

***O direito fundamental de facilitação da  
defesa em juízo dos consumidores***

**Nelson Rodrigues Netto**

*Advogado. Pós-Doutor em Direito pela Harvard Law School. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU).*

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 – O conceito de ônus da prova. 3 – O dever de colaboração com a Justiça. 4 - O princípio da comunhão da prova. 5 – A atividade do juiz na busca da verdade. 6 – A distribuição do ônus da prova. 7 – A inversão do ônus da prova no Código de Processo Civil. 7.1 – A inversão do ônus da prova no Projeto de Lei nº 166/2010, do Senado Federal, para o novo Código de Processo Civil. 8 – A facilitação da defesa dos direitos dos consumidores. 8.1 – A inversão *ope legis* do ônus da prova. 8.2 – A inversão *ope iudicis* do ônus da prova. 8.2.1 – A inversão *ex officio* do ônus da prova. 8.2.2 – As hipóteses de inversão do ônus da prova. 8.2.3 – A responsabilidade pela antecipação das despesas com a produção da prova. 8.2.4 – O momento de inversão do ônus da prova. 9 – Conclusão. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente trabalho analisa o ônus da prova especialmente no tocante às relações do consumidor.

**Abstract:** The present essay analyses the burden of proof in the civil process especially regarding consumer relationships.

**Palavras-chave:** ônus da prova; processo civil; relação de consumo.

**Keywords:** burden of proof; civil procedure; consumer relationships.

**1 - Introdução**

É momento de gáudio, após duas décadas, poder verificar que a lei que introduziu um sistema jurídico de proteção ao consumidor, adotando os mais modernos padrões internacionais ao estabelecer os direitos materiais, e singulares técnicas processuais para sua defesa, repercutiu na sociedade que aprendeu seus direitos e obteve resposta da comunidade jurídica ao vindicá-los.

A proteção do consumidor é, sem dúvida, um dos mais importantes aspectos da evolução do direito brasileiro, e a técnica processual adotada é paradigmática, desta cabendo destacar três aspectos: a repartição do ônus da prova, a legitimação para a causa, e os limites subjetivos da coisa julgada.

No presente trabalho abordaremos o primeiro dos três aspectos apontados, o ônus da prova nos processos envolvendo relações de consumo, o qual figura na lei como um direito fundamental do consumidor.

Aproveitamos essa oportunidade para comentar os artigos relacionados ao tema que constam do Projeto de Lei nº 166/2010, do Senado Federal, para o Novo Código de Processo Civil, elaborado a partir do anteprojeto da Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009.

## **2 – O conceito de ônus processual**

Designa-se *ônus* processual o ato destinado à *satisfação da própria* parte, podendo vir a proporcionar-lhe um benefício, sem que, em regra, a sua omissão venha a gerar-lhe uma sanção.

A noção de ônus processual é desenvolvida a partir da teoria do processo como *situação jurídica*, idealizada por James Goldschmidt.<sup>1</sup>

Partindo da premissa de que o direito é estático, assumindo caráter dinâmico no desenrolar do processo, o autor tedesco considera haver durante o processo *possibilidades* de praticar atos para obter uma sentença favorável, *expectativas* de obter esta sentença favorável, *perspectivas* de uma sentença desfavorável, e, *cargas* (*ônus*) para praticar atos visando impedir uma desvantagem processual ou uma sentença

---

<sup>1</sup> *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936, pp. 43/63.

desfavorável, todos encartados no conceito de *situações jurídicas*, que corresponde ao estado de uma pessoa, sob o ponto de vista da sentença judicial a ser proferida, e de acordo com as normas jurídicas.<sup>2</sup>

O ônus processual não se confunde com a posição jurídica passiva do *dever processual*. O dever processual importa na satisfação alheia e seu descumprimento provoca a aplicação de uma sanção. A parte a quem incumbe o dever processual, o pratica em benefício do sujeito que se encontra no outro pólo da relação jurídica processual, sob pena de sofrer uma sanção. Por exemplo, a violação do dever de lealdade processual, que acarreta a responsabilidade por perdas e danos, conforme os arts. 16 e 18, do CPC.

O *ônus de provar* deriva do *ônus da alegação dos fatos*, fatos esses constitutivos do pedido do autor, compondo a sua causa de pedir, ou, impeditivos, modificativos ou extintivos do suposto direito do autor, constantes da defesa do réu. Somente os fatos invocados é que poderão ser objeto de prova, revelando assim o princípio dispositivo consagrado no art. 262, 1ª parte, do CPC.<sup>3</sup>

### **3 - O dever de colaboração com a Justiça**

Como disciplina geral, o art. 14, do CPC, capitula os deveres da lealdade e verdade processuais.

Por outro lado, especificamente quanto ao tema da prova, o art. 339, do CPC, prevê que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.<sup>4</sup>

Em seguida, o CPC elenca deveres às partes e a terceiros, independentemente da previsão do art. 14. Assim, compete às *partes*: comparecer a juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária (art. 340); e, praticar ato que lhe for determinado; enquanto ao *terceiro* incumbe: informar o

---

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>3</sup> O art. 2º do PLS do CPC deixa claro que pode haver hipóteses em que o processo se inicia por ato judicial, como hoje ocorre com o de inventário (art. 989, do CPC). “Art. 2º. O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e formas legais, salvo exceções previstas na lei, e se desenvolve por impulso oficial.”

<sup>4</sup> Contém idêntica redação o art. 268 do Anteprojeto do CPC.

juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento, e, exhibir coisa ou documento, que esteja em seu poder (art. 341).

O regime jurídico de ordens judiciais pode, sumariamente, ser assim descrito:

- (i) art. 14, V, do CPC - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraço à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final;
- (ii) art. 17, IV, do CPC (*não* opor resistência injustificada ao andamento do processo); e,
- (iii) art. 600, III, do CPC (*não* resistir injustificadamente às ordens judiciais).

Por seu turno, as respectivas *sanções* são:

- (iv) art. 14, p. único, do CPC (*ato atentatório ao exercício da jurisdição*) - multa a ser fixada de acordo com a gravidade da conduta, limitada a 20% do valor da causa, revertendo *em favor da União ou do Estado*;
- (v) art. 18, do CPC (*litigância de má-fé do art. 17*) conjuga multa punitiva de 1% + indenização limitada a 20%, ambas recaindo sobre o valor da causa, a serem aplicadas concomitantemente, inclusive de ofício pelo juiz ou tribunal, *em favor da parte*; e,
- (vi) art. 601, do CPC (*atos atentatórios à dignidade da justiça*) - multa em montante não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução, *em favor do credor*.<sup>5</sup>

#### 4 – O princípio da comunhão da prova

Por muito tempo o ônus da prova foi considerado somente sob o *aspecto subjetivo*, no sentido de determinar a qual dos sujeitos do processo incumbia fazer prova.

Igualmente, a análise isolada da afirmativa de que incumbe à parte que alega um fato fazer sua prova, que por muito perdurou, não corresponde aos anseios de justiça de

---

<sup>5</sup> Nelson Rodrigues Netto, *A Fase Atual da Reforma Processual e a Ética no Processo*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 31, jan/mar, 2004; Revista de Direito do Trabalho. Curitiba: Genesis, nº 136, abr/2004; Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, nº 373, mai/jun, 2004, p. 449-458.

um processo civil moderno. Estes ideários provinham de uma *concepção liberal de igualdade formal*, para a qual a intervenção do Estado no desenvolver do processo, especialmente, no tocante à produção das provas dos fatos, não deveria existir, ou quando muito, ser mínima.

