

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP**

**MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A INVERSÃO DO  
ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Gabriel Medeiros

Presidente Prudente/SP

Novembro/2002

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A INVERSÃO DO  
ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Gabriel Medeiros

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Sérgio Augusto Frederico.

Presidente Prudente/SP

Novembro/2002

## **MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do Grau  
de Bacharel em Direito.

---

Sérgio Augusto Frederico  
Orientador

---

Paulo Eduardo D'arce Pinheiro  
Examinador

---

Gelson Amaro de Souza  
Examinador

Presidente Prudente, 27 de Novembro de 2002.

*“Em todas as coisas, e especialmente nas mais difíceis, não devemos esperar semear e colher ao mesmo tempo, mas é necessário uma lenta preparação para que elas amadureçam gradativamente”.*

**(Bacon. Serme. Fidel, nº XLV)**

*“Tudo vale a pena quando a alma não é pequena”.*

**(Fernando Pessoa)**

## AGRADECIMENTOS

*Aos colegas acadêmicos que, ao longo deste meu trajeto, assistiram a cada conquista de meu crescimento, seja através de risadas às minhas perguntas, ou retaliações pertinentes, colaborando na formação do meu saber, em especial aos meus professores que, a todo tempo, sempre desejaram meu sucesso.*

*Em particular a meu orientador, Sérgio Augusto Frederico, que tanto me auxiliou, participando de todos os momentos de dificuldade que encontrei nesta jornada, sendo sempre elucidativo e respeitoso às minhas dúvidas.*

*Muito dos meus mestres tiveram a oportunidade de ter aula com o Professor Joaquim Élcio Ferreira, eu não, porém nenhum deles gozou do privilégio de, por cinco anos, tê-lo como professor particular, mais do que isso, ter a honra de com ele aprender todos os dias e ao final da jornada não apenas chamá-lo de professor, mas de amigo.*

*Ficam aqui registradas estas simples palavras, entretanto, sinceras e carinhosas ao meu verdadeiro amigo.*

*Em especial à minha família que, cotidianamente, acompanhou minhas alegrias e dificuldades, sabendo compreender e trazer uma palavra de esperança e carinho.*

## RESUMO

A sociedade passa por inúmeras transformações no campo econômico e comercial, despregando-se das formas tradicionais de mercancia, onde o individual predominava frente ao coletivo. As formas de comércio, que era enraizada na confiança e nos atos individuais, passaram a ter contornos de mega-operações, atingindo a uma massa imensurável de consumidores.

Em face desse novo contorno, os relacionamentos de comércio passaram a ter maior importância no cotidiano social e jurídico dos povos.

No entanto, enquanto os fatos sociais multiplicam-se, inexoravelmente, o certo é que a legislação não acompanha o desenvolvimento da atividade comercial, vista no seu sentido amplo, o que por certo reflete em ausência de instrumento jurídico hábil e eficaz diante dessa nova temática.

Não basta a simples edição de um sistema jurídico para albergar essa nova situação. O que é preciso, mais do que simples edição de lei, é o aperfeiçoamento da nova regra que irá regular a questão no mundo jurídico.

Dessa forma, neste presente trabalho procura-se demonstrar a necessidade de se harmonizar o Código de Defesa do Consumidor com os princípios gerais já existentes e cristalizadas pela doutrina, notadamente a inversão do ônus da prova, que é instituto jurídico novo e que se antepõe há uma das regras “de ouro” do sistema então vigente.

Assim, para alcançar os objetivos deste trabalho monográfico foi necessário o uso de fontes jurisprudenciais e doutrinárias, além do estudo da questão jurídica sob o enfoque do direito positivo.

PALAVRAS-CHAVE: Prova; Ônus da prova; Ampla defesa; Contraditório; Consumidor; Inversão do ônus da prova; Momento correto para a inversão.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2. DA PROVA.....</b>	<b>11</b>
2.1 Questões Preliminares.....	11
2.2 Conceito de Prova.....	13
2.3 Objeto de Prova.....	15
2.4 Destinatário da Prova.....	17
2.5 Valoração da Prova.....	18
2.6 Fontes e Meios de Prova.....	21
<b>3. OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....</b>	<b>24</b>
3.1 Introdução.....	24
3.2 Conceito de Princípio.....	24
3.3 Força de Incidência dos Princípios.....	25
3.4 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa – Art. 5º, Inc. LV da Constituição Federal de 1998.....	28
<b>4. ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL TRADICIONAL.....</b>	<b>33</b>
4.1 Conceito de Ônus, <i>Onus Probandi</i> .....	33
4.2 Diferença Entre Ônus e Dever/Obrigaçã.....	34
4.3 Regras do Ônus da Prova no Processo Civil Tradicional.....	36
4.4 Dos Poderes Instrutórios do Juiz.....	41
<b>5. ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....</b>	<b>45</b>
5.1 Introdução ao Tema.....	45
5.2 Análise do Art. 6º, Inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor – Requisitos Legais.....	48

5.3 Conseqüências Práticas e Processuais Decorrentes da Inversão do Ônus da Prova .....	58
5.4 A Questão do Profissional Liberal.....	61
<b>6. O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....</b>	<b>66</b>
6.1 Intróito.....	66
6.2 O Posicionamento Doutrinário e Jurisprudencial Sobre o Tema.....	70
6.3 O Saneador Como Momento Correto.....	74
<b>7. CONCLUSÃO.....</b>	<b>82</b>
<b>8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>83</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/90) este passou a ter maior proteção em vários campos da atuação estatal como nas relações de direito privado.

Por albergar o Código, matérias de naturezas distintas – Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Processual Civil, Direito Penal, Direito Civil – consubstancia-se em autêntica lei multidisciplinar.

O presente trabalho abordará questões referentes ao processo civil, especificamente a inversão do ônus da prova contido no art. 6º, inc. III do Estatuto do Consumidor, sob a análise do momento correto de sua aplicação.

O tema guarda relevância e interesse tanto de ordem prática, quanto de ordem acadêmica, na medida em que, freqüentemente, nas ações fundadas no Código do Consumidor, há o pleito pela inversão do ônus da prova.

A própria magistratura brasileira ainda não deu a devida importância do tema dentro da relação processual, procrastinando a valoração de questões processuais, deixando por ocasião da sentença através do fatídico despacho: “a questão será apreciada por ocasião da sentença”.

Há torrencial debate na doutrina e na jurisprudência tocantemente ao momento processual adequado para a inversão do “*onus probandi*”.

É certo que o instituto beneficia o consumidor. Mas, discutir o momento para a inversão não significa tomar partido por um ou por outro, não implicando, assim, em ignorar a vulnerabilidade do consumidor.

Pretende-se expor o posicionamento doutrinário acerca do tema e posterior defesa do despacho saneador como momento correto para o decreto da inversão,

por estar em harmonia com os princípios gerais do processo civil constitucional, em especial o contraditório e a ampla defesa.

Logo, o trabalho não pretende defender ponto de vista do consumidor ou fornecedor, mas sim, encontrar o melhor posicionamento que atenda aos princípios constitucionais acima mencionados.

Para tal discorreremos sobre a teoria geral das provas, do ônus da prova, dos princípios gerais do direito procurando mostrar sua força de incidência, independente de estar ou não positivado.

## 2. DA PROVA

### 2.1 Questões Preliminares

O homem enquanto individual precisa, para sua sobrevivência, dos chamados bens da vida. A relação entre eles é o que se denomina de interesse.

Todavia o homem não vive isolado. Une-se em grupos sociais, passando o coletivo a ter maior importância frente ao individual.

Mas persiste o interesse individual que o agrega a determinados bens.

Pode ocorrer, no entanto, que dois indivíduos manifestem interesse pelo mesmo bem, originando, dessa forma, o conflito de interesse. Noutras palavras, duas pessoas com interesse no mesmo bem.

Quando persiste a resistência, vale dizer, um não ceder ao outro interessado, surge a lide, que na célebre definição de Carnelutti se define como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita.

Há três formas de compor essa lide. A jurisdição, a autocomposição e a autotutela.

A autotutela somente terá lugar quando o Estado não puder, efetivamente, estar presente na lide, logo é cercada de estreitos pressupostos.

A autocomposição é pouco difundida no campo prático forense brasileiro por questões estranhas a este trabalho. Reduz-se na composição, sem a intervenção estatal.

A jurisdição consiste no poder/dever estatal de “dizer o direito”. Pesa sobre ela, contudo, a inércia, ou seja, somente quando o Estado for provocado é que

prestará a tutela jurisdicional – “*ne procedat iudex ex officio*”-, não podendo se recusar a tal, porque monopolizou a jurisdição, pesando sobre ele o princípio da indeclinabilidade da jurisdição.

Aquele que entenda estar sendo tolhido em seu direito, deverá levar ao conhecimento dos órgãos jurisdicionais, que somente assim poderá resolver a lide, que, aliás, não se presta para simples consulta, mas sim para solucionar situações fáticas, reais, e não meras indagações no campo exclusivamente teórico.

Os demandantes aparecem em juízo narrando uma situação concreta e pedindo a consequência jurídica que dela emana. Para o sucesso precisa fazer prova do alegado.

Portanto, qualquer pretensão tem sua origem em determinado fato e com base neste e dele surgindo gravames jurídicos, é que o autor deduz seu pedido sobre o qual o juiz se pronunciará.

Logo, toda lide tem como ponto central os fatos, também denominado pela doutrina pátria de causa de pedir remota.

Dessa forma, o autor lança a existência de um fato, que, corresponderá, ou não com a verdade. Abre-se uma faculdade para o réu: ou contrapõe os argumentos fáticos expendidos pelo autor, negando-os, ou ainda, aduzindo fatos impeditivos, extintivos e modificativos, ou apenas lhe nega as consequências jurídicas atribuídas por este.

Nos primeiros casos, o mais comum, surge o denominado ponto controvertido que pode ser taxado de núcleo cerne de toda teoria sobre a prova, e também ônus da prova, como se verá adiante, não só no direito civil, mas em toda a teoria geral do processo.

No último caso – negação das consequências jurídicas - assume a teoria geral das provas papel de pouca importância dentro da relação, tanto de direito material, quanto de direito processual.

Do exposto acima, se conclui pela extrema importância, dentro do processo, do papel das provas, que irão, direcionar conclusivamente para a decisão da querela (v. item 2.4 – “valoração da prova”).

Aliás, Francisco Augusto Das Neves e Castro, com apoio de Pontes de Miranda, em 1917, já afirmara que:

as provas são uma das partes mais importantes das leis adjectivas e carecem de muitas regras, vista a variedade de assumptos sobre o que teem de recahir. Essas regras constituem a theoria das provas, que não póde deixar de ser considerada como um ramo da philosophia do direito, e talvez aquelle que mais concorre para tornar effectivos os outros, pois que tem por fim trazer a lume os facts sobre que póde exercer-se o principio abstraccto do direito<sup>1</sup>.

Ainda sobre a importância da prova dentro do processo, lembra Hélio Tornaghi que “por isso a prova foi chamada ‘alma do processo’ (Mascardo), ‘sombra que acompanha o corpo’ (Romagnosi), ‘ponto iluminoso’ (Carmignani), ‘pedra fundamental’ (Brugnoli), ‘centro de gravidade’ (Brusa)”.<sup>2</sup>

Inegável, assim, é a importância da teoria das prova dentro do contexto processual, torna-se imperioso discorrer, mesmo que perfunctoriamente, sobre suas ramificações dentro do processo.

## 2.2 Conceito de Prova

Num sentido amplo, podemos conceituar a prova como tudo aquilo que tem por fim demonstrar a veracidade da realidade dos fatos, também a idoneidade das afirmativas<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> CASTRO, Francisco Augusto e e MIRANDA, Pontes de. **Theoria das Provas e Sua Aplicação aos Actos Civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. p. 23.

<sup>2</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. Vol. I. p. 268.

<sup>3</sup> KOOGAN/HOUASSIS, **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**, Edição Delta, Rio de Janeiro, p. 1312.

Etimologicamente, a palavra prova, deriva do latim, “*probare*”, que significa comprovar<sup>4</sup>.

Partindo para o campo jurídico, várias são as definições apontadas pela doutrina, todas uniformes, não existindo divergência quanto a essa conclusão.

E mais, não se destoa do conceito amplo referido acima, possuindo apenas uma bifurcação, ou seja, um conceito sob o aspecto objetivo e outro sob o subjetivo.

Do aspecto objetivo, o emérito professor Eduardo Espínola Filho<sup>5</sup>, afirma que a prova, nada mais é do que, dentro do processo cognitivo, demonstrar o conhecimento de qualquer fato capaz de firmar o convencimento da existência e conteúdo do mesmo.

Nesse passo, é a consagrada lição de Mittermayer<sup>6</sup> : “prova é o complexo dos motivos produtores da certeza”.

Subjetivamente, podemos defini-la como a própria persuasão que se forma na alma do julgador em torno da existência ou não dos fatos alegados no processo, logo de conotação pessoal, modificável de juiz para juiz, de instância para instância.

Aliás, Chiovenda já a conceituava como “a convicção do juiz sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo”.<sup>7</sup>

Imperioso ressaltar que, como adverte Arruda Alvim<sup>8</sup>, seja num ou noutro aspecto, a prova é a atividade tendencial, vale dizer, almeja a provocar determinados efeitos e resultados jurídicos, ou seja: convicção em torno da verdade dos fatos, e direcionar o julgamento com base nos dados probatórios e sua qualidade subjetiva.

---

<sup>4</sup> KOOGAN/HOUASSIS, **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**, Edição Delta, Rio de Janeiro, p. 1312.

<sup>5</sup> FILHO, Eduardo Espínola, **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. Vol. I. p. 435.

<sup>6</sup> MITTERMAYER *apud* MORAIS, Paulo Heber de. LOPES, João Batista. **Da Prova Penal**. 1. ed. Campinas: Julex Livros, 1978. p. 15.

<sup>7</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de Direito Processual Civil**. 1972. Vol II. P. 91.

<sup>8</sup> ARRUDA, Alvim. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 1972. p. 212.

## 2.3 Objeto de Prova

Quando se indaga sobre o objeto da prova, chega-se a conclusão de que objeto da prova corresponde àquilo que deve ser provado.

Acentua José Frederico Marques que:

Objeto em abstrato da prova é tudo aquilo que a lei processual admite que deva ou possa ser demonstrado na instrução; e objeto em concreto da prova àquilo que deva ser demonstrado no curso de determinado processo<sup>9</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, somente os fatos devem ser provados, porém, nem todos, somente os que colaboram para o desfecho da lide.

Da afirmativa acima, extrai-se o consagrado princípio jurídico: somente se prova os fatos controvertidos, relevantes e determinados<sup>10</sup>.

Já nos ensinou João Monteiro que:

E, realmente, se o processo tem por objeto estabelecer definitivamente as relações de direito, não passaria de futilidade imprópria da solenidade do pretório admitir prova de um fato que nenhuma afinidade lógica ou histórica guardasse com a relação de direito em causa, ou que fosse possível.<sup>11</sup>

Por fatos controvertidos, se entende aqueles afirmados por uma das partes e infirmados pela outra.

---

<sup>9</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1977. p. 176.

<sup>10</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 12. ed. Vol. II. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 334.

<sup>11</sup> MONTEIRO, João *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad. v.1, 146, p. 226.

Relevantes são os que guardam nexos com a querela, capazes de influir no seu desfecho: “*frustra probatur quod, probatum non relevat*”.

Também, necessitam, os fatos, para adquirirem a condição de objeto de prova, a qualidade de serem determinados, isto é, individualizados e pormenorizados a fim de distingui-los dos demais que não guardam conotação com o litígio.

Com efeito, prescindem de prova os fatos notórios – “*notória non egent probatione*” - de conhecimento comum no local onde ele se deu ou brota interesse, sempre sob o enfoque do “*homo medius*”.

Já dizia Manzini que “a evidência não necessita de prova, porque ela própria é a prova. Provar a evidência é empresa de idiotas”<sup>12</sup>.

