

REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

n. 47 • julho-setembro • 2003

Órgão oficial do

BRASILCON - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor

Internet: <http://www.brasilcon.org.br>e-mail: brasilcon@uol.com.br

FUNDADOR

Antônio Herman V. Benjamin

DIRETORA

Claudia Lima Marques

CONSELHO DIRETOR: Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, João Batista de Almeida, José Reinaldo de Lima Lopes, Ronaldo Porto Macedo Junior, Roberto Pfeiffer, Nelson Nery Junior

CONSELHO CIENTIFICO: Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antonio Junqueira de Azevedo, Damásio Evangelista de Jesus, Eros Roberto Grau, Fábio Konder Comparato, Fábio Maria De-Matita, Gustavo Tepedino, João Baptista Villela, João Bosco Leopoldino da Fonseca, José Carlos Barbosa Moreira, José de Aguiar Dias, José Manoel de Arruda Alvim, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Newton de Luca, Nelson Nery Junior, Salvo de Figueiredo Teixeira, Waldicir Bulgarelli, Washington Peluso Albino de Souza

CONSELHO EDITORIAL: Adalberto de Souza Pasqualotto, Alcides Tomasetti Junior, Alberto do Amaral Junior, Antonio Corrêa Meyer, Antonio Guilherme Tanger Jardim, Antonio Janyr Dall'Anol Junior, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Evelena Boening, Fábio Ulhoa Coelho, Helio Zaghetto Gama, James Martins, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Luis Camargo Pinto de Carvalho, Luis Daniel Pereira Cintra, Manuel Azeu Alfonso Ferreira, Marco Antonio Zanellato, Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo, Marilena Lazzarini, Nelson Diz, Paulo Salvador Frontini, Priscilla M. P. Corrêa da Fonseca, Rachel Sztajn, Roberto Braga de Andrade, Roberto Senise Lisboa, Rodolfo de Camargo Marcuso, Sidnei Agostinho Beneti, Silmara Jury de Abreu Chinelato Almeida, Silvio Luis Ferreira da Rocha, Silvio de Salvo Venosa, Suely Gandolfi Dallari, Teresa Ancocha Lopez, Teresa Celina Arruda Alvim Wambier, Thereza Alvim, Zelmo Denari

© Edição e distribuição da


**EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS**

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda

Tel. (11) 3613-8400 • Fax (11) 3613-8450

CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil

Internet: <http://www.rt.com.br> • e-mail: editorial.revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Coordenadora de Revistas: LIA TETELLI

SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-702-2433

(ligação gratuita de segunda a sexta-feira das 8 às 17 horas)

e-mail do atendimento ao consumidor: sac@rt.com.brDiagramação eletrônica e revisão: Oficina das Letras Apoio Editorial Ltda. - CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Prof Editora e Gráfica Ltda. - CNPJ 52.007.010/0001-52

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| COLABORADORES | 7 |
| 1. DOUTRINA INTERNACIONAL | |
| 1.1 Globalización y derecho de daños. Los derechos constitucionales incumplidos - CARLOS A. GHERSI | 9 |
| 1.2 El sistema de tarjeta de crédito en el derecho argentino - DIEGO HERNÁN ZENTNER | 19 |
| 1.3 Ventas especiales y protección del consumidor - J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ | 37 |
| 2. DOUTRINA NACIONAL | |
| 2.1 A responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarrros - GUI- LHERME FERREIRA DA CRUZ | 67 |
| 2.2 Administradores e provedores de entidades privadas prestadoras de ser- viços de saúde como sujeitos ativos de improbidade administrativa e a legitimação do Ministério Público para responsabilizá-los - HÉLVIO SIMÕES VIDAL | 118 |
| 2.3 Venda casada de produtos e serviços no sistema financeiro - DANIEL FIRMATO DE ALMEIDA GLÓRIA | 135 |
| 2.4 Responsabilidade civil dos meios de comunicação - LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO | 153 |
| 2.5 O contrato de consumo - DANIELA MOURA FERREIRA | 163 |
| 2.6 O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária - SILNEY ALVES TADEU | 180 |
| 2.7 Mercadoria adquirida no exterior: globalização e efetiva defesa do consumidor - ELAINE CARDOSO DE MATOS NOVAIS | 190 |
| 2.8 A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor - CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA | 200 |
| 3. TRABALHOS FORENSES | |
| 3.1 Internet. Acesso via banda larga. Provedores de serviço de acesso - PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA MACHADO | 233 |
| 3.2 TV a cabo. Contrato firmado com os assinantes com inclusão de cláusulas abusivas - CARLOS CEZAR BARBOSA | 258 |
| 3.3 Planos de saúde. Restrição à realização de exames médicos - MARCOS ROBERTO FUNARI | 264 |
| 4. NOTAS E TESES | |
| 4.1 O ônus da prova no Código do Consumidor - ERNANE FIDELIS DOS SANTOS | 269 |