De qualquer forma, o ônus subjetivo reflete a repartição dos *onus probandi* prevista legalmente, o que permite que as partes saibam, antes da solução do litígio, que o reconhecimento em juízo de suas alegações estará, em princípio, dependente de que bem se desincumbam em prová-las.

Propositadamente afirmamos *em princípio*, pois o ônus da prova é, atualmente, enfrentado sob o seu *aspecto objetivo*, segundo o qual as normas sobre a produção de provas não seriam destinadas às partes, e sim ao juiz para orientá-lo em seu julgamento.

O ônus objetivo é voltado ao juiz para que ele possa considerar o material probatório, atribuindo-lhe valor no sentido de ter havido, ou não, a prova dos fatos alegados.

Ao apreciar as provas, ao magistrado não interessa saber quem as produziu, apenas deve apreciá-las para proferir seu julgamento.

Deste modo, deve-se entender *ônus subjetivo* no sentido de que a lei não determina que a parte produza provas, mas estabelece que a *omissão em provar os fatos alegados implica no risco de ter a lide decidida em seu desfavor*.

Assim, o ônus da prova não é exclusivamente um ônus subjetivo, no sentido de regra de procedimento determinadora da produção da prova, mas também, ônus objetivo, *regra de julgamento, de juízo*, devendo o juiz proferir sentença contra quem tinha o ônus de produzir prova e dela não se desincumbiu. Nelson e Rosa Nery, lastreados em Echandia (*Teoria general de la prueba judicial*), afirmam:

“O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza”.<sup>6</sup>

O uso da expressão *ônus objetivo* é usual, mas incorreta. Ao juiz não se imputam ônus, de sorte que é melhor reconhecer no fenômeno um princípio: o *da comunhão da prova* ou *da aquisição processual da prova*.

---

<sup>6</sup> *Código de processo civil comentado*, 11ª ed., São Paulo: RT, 2010, nota 1, p. 635.

O ônus da prova deve ser entendido, portanto, sob uma dupla faceta: de um lado, é regra de procedimento pela qual incumbe a cada parte fazer a prova dos fatos que alega, sob pena de, em princípio, vir a sair-se vencida na demanda; por outro lado, é norma para o julgamento, posto que o juiz, à luz dos fatos provados, independentemente de qual parte os tenha produzido, decidirá apresentando as razões de seu convencimento, aplicando se necessário a regra do ônus da prova, tendo ou não havido sua distribuição de modo diverso da regra geral que incumbe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo de tal suposto direito.

## **5 – A atividade do juiz na busca da verdade**

Complementar ao ônus da prova, o tema dos poderes instrutórios ou investigatórios do juiz é um dos mais complexos, notadamente em seus limites.

Antes de querer marcar posição sobre o tema, ou menos ainda, dar solução definitiva, parece-nos importante apontar, sucintamente, as divergências de opiniões.

O art. 130, do CPC, dispõe que: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.<sup>7</sup>

A doutrina tradicional conquanto admitisse que o juiz pudesse tomar a iniciativa da produção de provas, deveria fazê-lo por exceção, motivadamente e supletivamente à atividade das partes.<sup>8</sup>

Atualmente, tem-se verificado o desenvolvimento de posições doutrinárias no sentido de que a atividade instrutória deve caber tanto às partes, quanto ao juiz.

A limitação decorrente do princípio dispositivo é relativa ao conhecimento pelo juiz *ex officio* de alegações não deduzidas pelas partes e que a lei exige sua iniciativa.

---

<sup>7</sup> “PLS. Art. 258. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

<sup>8</sup> Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 26ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, 2º v, pp. 393/4; Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, 13ª ed., São Paulo: RT, 2010, pp. 956/7.

Afirma-se, atualmente, que a atividade probatória não está limitada à iniciativa da parte e que o ônus da prova é regra de julgamento e não de procedimento, vale dizer, de produção de prova.<sup>9</sup> Segundo nosso alvitre, conforme exposto no item anterior, o ônus da prova é regra de proceder e de julgar.

É razoável admitir que, da mesma forma com que o juiz está autorizado a indeferir diligências inúteis ou protelatórias, está autorizado a determinar provas que repute necessárias para solução do litígio. Em ambas as hipóteses, parece-nos lícito exigir que o juiz apresente as razões de sua decisão e submeta a produção da prova ao contraditório, sob pena de perder sua imparcialidade.<sup>10</sup>

Conferir, nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes” (RT 729/155).

A própria lei, além da norma geral do art. 130, do CPC, autoriza a iniciativa do juiz na realização da prova, como nas seguintes hipóteses:

- (i) interrogatório (art. 342);
- (ii) requisição de certidões e procedimentos administrativos a repartições públicas (art. 399);
- (iii) oitiva de testemunha referida (art. 418, I);
- (iv) acareação entre testemunhas ou em relação à parte (art. 418, II);
- (v) realização de nova perícia (art. 437); e,
- (vi) realização de inspeção judicial (art. 440).

---

<sup>9</sup> Nery-Nery, ob. cit., p. 606; Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual de direito processual civil*, 4ª Ed., São Paulo: RT, 2008, p. 183 e ss.

<sup>10</sup> Maria Elizabeth de Castro Lopes, *O juízo e o princípio dispositivo*, São Paulo: RT, 2006, p. 117, especialmente letra “c” das conclusões lançadas.

É importante notar que a lei explicita, em certos casos, que o motivo que autoriza a atividade oficiosa do juiz é derivado da necessidade de seu esclarecimento (arts. 437 e 440, do CPC). O *estado de perplexidade*, citado na ementa transcrita é, a nosso ver, exatamente a necessidade de esclarecimento sem o qual o juiz fica num impasse, não conseguindo solucionar o litígio. Apesar da atividade instrutória do juiz, a vedação do *non liquet* impõe a aplicação do ônus da prova, na forma do art. 333, do CPC.

## 6 – A distribuição do ônus da prova

O art. 333, do CPC, traduz a repartição do ônus da prova da seguinte forma: ao autor, a prova do fato constitutivo de seu direito, ao réu, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O art. 261, do Anteprojeto do CPC, prevê regra semelhante, ressaltando os poderes do juiz.<sup>11</sup>

Os fatos constitutivos são aqueles que provados levam à consequência jurídica pretendida pelo autor e prevista na lei. A relevância de um dado fato é dada pelo direito material.

Apesar da existência do fato constitutivo do direito do demandante, o demandado pode *obstaculizar as consequências jurídicas pretendidas* opondo àquele fato, outro fato: impeditivo, modificativo ou extintivo. Daí, a doutrina denominá-los de *exceções substanciais indiretas*.

Exemplo de *fato impeditivo* é a afirmação de incapacidade absoluta do agente à época da celebração do negócio jurídico; de *fato modificativo*: a alteração da relação jurídica de locação para comodato; e, de *fato extintivo*: o pagamento.

Como vimos, o ônus da prova deve ser empregado como regra de julgamento visando a não incidir na violação do *princípio da indeclinabilidade da jurisdição*, pelo qual o juiz não poderá deixar de decidir o litígio a ele submetido, seja por lacuna ou obscuridade da lei, seja por falta de provas.