Importante esclarecer que, como adverte Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>13</sup>, “o que não se deve confundir é a notoriedade com a *vox populi*, porque esta pode divulgar um fato que não é verdadeiro, enquanto que a notoriedade de um fato constitui prova da sua verdade”. No mesmo passo leciona Hélio Tornaghi<sup>14</sup>.

Também dispensam de prova os fatos incontroversos, vale dizer, aqueles elencados pelo autor e não impugnados pelo réu, ressaltando-se que quando a lide versar sobre direitos indisponíveis, mesmos os fatos não impugnados pelo réu deverão ser provados pelo autor (art. 302 do CPC).

Finalmente, não carecem de prova os fatos quando a favor de uma das partes milita presunção legal de verdade ou de veracidade que, tem o condão de inverter o “*onus probandi*”, no caso de presunção relativa, e definir a questão quando se tratar de presunção absoluta.

---

<sup>12</sup> MANZINI *apud* FILHO, Eduardo Espínola, **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. Vol. I. p. 436.

<sup>13</sup> FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 22. ed. Vol. III. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 224.

<sup>14</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. Vol. I. p. 281.

Importante salientar que, como prescreve Gabriel de Rezende Filho, “o juiz não deve ser levado à posição de dono do processo, rebaixando os litigantes à posição de sujeitos passivos ante a onipotência do órgão jurisdicional”<sup>15</sup>.

Assim, somente quando fielmente convicto da imprestabilidade da prova, dentro do contexto probatório já existente, e que deverá indeferi-la.

Nesse sentido vem decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme precedente abaixo:

A questão ou não de deferimento de uma determinada prova depende de avaliação do juiz, dentro do quadro probatório existente, da necessidade dessa prova. Por isso a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias, prevista na parte final do CPC 130.<sup>16</sup>

Cumprido salientar, que a delimitação do que precisa ser provado (objeto da prova) vem em aplauso a alguns princípios constitucionais do processo civil, quais sejam: celeridade, economia processual e instrumentalidade.

## 2.4 Destinatário da Prova

Conforme mencionado anteriormente (2.1) a prova se caracteriza pela sua capacidade de demonstrar a existência dos fatos alegados pelas partes dentro da relação processual.

Mas a quem deve ser feita essa demonstração?

---

<sup>15</sup> FILHO, Gabriel Rezende *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad. v.1, p. 227.

<sup>16</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Ag 56995-0-SP, rel. Min. Assis Toledo, j. 5.4.1995, DJU 10.4.1995, p. 9322 - JUNIOR, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 438.

Na temática processual vigente, o destinatário da prova é o julgador - termo amplo que contempla tanto os juízes de primeira instância, quanto aos de segunda instância.

Aliás, não se faz a produção da prova para persuadir a parte “*ex adversa*”, nem terceiros interessados ou não, tudo isso em decorrência da sua finalidade: formação da convicção do juiz, como ensina o professor Gelson Amaro de Souza, aduzindo que “não se produz provas para convencer a parte contrária, nem imprensa ou terceiros. Seu destinatário é o juiz que vai julgar a causa. Pode-se até mesmo dizer que o destinatário é o processo”<sup>17</sup>.

Daí se diz que após a sua produção a prova é aferida objetivamente pelo julgador sem se ater se foi autor ou réu que a produziu, concluindo-se, assim, que é perfeitamente possível, jamais obrigatório, à parte produzir prova que a prejudique.

Nesse passo é o precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça a seguir transcrito:

O juiz, frente à moderna sistemática processual, incumbe analisar o conjunto probatório em sua globalidade, sem perquirir a quem competiria o ‘onus probandi’. Constando dos autos a prova, é dever do julgador tomá-la em consideração na formação de seu convencimento<sup>18</sup>.

## 2.5 Valoração da Prova

Três são os critérios diagnosticados na história do direito processual acerca da apreciação das provas.

---

<sup>17</sup> SOUZA, Gelson Amaro de. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Presidente Prudente: Data Júris, 1998. p. 632.

<sup>18</sup> STJ – 4ª Turma, REsp. 11.468, rel. Min, Sálvio de Figueiredo, j. 1.4.92, v.u., DJU 11.5.92, p. 6.437, *apud* RADLOFF, Stephan Klaus. **A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 63.

O critério legal, totalmente superado pelo direito contemporâneo, vez que ignorava toda a dialeticidade do direito, tornando-o uma ciência positiva.

Nele o juiz apenas analisa as provas de acordo com uma hierarquia legal, surgindo o resultado automaticamente, como se fosse uma conta matemática, não passando, desta forma, o magistrado, de uma “calculadora togada”.

A crítica que surgiu em torno dessa escola, é que o formalismo prevalece frente a busca do ideal da verdade/justiça.

Diametralmente oposto ao critério legal, está o da livre convicção, onde o que predomina é a íntima convicção do juiz – “*informata conscientia*”, que é dotado de plenos poderes para buscar a verdade e analisar as provas. Não há limite para essa tarefa, tanto de ordem objetiva quanto subjetiva, podendo o julgador decidir sem atentar às provas constantes dos autos, contrariando a regra “*quod non est in acto non est in mundo*”.

Portanto, tem como característica primordial, a ausência de limite aos poderes do julgador, chegando, assim, a conflitar com princípios básicos do “*due process of law*”<sup>19</sup>.

Já aduziam Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes que:

Permitir ao juiz afastar-se dos elementos constantes do processo – não se perca de vista que o processo é o instrumento de realização da ordem jurídica – seria expor as partes à insegurança e, até mesmo, ao arbítrio<sup>20</sup>.

Obra da melhor compreensão e estudo científico do tema é o sistema da persuasão racional, também denominado de convencimento racional, que prescreve uma operação lógica, entretanto, extraído dos elementos constantes no processo, o que o difere da livre convicção.

---

<sup>19</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 30. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000. p. 420.

<sup>20</sup> MORAIS, Paulo Heber de e LOPES, João Batista. **Da Prova Penal**. 1. ed. Campinas: Julex Livros, 1978. p. 17.

Não peca da rigidez extremada ditada pelo critério legal, podendo valorar cada prova de acordo com sua consciência, o que não deve ser confundido com arbitrariedade, já que o pronunciamento tem sua origem sustentada numa operação racional, intimamente atrelada aos dados constantes dos autos.

A liberdade deve ser entendida no sentido de dar menos valor a determinada prova em favorecimento de outra que, a luz de todos os elementos aferidos na relação processual, guarda maior verossimilhança.

Acrescenta, ainda, Moacyr Amaral dos Santos que:

condiciona-se a convicção do juiz, ainda, às regras legais e a máximas de experiências, no sentido de que deverá considerá-las na apreciação da prova"... "exatamente porque a convicção do juiz está condicionada, é-lhe imposta a obrigação de dar as razões em que o seu espírito assentou convencimento"<sup>21</sup>.

Referido sistema está em perfeita consonância com o Estado Democrático de Direito, elencado na Lei Maior como cláusula pétrea, mais precisamente no art. 93, inciso IX da Constituição da República que nulifica todas as decisões judiciais que padecerem de fundamentação.

Esse sistema foi adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro. É o que se infere do art. 131 do Estatuto Processual quando afirma que "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formarem o convencimento", concluindo pela assertiva de que o juiz pode apreciar livremente a prova, desde que baseado nos dados constantes dos autos, proferindo minuciosa motivação como dito acima.

Da expressão "o juiz apreciará livremente a prova" chega-se a conclusão que na persuasão racional não há prova absoluta, todas são relativas, porque não há

---

<sup>21</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 12. ed. Vol. II. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 382.

carga de importância entre elas, assim, em tese, é possível um único testemunho se sobrepor a uma perícia do mais respeitado “expert”.

Essa norma insista-se, coloca o juiz como soberano na análise das provas, no sentido de decidir exclusivamente lastreado no seu convencimento que tem como única fonte fática os elementos constantes dos autos.

## 2.6 Fontes e Meios de Prova

Há um equívoco por conta de alguns doutrinadores sobre “fontes e meios de prova”, na direção de afirmar que meios de prova são as fontes em que o julgador busca a veracidade dos fatos, e os meios de que as partes têm para demonstrarem os fatos alegados, equivalendo às expressões como sinônimas. Nesse sentido leciona Frederico Marques, ao prescrever que “meios de prova, como o nome indica, são as fontes em que o juiz colhe a verdade dos fatos, e os instrumentos de que as partes se servem para demonstrar os fatos que aduzirem”<sup>22</sup>.

Ousamos discordar do mestre citado. Perfilhamos que “fontes” são os locais onde se busca mostrar a veracidade das afirmativas, enquanto que “meios” é a forma com que se analisa as fontes, introduzindo-a dentro do processo. Exemplo. Pessoa que imputa erro médico por deixar uma perna menor 5 (cinco) centímetros em relação a outra. A fonte de prova será o próprio corpo do demandante, enquanto que meio será a perícia médica.

Em dissertação de mestrado, o professor Sérgio Augusto Frederico, apoiando-se em respeitável doutrina alienígena, com percuciência, desmistifica a diferença entre fontes e meios de provas, preponderando que:

---

<sup>22</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. 2º. Vol. São Paulo: Saraiva, 1977.177p.

A **fonte** é anterior ao processo e independente dele; só a parte a detém ou tem conhecimento dela. Por sua vez, a fonte incorpora-se ao processo através dos **meios de prova**. Assim, o documento é **fonte**, mas nenhum valor terá se não vier para os autos por intermédio dos **meios de prova**; a testemunha é **fonte** e o seu testemunho/declaração é **meio**; o confessante e seu conhecimento são **fontes**, enquanto seu testemunho confessado é **meio**. É Sentis Melendo quem distingue esses dois elementos em um capítulo à parte, em sua memorável obra sobre prova. Resulta claro que os **meios de prova** têm a finalidade de incorporar a **fonte** ao processo<sup>23</sup> (grifos no original).

O Código de Processo Civil traz uma formula genérica, aberta com relação aos meios de prova, ou seja: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos<sup>24</sup>, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar as verdades dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” (art. 332 “caput”).

Assim, apesar de positivar o procedimento da colheita de determinados meios de prova (depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial, inspeção judicial), o certo é que qualquer outra forma não prescrita poderá ser utilizada pelas partes, desde que observados os requisitos da norma acima transcrita, bem como respeitando o inc. LVI, do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que enuncia:

“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Fazendo uma interpretação “*contraio sensu*” dessa norma, chega-se à conclusão de que, não sendo ilícita a prova, será válida, independente de sua regulamentação pela lei infraconstitucional, até porque, como garantia fundamental, tem aplicação imediata a teor do parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, incluindo-se, assim, por exemplo, a figura da prova emprestada, que vem ser aquela produzida em outro processo, mas que tem relevância para o atual, desde

<sup>23</sup> FREDERICO, Sérgio Augusto. **O Princípio da Imparcialidade do Juiz no Processo Civil e Sua Participação na Coleta do Material Probatório**. Dissertação de Mestrado. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2001. p. 131.

<sup>24</sup> Meios de prova moralmente legítimos (art. 332) – Expressão equívoca, de difícil conceituação exata. O sentido muda conforme a época e até, a mentalidade, a formação e os princípios de cada juiz. Não há garantia prévia de determinado meio ser, ou não, aceito como prova. Com ou sem o dispositivo, o problema podia ser suscitado, ao deferir ou indeferir uma prova por não ser moral, a cujo postulados o processo está sujeito, em seu todo, ainda que sem norma expressa. LIMA, Alcides de Mendonça. A Nova Terminologia do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 63, n. 464, p. 16, junho. 1974.

que tenha “sido colhida mediante garantia do contraditório, com a participação da parte contra quem deva operar”.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 30. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000. p. 425.

### 3. OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

#### 3.1 Introdução

Em face da temática central, é imprescindível a abordagem deste capítulo, na medida em que os princípios lastreiam toda relação jurídica de direito processual.

Assim, cumpre-nos esboçar, mesmo que sucintamente, sobre os princípios jurídicos, mostrando sua força incidente em todas as relações jurídicas, tanto de direito material como direito processual.

#### 3.2 Conceito de Princípio

Num sentido amplo, podemos definir princípio, como ensina Aurélio Buarque de Holanda Ferreira<sup>26</sup>, como “proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável”.

Para o jurista Diez-Picazo<sup>27</sup>, “a idéia de princípios deriva da linguagem da geometria, onde designa as verdades primeiras”.

---

<sup>26</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 1975.

<sup>27</sup> DIEZ-PICAZO *apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 1. ed. 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais. p. 47.

No âmbito do presente trabalho, devemos analisar a questão sob o enfoque da ciência do direito, logo, devemos nos preocupar com os princípios gerais do direito, assim entendidos, nas palavras de Miguel Reale, como:

enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.<sup>28</sup>

Não se destoa o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello abaixo “*in litteris*”:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico<sup>29</sup>.

### 3.3 Força e Incidência dos Princípios

O legislador considera alguns princípios de tamanha importância que os normatizam dentro do texto constitucional, como por exemplo, o princípio da legalidade, da ampla defesa, irretroatividade da lei penal, dentre outros.

O artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil enuncia que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

---

<sup>28</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1987. p. 300.

<sup>29</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira *apud* SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A Inversão Do Ônus Da Prova Como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28.

Com base na disposição deste texto há quem pense, como Clovis Beviláqua<sup>30</sup> que referido texto encerra uma ordem sistemática de incidência, ou seja, primeiro se invoca a analogia, posteriormente os costumes, e, por fim, os princípios gerais do direito, prendendo-se, o autor citado, à tese da supremacia absoluta da lei.

Não nos parece que assim deva ser entendida a questão.

Os princípios gerais do direito, inobstante a letra fria da lei, não têm repercussão somente no caso de omissão legislativa.

Mais do que isso. Devem nortear o espírito do legislador já quando da confecção da lei. Aliás, se princípio, como definido acima, “condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico”, nada mais correto e prático dar-lhe força já na atividade intelectual do legislador.

Também deve, principalmente, fomentar a alma do julgador quando da exegese da norma, na medida em que este está frente ao caso concreto e deve atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, que, insista-se, estão implícitas nos princípios gerais do direito.

Pontes de Miranda<sup>31</sup> lecionava que a “ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema”.

No mesmo sentido leciona Miguel Reale, ao afirmar que “é a luz dos princípios que devemos interpretar e aplicar os modelos jurídicos, quer estes se ajustem ou não, total ou parcialmente, à relação social cuja juridicidade cabe ao juiz decidir”<sup>32</sup>.

Com o brilhantismo até hoje insuperável, Carlos Maximiliano já afirmara que:

alteia-se o aplicador do Direito desde os factos comezinhos da vida diária até a cúspide do saber profissional; da realidade terra e terra êle ascende às

---

<sup>30</sup> BEVILÁQUA, Clovis *apud* REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. Edição 14<sup>a</sup>. São Paulo: Editora Saraiva, 1987. p. 310.

<sup>31</sup> MIRANDA, Pontes de *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1982. p. 88.

<sup>32</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 14. ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 1987. p. 312.

razões econômico-sociais; age, enfim, como **jurista sociólogo**<sup>33</sup> (grifo nosso).

Dessa forma, parece-nos inconcebível a idéia de negar vigência aos princípios, quando não pertencerem ao direito positivo.

Seria negar força aos ditames morais e culturais de um povo, donde é o nascedouro de todo princípio.

A lei deve ser interpretada segundo os anseios e necessidades dos jurisdicionados que estão implícitos nos princípios, tanto no sentido amplo, como sob o enfoque da ciência do direito.

Já afirmara Norberto Bobbio, que:

os princípios gerais são, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não são normas. Para mim não há dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli<sup>34</sup>.

Podemos concluir que toda legislação, inclusive o Código de Defesa do Consumidor, deve ser interpretada segundo os princípios gerais do direito, tanto na hipótese de estar explícito, ou implícito. Melhor, nas palavras de Celso Bastos:

Em resumo, são os princípios constitucionais aqueles valores albergados pelo Texto Maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante, **espraiair os seus valores, pulverizá-los sobre todo mundo jurídico**<sup>35</sup> (grifo nosso).