2.8

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Breve relato histórico: os direitos dos consumidores no Direito comparado - 3. Da prova no processo civil - 4. Verdade e convicção - 5. Ônus da prova - 6. Fases processuais da atividade probatória - 7. Princípios que fundamentam a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: 7.1 Princípio da igualdade real; 7.2 Princípio da vulnerabilidade; 7.3 Princípio da hipossuficiência; 7.4 Princípio do acesso à Justiça; 7.5 Princípio da facilitação da defesa dos consumidores - 8. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: 8.1 Inversão *ope iudicis* e *ope legis*; 8.2 Condições e requisitos; 8.3 Polêmica: ato discricionário ou vinculado; 8.4 Fase processual da inversão do ônus da prova - 9. Conclusões - Bibliografia.

Resumo: Este artigo visa investigar a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, analisando suas consequências na sociedade. O instituto em tela foi criado pelo legislador consumerista com a finalidade de facilitar a defesa dos consumidores, bem como seu acesso à justiça. Assim, o Estado interveio nas relações de consumo para restabelecer o equilíbrio entre consumidor (vulnerável) e fornecedor; e, desta forma, efetivar o princípio da isonomia (igualdade material entre as partes). Portanto, a inversão do ônus da prova é uma exceção à regra processual civil de distribuição do encargo de provar, a qual incumbe ao autor da ação a prova dos fatos constitutivos de seu direito; e ao réu, a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Devido a esta exceção, o fornecedor irá, sem medir esforços, tentar provar que aquilo que o consumidor está pleiteando não procede; caso contrário, o juiz, verificando a verossimilhança das alegações do consumidor, bem como sua hipossuficiência técnica e econômica, decretará a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Palavras-chave: Inversão, ônus, prova, consumidor, fornecedor, princípios, vulnerabilidade, hipossuficiência.

1. Introdução

Este trabalho tem por finalidade relatar alguns aspectos teóricos e práticos do que tange à defesa do consumidor em juízo viabilizada pelo instituto da inversão do ônus da prova do art. 6.º, VIII, do CDC (Lei 8.078, de 11.09.1990).

Preliminarmente far-se-á uma abordagem dos temas básicos sobre a prova no processo civil, para então se entender e visualizar a correta aplicação do instituto ora em estudo.

Após esta análise singela investigar-se-á o instituto do ônus da prova especificamente, e sua repercussão no mundo fático e jurídico, com base na doutrina mais moderna, inclusive analisando as decisões jurisprudenciais a respeito.

Além disso, é de fundamental importância verificar o contexto histórico em que se inseriram os direitos dos consumidores, que representam, assim como outros direitos, a categoria dos chamados "novos direitos".

É por ser um ramo novo na ciência do Direito espera-se com este breve estudo esclarecer alguns pontos essenciais do instituto em análise.

2. Breve relato histórico: os direitos dos consumidores no Direito comparado

A defesa dos direitos dos consumidores sempre esteve ligada ao desenvolvimento econômico, surgindo, portanto, nos países com intensa atividade econômica e industrial, como é o caso dos Estados Unidos da América, do Japão, da Alemanha, da França, da Inglaterra, da Itália, da Suécia, do Canadá.

Na Inglaterra não havia leis específicas a respeito dos direitos dos consumidores, todavia estes direitos eram tutelados indiretamente através de determinadas leis. Em 1893¹ promulgou-se o chamado, *Sale of Goods Act*, que de forma embrionária defendia interesses dos consumidores, na medida em que consagrou o princípio de que o devedor deve acautelar-se, ou seja, aquele que adquirisse bens deveria e até podia exigir os cuidados necessários de quem os vendia.

Ressalte-se, porém, que nos Estados Unidos da América, em 1916 e na Grã-Bretanha em 1932, surgiram os primeiros passos para obrigar os fornecedores a serem diligentes, isto é, eles passaram a assumir os riscos de sua atividade (*duty of care*). Em decorrência, estabeleceu-se a responsabilidade objetiva do fornecedor, com a inversão do ônus da prova, pois independe da comprovação por parte do consumidor (lesado) que o fornecedor agiu com imprudência, negligência ou imperícia (culpa).