---

<sup>11</sup> “PLS. Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, 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”.

A consagração da proibição do *non liquet* no processo civil está incorporada no art. 126, 1ª parte do CPC, *in verbis*: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.<sup>12</sup> Os mecanismos de integração do ordenamento em face da lacuna ou obscuridade da lei estão na 2ª parte, do art. 126, do CPC.

A permissão ao juiz de aplicar o *non liquet*, por ausência de prova, deve estar expressamente autorizada na lei, como ocorre, por exemplo, nos seguintes dispositivos:

- (i) art. 18, da Lei nº 4.717, de 29.06.1965 (Lei de Ação Popular)<sup>13</sup>;
- (ii) art. 16, da Lei nº 7.347, de 24.07.1985 (Lei da Ação Civil Pública)<sup>14</sup>; e,
- (iii) art. 103, I e II, da Lei nº 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor).<sup>15</sup>

Nestes processos haverá a formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*, o que permitirá a propositura de outra *ação idêntica*, mas, com novas provas.<sup>16</sup>

*Provado que esteja o fato*, pouco importa quem tenha produzido a respectiva prova; por força do princípio da aquisição processual, o juiz o valorará e proferirá o julgamento (art. 131, do CPC), *não precisando se valer da norma do art. 333, do CPC*.

---

<sup>12</sup> “PLS. Art. 108. O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

<sup>13</sup> “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de provas; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

<sup>14</sup> “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

<sup>15</sup> “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:  
I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;  
II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; (*omissis*)”.

<sup>16</sup> Nelson Rodrigues Netto, *Notas sobre a coisa julgada no processo individual e no processo coletivo*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Oliveira Rocha, nº 34, jan/2006, p. 111.

João Batista Lopes aponta que a referida norma não é bastante para solução de diversos problemas, tais como, a ausência simultânea de prova do fato constitutivo do autor e do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor apresentado pelo réu.<sup>17</sup> Em linha de princípio, é válido o raciocínio de Vicente Greco Filho quanto à dúvida do juiz sobre a prova (a demonstração da existência) do fato constitutivo do direito do demandante, quando o deverá reputar não provado, e por conseqüência, rejeitar o pedido inicial.<sup>18</sup>

Entretanto, não há dúvida de que em virtude das complexidades de conhecimentos técnicos, científicos, de linguagem, de certas relações de direito material que oneram injustamente o autor na prova do fato constitutivo de seu direito se faz necessário procurar superar a rigidez da distribuição do ônus da prova constante do art. 333, do CPC, mediante técnicas já adotadas no Brasil, como a da *distribuição dinâmica do ônus da prova*<sup>19</sup>, e no exterior como aponta Luiz Guilherme Marinoni.<sup>20</sup>

## **7 – A inversão do ônus da prova no Código de Processo Civil**

O CPC admite a inversão do ônus da prova, estabelecida convencionalmente entre as partes, como se depreende da redação do seu art. 333, parágrafo único, I e II. O modal deôntico utilizado pelo parágrafo único do dispositivo é o proibido, de sorte que, as partes poderão alterar a regra do ônus da prova, desde que não incida na proibição nele capitulada.

Logo, a convenção sobre a distribuição do ônus da prova é lícita, desde que o litígio não seja relativo a direito indisponível ou que torne excessivamente difícil a uma

---

<sup>17</sup> *A prova no direito processual civil*, 2ª Ed., São Paulo: RT, 2002, p. 44. Na mesma esteira, verificando-se que a crítica não é nova, Eduardo Couture, *Fundamentos do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 165/6.

<sup>18</sup> *Direito processual civil brasileiro*, 18ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007, 2º v., p. 205.

<sup>19</sup> Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*. 50ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. I, item 422-b, p. 422; Antonio Janyr Dall'agnol Júnior, *Distribuição dinâmica do ônus da prova*, Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2001, volume 877, p. 92-107.

<sup>20</sup> *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2007, volume 862, p. 11-21, p. 14.

parte o exercício do seu direito, de ação ou de exceção, conforme o caso, incidindo naquela que é chamada *prova diabólica*.

A convenção sobre o ônus da prova, alterando a regra geral estipulada na cabeça do art. 333, será realizada em negócio jurídico encetado pelas partes (excepcionalmente, poder-se-ia vislumbrar a convenção realizada até a fase de saneamento do processo), estando a cargo do juiz o controle de sua legalidade, que decretará a nulidade da convenção, acaso incida em qualquer uma das proibições do aludido parágrafo único.

### **7.1 – A inversão no Projeto de Lei nº 166/2010, do Senado Federal, para o novo Código de Processo Civil**

O PLS nº 166/2010, ao contrário do diploma codificado em vigor, estabeleceu regra de *inversão judicial* do ônus da prova. Ele segue, portanto, o modelo adotado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Consoante o art. 262 do anteprojeto caberá ao juiz, e não às partes mediante convenção, distribuir o ônus da prova de maneira diferente daquela que constitui a regra geral.<sup>21</sup>

A comissão de juristas, que talvez tenha dado ouvidos à crítica de Vicente Greco Filho sobre os critérios para alteração do ônus da prova estabelecidos no CDC<sup>22</sup>, estabeleceu na cabeça do artigo que o juiz, considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, imporá o ônus da prova à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. Em acréscimo, exige a observância do contraditório e que a decisão sobre a inversão do ônus da prova seja fundamentada.

Por seu turno, os parágrafos 1º e 2º do preceito trazem regras sobre pontos polêmicos relativos à inversão do ônus da prova nos processos envolvendo relações de consumo, tema que será abordado nos itens 8.2.2 a 8.2.4 *infra*.

---

<sup>21</sup> “PLS. 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”.

<sup>22</sup> Ob. cit., p. 207.

O parágrafo 1º prescreve que o juiz, ao inverter o ônus da prova, “deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído”, e o parágrafo 2º explicita que “a inversão do ônus da prova não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção”.

Como é cediço, o dever de fundamentação das decisões judiciais e o contraditório processual são princípios constitucionais, expressamente previstos, respectivamente, nos arts. 5º, LV, e 93, IX, 1ª parte, da Constituição Federal.

A proposta do novo CPC, ao explicitar que a inversão do ônus da prova seja realizada pelo juiz em decisão fundamentada, acaba por eliminar questão que tem provocado debate sobre o momento processual em que o juiz deve aplicar a inversão nos processos envolvendo relações de consumo.

A exigência de decisão fundamentada para distribuição diferenciada do ônus da prova, prevista no *caput* do art. 262, do PLS nº 166/2010, é corroborada pelo preceito do parágrafo 1º que determina ao juiz dar à parte a quem foi imposto ônus de produção de prova, oportunidade para que o possa fazer de modo adequado. Assim, *fica excluída a possibilidade de a inversão do ônus da prova ser realizada quando do pronunciamento da sentença.*

Outra novidade é da explicitação da necessidade de observância do princípio do contraditório no tocante à inversão do ônus da prova.