<sup>33</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Heremênutica e Aplicação do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo Porto Alegre Manuais Globo, 1933. p. 304.

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto *apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 1. ed. 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais. p. 57.

<sup>35</sup> BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva. p. 144.

### **3.4 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa – Art. 5º, inc. LV da Constituição Federal de 1998**

Ainda de forma tímida, cresce na consciência dos aplicadores do direito, a necessidade da efetivação dos princípios fundamentais esculpido na Magna Carta em favor da operacionalização da ordem jurídica, tanto na relação jurídica de direito material, como na de direito processual.

Assim é que nas Constituições contemporâneas, notadamente àquelas confeccionadas posteriormente a Revolução Francesa, trazem vasto rol de garantias individuais e coletivas, como é o caso da Carta Política brasileira, que não devem ser tidas apenas como declarações sem força vinculante, mas sim como normas constitucionais de eficácia plena, como é a maioria das garantias do rol inserido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Perceba-se que a grande maioria das garantias processuais constitucionais já existiam anteriormente a Constituição de 1988, como por exemplo a ampla defesa e o contraditório, que já faziam parte da Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada a 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas que aduzia:

“Toda pessoa tem direito ao recurso efetivo, perante as jurisdições nacionais competentes, contra atos atentatórios dos direitos fundamentais que lhes são reconhecidos pela Constituição e pelas leis” (art. 8º).

“Todos, em plena igualdade, têm direito a que sua causa seja ouvida, eqüitativamente e em público, por um tribunal independente e imparcial, que decidirá sobre seus direitos e as suas obrigações, ou sobre qualquer acusação penal, que lhes seja feita” (art. 10º).

Dentre as idéias que formam o núcleo dessas normas é possível extrair alguns elementos essenciais como o juiz natural, o direito a defesa e a adequação das formalidades dos procedimentos.

Não seria, dessa forma, heresia jurídica em afirmar que, mesmo face a existência normativa da ampla defesa e do contraditório, vez que o Brasil é signatário do texto universal, o Constituinte de 1988 consignou referida garantia, como cláusula pétrea, porque quis mostrar aos detentores do poder constituinte, a importância dessa garantia, e mais, procurou, assim, dar efetividade, e não apenas declará-la, ao normatizar:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988).

Da Constituição pátria emana a certeza de que a tutela jurídica devida pelo Estado aos jurisdicionados não se limita apenas à obrigação de entrega da prestação jurisdicional. O que assegura é uma jurisdição justa, igualitária e efetiva.

A *Great Charter* brasileira consagrou, dessa forma, a plenitude de defesa, que, aliás, é corolário do próprio Estado Democrático de Direito, que se caracteriza, entre outros, nas garantias da ampla defesa e do contraditório, a seguir conceituados.

Eduardo J. Couture, com magnitude, já introduzia no mundo jurídico a idéia de igualdade das partes, dentro da relação jurídico-processual, afirmando, “*in litteris*”:

A ação, como direito de ataque, tem uma réplica no direito do demandado de se defender. Toda demanda é um modo de agredir. A exceção é a defesa contra o ataque, usado pelo réu. Se a ação é, como dizíamos, o substituto civilizado da vingança, a exceção é o substituto civilizado da defesa”(...)”O litígio aparece, portanto, marcado por uma idéia que chamamos de bilateralidade. As partes se acham no litígio em pé de igualdade e essa igualdade, dentro do processo, outra coisa não é senão u’a manifestação do princípio da igualdade dos indivíduos perante a lei<sup>36</sup>.

O processo deve ser considerado sob o fundamento da igualdade das partes, e como tal conferindo poderes e deveres de igual tamanho.

---

<sup>36</sup> COUTURE, Eduardo J. **Clássicos da Literatura Jurídica, Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor José Konfino. p. 41.

O principal corolário do tratamento igual das partes se perfaz através do contraditório.

Por isso que “tal princípio consubstancia-se na velha parêmia: ‘audiatur et altera pars’ – a parte contrária deve também ser ouvida”<sup>37</sup>.

O princípio do contraditório contempla a condução dialética do processo, vale dizer, prescreve que cada ato processual que importe, em tese, eventual reflexo às partes, que estas tenham a oportunidade de apresentar suas deduções.

Logo se consolida no binômio ciência/oportunidade, ou seja, é imperioso que se dê ciência dos atos processuais e oportunidade às partes para se manifestarem.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, com apoio de Calamandrei, comentando o princípio do contraditório aduz:

O processo não é um monólogo: é um dialogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e de impulsos contrários, de ataques e contra-ataques. Por isso, foi comparado a uma luta ou disputa esportiva; mais cuida-se de uma luta de persuasões e uma disputa argumentativa<sup>38</sup>.

A ampla defesa deve ser entendida em harmonia com o contraditório com uma particularidade: tem a função de dar real efetividade ao contraditório no sentido de garantir aos litigantes não apenas ciência e oportunidade de se manifestarem acerca dos atos processuais, mas sim garantir que a manifestação seja ampla, efetiva, possibilitada na sua plenitude, podendo a parte usufruir todas as suas “armas processuais”, desde que não vedadas pelo ordenamento, como as provas ilícitas. Essa é a melhor exegese da expressão “com os meios e recursos a ela inerentes”, cristalizada no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988.

Com relação à assertiva anterior, no sentido da efetividade da defesa, preleciona Alexandre de Moraes<sup>39</sup> que a ampla defesa deve ser compreendida de

<sup>37</sup> FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 49.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Juiz e o Princípio do Contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 18, n. 71, p. 31, jul/set. 1993.

<sup>39</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999. p. 113.

maneira a oferecer ao réu condições de trazer para o processo os elementos que julgar necessário ao encontro da verdade, inclusive o direito de omissão.

Evidente assim fica que em toda relação jurídica de direito processual, esta deve ser lastreada, principalmente, dos princípios da ampla defesa e do contraditório, possibilitando às partes deduzir sua pretensão da maneira que entender mais conveniente com oportunidade de contra-argumentação.

Como exposto acima (item “Força e incidência dos princípios”), devido à força vinculante dos princípios, a relação processual em que se discute direito do consumidor, também está sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Pensar diferente significa, não somente negar vigência a esses princípios. Mas do que isso, significa negar vigência ao próprio Estado Democrático de Direito, que não contempla a desigualdade de tratamento sem suporte fático autorizador que é a desigualdade substancial, na medida em que tem como fundamento, o princípio democrático “que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, **e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais**”<sup>40</sup>, incluindo-se, neste último, a ampla defesa e o contraditório (grifo nosso).

Exige o Estado Democrático de Direito que o contraditório se apresente como efetivo e pleno, não apenas nominal. E isto ocorrerá quando a legislação, ou o intérprete, mais precisamente o juiz, não criar entraves jurídicos, vale dizer, não obstacularizar o trabalho da parte na missão da demonstração de seu direito violado ou posto em perigo pelo adversário.

O contraditório não se limita ao direito de as partes debaterem mutuamente exclusivamente as alegações uma das outras, mas também, manifestarem sobre todo o processado, inclusive sobre os atos praticados pelo juiz, sob pena de cerceamento de defesa, no caso do réu, e ofensa ao direito de ação, no caso do autor.

---

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1982. p. 111.

Assim, regras de juízo também devem passar pelo crivo do contraditório, notadamente àquelas que quebram o “andar natural” do processo, porque são excepcionais.

## 4. ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL TRADICIONAL

### 4.1 Conceito de Ônus, *Ônus Probandi*

Uma vez proposta a demanda, toda a atividade instrutória, precisa ser desenvolvida com o intuito de dar ao julgador elementos necessários para a entrega da prestação jurisdicional.

Assume, dessa forma, o litigante, o encargo de comprovar as alegações que amparam seu pretense direito, sob pena de insucesso na ação.

Portanto, ônus consiste na atuação de determinada forma buscando a satisfação de interesse próprio.

Etimologicamente, ônus quer dizer carga, fardo, peso. Dessa forma, "*onus probandi*" traduz-se livremente em dever de provar, atrelado a idéia de necessidade, ou como quer Wilhelm Kisch<sup>41</sup>, consiste na necessidade de provar para vencer, ou como afirma Moacyr Amaral Santos:

Ônus – do latim *onus* – quer dizer – carga, fardo, peso. *Ônus probandi* traduz-se apropriadamente por dever de provar, no sentido de necessidade de provar. Trata-se apenas dever no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> KISCH, Wilhelm *apud* MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1977. p. 187.

<sup>42</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. II. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. p. 305.

A idéia de ônus assume extrema importância dentro do processo, porque irá direcionar conclusivamente o julgamento nesse ou naquele sentido, vez que a parte a quem incumbe a prova do fato, arcará com as conseqüências caso não obtenha sucesso.

Por isso mesmo que José Frederico Marques, com apoio de Chiovenda e Leo Rosemberg acentua:

A disciplina do ônus probandi, segundo afirma Chiovenda, situa-se 'entre os problemas vitais do processo'. Leo Rosemberg lembra mesmo que a importância das normas sobre distribuição do ônus da prova é tão grande que, com razão, se afirma constituir ela 'a conduta vertebral do processo civil'.<sup>43</sup>

Por último, cumpre salientar que o cumprimento do ônus, para efeito de sucesso, consiste em fazer prova irrefragável, sólida, consistente, não podendo o julgador se contentar com simples suposições. Logo "falta de prova e prova incompleta equivalem-se na sistemática do ônus probatório".<sup>44</sup>

#### 4.2 Diferença Entre Ônus e Dever/Obrigação

Do conceito firmado acima, extrai-se que a noção de ônus está intimamente atrelada, na sua ausência, a idéia de prejuízo próprio.

---

<sup>43</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1977. p. 187.

<sup>44</sup> TAMG, Ap. 28.537, ac. 11.06.85, in Rev. Amagis, 8/178.

Por seu turno, dever/obrigação, conforme ensina Sílvio Rodrigues é “o vínculo de direito pelo qual alguém (sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto), em favor de outrem (sujeito ativo)”<sup>45</sup>.

Com efeito, podemos diferenciar ônus e obrigação, na medida em que ônus, na sua inobservância, acarreta prejuízo próprio, enquanto que a obrigação/dever acarreta malefícios a terceiros.

Assim já ensinava Friedrich Lent, lembrado por José Frederico Marques:

A diferença essencial entre ônus e obrigação está, pois, em meu entender, na circunstância de que o adimplemento do ônus é deixado à livre vontade da parte onerada, ao contrário do que ocorre na obrigação, qualquer que seja a reação provocada pelo seu inadimplemento. Pertence, pois, à essência da obrigação a necessidade de ser cumprida. Uma obrigação cujo adimplemento fique ao arbítrio do obrigado, constitui uma contradição *in se ipsa*. Disto resulta que, enquanto o não-cumprimento do ônus não se apresenta como ato contra o direito, visto que o comportamento da parte é deixado a sua escolha, o inadimplemento de uma obrigação é fato em contradição com a ordem jurídica, e importa em consequências adequadas<sup>46</sup>.

Na sempre lembrada lição de Carnelutti:

falo de ônus, quando o exercício de uma faculdade aparece como condição para obter uma determinada vantagem; por isso, o ônus é uma faculdade cujo exercício necessário para fruição de um interesse. Obrigação e ônus têm de comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, mas diferem no elemento substancial, porquanto, quando há obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio, e para a tutela de um interesse próprio, quando se trata de ônus<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2, p. 4.

<sup>46</sup> LENT, Friedrich *apud* MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 120.

<sup>47</sup> CARNELUTTI *apud* JUNIOR, Antonio Janyr Dall'agnol. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, n. 788, p. 93, jun. 2001.

### 4.3 Regras do Ônus da Prova no Processo Civil Tradicional

A regra do ônus da prova no Processo Civil brasileiro, que acolheu o princípio do dispositivo, que contempla à parte a diligência necessária para sair vitoriosa (sem se ater às inovações introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor), vem consubstanciada no art. 333, incisos I, II, ao mencionar:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Moacyr Amaral dos Santos, quando da interpretação do citado art. 333, aduz:

A cada uma das partes, em verdade, incumbe fornecer a prova dos fatos por ela afirmados, cabendo ao autor, em regra, a prova dos fatos constitutivos do direito que pleiteia e, ao réu, em regra, a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos desse direito.<sup>48</sup>

E continua:

**Por fatos constitutivos** se entendem os que têm a eficácia jurídica de dar vida, de fazer nascer, de constituir a relação jurídica, e, geralmente, também, a função de identificar os seus elementos. Por exemplo: um empréstimo, uma compra e venda, uma sucessão.

**Por fatos extintivos** se entendem os que têm a eficácia de fazer cessar a relação jurídica. Por exemplo: o pagamento, na ação de cobrança; o perecimento da coisa, na obrigação de dar.

**Fatos impeditivos** são todas aquelas circunstâncias que impedem que decorra de um fato o efeito que lhe é normal, ou próprio, e que constitui a sua razão de ser. Compreendem-se, como tais, todas as condições gerais ou comuns aos atos jurídicos, as quais umas pela existência, outras pela

<sup>48</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v.1, p. 153.

sua ausência. Assim, na compra e venda, por exemplo, muito embora provado o acordo sobre a coisa e o preço, poderá ocorrer a existência de um impedimento, como o ocasionado pela simulação do negócio (Cód. Civil, art. 102); ou pela incapacidade das partes, ou pela impropriedade de forma (Cód. Civil, arts. 82, 129, 130, 145).

**Fatos modificativos** são os que, sem excluir ou impedir a relação jurídica, à qual são posteriores, têm a eficácia de modificá-la. Assim, o pagamento de parte de um crédito, a combinação sobre a guarda dos filhos entre cônjuges, são atos modificativos do crédito, do pátrio poder<sup>49</sup>.

Quando o autor lança determinado fato na peça inaugural, ou mesmo já com a angularização do processo efetivada, abre um leque de opções para o defendente: apenas nega os fatos afirmados pelo autor, ou aduz fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado.

No primeiro caso, todo o ônus recai sobre o autor, que deverá provar o fato invocado – constitutivo de seu direito - sob pena de insucesso na demanda, mesmo no caso de inércia do réu. “*Actore non probante absolvitur réus*”.

Para Humberto Theodoro Junior, evidente que:

se cabe ao autor direito de impor ao juiz a abertura do processo e de sujeitar o réu a seus efeitos, sem que se dê a este a liberdade de não vincular-se à relação processual, é forçoso que ao autor caiba a responsabilidade maior para o sucesso da demanda<sup>50</sup>.

No segundo caso, todo o ônus da prova se desloca para o réu.

Insista-se, por fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de direito se entende aquele “capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor”.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad. v.1, 146, p. 147.

<sup>50</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 133.

<sup>51</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 30. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000. p.424.

Nessa circunstância, como o réu não negou o fato constitutivo do autor, este implicitamente está aceito, logo se tornando incontroverso, dispensando-se a confecção de prova.

O ponto controvertido passa a ser o fato introduzido pelo réu, cabendo a ele o ônus da prova.

Por conta disso há quem afirme, invocando precedente jurisprudencial, como Darcy A. Miranda e outros que “inverte-se ônus da prova quando o réu, ao contestar a pretensão do autor, embora reconhecendo o direito substancial do demandante, deduz a existência de um fato, capaz de extinguir o pedido”.<sup>52</sup>

Contudo, tanto na hipótese de o ônus pertencer ao autor ou ao réu, o certo é que o ônus da prova, num primeiro plano, incumbe “*ei qui dicit*”, ou seja, aquele que alega fato constitutivo deve prová-lo, aquele que alega fato impeditivo, modificativo ou extintivo deverá prová-lo. Confira-se:

O ônus de provar em juízo os fatos alegados não incumbe, de maneira exclusiva, nem ao autor nem ao réu; reparte-se, ao contrário, entre um e outro, segundo regras previstas em lei ou consagradas pela jurisprudência e pela doutrina. Se o fato extintivo é o que tem eficácia para fazer cessar a relação jurídica, é evidente que o ônus da prova desse fato cabe a quem o alegar.<sup>53</sup>

Para Chiovenda:

o ônus de afirmar e provar se reparte entre as partes, no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas provar os fatos que desejam ser considerados pelo juiz, isto é, os fatos que tenha interesse sejam por este tido como verdadeiros.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> MIRANDA, Darcy Arruda. *et al* **Código de Processo Civil nos Tribunais**. 6. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1992. p. 1867.

