n. 802.832-MG, consolidou a orientação de que a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, inc. VIII do CDC é 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”.

Em face do exposto, conheço e dou provimento aos embargos de divergência para anular o processo desde a sentença e determinar ao juiz de primeiro grau que, caso considere presentes os requisitos da inversão do ônus da prova estabelecidos no art. 6º, inc. VIII, do CDC, reabra a instrução do processo, a fim de propiciar à embargante a oportunidade de comprovar não ser a fabricante da garrafa de coca-cola adquirida pelo autor da ação.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, 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.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, o assunto é bastante controvertido exatamente pelas sutilezas que contém. Lembrando aqui, no caso concreto, que a sentença deste processo é de 1998, e o acórdão é de 2001. Ocorre que, no caso concreto, o Tribunal de origem e esta Corte discutiram o caso à luz da interpretação do art. 6º, inciso VIII, do Código do Consumidor, e os acórdãos paradigmas também estão fundamentados no mesmo art. 6º.

Portanto, reconheço a divergência em relação à interpretação do art. 6º do Código do Consumidor à luz das decisões proferidas no acórdão embargado e nos acórdãos paradigmas. E como bem destacaram os eminentes Ministros João Otávio de Noronha e Isabel Gallotti, a regra do art. 6º é de produção de prova (ou de procedimento), e não de julgamento. Aliás, nesse ponto, os eminentes Ministros não discrepam do entendimento do eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Em tais condições, e com a devida vênia dos entendimentos em contrário, acompanho o voto do Relator com os acréscimos trazidos pela eminente Ministra Isabel Gallotti.