O anteprojeto do CPC segue a mesma estrutura de procedimento do Código atual, prevendo que a fase de saneamento se encerre com o despacho saneador, momento em que o juiz fixará os pontos controvertidos, determinando as provas a serem produzidas, como ocorre com o atual art. 331, do CPC.<sup>23</sup> Portanto, é com o despacho (que nada tem de despacho) saneador que o juiz fixará quais fatos são controvertidos e devem ser objeto de prova, e a quem incumbe a produção dessa prova. Antes disso não há como saber quais fatos restaram controversos, devendo ser objeto de prova. À parte irresignada com a decisão que alterou o ônus da prova caberia a interposição de recurso procurando a sua cassação.

---

<sup>23</sup> “PLS. Art. 354. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses das seções deste Capítulo, o juiz, declarando saneado o processo, delimitará os pontos controvertidos sobre os quais deverá incidir a prova, especificará os meios admitidos de sua produção e, se necessário, designará audiência de instrução e julgamento”.

A alternativa, contudo não contemplada no anteprojeto, seria a de o juiz conceder oportunidade às partes para se manifestarem sobre a alteração da regra ordinária do ônus da prova. Esta linha não nos parece muito adequada, uma vez que incumbe ao juiz verificar, segundo a norma, qual das partes tem melhores condições de produzir a prova de um dado fato, considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato probando, e proferir decisão, contra a qual caberá recurso.

Para que o contraditório precedesse a referida decisão, deveria o magistrado anunciar que o ônus da produção da prova poderia ser invertido. Com isso as partes poderiam controverter sobre quem tem as melhores condições de produzir a referida prova.

Outra solução é a de que o juiz submeta a produção da prova ao contraditório, como preconizado para as situações em que a prova é determinada *ex officio*, citada no item 5 *supra*.

## **8 – A facilitação da defesa dos direitos dos consumidores**

A proteção e a defesa do consumidor alçaram, na atualidade, o patamar mais alto na ordem jurídica brasileira: o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, determina ao Estado a promoção, na forma da lei, da defesa do consumidor.

Em atenção à norma constitucional, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, criou o Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece dentre os direitos básicos do consumidor, logo, direitos fundamentais, a facilitação da defesa dos direitos oriundos de relações jurídicas de consumo (art. 6º, VIII, do CDC).

A exigência de facilitação da defesa do direito do consumidor, por seu turno, é alicerçada em um princípio fundamental do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I, do CDC), razão pela qual não se pode restringir ao âmbito do processo, mas deve alcançar todos os órgãos de proteção e de defesa do consumidor, ressalvados os casos em que a lei delimita sua aplicação exclusivamente ao processo judicial.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Carlos Roberto Barbosa Moreira, *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. Repr. São Paulo: RT, vol. 86, 1997, p. 295-309, nota 3, p. 296.

A vulnerabilidade do consumidor, consoante Luiz Antonio Rizzatto Nunes, decorre de ser ele a parte fraca na relação jurídica de consumo, tanto no aspecto de ordem técnica, já que é o fornecedor quem detém os meios de produção, escolhendo “o que, quando e de que maneira produzir”, quanto no de cunho econômico.<sup>25</sup>

O princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor se aloja no direito fundamental constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), que no plano infraconstitucional e do processo está capitulado no art. 125, I, do CPC, pelo qual o juiz dirigirá o processo atendendo aos dispositivos legais e assegurando às partes igualdade de tratamento. É comezinha a noção de que a isonomia somente existe na medida em que se trate de modo desigual aqueles que são desiguais, na exata medida da desigualdade existente entre eles.

Diversos são os artigos do CDC que prescrevem normas com eficácia no plano processual para proteger o consumidor e facilitar a defesa de seus direitos, sendo que o referido inciso VIII, do art. 6º, capitula a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Assim, o CDC estabelece, por exemplo, em hipóteses de acidente de consumo, a responsabilidade objetiva do fornecedor, quer de produtos, quer de serviços, somente o isentando de reparar o consumidor, se provar alguma das causas excludentes taxativamente previstas.<sup>26</sup> Nem há o que se falar em inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, já que é do fornecedor o ônus de provar que não colocou o produto no mercado, ou que o defeito inexistente, ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, §3º, do CDC), aplicando-se os dois últimos casos ao fornecimento de serviço (art. 14, §3º, do CDC).<sup>27</sup>

## **8.1 – A inversão *ope legis* do ônus da prova**

---

<sup>25</sup> *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194.

<sup>26</sup> Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, pp. 110/1, 116/9, e 122/3.

<sup>27</sup> Marinoni, ob. cit., p. 18; Carlos Roberto Barbosa Moreira, ob. cit., p. 295.

O Código de Defesa do Consumidor prevê dois regimes jurídicos diferentes ao tratar do tema de ônus da prova: o primeiro, relativo a informação publicitária, estabelece uma inversão *ope legis*.

Com efeito, o art. 38, prescreve: “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Nesta linha, a inversão do ônus da prova da veracidade e correção do material publicitário é derivada da lei, não há ingerência judicial ou das partes sobre o ponto, resultando, portanto, ser sempre obrigatória.

Realmente, como destaca José Geraldo Brito Filomeno “quem patrocina a mensagem publicitária é o fornecedor de produtos e serviços, já que se pressupõe que, sendo seu mentor, e conhecendo suas particularidades, fornece ao agente publicitário, e ao veículo de comunicação, os elementos para anunciar os mesmos produtos e serviços.”<sup>28</sup>

A chamada propaganda enganosa é ponto muito bem regulado pelo CDC, já que é a partir deste mecanismo de indução que muitos consumidores são compelidos a adquirir produtos e serviços, confiando nas informações sobre qualidade, finalidade etc. que lhes são prestadas.

O art. 36, em complemento ao referido art. 38, determina que o fornecedor mantenha em seu poder dados fáticos, técnicos e científicos que serviram de base ao material publicitário de seus produtos ou serviços. Em acréscimo, ainda, a imposição dessa conduta é amparada no plano do direito penal, constituindo fato típico sua violação, conforme o art. 69, do CDC.<sup>29</sup>

## **8.2 – A inversão *ope iudicis* do ônus da prova**

O art. 6º, do CDC, elenca em *rol exemplificativo* os direitos básicos do consumidor, dispondo em seu inciso VIII, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a

---

<sup>28</sup> *Manual de direitos do consumidor*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010 ,p. 390.

<sup>29</sup> “Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena - Detenção de um a seis meses ou multa”.

critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

Resulta deste modo que o juiz, ao analisar as hipóteses legais autorizadas da inversão do ônus da prova, assim deverá proceder. Não se trata, portanto, de alteração automática da regra do ônus da prova, derivada da lei, antes exige a manifestação expressa do juiz, revelando ser modalidade de inversão *ope iudicis*.<sup>30</sup> Neste ponto vimos que o anteprojeto do novo CPC é bem elaborado, deixando claro que a inversão do ônus da prova é feita por decisão judicial devidamente fundamentada (art. 262, *caput*, do anteprojeto).