<sup>53</sup> TJMS, 21.5.79, unânime, Ver. Jurisp., 2/77.

<sup>54</sup> CHIOVENDA *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. II. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. p. 308.

Antonio Marcato, na sua brilhante passagem pelo Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, deixou consignado que:

O ônus da prova representa uma verdadeira distribuição de riscos, ou seja, considerando que o conjunto probatório possa ser lacunoso ou obscuro, a lei traça critérios destinados a informar, de acordo com o caso, qual dos litigantes deverá suportar os riscos derivados dessas lacunas ou obscuridades, arcando com as conseqüências desfavoráveis de não haver provado o fato que lhe aproveitava.<sup>55</sup>

Como já afirmado, a prova destina-se a formar a convicção do juiz. Assim ela é apreciada objetivamente, sem questionar se foi produzida por esse ou aquele litigante. Destarte, havendo elementos nos autos, nesse ou naquele sentido, pouca importância assume as regras de distribuição do ônus.

Pode se concluir que a regra de ônus da prova terá pertinência como regra de juízo quando, encerrada a instrução probatória, permaneça o juiz na dúvida intransponível acerca da existência do fato constitutivo ou liberatório. É o que a doutrina denomina de “*non liquet*” ou seja, as questões fáticas não estão esclarecidas, não restando alternativa ao sentenciante a não ser a de empregar as regras de distribuição do “*onus probandi*”.

Contempla ainda, o Código de Processo Civil brasileiro, o instituto da convenção sobre ônus da prova, cristalizado no parágrafo único e seus incisos do art. 333, ao prescrever:

“Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

- I – recair sobre direito indisponível da parte;
- II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Tanto no primeiro caso como no segundo, temos uma figura de pouca aplicabilidade prática, ou seja, aceita em algumas situações e impossível em outras.

---

<sup>55</sup> MARCATO, Antonio. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, n. 732, p. 276, outubro. 1996.

A um porque há grande quantidade de ações em que se discute direitos indisponíveis. Ora, se os direitos indisponíveis são insuscetíveis de transação, por consequência permitir convenção em torno do ônus da prova, seria o mesmo que, por via indireta, chegar-se àquilo que diretamente é vedado pelo ordenamento.

A dois porque, como já afirmado, o campo da prova é extremamente tormentoso, notadamente para aquele que tem o ônus da sua produção. Assim, essa situação ficará ainda mais dificultada, caso, por convenção, tenha que produzir a prova que incumbia a outra parte, ainda mais nos dias de hoje, que a produção de prova está atrelada a altos gastos financeiros.

Em resumo, todas as vezes que a convenção sobre ônus da prova interferir no direito de ação da parte, no sentido de dificultar, tornar excessivamente oneroso, nenhuma validade terá referida pactuação. Do contrário, não seria apenas atritar com a regra estatuída pelo Código, seria negar o efetivo acesso à jurisdição.

Nessa esteira de raciocínio, leciona Gelson Amaro de Souza que:

Não vemos grande utilidade prática no instituto, mas o mesmo vem de encontro com ao princípio do dispositivo pelo qual a parte pode dispor de sua prova, interpretado a *contrário sensu*. Por um lado se é certo que a parte pode dispor da prova, por outro, ela pode assumir o ônus de provar em vez da parte contrária. Tanto em um como em outro caso trata-se do princípio com aplicação relativa. Isto é, aceita em algumas situações e impossível de ser aceita em outras<sup>56</sup>.

Pode-se concluir que ônus da prova é regra de julgamento no processo civil tradicional, mas não no Código de Defesa do Consumidor, no caso de aplicação da inversão, que exige um agir, uma atividade do juiz, como se denota da leitura do inc. VIII do art. 6º, cujo assunto se enfrentará adiante.

---

<sup>56</sup> SOUZA, Gelson Amaro de. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Presidente Prudente: Data Júris, 1998. p. 629.

#### 4.4 Dos Poderes Instrutórios do Juiz

Preliminarmente, imperioso ressaltar que o poder instrutório do juiz em nada se confunde com a teoria da distribuição do ônus da prova.

Como adverte Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

O poder instrutório do juiz respeita à sua atividade no sentido da realização da prova, ao passo que a distribuição do ônus da prova é regra de julgamento, que só vai ser aplicada pelo juiz no momento da sentença, quando a prova já tiver sido colhida<sup>57</sup>.

Entretanto, cumpre-nos discorrer acerca do tema na medida em que está diretamente vinculado às questões que surgem em torno da teoria geral das provas.

Como afirmado no item anterior, sobre as provas, dentro da relação processual, vigora o princípio do dispositivo que contempla às partes o ônus de fazer a prova que lhe caiba, sob pena de insucesso da demanda.

Por muito tempo vigorou no direito pátrio o prolóquio de que o processo penal tem como ideal a busca da verdade real, enquanto que o processo civil se contenta com a verdade formal.

Esse brocardo era interpretado a luz do princípio do dispositivo, chegando-se à conclusão, parte da doutrina pátria, que o juiz deveria ficar totalmente inerte com relação à colheita de provas, apenas contentando-se com àquelas introduzidas nos autos pelas partes, conforme posicionamentos que seguem:

Sentis Melendo, em cuidadosa análise do tema, procura demonstrar que o juiz não é um investigador de provas, cabendo-lhe, tão somente, verificá-las.

---

<sup>57</sup> JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 438.

Em sentido semelhante, posiciona-se Moacyr Amaral Santos, figura exponencial da corrente clássica, para que, na atividade probatória, exerce função meramente supletiva”.<sup>58</sup>

Com isso o ideal de justiça, notadamente nas relações jurídicas em que se discutia os chamados “direitos disponíveis”, ficavam em segundo plano, prevalecendo sobre ele às formalidades do processo.

A doutrina e a jurisprudência começaram a perceber que essa regra deveria ser quebrada, na medida em que o ideal de justiça deveria sempre prevalecer, seja na esfera do direito repressivo, seja no âmbito dos direitos privados, inclusive disponíveis.

Assim, começou surgir a consciência de que o juiz poderia interferir na lide, tocantemente a produção das provas, não mais permanecendo na inércia, como outrora fazia.

O próprio princípio do dispositivo passou por reformulação chegando-se a uma nova concepção, que o juiz deve ter uma direção material do processo em lugar da direção formal, como nos ensina Cappeteli, lembrado por João Batista Lopes, na lição a seguir transcrita, “*in litteris*”:

A posição desse eminente processualista italiano pode ser assim sintetizada:

a) o princípio do dispositivo, em sua moderna configuração, significa apenas que a iniciativa das alegações e dos pedidos incumbe às partes, não ao juiz; b) a iniciativa das provas não é privativa das partes, podendo o juiz determinar diligências necessárias à integral apuração dos fatos; c) o juiz, a par das funções próprias de direito formal do processo, exerce um poder de intervenção, de solicitação, de estímulo no sentido de permitir que as partes esclareçam suas alegações e petições, a fim de ser assegurado um critério de igualdade substancial das mesmas.<sup>59</sup>

Essa possibilidade é perfeitamente contemplada pelo direito positivo brasileiro, em especial no art. 130 do Código de Processo Civil brasileiro que enuncia:

---

<sup>58</sup> LOPES, João Batista. Iniciativas Probatórias do Juiz e os Arts. 130 e 333 do CPC. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 84, n. 716, p. 42, jun. 1995.

<sup>59</sup> Idem.

“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”.

Comentando essa norma, Celso Agrícola Barbi não se destoa dos ensinamentos do jurista italiano transcrito acima, conforme lição que segue, “*in verbis*”:

O texto atual é amplo, não limitando os meios de prova que o juiz pode entender conveniente determinar por sua própria iniciativa. Atende ele a um sentimento muito difundido entre os nossos magistrados, que, em razão, não se satisfazem com uma atitude de inércia, que poderia levá-los em forma não satisfatória, porque suficientemente esclarecidos os fatos. A norma legal propicia ao juiz, nessas hipóteses, meios para completar sua convicção e, assim, decidir com tranqüillidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz, que é não apenas o de decidir, mas sim o de decidir bem, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito.<sup>60</sup>

O juiz como destinatário da prova (v. item 2.4) deve interceder no processo, não apenas para indeferir as diligências probatórias que julgar inútil, mas para determinar, “*ex officio*”, àquelas que julgar necessários para o esclarecimento dos fatos.

A justa jurisdição é busca de todos os povos e que tem por finalidade, no direito pátrio, dar aplicabilidade e efetividade ao Estado Democrático de Direito, que não se contenta com a prevalência da formalidade sobre a realidade.

Assim é que:

O processo é hoje concebido como instrumento a serviço da ordem constitucional e reflete, portanto, os fundamentos do regime democrático proclamado. Daí ser designado como verdadeiro microcosmos democrático do Estado de Direito<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 528.

<sup>61</sup> NALINI, José Renato. O Juiz e o Processo Constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 82, n. 687, p. 244, jan. 1993.

A jurisprudência vem se inclinando nesse sentido, notadamente o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, acolhendo lição do Eminentíssimo Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, conforme precedente que segue:

O Código acolheu o princípio do dispositivo, segundo o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata pertium iudicare debet*). Mas o abrandou, permitindo a iniciativa probatória do juiz (v. Exposições de Motivos n.18), haja vista que a publicização do processo e a associalização do direito implicam, cada vez mais, a busca da verdade real. O juiz, entretanto, somente deverá tomar a iniciativa probatória quando a prova se fizer necessária 'ao conhecimento da verdade que interessa ao melhor e mais justo julgamento da causa'. Essa iniciativa reclama, no entanto, estado de perplexidade do julgador em face das provas contraditórias, confusas, incompletas ou de cuja existência o juiz tenha conhecimento. A iniciativa probatória do juiz pode ocorrer em qualquer fase, uma vez que a mesma não se sujeita à preclusão.<sup>62</sup>

Em suma, o juiz, no direito processual contemporâneo, não mais é simples espectador, no campo probatório, da batalha delineada entre as partes, e sim detém poderes de iniciativa para perquirir a verdade real para bem decidir a lide. E mais, deve usar desse poder com cautela e imparcialidade, de forma subsidiária aos atos praticados pelos litigantes, sob pena de enfraquecer o ideal de justiça tão procurado pelas sociedades modernas. Pensar diferente não significa apenas tutelar a escola clássica do direito processual, mais do que isso, significa, antes de tudo, obstacularizar a entrega justa da prestação jurisdicional, noutras palavras, ser um burocrata do direito, porque coloca simples formalidades acima do ideal de justiça. As normas de direito processual servem para instrumentalizar e entregar o direito material tolhido ou na sua iminência. Portanto, assim devem ser interpretadas e jamais como obstáculo à busca do direito violado ou posto em disputa.

---

<sup>62</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp. 43.467-MG-4ª T. – j. 12.12.1995 – rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 18.03.1996. vu. RT 729/155-159.

## 5. ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

### 5.1 Introdução ao Tema

O direito processual civil brasileiro está vivenciando, em especial nas últimas décadas, fartas transformações, passando por verdadeira renovação. A grande maioria das normas, até então vigente, tinha por objetivo dar instrumentalidade ao direito material então vigente, que na sua avassaladora maioria eram direitos individuais, em oposto aos coletivos, oriundos dos chamados direitos de primeira e segunda geração.

Com a evolução social e conseqüentemente, também concomitantemente, surgimento dos direitos de terceira geração (alguns escritores já falam em direitos de quarta geração) o individual perdeu espaço frente ao coletivo. Entretanto as normas processuais não se adequaram a essas inovações - devido, principalmente, a morosidade, pra não dizer “preguiça”, legislativa – permanecendo àquelas destinadas a instrumentalizar direitos de ordem individual.

O Brasil não ficou atrás dessa nova ordem mundial de defesa dos direitos coletivos, sem se esquecer, no entanto, da tutela dos direitos individuais.

Especificamente, no campo de Direito do Consumidor, este muito esquecido, passou a ter tratamento especial, com a consagração de normas tutelares tanto na proteção individual, como na coletiva.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, que se caracterizou, dentre outros motivos, por contemplar vasto rol de direitos e garantias individuais, cristalizou no seu texto a defesa do consumidor.

Assim é que já no seu art. 5º, inc. XXXII disciplina:

“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

E quando organizou os princípios da ordem econômica e financeira, não esqueceu do consumidor, asseverando, no seu art. 170 que:

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

V – defesa do consumidor”.

Dessa forma, não resta dúvida que toda a organização da ordem econômica do país deve se preocupar, também, com a defesa e respeito pelo consumidor, assim como todos os outros setores da atividade estatal, também da atividade privada, devido à força cogente das normas que asseguram direitos e garantias individuais (art. 5º, parágrafo 1º da CF), como é o caso do inc. XXXII, do art. 5º da Constituição Federal supracitado.

Com efeito, em 1990 foi editado e promulgado o Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990, que tem por finalidade dar aplicabilidade às normas constitucionais acima transcritas, normatizando a proteção tão aclamada pelos consumidores, trazendo normas de incidência no campo administrativo, tributário, processual civil, direito civil, penal.

No presente trabalho, vamos nos preocupar com as normas de caráter processual, que tem por escopo facilitar a defesa do consumidor em juízo, notadamente àquela prevista no art. 6º, inc. VIII do Estatuto Consumerista, ou seja, a inversão do ônus da prova.

Tendo em vista que o Código do Consumidor alberga dois tipos de inversão do ônus da prova (art. 6º, inc. VIII e art. 38 “caput”), cumpre-nos, mesmo que superficialmente, discorrer sobre as diferenças existentes entre os dois institutos jurídico-processuais.

A inversão prevista no art. 6º, inc. VIII é a chamada inversão judicial, porque depende de manifestação do juiz, enquanto que a prevista no art. 38 “caput” é a

chamada inversão legal, vez que independe de determinação judicial, operando-se “*ope legis*”.

Stephan Klaus Radloff, em brilhante obra prefaciada por Humberto Theodoro Junior, discorrendo sobre a diferença dos dois institutos, aduz que:

Ao contrário do previsto no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, onde a facilitação do ônus da prova depende de exclusivo critério do magistrado que, segundo as regras de experiência, deverá verificar a verossimilhança das alegações e/ou hipossuficiência do mesmo, na hipótese contemplada no art. 38, a inversão do ônus da prova opera-se automaticamente, sem que haja necessidade de uma fase pré-cognitiva de critério subjetivo por parte de juiz<sup>63</sup>.

Em brilhante artigo sobre o tema, Carlos Roberto Barbosa Moreira aduz:

A inversão de que trata o art. 6º, VIII, do CDC resulta, necessariamente de ato judicial, praticado no processo entre consumidor e fornecedor: não pode ser diversa a exegese da cláusula ‘a critério do juiz’, presente no dispositivo. Não se cuida, portanto, de inversão que decorra diretamente da lei, como se passa nas hipóteses nas quais o próprio Código, dispensando o consumidor do ônus da prova do defeito – inequivocadamente, fato constitutivo de seu direito à reparação -, transfere ao fornecedor o encargo de demonstrar que ‘o defeito inexistente’ (arts. 12, parágrafo 3º, n. II e 14, parágrafo 3º, n. I)<sup>64</sup>.

As finalidades de uma e outra também são distintas.

Enquanto a primeira tem por intuito facilitar a defesa em juízo do consumidor, a segunda, tem por escopo tutelar o consumidor frente às agressivas campanhas de marketing.

É de se concluir que frente à inversão legal não há de se falar em dúvida ou divergência doutrinária, acerca do momento processual de sua ocorrência. Por se tratar de inversão “*ope legis*”, de antemão já sabe o fornecedor que a ele cabe o ônus da prova.

<sup>63</sup> RADLOFF, Stephan Klaus. **A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 75.

<sup>64</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, n. 86, p. 299, abr/jun. 1997.

Logo o “ônus da prova da veracidade e correção da informação publicitária cabe a quem os patrocina, sendo independente sua atribuição da discricionariedade do juiz”.<sup>65</sup>

Diferente é a inversão judicial que depende de prévia determinação judicial, porque os requisitos de sua aplicação devem ser aferidos pelo magistrado, surgindo divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao momento de sua determinação que será amplamente exposto adiante.

Assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Waldemar Zveiter, concluindo que “isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor”.<sup>66</sup>

Doravante, só nos preocuparemos com a inversão judicial (art. 6º, inc. VIII), que é o tema deste trabalho.

## **5.2 Análise do Art. 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor – Requisitos Legais**

Consagra o art. 6º do Código do Consumidor vasto rol de direitos básicos do consumidor, dentre eles, que a defesa do consumidor em juízo seja facilitada através da inversão do ônus da prova, mitigando, dessa forma, a tradicional regra de distribuição do “*onus probandi*” contemplada no art. 333 do Código de Processo Civil.

---

<sup>65</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – Ap. Cível nº 255.461-2, de 06.04.95 – Rel. Aldo Magalhães *apud* RADLOFF, Stephan Klaus. **A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 75.

<sup>66</sup> STJ, REsp. nº 171.988/RS, 3ª T., Min. Waldemar Zveiter, ac. De 24.05.1999, in DJU 28.06.1999, p. 104 - JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 147.

Com efeito, prescreve o art. 6º, inc. VIII do Código do Consumidor:

“São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

Primeiramente, forçoso reconhecer que referida norma coloca a inversão com nítido caráter excepcional, na medida em que a condiciona a presença dos pressupostos apresentados por ela.

Portanto a regra geral continua sendo aquela traçada pelo art. 333 do Código de Processo Civil, excepcionalmente aplicando-se a inovação trazida pelo Código do Consumidor.

Em minucioso estudo do tema, Humberto Theodoro Junior preleciona pela excepcionalidade da novidade do Estatuto Consumerista, preconizando que:

Por admitir que, em regra geral, o consumidor é a parte fraca no mercado de consumo, a lei inclui entre as medidas protetivas que lhe são proporcionadas a da possibilidade de inversão do ônus da prova. Mas, o inciso VIII do art. 6º, do CDC, autoriza essa providência apenas quando o juiz venha a constatar a verossimilhança da alegação do consumidor, ou a hipossuficiência segundo as regras ordinárias de experiência. Vê-se, logo, ‘que não se trata de inversão compulsória, sendo, ao contrário, simples faculdade judicial que pode, ou não, ser concedida (Deputado Joaci Góes, Relator do Projeto do CDC). É ao juiz, portanto, que toca verificar se estão presentes os pressupostos que o autorizam assim proceder.<sup>67</sup>

Miguel Reale<sup>68</sup> vai além. Após criticar essa inovação, aduz que o legislador deveria especificar os casos em que deveria ocorrer a inversão.

Portanto, trata-se de medida de exceção, que somente deve ser deferida frente à subsunção, irrefragável, dos pressupostos legais.

---

<sup>67</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 143.

<sup>68</sup> REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 52.

Bem didático é o precedente do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito:

A regra contida no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta em favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige do Magistrado, quando da sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se.<sup>69</sup>

Aliás, a legislação protetiva do consumidor, parte da premissa da vulnerabilidade do consumidor, face às maquinações de marketing empreendidas pelos fornecedores. Logo, “sua *ratio essendi* é, portanto, a busca do reequilíbrio da relação de consumo”<sup>70</sup>, jamais protecionismo desvairado, incondicionado, que depõe contra o regime liberal de livre comércio pactuado na Magna Carta.

Os requisitos traçados pelo Código são: verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor e que a lide circunscreva-se no âmbito do processo civil, e ainda, concedida “a critério do juiz” que analisará o pedido “segundo as regras ordinárias de experiência”.

Esclareça-se, desde já, que é ponto pacífico entre a doutrina que os requisitos citados atuam separadamente, assinalando que a presença de apenas um deles (verossimilhança ou hipossuficiência) é suficiente para a concessão da benesse processual, com muita maior razão caso haja presença dos dois.

Esclarece o clássico dicionário brasileiro de Aurélio Buarque à expressão “verossímil” como:

---

<sup>69</sup> STJ REsp 140.097-SP – 4ª T. – j. 04.05.2000 – rel. . Cesar Asfor Rocha – DJU 11.09.2000 – vu. RT 785/184, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 90 – Março de 2001 – Vol. 785.

<sup>70</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 144.

“Verossímil. Semelhante à verdade; que tem aparência de verdadeiro; que não repugna à verdade; provável”.<sup>71</sup>

Competirá, dessa forma, ao consumidor demonstrar serem verossímeis suas deduções.

Sobre esse pressuposto, leciona Humberto Theodoro Junior que:

A verossimilhança é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feito indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor. Diz o CDC que esse juízo de verossimilhança haverá de ser feito ‘segundo as regras ordinárias de experiência’ (art. 6º, VIII). Deve o raciocínio, portanto, partir de dados concretos que, como indícios, autorizem ser muito provável a veracidade da versão do consumidor.<sup>72</sup>

As alegações expendidas pelo consumidor devem constituir em não-repugnância à verdade, circunscrever-se no âmbito de verdade provável, com plausibilidade quando analisada no contexto dos autos ou das máximas de experiência. Devem ser afirmações concisas, definidas, certas, capazes de conduzir o magistrado a um raciocínio direto, sem necessidade de grande esforço mental, no sentido de colocar o juiz frente a enorme “ginástica” intelectual para extrair prévio – cognição sumária - convencimento de plausibilidade do alegado.

A hipossuficiência, nas palavras de Cecília Matos, em dissertação de mestrado apresentada à faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, lembrada por Kazuo Watanabe, assim se caracteriza:

A hipossuficiência, característica integrante da vulnerabilidade, demonstra uma diminuição de capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas a social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros (...) Pretendeu o Código de Defesa do Consumidor tutelar tanto aquele que apresente alegações verossímeis como aqueles

<sup>71</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1975.

<sup>72</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 143.

outros que, apesar de não-verossímeis suas alegações, sejam hipossuficientes e vulneráveis, segundo assim entenda o julgador com base em suas regras de experiência<sup>73</sup>.

Perceba-se, segundo a jurista supracitada, o Código não cuidou apenas do conceito econômico, tutelando, também, aquele consumidor que, inobstante deter poderio econômico, possui pobreza de cunho técnico no âmbito do conhecimento específico, objeto da lide.

Correto e digno de elogios seus ensinamentos. O Código, nesse passo, não pretendeu albergar o consumidor que detém apenas inferioridade econômica. Foi além. Preocupou-se em defender aquele que não possui conhecimento específico em torno do que se discute na lide, seja pobre, no sentido econômico, ou não, o que tem por finalidade garantir igualdade de condições processuais entre aquele que detém o conhecimento técnico inerente a sua atividade habitual e aquele que nada sabe sobre o “*thema probandi*” nos seus contornos técnicos e específicos, que é o consumidor, conforme trecho do lúcido acórdão da Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, transcrita abaixo:

A hipossuficiência de que trata o art. 6, VIII, do CDC, um dos requisitos que autoriza a inversão do ônus da prova, não se refere a condição econômica do consumidor, e sim as hipóteses em que este, em razão da presença de complexas questões de ordem técnica de conhecimento restrito do fornecedor, se encontre em extrema dificuldade de produzir a prova necessária<sup>74</sup>.

O requisito “no processo civil” dispensa maiores comentários. O legislador prendeu-se a idéia de somente no âmbito judicial, e quando a via for o processo civil, deferir o benefício ao consumidor. Dessa forma, como o Código do Consumidor é uma lei multidisciplinar (por englobar institutos jurídicos de várias naturezas) somente no processo civil é que será possível a inversão do ônus da prova. Questões que

<sup>73</sup>MATOS, Cecília *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 618.

<sup>74</sup> Agravo de Instrumento nº 1.034.193-6, agravante: Issa Saade, agravada: Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito. **Revista dos Tribunais** 795, p. 252.

surgirem em torno, “*exempli gratia*”, de lide penal ou discussões na esfera administrativa não serão contempladas pela inversão do ônus da prova.

Com relação à exegese da expressão “a critério do juiz”, nos facultamos a reportar ao que já foi dito sobre as diferenças da inversão preconizada no art. 6º, inc. VIII que é o tema central deste trabalho, com a inversão preconizada pelo art. 38 do mesmo estatuto, ou seja, a inversão aqui é ato do juiz, não se operando automaticamente, dependendo de ato de manifestação pelo magistrado, que poderá deferi-la, ou não, dependendo da presença dos pressupostos já debatidos. Enquanto não houver decisão, vigoram as regras tradicionais constantes do art. 333 do Código de Processo Civil.

Contudo, é preciso se ater que como a inversão depende de “decisão” do magistrado, esta deve ser devidamente fundamentada sob pena de afronta ao art. 93, inc. IX da Constituição Federal e conseqüente nulidade.

E mais, não basta ao juiz apenas mencionar que estão presentes os requisitos legais. Deve identificá-los, pormenorizá-los, mostrar sua existência e localização dentro dos autos. Diferentemente, impossibilitaria a parte “*ex adversa*” guerrear a decisão, o que lhe acarreta prejuízo irreparável, de ordem constitucional por flagrante cerceamento de defesa. Nesse sentido é o magistério de Carlos Roberto Barbosa Moreira a seguir transcrito, “*in verbis*”:

O Código não conferiu ao juiz um poder ilimitado, cujo exercício depende de puros critérios de conveniência. Muito ao contrário: precisou, em enumeração exaustiva, os casos nos quais a inversão se revela admissível. Esta, portanto, quando ordenada, há de se fazer acompanhar da expressa menção à hipótese legal que, ao ver do magistrado, se configurou no caso concreto, e, além disso, das específicas razões motivadoras daquele convencimento. Sublinhando a última exigência – que decorre da própria CF (art. 93, IX) -, pois, levando em conta o modo pelo que a lei enunciou aquelas duas hipóteses, haveria o risco de se frustrar a garantia da motivação das decisões judiciais, se se permitisse a inversão com base em fundamentação apenas aparente (...) não se deve imaginar que o juiz poderá cingir-se a repetir, ritualisticamente, as palavras da lei, para justificar o ato da inversão. De nada valará a garantia constitucional e legal (CPC, art. 165, 2ª parte) se se reputar válida decisão em que o julgador se limite a dizer, por exemplo, que ‘é verossímil a alegação do consumidor’, ou que ‘é consumidor hipossuficiente’: ao contrário, deverá ele, de forma obrigatória, aludir aos elementos de convicção que o levaram a enxergar verossimilhança na

versão apresentada pelo consumidor, ou dos quais extraiu a sua hipossuficiência<sup>75</sup>.

Ainda há um requisito criado pela doutrina, que é a impossibilidade de se inverter o ônus da prova, quando isso implique em colocar o fornecedor na tarefa de fazer a chamada prova negativa, ou, num termo amplo, prova impossível de se fazer.

Assim, para que seja possível a inversão do “*onus probandi*” é imperioso que se verifique que, em tese, será possível contra aquele que se operou a inversão, possibilidade de realizar a prova que agora lhe compete. Do contrário, implica em verdadeiro cerceamento de defesa, ou seja, o magistrado estaria usando de um instrumento processual – a inversão - para tornar impossível a tarefa de demandado, que é a de defender-se.

Humberto Theodoro Júnior, comentando sobre “as provas diabólicas ou impossíveis no sistema geral do processo”, incluindo dentre estas as provas negativas e as provas impossíveis de se determinar, com apoio de João Mendes Junior, Moacyr Amaral e Lobão, após sustentar sobre a possibilidade de se exigir em determinadas circunstâncias à realização da prova negativa, quando possível transmudar a proposição negativa em uma afirmativa contrária, aduz:

O clássico processualista João Mendes Júnior já ensinava que só podia cogitar de prova negativa quando esta fosse relativa, isto é, fosse daquelas que se podem converter em afirmativas; ‘não, assim, a negativa absoluta indefinida’. Realmente, - observa AMARAL DOS SANTOS, ‘há negativas de tal forma indefinidas ou absolutas, que a sua prova seria mesmo impossível, quiçá apenas difícilima’<sup>76</sup>.

Ora, se o próprio autor não demonstra a certeza e definição da origem do fato que alicerça sua pretensão, como poderá o réu saber?

<sup>75</sup>MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, n. 86, p. 300, abr/jun. 1997.

<sup>76</sup>JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 146.

Como já dito acima (v. item 2.2 “Objeto da prova”) para adquirirem a condições de objeto de prova, necessitam os fatos da qualidade de serem determinados, isto é, individualizados e pormenorizados a fim de distingui-los dos demais que não guardam conotação com o litígio.

Como conseqüência, deve ser indeferida a inversão, como bem sintetiza o jurista mineiro, na lição transcrita, a seguir, “*ipsis litteris*”:

Logo, se o autor invoca como causa de pedir fatos indefinidos, que, obviamente, não tem como provar, não pode se valer do mecanismo processual de inversão do ônus da prova para transferir para o réu o encargo de fazê-lo. (...) Inconcebível, por isso mesmo, que a inversão do ônus da prova, seja utilizada como instrumento de transferência para o réu do encargo da prova de fato argüido pelo autor que se revela, intrinsecamente, insuscetível de prova<sup>77</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor, veio a dar o equilíbrio necessário entre o disparate do poderio econômico/informativo entre o consumidor e o fornecedor, não para albergar pleitos desvairados, infundados, sem o menor resquício de “*fumus boni iuri*”. O instituto da inversão do ônus da prova do art. 6º, inc. VIII do Código do Consumidor tem por finalidade tutelar a dificuldade ou impossibilidade, sob o enfoque do consumidor, da realização da prova. Para ser transferido ao réu, é imperioso que seja, objetivamente, possível.

Conclui-se, assim, que esse instituto não pode ser interpretado em desarmonia com o sistema processual vigente, mesmo que posterior às regras tradicionais de distribuição do ônus da prova constantes do já estudado art. 333 do Código de Processo Civil.

Como nos ensinam os hermeneutas, as normas jurídicas devem ser interpretadas harmonicamente entre elas, notadamente do contexto do regime jurídico a que pertencem, como um sistema único, em autêntica exegese sistemática, desprestigiando-se a literalidade do texto.

---

<sup>77</sup>JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 146.

Nesse sentido já decidiu o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em didático acórdão da lavra do Relator Maurício Ferreira Leite, que segue:

Prova – Ônus – Inversão – Relação de Consumo. Admissibilidade, desde que não implique no encargo de realização de prova negativa por parte do fornecedor. **Normas do Código de Defesa do Consumidor que não podem ser interpretadas de modo isolado em relação aos princípios jurídicos informadores da prova.** Inversão do ônus da prova indeferido<sup>78</sup> (grifo nosso).

É de se ressaltar que mesmo em face de ausência do pleito de inversão do ônus da prova, este poderá ser concedido pelo juiz.

Tratando-se o Código do Consumidor de norma de ordem pública, a teor de seu art. 1º, não fica o magistrado vinculado obscuramente a proposta do demandante. O que não pode é o magistrado deferir mais do que foi pedido, sob o enfoque do direito material, sob pena de nulidade da sentença por conter concessão extra petita, o que não deve ser confundido com questões processuais, como a inversão de ônus da prova que não está atrelada à parte dispositiva da sentença, onde se repousa o vício da decisão extra petita.