Nunca é demais recordar que o juiz, mesmo diante de conceitos vagos ou indeterminados, não dispõe de discricionariedade, como ocorre com o administrador que, diante da clássica concepção da conveniência e da oportunidade, pode escolher entre a prática ou não do ato administrativo.<sup>31</sup>

Ao falar que a *critério do juiz* haverá, ou não, a inversão do ônus da prova nos processos contendo relação jurídica de consumo, significa dizer que, devidamente motivada, a decisão será num sentido ou noutro. Não há, repise-se, espaço para discricionariedade, mas ao prudente critério judicial, devidamente fundamentado à luz das premissas da lei e do caso concreto, deverá o juiz decidir se inverte o ônus da prova.<sup>32</sup>

*Mutatis mutandis*, esse é o sentido do julgado cuja ementa transcrevemos a seguir:

**“Ementa:** Prestação de serviços - Bem móvel - Reparação por danos materiais e morais por má prestação de serviço - Recusa na troca e devolução do valor do produto adquirido - Imputação de culpa à requerida não comprovada - Responsabilidade do fornecedor do produto não caracterizada, ante a insuficiência das provas - Danos morais incorrentes -

---

<sup>30</sup> Cf. Marcus Vinicius Rios Gonçalves. *Novo curso de direito processual civil*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 398; Nery-Nery, p. 1805, nota 15.

<sup>31</sup> Sobre os limites da discricionariedade administrativa e seu controle, ver, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 882 e ss.

<sup>32</sup> Milton Paulo de Carvalho Filho. *Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2003, volume 807, p. 56-81, pp. 64/5; Carlos Roberto Barbosa Moreira, ob. cit., pp. 299/300.

Aborrecimentos experimentados pelo consumidor que não causam dor moral indenizável. - Sentença de improcedência mantida. - **Para que se aplique a inversão do ônus da prova é necessário que haja verossimilhança na alegação do consumidor, sob pena de se colocar o fornecedor em posição de absoluta submissão ao que for afirmado pelo consumidor, o que não é objetivo do sistema do CDC.** Ausentes provas suficientes a demonstrar a má prestação dos serviços, é o caso de confirmação da sentença de improcedência do pedido inicial. - Recurso não provido, com observação, v.u.” (destacamos) (TJSP, Ap. nº 992.06.050748-8, 35ª Câm. Privado, rel. Des. Manoel Justino Bezerra Filho, v.u., j. 26.07.2010).

### 8.2.1 – A inversão *ex officio* do ônus da prova

Em que pese não existir discricionariedade judicial para a inversão do ônus da prova, não há qualquer impedimento para que ela seja feita inclusive de ofício pelo juiz. A lei não exige provocação do consumidor e, ao contrário, o CDC estipula que suas normas são de ordem pública e interesse social, sabido que regra de ordem pública é cogente e imposta oficiosamente pelo magistrado.<sup>33 34</sup>

Vale conferir trecho da ementa do acórdão em seguida reproduzido, onde ficou expressamente consignado que o juiz pode determinar de ofício a inversão do ônus da prova:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Declaratória – Revisional de contrato c.c. repetição de indébito – Finalidade da ação é aclarar e declarar os direitos e obrigações de ambas as partes litigantes – **Lei nº 8.078 de 11.9.90 – Empréstimo bancário – Aplicabilidade – Inversão do ônus da prova determinada, *ex officio* – Possibilidade** – O tomador de empréstimo é consumidor para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor – Súmula nº 297 do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (*omissis*) Inexistência das alegadas omissões, obscuridades ou contradições - Embargos

---

<sup>33</sup> Sandra Aparecida Sá dos Santos. 2ª Ed. *A inversão do ônus da prova*. São Paulo: RT, 2006, p. 73; Milton Paulo de Carvalho Filho, ob. cit., p. 65; Carlos Roberto Barbosa Moreira, ob. cit., p. 299.

<sup>34</sup> Código de Defesa do Consumidor. “Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

de declaração.” (destacamos) (TJSP, EDcl. nº 991.09004931-5, 19ª Câm. Privado, rel. Des. Paulo Hatanaka, v.u., j. 30.06.2010).

### **8.2.2 – As hipóteses de inversão do ônus da prova**

Com a finalidade de destacar as hipóteses de inversão do ônus da prova contidas no art. 6º, VIII, do CDC, pedimos licença para transcrevê-lo novamente, constituindo direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

Logo, a facilitação da defesa dos direitos do consumidor contemplada no art. 6º, VIII, do CDC, será observada no processo civil, restando a critério do juiz determinar a inversão do ônus da prova quando verificar a verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua condição de hipossuficiente. Acrescenta o dispositivo, por meio de vírgulas após a oração, que a decisão judicial será adotada com base nas regras ordinárias de experiência.

Primeiramente, estamos de acordo com aqueles que admitem que o preceito legal criou duas situações onde, cada qual de *per se*, autoriza a inversão do ônus da prova.<sup>35</sup> Assim, presente a verossimilhança da alegação *ou* a hipossuficiência do consumidor, tanto numa situação quanto na outra, poderá o juiz inverter o ônus da prova.

Mais do que a interpretação literal, haja vista o emprego pelo legislador da conjunção alternativa *ou*, a interpretação teleológica exige que a defesa dos direitos dos consumidores seja obtida em qualquer uma das hipóteses da lei.<sup>36</sup>

A conjunção *ou* é alternativa excludente, de modo que, ou se apresenta uma situação ou outra, *v.g.*, ou chove ou faz sol; sem, contudo, admitir a uma alternatividade includente ou inclusiva. Desse modo, para explicitar a possibilidade de qualquer uma

---

<sup>35</sup> V. por todos, Rizzato Nunes, *ob. cit.*, p. 217. Em sentido contrário, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. III, p. 80, nota 7.

<sup>36</sup> Carlos Roberto Barbosa Moreira, *ob. cit.*, pp. 300/1.

das três hipóteses: ou chuva, ou sol, ou chuva e sol, é necessário o uso da partícula *e*, razão pela qual, é justificável que a lei empregue o *e/ou*.

Desformalizando-se a linguagem lógica o *ou* é usado tanto para a *disjunção excludente* (apenas um dos componentes pode estar presente para que a fórmula lógica seja verdadeira, v.g., ‘dependendo da nota obtida na prova, o aluno será aprovado ou reprovado’, significa que o aluno ou será aprovado ou reprovado, impossível ocorrer ambas as situações), como para a *disjunção includente* (quando, tanto um, como o outro, ou ainda, quando ambos os componentes podem estar presentes para que a fórmula seja verdadeira, v.g., ‘no sábado é possível que ela vá ao cinema ou à lanchonete’, isto é, a pessoa poderá ir somente ao cinema, ou, somente à lanchonete, ou, ainda, ir ao cinema e à lanchonete, no sábado).<sup>37</sup> Em latim, o problema não se apresenta, uma vez que para a disjunção forte (excludente), existe o termo *aut*, e, para a disjunção fraca (includente) o termo *vel*. Igualmente, na linguagem formalizada, segundo a notação lógica que mais amplamente se adota, utiliza-se a letra *v* (a cunha), do latim *vel*, para a disjunção fraca, seguindo a fórmula  $p v q$ , e, para a disjunção forte se fazem necessárias operações de conjunção e negação, surgindo a fórmula  $(p v q) \cdot \sim(p \cdot q)$ .<sup>38</sup>

Essa breve explicação tem o condão de esclarecer que, a despeito do uso do *ou*, nada impede que num caso concreto se verifiquem ambas as hipóteses para a inversão do ônus da prova: alegação verossímil e hipossuficiência do consumidor.

Em segundo lugar, a construção da oração parece implicar que as regras ordinárias de experiência devem ser aplicadas a ambas as situações: se a alegação do consumidor for verossímil ou se ele for hipossuficiente.

*Verossímil*, segundo o Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa, é o que parece verdadeiro (primeira notação); que é possível ou provável por não contrariar a verdade; plausível (segunda notação).

O termo *verossímil*, usado no CDC, e *verossimilhança*, posteriormente inserido no art. 273, *caput*, do CPC (na redação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994), dizem respeito à técnica processual, estabelecendo o grau necessário para *a atividade cognitiva do juízo*.

---

<sup>37</sup> Echave-Urquijo-Guibourg, *Lógica, proposición y norma*, pp. 53/56; e, Nolt-Rohatyn-Varzu, *Schaum's outline of Theory and Problems of Logic*, p. 56.

<sup>38</sup> Fábio Ulhoa Coelho, *Roteiro de lógica jurídica*, p. 36.

No CPC, os efeitos da (ou a própria) tutela pretendida no pedido inicial poderão ser antecipados pelo juiz, desde que demonstrada por prova inequívoca a verossimilhança das alegações. A técnica processual não exige, pela própria natureza da tutela antecipada, o convencimento pleno e final do juiz, basta a verossimilhança do alegado. A cognição é dita *sumária*, uma vez que limitada no plano vertical. Quando o processo estiver maduro para que seja proferida sentença de mérito, após ter sido concedido às partes exercer com plenitude seu direito à produção de provas, o grau de conhecimento dos fatos pelo juiz será *pleno*, momento em que poderá confirmar ou infirmar a decisão que antecipou a tutela pretendida.

Nos processos envolvendo consumidores e fornecedores, o juiz, mediante esse grau menos aprofundado de convencimento (aqui, não se exige prova inequívoca), poderá inverter o ônus da prova.

Entretanto, o legislador incluiu outro elemento no preceito do art. 6º, VIII, do CDC: “as regras ordinárias de experiência”.

Costuma-se identificar as regras, ou máximas, de experiência com as chamadas presunções de fato ou *hominis*.<sup>39</sup> José Frederico Marques, esclarece o que são as presunções de fato, invocando a lição de Chiovenda, consoante o trecho que transcrevemos:

“Nas presunções de fato, ao contrário, são o produto de induções e raciocínio do juiz e do intérprete. Dá-se-lhes a denominação de presunção *hominis* por serem presunções de que o juiz, como homem, “se utiliza no correr da lide para formar sua convicção como faria qualquer raciocinador fora do processo”. Esta é a explicação de Chiovenda que, a seguir, acrescenta: “Quando, segundo a experiência que temos da ordem normal da coisas, um fato constitui causa ou efeito de outro, ou de outro se acompanha, nós, conhecida a existência de um dos dois, presumimos a existência do outro. A presunção equivale, pois, a uma convicção fundada sobre a ordem normal das coisas”.<sup>40</sup>

As presunções de fato vêm capituladas no art. 335, do CPC, *in verbis*:

---

<sup>39</sup> João Batista Lopes, ob. cit., pp. 66/70; Moacyr Amaral Santos, ob. cit., pp. 537/9 e 542/3.

<sup>40</sup> *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, Vol. III, pp. 483/4.

“Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”<sup>41</sup>

A presunção de fato, ou simples ou *hominis*, também denominada de máxima ou regra de experiência, não é um meio de prova, e também não se trata de técnica de cognição para convencimento e decisão do juiz. Ela retrata, em verdade, *forma de raciocínio do juiz para solução do litígio*. Da existência de um dado fato, dentro da ordem normal das coisas, como diz Chiovenda, é possível presumir a existência de outro fato.

Verifica-se que verossimilhança da alegação e regras ordinárias de experiência são técnicas processuais diferentes para propiciar a decisão judicial. Na primeira, há demonstração da alegação, mas sem um grau profundo de convencimento do juiz; na segunda, o juiz chega à conclusão de um fato por meio de sua percepção de ser aquele fato o que ordinariamente ocorre, à luz de outros fatos ou da situação que o circunda.

O que nos parece acertado é que o juiz, admitindo como verossímil a alegação do consumidor, poderá para facilitar a defesa de seu direito, invertendo o ônus da prova. Acreditamos que é nesse sentido que Kazuo Watanabe afirma que na situação de verossimilhança da alegação do consumidor, “não há uma verdadeira inversão do ônus da prova”.<sup>42</sup>

Por outro lado, o juiz se valerá das regras ordinárias de experiência, para em cada caso concreto, verificar se o consumidor é hipossuficiente. Correta a ponderação de Milton Paulo de Carvalho Filho no sentido de que, em face do ordenamento jurídico, todo consumidor é vulnerável, mas nem todo é hipossuficiente.<sup>43</sup>

A *hipossuficiência* não deve ser entendida apenas sob o aspecto econômico ou cultural, mas a hipossuficiência para provar os argumentos em favor de seu direito. A hipossuficiência é também *técnica*, como diz Rizzatto Nunes<sup>44</sup>, podendo o consumidor,

---

<sup>41</sup> O art. 265, do PLS do CPC, reproduz norma idêntica.

<sup>42</sup> *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 496.

<sup>43</sup> Ob. cit., p. 69.

<sup>44</sup> Ob. cit., p. 218.

em um dado litígio, independentemente de sua condição financeira, não possuir conhecimento ou técnica que permitam adequadamente defender seus direitos. Nesse sentido, confira-se a ementa do aresto abaixo transcrita:

“Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Ocorrência de saques indevidos de numerário depositado em conta poupança. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. **Possibilidade. Hipossuficiência técnica reconhecida.** - O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil, ou quando constatada a sua hipossuficiência. - **Na hipótese, reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório.** - Diante da necessidade de permitir ao recorrido a produção de eventuais provas capazes de ilidir a pretensão indenizatória do consumidor, deverão ser remetidos os autos à instância inicial, a fim de que oportunamente seja prolatada uma nova sentença. Recurso especial provido para determinar a inversão do ônus da prova na espécie.” (destacamos) (STJ, Resp. nº 915.599-SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 21.08.2008, DJe 05/09/2008, RDDP vol. 68, p. 139).

### **8.2.3 – A responsabilidade pela antecipação das despesas com a produção da prova**

Decorrente dessa interpretação de que hipossuficiência para o Código de Defesa do Consumidor não é apenas a econômica, mas mais propriamente é a técnica, que não permite, mesmo a um consumidor que disponha de recursos financeiros, fazer prova de seu direito, em virtude da complexidade dos conhecimentos técnicos que envolvem os fatos, surge a questão relativa aos custos da realização da prova: o fornecedor está obrigado a suportar tais custos?

A matéria é controversa, tendo alcançado o Superior Tribunal de Justiça. No sentido de que havendo a inversão do ônus da prova, deve o fornecedor antecipar os respectivos custos, temos o seguinte exemplo:

---

“INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Cartão de crédito. A inversão do ônus da prova em ação revisional ajuizada contra administradora de cartão de crédito **autoriza o juiz a determinar à ré a antecipação dos honorários do perito, em perícia requerida pelo autor**. Recurso conhecido e provido.” (destacamos) (STJ, Resp. nº 436.731-RJ, 4ª T., rel. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., j. 26.11.2002, DJ 10.02.2003, p. 221).<sup>45</sup>

Entretanto, mais recentemente, parece que a posição contrária é que tem predominado no Colendo STJ, como vemos do trecho da ementa transcrita a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ADIANTAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS.