Novamente Carlos Roberto Barbosa Moreira colabora com a “*quaestio iuris*”, ao deduzir que:

A inversão poderá ser determinada tanto a requerimento da parte, como *ex officio*: tratando-se de um dos ‘direitos básicos do consumidor’, e sendo o diploma composto de normas de ordem pública (art. 1º), deve-se entender que a medida independe da iniciativa do interessado em requerê-la. Aliás, a interpretação em sentido oposto levaria ao absurdo de fazer crer que o Código, inovador em tantos passos, pela outorga de novos e expressivos poderes ao juiz, teria, no particular, andado em marcha ré, condicionando a inversão ao pedido da parte, em intempestiva – quase escrevi póstuma – homenagem ao princípio dispositivo.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> 1º TACIVIL – 8ª Câmara; AI nº 963.481-3-Santos-SP; Rel. Juiz Maurício Ferreira Leite; j. 4.10.2000 – AASP nº 2268, p. 563.

<sup>79</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, n. 86, p. 299, abr/jun. 1997.

Por fim, a inversão não está vinculada à discricionariedade do magistrado no sentido de lhe ser faculdade processual. O juiz, de fato tem total e ampla liberdade na afeição dos requisitos, até porque estamos sob a égide do sistema da livre convicção motivada.

Se entender ausentes os requisitos deverá negar o benefício. Entretanto, notando a presença destes tem o dever de concedê-lo.

Tratando-se de direito do consumidor, uma vez presentes os pressupostos autorizadores, não cabe ao juiz qualquer dúvida: deverá deferi-lo.

Seria um contra-senso jurídico elencar tal garantia como direito básico do consumidor e deixar ao alvedrio do magistrado.

A doutrina não se destoa destas afirmativas, conforme preleciona Tania Liz Tizzoni Nogueira, “*in verbis*”:

É de se notar que a ‘inversão do ônus da prova’ é um direito do consumidor, conforme preceitua o art. 6º. Restando ao consumidor provar sua hipossuficiência ou indicar a semelhança com a verdade de sua alegação, e feito isso o juiz deverá inverter o ônus da prova.

A inversão ou não do ônus não fica a critério do juiz, pois estando indicadas nos autos qualquer das duas hipóteses ele terá o dever de assim proceder.<sup>80</sup>

Todos os requisitos estudados acima devem ser analisados pelo juiz “segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, inc. VIII, última figura do CDC).

Sobre essa expressão, já ensinava Hélio Tornaghi que:

“Tais regras podem provir da observação e da vivência cotidianas comuns aos homens médios, ou decorrer do conhecimento de uma ciência, arte ou técnica. No primeiro caso, não são objeto de prova, pois não é preciso demonstrar o que todos sabem; no segundo caso é necessário o

---

<sup>80</sup> NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. Direitos Básicos do Consumidor: A facilitação da Defesa dos Consumidores e a inversão do Ônus da Prova. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 10, p. 58, abr/jun. 1994.

pronunciamento dos entendidos, o que não é propriamente meio de prova, mas orientação para o entendimento dos fatos e de suas alegações<sup>81</sup>.

### 5.3 Conseqüências Práticas e Processuais Decorrentes da Inversão do Ônus da Prova

O maior campo de atuação do instituto da inversão do ônus da prova está no âmbito da responsabilidade civil, que também foi uma das maiores preocupações do legislador quando da confecção do Código de Defesa do Consumidor.

Antes do Código, a busca pelo direito, em sede de responsabilidade civil, circunscrevia-se nas regras gerais contempladas nos artigos 159 e 1.056, ambas do vetusto Código Civil brasileiro de 1916.

A primeira norma contempla a responsabilidade aquiliana, que teve seu maior desenvolvimento para alguns na “*lex aquilia*” e para outros no direito canônico, precisamente na lei de talião. A segunda contempla a responsabilidade contratual, que tem sua fonte nos contratos, no dever de cumpri-los e conseqüências do seu inadimplemento.

O certo é que, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, estes deviam se sujeitar às normas acima mencionadas, o que, no campo prático forense consistia em árduo trabalho, porque e lide adentrava no tormentoso e conturbado campo da culpa civil, que em muitos casos se mostrava difícil, às vezes impossível, de ser demonstrada.

No anseio de proteger a parte mais fraca na relação de consumo, que é o consumidor, o Código estabeleceu, como regra geral, a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, conforme enuncia os artigos 12 a 14 do Código, guarneecendo, contudo, a responsabilização do profissional liberal, que somente será

---

<sup>81</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. Vol. I. p. 291.

condenado quando provado a sua culpa, a teor do parágrafo 4º, do art. 14 do Código do Consumidor, tema que será oportunamente explorado.

A responsabilidade objetiva funda-se na equidade, segundo lição de Carlos Roberto Gonçalves, abaixo transcrita:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio da equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem auferir os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos).<sup>82</sup>

Dessa forma, o consumidor não tem mais o ônus de provar a culpa do fornecedor de produtos e serviços, somente os outros elementos da responsabilidade civil ainda dependem de prova, quais sejam: conduta, resultado e nexo de causalidade entre as últimas.

A conduta pode ser externada tanto por ato comissivo como omissivo; o resultado consiste na alternância do mundo externo, por conta da atividade delitiva do agente, no caso o fornecedor de produtos e serviços, quando for o dano de ordem material, e no campo psicológico, quando for de ordem moral, caso em que, predomina a tese no direito pátrio, da desnecessidade da demonstração do dano por se tratar, este, de "*damnum in re ipsa*", que tem sua origem na própria violação do direito, por ser ínsito, acolhendo lição de Carlos Alberto Bittar<sup>83</sup>, que foi aceita por nossos tribunais, e, por último, o nexo de causalidade, que consiste no liame subjetivo e objetivo que liga a conduta do agente como resultado.

O Código também tipificou as causas excludentes da responsabilidade civil do fornecedor, que não nos cumpre aqui estudá-las.

A questão que emerge é no caso de concessão da inversão do ônus da prova, quais dos requisitos da responsabilidade civil que ficará dispensado a prova por parte do consumidor.

---

<sup>82</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 6.

<sup>83</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil Por Danos Morais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 202.

De plano, fica evidente a desnecessidade da demonstração de culpa, haja ou não a inversão do ônus da prova. É que como a regra geral do Código do Consumidor é a responsabilidade objetiva, que tem por característica primordial a desnecessidade de se repousar no campo da culpa, seria futilidade imprópria – utilizando a expressão de João Monteiro – admitir a pesquisa da culpa, quando esta não guarda nenhuma afinidade com o deslinde da causa. A questão será mais analisada quando do debate da ocorrência ou não da inversão do ônus da prova face ao profissional liberal, onde há riquíssima influência, senão decisiva, a afeição da existência de culpa civil.

Seria, outrossim, ferir o bom senso jurídico impor ao fornecedor, mesmo no caso de inversão do “*onus probandi*” o encargo de provar o prejuízo do autor/consumidor. Somente a este último cabe precisar o prejuízo que sofreu, e mais, deve fazer de forma cabal, indubitavelmente, sob pena de insucesso da demanda, ou sucumbência parcial, no monte da ausência de prova. Aventar diferente seria impor ao fornecedor o encargo de produzir prova que lhe prejudique, o que é vedado pela Magna Carta e até dispensa maiores comentários, por ser flagrante teratologia.

Se indenizar consiste em restabelecer o “*status quo antes*”, ninguém melhor do que o proprietário do bem jurídico violado – num primeiro plano, já que o “*quantum debeatur*” será submetido ao contraditório - para apurar o valor antes e depois da avaria.

Ignominiosa situação ficaria o fornecedor no caso de dano moral. Imagine a situação, o fornecedor tendo que quantificar a dor moral do consumidor. O dano moral se caracteriza por ofensas de ordem subjetivas, que atitam com os direitos personalíssimos. Se para qualquer pessoa é árdua a tarefa de quantificá-los, inclusive para o magistrado, sendo um tema dos mais conflitantes no estágio do direito pátrio, com muita mais razão seria mensurá-lo à parte contra a qual a sentença refletirá inexoravelmente seus efeitos, que é o fornecedor. Consubstanciaria-se uma situação “Draconiana”, autêntica “Espada de Damocles” sobre o fornecedor, o que não se perfilha com a “*ratio essendi*” do Código do Consumidor que é a de proclamar igualdade entre as partes, jamais restabelecer o

desequilíbrio entre as partes, só que agora em sentido inverso, como querem os menos desavisados, para não dizer mercantilistas na seara de vendagens de livros, que pugnam pela aplicação desenfreada do Estatuto Consumerista.

Aceitando a argumentação acima e trazendo outros ensinamentos, é a docência de Carlos Roberto Barbosa Moreira, a seguir transcrita:

O sucesso da iniciativa do consumidor dependerá, em ambos os casos, da prova do dano, em relação à qual, porém, não cabe a inversão: se a ordenasse, o juiz estaria presumindo a ocorrência de efetivo prejuízo, em atitude condenada pela doutrina e pelos tribunais, mesmo naquelas hipóteses em que se mostra difícil a demonstração das conseqüências do ato ilícito (v.g.: os bens do locatário de cofre, situado em estabelecimento bancário, foram subtraídos, sem que o contrato de locação, celebrado com o banco, os tivesse discriminados)<sup>84</sup>.

Assim, ficará livre o consumidor da prova do nexo causal, inclusive quando a lide careça de investigação da culpa, e desta última no caso da responsabilidade subjetiva, no caso de se admitir a inversão frente ao profissional liberal.

#### 5.4 A Questão do Profissional Liberal

Como já afirmado, o Código de Defesa do Consumidor, se caracterizou, no campo da responsabilidade civil, por contemplar a responsabilidade objetiva como regra geral (art. 12 a 14), ficando a responsabilidade subjetiva como exceção, aplicada somente no caso das relações que surgirem em torno das atividades do profissional liberal.

Com efeito, prescreve o art. 14, parágrafo 4º do Código do Consumidor:

---

<sup>84</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, n. 86, p. 308, abr/jun. 1997.

“A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

A origem desse tratamento não-isonômico em relação à regra do Código para alguns são alicerçadas na origem do tratamento entre os profissionais liberais e o consumidor que é “*intuitu personae*”, lastreado na confiança, reportando-se, v.g., a figura do médico de família. Assim leciona o professor Zelmo Denari.<sup>85</sup>

Entretanto, a questão não é simples como parece. O Código do Consumidor trouxe profundas inovações no campo da responsabilidade civil. De igual proporção foram às inovações no campo do direito processual, notadamente a inversão do ônus da prova. Entretanto não cuidou de explicar com maior clareza o alcance dessas inovações.

Torrencial e robusto é o debate doutrinário e jurisprudencial acerca da inversão do “*onus probandi*” quando no pólo passivo está o profissional liberal, surgindo vários posicionamentos, a saber.

Parte da doutrina, dentre eles os autores do anteprojeto do Código do Consumidor<sup>86</sup>, acenam para a aplicabilidade da inversão, inclusive na lide em que há a presença do profissional liberal. Segundo esses autores, o espírito da inovação foi agasalhar, facilitar o trabalho processual do consumidor no campo da prova, que outrora se mostrava difícil, quando impossível de ser demonstrada. Assim, não haveria justificativa em não observar a inovação em relação ao profissional liberal.

Nesse sentido, leciona Jerônimo Romanello Neto, comentando o parágrafo 4º, do art. 14 em harmonia com o art. 6º, inc. VIII todos do Código do Consumidor, acolhendo os ensinamentos do jurista venceslauense citado, conforme lição que segue:

Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de sua

---

<sup>85</sup> DENARI, Zelmo *apud* NETO, Jerônimo Romanello. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998. p. 46.

<sup>86</sup> DENARI, Zelmo. *et al* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

modalidade: negligência, imprudência ou imperícia. Se o dispositivo comentado afasta, na espécie sujeita, a responsabilidade objetiva, não chegou a abolir a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Incumbe ao profissional provar, em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade.<sup>87</sup>

Seria aplicação de uma interpretação sistemática do Código do Consumidor, vale dizer, sobre o profissional liberal pende a responsabilidade subjetiva, com possibilidade de ser invertido o ônus da prova.

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, esposa que inverter o “*onus probandi*” em relação à responsabilidade subjetiva equivaler-se-ia a autêntica transmutação da responsabilidade subjetiva para objetiva, o que é objeto de crítica por Carlos Roberto Babosa Moreira<sup>88</sup>, com acertos ao meu ver, vez que mesmo em face da aplicação da inversão a culpa é ainda decisiva para o desfecho da querela, o que “*per si*” não se subsume as características da responsabilidade objetiva, onde a caracterização da culpa é totalmente desprezível para o decreto condenatório.

Mais contundentes são os argumentos de Humberto Theodoro Júnior, comentando sob questões processuais da responsabilização do médico, que também é profissional liberal, logo pertinente ao estudo, para quem a prova da culpa daquele profissional deve ser elaborada pelo autor da ação.

Preleciona que “a conduta irregular do médico é a um só tempo o inadimplemento e a culpa, razão pela qual o autor não se desobriga do ônus processual da prova senão comprovando a conduta culposa do médico”<sup>89</sup>.

A regra, no caso de profissional liberal, é a culpa subjetiva (art. 14, parágrafo 4º). Por outro lado, como já identificado, a inversão é uma medida de exceção, não admitindo, assim, interpretação extensiva pela velha regra da hermenêutica, que prescreve que a exceção jamais pode ser interpretada ampliativamente.

<sup>87</sup> NETO, Jerônimo Romanello. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998. 46, p. 47.

<sup>88</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, n. 86, p. 308 a 309, abr/jun. 1997.

<sup>89</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. Aspectos processuais da Ação de Responsabilidade Por Erro Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, n. 760, p. 44, fev. 1999.

A finalidade do Código foi, principalmente, a de proteger o consumidor, em relação às pessoas jurídicas, ou sociedades de fato, porque estas são as que empregam condutas mercantilistas hostis, calcadas em “armadilhas” de marketing, camuflando o ponto falho do produto, o que não se sucede face ao profissional liberal, que depende, exclusivamente de seu serviço, sem ter o aparato mercantil, desenvolvido para colheita do consumidor, a seu lado, como ocorre com as pessoas jurídicas.

Por anos, vivenciou o direito brasileiro, percepção visível na prática forense, a pessoa jurídica como verdadeiro escudo daqueles que atrás delas estavam. As pessoas morais, insista-se, se articulam de tal maneira a provocar verdadeiro engodo dos consumidores, ocultando a falha de seu produto, com campanhas minuciosamente articuladas para tal, ou servindo de empecilho, obstáculo, para a busca da reparação sofrida pelo consumidor.

Portanto, entendo que para proteger desse tipo de mercado é que foi editado o Código do Consumidor, e não do profissional liberal que está estreitamente próximo ao consumidor, tanto é que o próprio código (art. 28 “caput”) consagrou definitivamente a “*Disregard Doctrine*”, mostrando a preocupação com o abuso de direito e fraude por anos praticados pelas pessoas jurídicas.

Assim, este trabalho pugna pela aplicação da inversão do “*onus probandi*” em face do profissional liberal toda vez que este estiver utilizando o aparato da pessoa jurídica de modo a crer o consumidor que está adquirindo produto da pessoa jurídica e não do profissional liberal. Isso será evidenciado no caso concreto toda vez em que o que sobressair não for a atividade “*strito sensu*” do profissional, que exige capacidade técnica específica, diferenciando-o dos demais, mas sim o contexto norteador da atividade, como, por exemplo, a venda de cosméticos pelo farmacêutico, a venda de lentes de contato pelo oculista, a venda de ração pelo veterinário. Nestes exemplos o que predomina é a atividade puramente mercantil, que independe de conhecimento técnico diferenciado por quem os patrocina, sendo a qualidade de profissional liberal totalmente indiferente a venda dos produtos, operando-se, dessa forma, a inversão do ônus da prova.

Enfim, o que norteia o espírito do profissional liberal é a vontade da realização de um “serviço competente”, sendo esse o seu melhor marketing, enquanto que o predominante na pessoa jurídica é a venda, nem que para isso seja preciso a ocultação dos vícios do produto, o que não nos falta exemplos.

## 6. O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

### 6.1 Intróito

O equilíbrio da justiça é busca de longa data. Aristóteles já preconizava a distribuição igualitária da justiça como meio de busca da tão merecida e guerreada equidade almejada pelas civilizações, que tem como fim o ideal de justiça.

No direito pátrio, as idéias de Aristóteles, no que se refere ao encontro incontestável do ideal de justiça, que tem como base, repita-se, a igualdade, buscada com o manto da quebra, adredemente, da igualdade, “*ab ovo*”, num primeiro plano, está estampada pela “ORAÇÃO AOS MOÇOS” do defensor estrênuo e melhor representante da atividade intelectual dos juristas brasileiros, autêntico cúspide da nossa cultura político-jurídico, Rui Barbosa, “*in verbis*”:

A parte da natureza varia no infinito. Não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem uma às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estrelar. Tudo assim, desde os astros, no céu, até os micróbios do sangue, desde as nebulosas no espaço, até os aljôfares do rocio na relva dos prados. A regra de igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei de igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 18. ed. Rio de Janeiro: Ediouro. 2001. p.53 - 55.

Por conseguinte, a quebra da igualdade para alcançar a verdadeira, e não formal igualdade, tem como nascedouro a diferença, real, de poderes entre as partes, desde que essa não provoque nova desigualdade, retrocedendo ao estado anterior, só que agora, em direção diferente; aquele que era inferior passa a ser superior. Equivaleria-se a inverter as posições entre Deus e diabo, o bem e o mal, a fé e a descrença, boa-fé e má-fé, mantendo, no entanto, a distância que não tem guarida na temática do direito vigente.

A justiça, se aproximando da moral passa a ser buscada pelos povos, nem que para isso seja preciso ignorar o direito, a nosso ver apenas a letra fria da lei, ou no saber das palavras de José Ingenieros logo dissertadas:

A justiça é o equilíbrio entre a moral e o direito. Tem um valor superior ao da lei. O justo é sempre moral; as leis podem ser injustas. Acatar a lei é um ato de disciplina, mas às vezes implica em imoralidade; respeitar a justiça é dever do homem digno, ainda que, para isso, tenha de se insurgir contra as imperfeições da lei.<sup>91</sup>

Relembrando, embora tormentoso definir o que é justiça, Ulpiano, citado por Acquaviva<sup>92</sup> a designou como dar a cada um o que é seu, conforme o direito – “*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*”.

Permitimos-nos adentrar nesse campo, para trilhar que, seja qual for o conceito de justiça, este não deve ser alcançado, no mundo jurídico, com o desequilíbrio entre os jurisdicionados, sem suporte fático existente que é a desigualdade substancial entre os demandantes.

A jurisdição se presta através do processo, que consiste na exteriorização da lei – termo que se define como poder legal ou autoridade de aplicar a lei, dizer o direito, distribuir justiça – que não se consegue com a interpretação literal da lei, ou distanciando-se essa dos fundamentos - princípios - que a norteiam.

<sup>91</sup> INGENIEROS, José. **As Forças Morais**. Rio de Janeiro: Livraria Tupã Editora, 1925. p. 49.

<sup>92</sup> ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Novíssimo Dicionário Jurídico**. São Paulo: brasiliense coleções, 1991. p. 737.

O novo instituto da inversão do ônus da prova não pode ser interpretado longe do seu fundamento que é o de resguardar o consumidor. A real efetividade da tutela, tão aclamada por Norberto Bobbio<sup>93</sup>, não se consegue com o emprego desvairado, desenfreado do Código do Consumidor, como se este contemplasse aplicação desarmônica com os outros institutos da ciência do direito.

A correta busca da proteção do consumidor será efetivada através da conscientização de que com sua tutela o que se avienta é o sucesso do mercado de consumo, que, nesse caso, com a vitória concomitantemente do consumidor e fornecedor, chega-se ao tão sonhado equilíbrio do mercado.

Analisando-se, sem se preocupar em adentrar ao mérito, pode-se notar o total disparate entre o consumidor e o fornecedor, aguçado pela organização do mercado, pela ótica do fornecedor.

Amenizando essa situação, foi editado o Código de Defesa do Consumidor, que, como já dito, espriaia seus valores por vários ramos das atividades, estatais ou privadas, constituindo-se em verdadeira lei multidisciplinar.

No campo do processo civil, a mais inovadora medida protetiva, na esfera da facilitação da defesa do consumidor em juízo, foi o instituto da inversão do ônus da prova, mitigando-se a tradicional regra do art. 333 do Código de Processo Civil.

Com ele busca-se a quebra da desigualdade entre os litigantes, alcançando-se a real igualdade entre eles.

Mas, repita-se, essa quebra tem de ser com moderação, não introduzindo, agora, novo desequilíbrio, invertendo-se apenas as posições.

Tal paridade consiste em tornar facilitada a defesa de direito violado, ou na sua eminência, por parte do consumidor, sem, contudo, tornar impossível, agora, a defesa do fornecedor.

Preocupando-se com a questão, Humberto Theodoro Junior, no ano de 2000 lançou obra, pela Editora Forense, destinada a lastrear o direito com equilíbrio, que é inerente ao ideal de justiça.

---

<sup>93</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**.

O próprio nome dessa obra leva a essa assertiva, ou seja: “DIREITOS DO CONSUMIDOR A BUSCA DE UM PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE AS GARANTIAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO CIVIL E DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL”.

Na parte introdutória dessa obra assenta que:

Depois da perplexidade dos primeiros tempos de vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90), em que se notava uma acentuada timidez dos órgãos judiciais para aplicar os novos princípios tutelares da parte vulnerável das relações de consumo, passou-se, nos últimos anos, a certa euforia na concessão de favores indiscriminados aos consumidores, nas ações de revisão e rescisão contratual<sup>94</sup>.

No campo processual, no que tange ao instituto da inversão do ônus da prova, em especial, ao momento correto, também houve essa exacerbação diagnosticada pelo jurista mineiro, que é o tema central desse trabalho, e que passa, doravante, a ser explorado, por último afirmando que essa euforia, no aspecto específico do tema central em análise, se deve à interpretação distante, da inovação, com os demais ramos e princípios do direito, o que não poderia levar a outra conseqüência senão desastrosa.

Como por muito tempo o consumidor foi tolhido em seus direitos, qualquer tentativa de ordenar melhor a aplicação do instrumento jurídico que o tutela, é tido como manobra a limitar a sua defesa.

A questão assim não deve ser compreendida. Como já enfocado acima, todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado a luz dos princípios gerais do direito. Diferente não é o caso em estudo, no qual nos atrevemos em ditare que mais do que as regras consagradas, porque estas já foram amplamente debatidas, prescindem de harmonia com os princípios gerais, as regras novas, não causando, assim

---

<sup>94</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 2.

repugnância do mundo jurídico, ou contra aquele que iria operar seus efeitos, que é a sociedade.

## 6.2 O Posicionamento Doutrinário e Jurisprudencial Sobre o Tema

Com a promulgação do Código do Consumidor, num primeiro momento a doutrina, posteriormente, a jurisprudência, se deparou com a questão: qual o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova?

A lei é omissa quanto a essa resposta, a doutrina totalmente divergente, a jurisprudência ainda não se firmou, causando certa insegurança.

Os primeiros estudiosos a debaterem o Código foram os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, onde ficou responsável pelo tema “inversão do ônus da prova”, o Doutor Kazuo Watanabe<sup>95</sup> que acolheu, nesse passo, lição da então monografista Cecília Matos, em dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, defendendo a sentença como momento apropriado, por se tratar o ônus da prova de regra de julgamento e como tal, deverá ser apreciado na sentença, conforme liça que segue:

...as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa” (...) O mesmo entendimento foi sustentado por Cecília Matos na dissertação mencionada:... ‘A partir destes argumentos discorda-se da posição dos autores que sustentam que a inversão deve se dar no recebimento da petição inicial, no despacho saneador ou, ainda, durante a instrução, justificando esta posição com o argumento de que, do contrário, haveria ofensa à ampla defesa do fornecedor’. Quanto ao direito de defesa, entende a autora da monografia que a regra da inversão do ônus da prova, estando explicitada em dispositivo de lei (art. 6º, nº VIII), não pode ser motivo de alegação de surpresa ou de pretensão à reabertura da fase instrutória. Entende aceitável, porém, que *‘no saneador, alerte o magistrado*

<sup>95</sup>WATANABE, Kazuo. *et al* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 618.

*para a possibilidade da aplicação do art. 6º, inc. VIII. O juiz não irá elaborar nenhum juízo de valor da prova já existente ou de julgamento, nem de modo sumário; no saneador, para ser didático com a norma é, lembrar às partes que, como em qualquer processo, poderá se utilizar de experiência e atenuar a rigidez do art. 333 do Código de Processo Civil'. Efetivamente, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível.*

Recentemente, julgamento realizado em 20 de agosto do ano em curso, a Colenda Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sendo relator o Ministro Castro Filho, embora tenha negado seguimento ao Recurso Especial, pugnou pela inversão do ônus da prova como regra de julgamento, conforme narra o Informativo de Jurisprudência daquele tribunal, transcrito abaixo:

Trata-se de ação indenizatória contra seguradora, para ressarcimento integral de honorários médicos cobrados por ocasião de cirurgias cranianas de emergência. Embora a Turma não tenha conhecido do recurso, explicitou que a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC não é obrigatória, **mas regra de julgamento, *ope judicis***, desde que o consumidor seja hipossuficiente, ou seja, verossímil sua alegação<sup>96</sup> (grifei).

Nessa linha é o precedente da Quinta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, conforme trecho do Acórdão que segue:

A inversão do ônus da prova dá-se *ope judicis*, isto é, por obra do juiz, e não *ope legis* como ocorre na distribuição do ônus da prova pelo CPC 333. Cabe ao magistrado verificar se estão presentes os requisitos legais para que se proceda à inversão. Como se trata de regra de juízo, quer dizer, de julgamento, apenas quando o juiz verificar o *non liquet* é que deverá proceder à inversão do ônus da prova, fazendo-o na sentença, quando for proferir o julgamento de mérito<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nº 0143, período de 19 a 23 de agosto de 2002.

<sup>97</sup> Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 1.050.956-3, sendo agravantes Jayme Aparecido Moura e sua mulher e agravada Nossa Caixa Nosso banco S/A.

A Sétima Câmara do mesmo tribunal também perfilha esse entendimento, conquanto invocando a possibilidade de prejulgamento da causa, caso a inversão fosse decretada anteriormente a instrução do feito, conforme ementa que segue: “Somente após a instrução do feito estará o juiz habilitado a afirmar a conveniência da inversão do ônus da prova, pois, fazê-lo em momento anterior acarreta inadmissível prejulgamento da causa”<sup>98</sup>.

Este posicionamento, proveniente de um dos autores do anteprojeto, como não poderia ser diferente é o que predominou na primeira fase de aplicação da jurisprudência, e ainda predomina, entretanto, já não mais com a força pioneira, havendo precedentes estatuidos o despacho saneador, por anteceder a instrução probatória, como momento propício.

Isso se deve a contra-argumentação de juristas de igual respeito, dentre eles Humberto Theodoro Júnior, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marinoni, João Batista de Almeida<sup>99</sup>, dentre outros.

O mestre mineiro enfoca a necessidade desse novo instituto ser apreciado em conformidade com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa de modo a não causar surpresa contra a parte que terá o novo encargo da produção da prova, que antes era do demandante, nas palavras que seguem, “*in litteris*”:

Quando, porém, a regra geral é uma e, a seu respeito, pode sobrevir inovação dependente de ato do juiz, torna-se evidente que tal regra inovadora somente poderá ser estabelecida em tempo útil à defesa do litigante destinatário do novo encargo de prova. Há quem admita possa o juiz decretar a inversão do ônus da prova já no despacho da petição inicial, outros que a considera realizável no momento de proferir a sentença. As duas posições nos parecem extremadas e injustificáveis. Antes da contestação, nem mesmo se sabe quais fatos serão controvertidos e terão, por isso, de se submeter à prova. Torna-se, então, prematuro o expediente do art. 6º, nº VIII, do CDC. No momento da sentença, a inversão seria medida tardia porque já encerrada a atividade instrutória. É certo que a boa doutrina entende que as regras sobre ônus da prova se impõe para solucionar questões examináveis no momento de sentenciar. Mas, pela garantia do contraditório e ampla defesa, as partes, desde o início da fase

<sup>98</sup> Agravo de Instrumento nº 1.026.709-9, agravante: Leon Raça Zaidemberg, agravado: Banco Safra S/A. **Revista dos Tribunais** 799, 260p.

<sup>99</sup> ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 104.

instrutória têm de conhecer quais são as regras que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre a qual se assentará, no fim do processo, a solução da lide. Assim, o art. 333 do CPC em nada interfere sobre a iniciativa de uma ou de outra parte, e do próprio juiz, enquanto se pleiteiam e se produzem os elementos de convicção. Todos os sujeitos do processo, no entanto, sabem, com segurança, qual será consequência, no julgamento, da falta ou imperfeição da prova acerca dos diversos fatos invocados por uma e outra parte. O sistema é claro e fixo no próprio texto da lei que rege o procedimento<sup>100</sup>.

Assim é o precedente da Quarta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que segue: “O momento oportuno para que o juiz declare a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e saneador e não quando a prolação da sentença, de molde a evitar surpresa para as partes litigantes”<sup>101</sup>.

Existe ainda, quem defenda o despacho de recebimento da inicial como momento propício para a inversão, sob a assertiva de que ao contestar a ação, deve saber o demandado qual a regra de ônus que impregnará a alma do julgador, para concentrar toda a sua defesa, já que em outro momento não mais poderá, em decorrência do princípio da concentração da defesa. Ainda mais, se operada a inversão, a contestação seria diferente da situação anterior. Nesse terreno são as palavras de Vicente Greco Filho<sup>102</sup>, apostadas, “*in verbis*”:

Da mesma forma que a inicial deve conter toda matéria relativa ao pedido, assim, também na contestação deve estar contida toda a matéria de defesa. Esse ônus está submetido à preclusão; se o réu deixar de apresentar fundamento de defesa na contestação, não mais poderá fazê-lo. Todas as defesas devem ser apresentadas de uma só vez, em caráter alternativo ou subsidiário, de modo que, não sendo acolhido uma, possa ser apreciada outra. Esse princípio chamado de eventualidade, não se aplica, podendo, depois da contestação, o réu apresentar novas alegações, se nascer direito superveniente, o juiz puder conhecer a matéria de ofício, ou houver autorização legal para ser apresentada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, com, por exemplo, a prescrição (art.303).

<sup>100</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. 147, p. 148.

<sup>101</sup> Agravo de Instrumento nº 1.032.460-4, Agravante: Banco Santander Noroeste S.A e agravada: Maria Olici Correia dos Reis, **Revista dos Tribunais** 798, p. 287.

<sup>102</sup> FILHO, Vicente Greco *apud* NETO, Jerônimo Romanello. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998. 46, p. 60.

Já decidiu dessa forma a Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante ementa que segue:

Em se tratando de assunto relacionado ao tabagismo, e já comprovada sua dependência ao fumo e sua hipossuficiência econômica, cabe à empresa agravante provar que o cigarro não causa dependência, não vicia e não produz diversos males à saúde. **Sendo assim, com apoio do art. 6º, VIII, do CDC, é possível, no caso, a inversão do ônus da prova no despacho inicial**<sup>103</sup>(grifei).

### 6.3 O Saneador Como Momento Correto

Não obstante aos posicionamentos dos ícilitos mestres mencionados, temos que o melhor momento é o despacho saneador, como quer Humberto Theodoro Júnior e Carlos Roberto Barbosa Moreira, tanto porque harmoniza o novo instituto com os princípios gerais do processo, como porque, ao próprio consumidor beneficia.

Crítica ao despacho inicial como momento apropriado, pode-se mencionar a ausência de pontos controvertidos que são o suporte fático autorizador do emprego da teoria geral do ônus da prova.