(*omissis*)

4. Não se pode confundir ônus da prova com obrigação pelo pagamento ou adiantamento das despesas do processo. A questão do ônus da prova diz respeito ao julgamento da causa quando os fatos alegados não restaram provados. Todavia, independentemente de quem tenha o ônus de provar este ou aquele fato, cabe a cada parte prover as despesas dos atos que realiza ou requer no processo, antecipando-lhes o pagamento (CPC, art. 19), sendo que compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público (CPC, art. 19, § 2º).” (STJ, Resp. nº 939.587-SP, 1ª T., rel. Min. Teori Zavascki, v.u., j. 16.08.2007, DJ 03.09.2007).<sup>46</sup>

Com efeito, o Código de Processo Civil impõe a cada parte prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhe o pagamento desde o início até a sentença, ressalvada a aplicação dos benefícios da justiça gratuita (art. 19, *caput*, 1ª parte).

Entretanto, no sistema brasileiro, é adotada a regra da sucumbência, pela qual o vencido será obrigado a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios (art. 20, *caput*, 1ª parte).

---

<sup>45</sup> No mesmo sentido, Resp. nº 383.276-RJ e Resp. nº 437.425-RJ.

<sup>46</sup> Resp. nº 914422-RJ; Resp. nº 538807-RS; Resp. nº 443.208-RJ; Resp. nº 466.604-RJ, Resp. nº 579.944-RJ, Resp. nº 402.399-RJ, Resp. nº 510.327-SP, Resp. nº 729.026-SP, Resp. nº 435.155-MG.

Entendemos por correta a aplicação de tais preceitos mesmo nos processos envolvendo relações de consumo, quando a produção de prova requerida pelo consumidor é atribuída ao fornecedor. A facilitação da defesa do consumidor no processo civil, por meio da inversão do ônus da prova, se aplica quer ao consumidor rico, quer ao pobre.

Em auxílio ao consumidor pobre, a Lei nº 1.060/50, concede isenção de pagamento de diversas despesas processuais, notadamente, de honorários periciais, prova que, normalmente, importa em custo relevante no processo (art. 4º, V). Nesses casos, em face da garantia constitucional insculpida no art. 5º, LXXIV, da CF, cabe ao Estado custear a prova, antecipando o valor devido a título de honorários periciais, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal:

STF - EMENTA: “Recurso extraordinário. Investigação de paternidade. **2. Acórdão que assentou caber ao Estado o custeio do exame pericial de DNA para os beneficiários da assistência judiciária gratuita. Auto-executoriedade do art. 5º, LXXIV, da CF/88.** 3. Alegação de ofensa aos arts. 5º, II, LIV e LV; 24; 25 a 28; 100 e 165, da CF. 4. Acórdão que decidiu, de forma adequada, em termos a emprestar ampla eficácia à regra fundamental em foco. Inexistência de conflito com o art. 100 e parágrafos da Constituição. Inexiste ofensa direta aos dispositivos apontados no apelo extremo. 5. Recurso extraordinário não conhecido”. (destacamos) (RE 224.775 / MS, 2ª T., rel. Min. Néri da Silveira, j. 08.04.2002, DJ 24.05.2002, P. 00069)

Não caberia impor a obrigação pela antecipação pelos custos da prova requerida pelo consumidor ao fornecedor, mesmo que havendo a inversão do ônus da prova. Confira-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ANTECIPAÇÃO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS. JUSTIÇA GRATUITA. EXPROPRIADO BENEFICIADO. INADEQUAÇÃO DA IMPUTAÇÃO DO ÔNUS AO EXPROPRIANTE. 1. O beneficiário da justiça gratuita, nos termos do art. 3º, inciso V, da Lei n.º 1.060/50, não está obrigado a arcar com as despesas relativas aos honorários periciais, ainda que a prova técnica tenha sido por ele requerida, consoante a exceção à regra prevista na primeira parte do art. 19, do CPC (Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no

processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.). 2. O fato de o beneficiário da justiça gratuita não ostentar o poder de arcar com o adiantamento das despesas, não autoriza o juízo a inverter o ônus de seu pagamento. 3. Recurso especial provido.” (STJ, Resp. nº 1.116.139-MG, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 03.09.2009, DJe 14.10.2009)

Comporta ainda destacar que vimos no item 7.1 *supra* que o parágrafo 2º, do art. 262, do PLS nº 166/2010, estabelece expressamente que a inversão do ônus da prova determinada pelo juiz não implica na alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

#### **8.2.4 – O momento de inversão do ônus da prova**

Em princípio, por se tratar de regra de julgamento, o ônus da prova (art. 333, do CPC) deve ser aplicado pelo juiz no momento do julgamento, quando houver lacuna na produção de prova, proferindo a decisão em desfavor da parte cujos fatos alegados deixaram de ser demonstrados.

A inversão do ônus da prova, realizada *convencionalmente* pelas partes deve obrigatoriamente anteceder a fase probatória, sob pena de não poder ter eficácia. Realmente, as partes poderão distribuir o ônus da prova, diferentemente do previsto no Código de Processo Civil, por meio de negócio jurídico ou, se no curso do processo, o limite temporal máximo que nos parece razoável é até a fase de saneamento, propriamente, no momento anterior à prolação do despacho saneador, independentemente da realização da audiência preliminar do procedimento comum ordinário (art. 331, cc §3º, do CPC). Isto porque é com o saneamento do feito que o juiz deverá, havendo ou não audiência preliminar, fixar os pontos controvertidos, determinar as provas a serem produzidas e designar audiência de instrução e julgamento para as provas orais (art. 331, §2º, do CPC).

Nos litígios derivados de relação de consumo, há entendimento de que a inversão do ônus da prova, imputando-o ao fornecedor, deve ocorrer no início do litígio.<sup>47</sup>

Outra posição referendada pela doutrina é a de que o momento oportuno para a inversão do ônus da prova é o do pronunciamento da sentença.<sup>48</sup>

O principal argumento é o de que ônus da prova é regra de julgamento devendo o juiz utiliza-la para não incidir no *non liquet*, de sorte que somente pode ser aplicada no momento da decisão da causa. Acresce-se a ponderação que o fornecedor dissonante, deve fazer prova de todos os fatos de interesse, mesmo que imputado ao consumidor, de maneira que não será surpreendido com o julgamento que inverte do ônus da prova.

Por último, admite-se que a inversão do ônus da prova, quando decretada pelo juiz, na forma do art. 6º, VIII, do CDC, deve ser realizada até a fase de saneamento do processo.<sup>49</sup>

Como destacamos as regras legais sobre ônus da prova e sua inversão, funcionam tanto como regra de julgamento, como regra de procedimento (item 4 *supra*). Em seu aspecto de regra de procedimento, o juiz deve permitir que as partes produzam provas dos fatos que alegam, e se inverte o ônus legal, está obrigado a conceder-las oportunidade para se desincumbir adequadamente desse novo ônus. Esta é a posição adotada no projeto de lei para o novo CPC descrita no item 7.1 *supra*.