Noutras palavras, qual a pertinência de se inverter o ônus da prova quando nem se sabe se terá ele alguma importância no deslinde da causa. Ademais, os requisitos autorizadores da inversão, que é a hipossuficiência e verossimilhança, estarão nítidos após a peça contestatória.

Não merece, outrossim, acolher a doutrina de Vicente Greco, que invoca o princípio da concentração como cogência para o despacho inicial como tempo hábil para a inversão, uma vez que mesmo não aduzindo fatos na contestação, qualquer afirmativa introduzida pelo autor, desde que pertinente e não sejam incontroversos, poderá ser infirmada pelo réu por ocasião da instrução probatória.

---

<sup>103</sup> 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 188.660.4/9, julgamento realizado em 05 de março de 2001.

Aliás, há um momento processual que antecede a instrução, onde as partes irão requerer a prova que lhe prouver, momento em que a parte “*ex adversa*”, poderá protestar pela contra-prova, ou se contentar em, durante a instrução, infirmar a prova do adversário.

A respeitável doutrina de Kazuo Watanabe e Cecília Matos peca por atritar com princípios básicos, como o contraditório e a ampla defesa, na medida em que causa autêntica surpresa contra aquele que ela irá operar-se, além de causar insegurança nos litigantes.

A argumentação de que com o prévio conhecimento da possibilidade da inversão por estar ela no direito positivo não merece amparo. Existência da norma e sua aplicabilidade são coisas distintas, ainda mais sendo norma de conseqüências nitidamente processuais.

Bem lúcidas são as palavras de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira ao mencionar:

A liberdade concedida ao julgador de escolher a norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit cúria*, **não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos a solução do litígio, em homenagem ao princípio do contraditório**<sup>104</sup> (grifei).

Ademais o próprio art. 6, VIII do Código do Consumidor condiciona a inversão a ato do juiz, que deverá sujeitar-se ao conhecimento das partes, conquanto haja tempo hábil para ele debater.

Este entendimento colide com a evolução do próprio direito, senão vejamos.

A inversão do ônus da prova é instituto processual novo. A assertiva de que regra de ônus da prova é de julgamento e, portanto, ali deve ser aferida, atende a tradicional regra do art. 333 do Código de Processo Civil. Um novo instituto

---

<sup>104</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Juiz e o Princípio do Contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 18, n. 71, p. 34, jul/set. 1993.

processual de tão reflexo no cotidiano forense carece de desenvolvimento doutrinário e não ser analisado da mesma forma que uma regra antiga.

Como já enfocado, o direito positivo deve ser interpretado em consonância com os princípios do direito, adequando-se a estes, ou nas palavras de Couture<sup>105</sup>:

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, **vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam** (grifo nosso).

Não há como se imiscuir a inversão do ônus da prova dos princípios gerais do direito, no caso dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

A possibilidade de a inversão acarretar reflexos na atividade processual do demandado, conseqüentemente no mérito da ação, é o “*quantum satis*” para lhe dar prévio conhecimento do “*decisium iuris*” para ornar melhor sua defesa, como entenda ser melhor, inclusive ponderar por prova antes não requerida, porque pertencia à outra parte.

Inclusive os tribunais sulistas, que tanto se destacam pela tutela que oferecem ao consumidor, velam pela observância do respeito pelo contraditório e a ampla defesa, conforme precedente abaixo:

Quando a critério do juiz, configurar-se a hipótese de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII do CDC, sob pena de nulidade, é mister a prévia determinação à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido. A inversão, sem esta cautela processual, implicará em surpresa e cerceamento de defesa<sup>106</sup>.

Perceba-se assim, que temos o despacho saneador como momento mais apropriado para o decreto da inversão, que é a fase processual própria adequada

<sup>105</sup> COUTURE *apud* SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A Inversão do Ônus da Prova Como garantia constitucional do devido processo legal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

<sup>106</sup> Ap. Cív. 194.110.664 – RS – 4ª C. – j. 18.8.94 – Rel. Juiz Márcio Oliveira Puggina.

para, após fixação dos pontos controvertidos decidir as questões processuais pendentes e determinação das provas a serem realizadas (art. 331, parágrafo 2º do CPC).

Primeiro, porque, de fato, o saneamento do processo não mais é o momento único como antes da reforma processual de 1994, através da Lei 8.952, para a regularização das questões processuais como pressupostos processuais e as condições da ação e outras questões pendentes, que se inicia desde o recebimento da inicial. Entretanto o momento posterior à audiência de conciliação é o momento final para a aferição das questões já citadas, para alguns, sob pena de preclusão, como quer Stephan Klaus Raddloff<sup>107</sup>, invocando a Súmula 424 do Pretório Excelso, que enuncia:

“Transitada em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença”.

O parágrafo 2º do art. 331 do Código de Processo Civil encerra uma tipologia de conteúdo aberto calcada na terminologia “questões processuais pendentes”. É essa expressão que permite a apreciação do juiz da inversão do ônus da prova.

Também, o despacho saneador é o momento que antecede a instrução probatória. Nada mais lógico do que nele dizer, implicitamente: “estes são os pontos controvertidos; a você cabe a prova destes, os outros à outra parte”.

Seria verdadeira segurança jurídica, que impediria qualquer possibilidade de surpresa e conseqüente arguição de nulidade processual.

Aliás, a dúvida que persiste no âmago dos litigantes, caso predomine a sentença como momento apropriado para a inversão do “*onus probandi*”, oriunda da intensa incerteza que impregna às partes, depõe totalmente na contra-mão da segurança jurídica, que, nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari está para as sociedades contemporâneas como um dos alicerces para o encontro da paz social, conforme professorado que segue:

---

<sup>107</sup> RADLOFF, Stephan Klaus. **A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 69.

Entre as principais necessidades e aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, ou grupo social, entidade pública ou privada, que não tenha necessidade de segurança jurídica, para atingir seus objetivos e até mesmo para sobreviver.<sup>108</sup>

Segundo, porque as partes poderiam ordenar melhor a produção da prova que lhe compete, e para isso é imperioso que saibam a regra de ônus que ira nortear o espírito do sentenciante. Do contrário consubstanciaria verdadeira ofensa ao contraditório e da ampla defesa, já definidos acima, porque a medida adentraria no processo sob o manto da surpresa, sub-repticiamente, como ocorre na inversão decretada na sentença.

Assim, não resta dúvida: o saneador é o momento correto para a inversão do ônus da prova.

A argumentação de que ônus é regra de julgamento jamais impede esse raciocínio. É que a discussão não gira em torno do ônus, e sim da terminologia “inversão”, que, segundo o dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, traduz-se em “**ato** ou efeito de inverter”<sup>109</sup>(grifei). Por ato, entenda-se “atitude positiva, expressa”, o antônimo de inércia, omissão.

Não é por outro motivo que Antonio Gidi<sup>110</sup> afirma que “**se ônus é uma regra de julgamento, já não se pode dizer o mesmo da norma que prevê a sua inversão, que é eminentemente uma regra de atividade**”(grifei).

Prescinde, portanto, de atividade do juiz que deve passar pelo crivo do contraditório e ampla defesa, ou na colaboração de Luiz Guilherme Marinoni, lembrado por Sandra Aparecida Sá dos Santos, “*ipsis litteris*”:

(...) se a parte tem o direito de adequadamente participar do processo, ela evidentemente não pode ter uma sentença que lhe é contrária formada em virtude da sua inércia, quando originariamente, de acordo com a regra

<sup>108</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Segurança de Direito in Renascer do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 26.

<sup>109</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1975. p. 786.

<sup>110</sup> GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano I, n. 3, p. 587, set/dez 1996.

comum do ônus da prova, a prova não seria da sua incumbência. Se a parte tem o direito básico e fundamental de participar do processo, sendo apenas corolário disto o direito à prova, ela tem o direito de produzir a prova que passa a ser da sua incumbência, e influenciará na decisão do juiz<sup>111</sup>.

Carlos Roberto Barbosa Moreira acompanha a lição suso transcrita, criticando a sentença como local ideal para a inversão, complementando que a regra de ônus não se direciona somente ao juiz e também às partes, que devem conhecê-las para aduzir suas atividades processuais como lhes a prouverem. Seguem suas palavras:

É preciso ponderar, todavia, que as normas sobre a repartição de ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes: através delas, as partes ficam cientes, de antemão, dos fatos que a cada uma incumbe provar. Assim vistas as coisas, a inversão ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só mudança da regra *até ali vigente* naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa (...) A aplicação do dispositivo em exame, se observada a orientação doutrinária aqui debatida, redundaria em manifesta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, n. LV)<sup>112</sup>.

Assevera, ainda, que o juiz não estaria apenas invertendo o ônus, mas sim impedindo que à parte contra a qual se operou a inversão, agora produzisse a prova que lhe compete, porque já encerrada a instrução.

E finaliza, afirmando ser possível a inversão do ônus finda a instrução probatória, desde que seja aberta nova oportunidade para a produção da prova por parte daquele que, doravante tem o encargo da sua produção, que é o fornecedor. Nessa linha trilha, também, os ensinamentos de Teresa Arruda Alvim<sup>113</sup>.

Por outro lado, também há de assentar que o próprio consumidor é beneficiado, objetivamente e subjetivamente, com a inversão por ocasião do saneamento do processo.

<sup>111</sup> MARINONI, Luiz Guilherme *apud* Sandra Aparecida Sá dos. **A Inversão do Ônus da Prova Como garantia constitucional do devido processo legal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 84.

<sup>112</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, n. 86, p. 305 a 306, abr/jun. 1997.

<sup>113</sup> ALVIM, Teresa Arruda. Noções Gerais Sobre o Processo no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 10, p. 248 a 257, abr/jun. 1994.

Subjetivamente, porque toda a carga de expectativa em torno do deferimento ou não estará superada logo no saneador, retirando toda a angústia nesse aspecto, aplaudindo a segurança jurídica, já delineada.

Objetivamente, porque não correrá o risco de ter a negativa da inversão por ocasião da sentença, onde será árduo o trabalho de impugná-la, porque o instrumento será a Apelação, e uma vez mantida a sentença, nada mais restará ao consumidor, em sede ordinária, o que será missão mais branda quando indeferido no saneador, vez que será atacada em sede de Agravo de Instrumento, e sendo indeferido ainda terá a fase probatória para contornar a situação, e ainda saberá da definitividade dessa questão processual antes da instrução.

Em resumo, por todos os ângulos que se visualiza a questão, a resposta é unívoca: o saneador é o momento correto para a apreciação da inversão do ônus da prova. Seja porque está em harmonia com o ordenamento jurídico e seus princípios, em especial o contraditório e a ampla defesa, seja porque o próprio consumidor é beneficiado com essa medida.

Esclarece-se, por oportuno, que o saneador, como visto, de forma contenciosa, é fase do procedimento ordinário. No caso do procedimento sumário, a aferição da inversão ou não deve ser apreciada logo após a contestação, mas, pelas mesmas razões declinadas, nunca na sentença, pois estaria com os mesmo vícios já debatidos.

Essa divisão entre o momento oportuno ainda não foi devidamente explorada pela doutrina, no que concerne às diferenças do rito ordinário e sumário e especial. Formula algumas considerações sob esse enfoque Sandra Aparecida Sá dos Santos, lecionando, após discorrer na ótica do rito ordinário que:

Em contrapartida, no procedimento sumário, dada a sua celeridade de concentração dos atos processuais, a análise da necessidade da aplicação do instituto deverá ser feita após a apresentação da defesa (...) contestado o pedido, e havendo necessidade de provas, será redesignada audiência de instrução e julgamento para data próxima (art. 278, parágrafo 2º), caso em que, então, poderá ocorrer a inversão que será determinada pelo

magistrado, e observância ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa<sup>114</sup>.

Nessa trilha de raciocínio, caso a lide tenha como rito a forma especial, o decreto de inversão deverá anteceder a fase instrutória, conforme argumentação já exposta.

---

<sup>114</sup> SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A Inversão do Ônus da Prova Como garantia constitucional do devido processo legal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.

## 7. CONCLUSÃO

Por fim, insista-se que o objetivo do Código de Defesa do Consumidor é o de tutelar, albergar a parte mais fraca na relação de consumo que é o Consumidor e que essa proteção deva ser alcançada, não ignorando os princípios que norteiam o processo civil, mas sim em harmonia com eles.

O equilíbrio entre os fornecedores e consumidores é imprescindível para o sucesso do mercado de consumo, e que a sua busca não acarrete novo desequilíbrio, só que agora em posições inversas.

O acesso à via judicial pelo consumidor ofuscado em seus direitos tem de ser facilitado, alcançado com o emprego de medidas processuais salutares, como, no caso em estudo, contaminar as novas benesses processuais, como a inversão do ônus da prova, com o contraditório e a ampla defesa, conciliando, dessa forma, a facilitação da defesa processual dos direitos dos consumidores com o tão aclamado direito real e efetivo de defesa.

O Código permite conjugar esses valores, logo não há motivo para o intérprete desprezá-los.

A certeza jurídica, esboçada através do conhecimento prévio da regra de ônus que irá imperar na sentença enobrece, diretamente, a segurança jurídica e por via reflexa o Estado Democrático de Direito.

O emprego correto, e não desenfreado, das medidas protetivas do consumidor, em especial no anseio processual, culmina com a tutela tanto do mercado fornecedor, quanto do consumidor.

Qualquer que seja o rito processual, comum ou especial, a inversão do ônus da prova deverá anteceder a fase instrutória.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Novíssimo Dicionário Jurídico**. São Paulo: brasiliense coleções, 1991.

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVIM, Teresa Arruda. Noções Gerais Sobre o Processo no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 10,abr/jun. 1994.

ARRUDA, Alvim. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 18. ed. Rio de Janeiro: Ediouro. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil Por Danos Morais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CASTRO, Francisco Augusto e e MIRANDA, Pontes de. **Theoria das Provas e Sua Aplicação aos Actos Cíveis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de Direito Processual Civil**. 1972. Vol II.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Segurança de Direito in Renascer do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 1. ed. 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira.

FILHO, Eduardo Espínola, **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. Vol. I.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 22. ed. Vol. III. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

FREDERICO, Sérgio Augusto. **O Princípio da Imparcialidade do Juiz no Processo Civil e Sua Participação na Coleta do Material Probatório**. Dissertação de Mestrado. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2001.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano I, n. 3, set/dez 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

INGENIEROS, José. **As Forças Morais**. Rio de Janeiro: Livraria Tupã Editora, 1925.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 30. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. Aspectos processuais da Ação de Responsabilidade Por Erro Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, n. 760, fev. 1999.

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

KOOGAN/HOUASSIS, **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**, Edição Delta, Rio de Janeiro.

LOPES, João Batista. Iniciativas Probatórias do Juiz e os Arts. 130 e 333 do CPC. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 84, n. 716, jun. 1995.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. 2º. Vol. São Paulo: Saraiva, 1977.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo Porto Alegre Manuais Globo, 1933.

MORAIS, Paulo Heber de e LOPES, João Batista. **Da Prova Penal**. 1. ed. Campinas: Julex Livros, 1978.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, n. 86, abr/jun. 1997.

NALINI, José Renato. O Juiz e o Processo Constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 82, n. 687, jan. 1993.

NETO, Jerônimo Romanello. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. Direitos Básicos do Consumidor: A facilitação da Defesa dos Consumidores e a inversão do Ônus da Prova. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 10, abr/jun. 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Juiz e o Princípio do Contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 18, n. 71, jul/set. 1993.

RADLOFF, Stephan Klaus. **A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. **Lições Preliminares de Direito**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

SANSONE, Priscila David. A Inversão do Ônus da Prova na Responsabilidade Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 40, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 12. ed. Vol. II. São Paulo: Ed. Saraiva,

\_\_\_\_\_. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad. Vol. I.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A Inversão Do Ônus Da Prova Como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1982.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Presidente Prudente: Data Júris, 1998.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. Vol. I.