Mais do que evitar surpresas às partes pela inversão do ônus da prova, a sua aplicação somente na sentença implicaria em violação dos *princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa*, já que é imputada a uma parte um ônus processual sem ser lhe dada oportunidade de dele se desincumbrir. Não há o que se falar em pré-julgamento já que no tocante à verossimilhança da alegação há mera cognição sumária

---

<sup>47</sup> José Geraldo Brito Filomeno, ob. cit., p. 397.

<sup>48</sup> João Batista Lopes, ob. cit., p. 51; Maria Elizabeth de Castro Lopes, ob. cit., p. 149; Nery-Nery, ob. cit., p. 635; e, Kazuo Watanabe, ob. cit., p. 498/9.

<sup>49</sup> Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 2, tomo I, pp. 247/8; Carlos Roberto Barbosa Moreira, ob. cit., p. 305/8; Milton Paulo de Carvalho Filho, ob. cit., pp. 76/7; Sandra Aparecida Sá dos Santos, ob. cit., p. 81; Marcos Vinicius Rios Gonçalves, ob. cit., p. 431.

da demonstração do fato apresentado pelo consumidor para a determinação do ônus da prova, e no caso de sua hipossuficiência propiciando a inversão do ônus da prova

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a 2ª Seção, que é composta pelas 3ª e 4ª Turmas, e cuja competência é notadamente de direito privado (art. 8º, § 2º, do Regimento Interno do STJ), estando incluídos os conflitos derivados de relação de consumo, o tema ainda não foi pacificado.

Efetivamente, na esteira da posição que aderimos, a 4ª Turma reputa que a inversão deve ser realizada antes da instrução processual, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Confiram-se as ementas transcritas abaixo:

“AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA 283/STF. RECONSIDERAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REQUERIMENTO DE PROVAS. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. Não se aplica a Súmula n. 283/STF se houve retração de um dos fundamentos do acórdão recorrido em sede de embargos de declaração. 2. O instituto da preclusão serve ao aperfeiçoamento do processo, por conferir-lhe certeza e segurança, e não pode ser usado como armadilha para impedir a ação da parte diante de uma situação excepcional. 3. **Determinada a inversão do onus probandi após o momento processual de requerimento das provas, deve o magistrado possibilitar que as partes voltem a requerê-las, agora conhecendo o seu ônus, para que possa melhor se conduzir no processo, sob pena de cerceamento de defesa.** 4. Agravo regimental provido para conhecer em parte e prover o recurso especial.” (destacamos). (STJ, AgReg no Resp nº 1.095.663-RJ, 4ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, v.u., j. 04.08.2009, DJe 17.08.2009).

.....

“PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MOMENTO OPORTUNO - INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO, NO MOMENTO DA SENTENÇA - PRETENDIDA REFORMA – ACOLHIMENTO - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. - **A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão**

**devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.** - O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes. - Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.” (destacamos) (STJ, Resp nº 881.651-BA, 4ª T., rel. Min. Quaglia Barbosa, v.u., j. 10.04.2007, DJe 21.05.2007, p. 592).

.....

“RECURSO ESPECIAL. GRAVIDEZ ALEGADAMENTE DECORRENTE DE CONSUMO DE PÍLULAS ANTICONCEPCIONAIS SEM PRINCÍPIO ATIVO (“PÍLULAS DE FARINHA”). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ENCARGO IMPOSSÍVEL. ADEMAIS, MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A GRAVIDEZ E O AGIR CULPOSO DA RECORRENTE. (*omissis*)

**5. De outra sorte, é de se ressaltar que a distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Por isso que não poderia o Tribunal *a quo* inverter o ônus da prova, com surpresa para as partes, quando do julgamento da apelação.** 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.” (destacamos) (STJ, Resp nº 720.930-RS, 4ª T., rel. Min. Felipe Salomão, v.u., j. 20.10.2009, DJe 09.11.2009).

Por outro lado, a 3ª Turma, alterando posição inicial, em decisão por maioria de votos, passou a decidir que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, e portanto, deve ser aplicada somente na sentença acompanhada o raciocínio descrito no parágrafo anterior, como se verifica das ementas reproduzidas a seguir:

“Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Momento processual. 1. É possível ao Magistrado deferir a inversão do ônus da prova no momento da dilação probatória, não sendo necessário aguardar o oferecimento da prova e

sua valoração, uma vez presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que depende de circunstâncias concretas apuradas pelo Juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Resp nº 598.620-MG, 3ª T., rel. Min. Menezes Direito, m.v., j. 07.12.2004, DJ 18.04.2005, p. 314)

.....

“Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. (*omissis*).

- **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.” (destacamos) (STJ, Resp nº 422.778-SP, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, rel. p/Ac. Min. Nancy Andrighi, m.v., j. 19.06.2007, DJe 27.08.2007, p. 200).<sup>50</sup>

## 9 – Conclusão

A título de conclusão, reiteramos que o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro é um diploma legal em muitos aspectos paradigmático no âmbito mundial, bem demonstrando o alto grau de maturidade do Brasil na disciplina das relações jurídicas (materiais e processuais) entre consumidores e fornecedores.

Destacamos que a inversão do ônus da prova, no processo civil contendo lides de consumo, é técnica moderna, igualando juridicamente consumidores e fornecedores.

A inversão do ônus da prova deve ser determinada sempre que o juiz verificar que as alegações do consumidor são verossímeis e/ou se for ele hipossuficiente tecnicamente, à vista das regras ordinárias de experiência.

A decisão judicial invertendo o ônus da prova deve ser fundamentada e propiciar oportunidade ao fornecedor de se desincumbir da demonstração do fato, remanescendo o dever de antecipação dos custos da prova ao consumidor, ressalvadas as hipóteses em

---

<sup>50</sup> Ainda no âmbito da 3ª Turma, no mesmo sentido, Resp. nº 949.000 e AgRg no EDcl no AI nº 977.795.

que este for beneficiário de assistência judiciária gratuita, quando esse custo deve ser antecipado pelo Estado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 13ª Ed. São Paulo: RT, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. Repro. São Paulo: RT, vol. 86, 1997, p. 295-309.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 2, Tomo I.
- CARVALHO Filho, Milton Paulo de. *Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2003, volume 807, p. 56-81.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946.
- DALL'AGNOL Júnior, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus da prova*, Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2001, volume 877, p. 92-107.
- DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. III.
- ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. *Lógica, proposición y norma*. 4ª reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Volume 1.

- GRECO Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Volume 2.
- LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2002.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro Lopes, *O juízo e o princípio dispositivo*, São Paulo: RT, 2006,
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2007, volume 862, p. 11-21
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, Vol. III.
- NERY Júnior, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2010.
- NOLT, John; ROHATYN, Dennis; VARZI, Achille. *Schaum's outline of Theory and Problems of Logic*. 2<sup>nd</sup> Ed. USA: McGraw-Hill, 1998.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*, 4ª Ed., São Paulo: RT, 2008.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. *Notas sobre a coisa julgada no processo individual e no processo coletivo*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Oliveira Rocha, nº 34, jan/2006, p. 111.
- \_\_\_\_\_, *A Fase Atual da Reforma Processual e a Ética no Processo*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, nº 373, mai/jun, 2004, p. 449-458; e, Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 31, jan/mar, 2004, p. 163-176.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 26ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, 2º V.
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. 2ª Ed. *A inversão do ônus da prova*. São Paulo: RT, 2006.
- THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 200. Vol. II.
- WATANABE, Kazuo et alli. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.