Nos Estados Unidos há outras leis de relevância para a defesa dos direitos dos consumidores, a saber, *Consumer Credit Protection Act* (1983), *Consumer Legal Remedies* (1969); *Magnuson-Moss Warranty Act* (1975).

A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, na 29.ª sessão em 1973 (Genebra) defendeu² direitos básicos do consumidor, quais sejam: o direito à

¹⁾ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 33.

²⁾ AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. "História e fundamentos do direito do consumidor". *RT* 648731-45, São Paulo, out. 1989. p. 32.

segurança, à integridade física, à intimidade, à honra, à informação e o respeito à dignidade humana dos consumidores.

Antes disso, a Resolução 2.542, de 11.12.1969, nos arts. 5.º e 10 reconheceu os direitos dos consumidores internacionalmente, vez que a Organização das Nações Unidas (ONU) recomendava que os países cuidassem da proteção destes.

Em 17.05.1973, a Resolução 543 foi elaborada pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, quando se elaborou a Carta de Proteção do Consumidor, traçando diretrizes básicas para a prevenção e a reparação dos danos aos consumidores. Servindo de base para a Resolução do Conselho da Comunidade Europeia de 14.04.1975, que dividiu os direitos dos consumidores em grupos: "interesses dos consumidores podem ser agrupados em cinco categorias de direitos fundamentais: a) direito à proteção da saúde e da segurança; b) direito à proteção dos interesses econômicos; c) direito à reparação dos prejuízos; d) direito à informação e à educação; e) direito à representação (direito de ser ouvido)".

Na França, a proteção dos consumidores tomou grande impulso. Calais-Auloy¹⁾ cita alguns textos de leis francesas antigas que tratavam dos direitos dos consumidores. A lei de 01.08.1905 tratava das fraudes e falsificações dos produtos, hoje o conteúdo desta lei está inserido no *Códe de la Consumption* (art. L. 213-1 et s.).

Outra lei importante para a evolução dos direitos dos consumidores foi a de 22.12.1972 que permitia aos consumidores um período de sete dias para refletir sobre a compra, este direito foi inserido no *Códe de la Consumption* nos arts. L. 121-21 e seguintes (no ordenamento jurídico pátrio este direito assemelha-se ao direito de arrependimento, CDC art. 49).

Dentre outras leis, a lei de 27.12.1973, muito conhecida como *Loi Royer*, dispunha sobre a proteção dos pequenos comerciantes, mas em seu art. 44 trazia um dispositivo de proteção ao consumidor contra a propaganda enganosa (hoje está nos arts. 121-1 e seguintes do *Códe de la Consumption*). A lei de 04.01.1978 modifica o disposto no Código Civil Francês (arts. 1.792 e seguintes) quanto à questão da responsabilidade dos construtores civis. A Lei 78-22, de 10.01.1978, denominada pelos franceses de *Loi Scrivener*, destinava-se à proteção contra os perigos do crédito. A Lei 78-23, de 10 de janeiro do mesmo ano, também conhecida como *Loi Scrivener*, protegia os consumidores contra as cláusulas abusivas.

O *Códe de la Consumption* (que equivale ao Código de Defesa do Consumidor Brasileiro) foi elaborado através de um processo legislativo extenso, contendo mais de 300 artigos, mas em 1995 foi regularizado por um decreto. Este Código contém cinco livros: 1) Informações aos consumidores e formação dos

serviços; 2) Conformidade e segurança dos produtos e dos serviços; 3) Direito de arrependimento; 4) Associações de Consumidores; 5) Instituições.⁴⁾

Relevante é o sistema dos países nórdicos, principalmente quanto à proteção dos direitos dos consumidores, pois há a figura dos chamados *ombudsmen* para cuidar das reclamações dos consumidores e para o eventual prosseguimento destas em juízo. Primeiramente, estas entidades surgiram na Suécia em 1971, e depois na Noruega (1972), Dinamarca (1974) e Finlândia (1978).⁵⁾

No direito pátrio esta função tem sido desempenhada quase integralmente pelo Ministério Público, que desde a promulgação do Código de Defesa do Consumidor tem sido o maior defensor dos direitos dos consumidores. No Brasil, o *Parquet* tutela os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/1988). Além disso, o Estatuto consumerista diz expressamente que estes direitos são de ordem pública e de relevância social (art. 1.º, CDC). Todavia, o Ministério Público não defende todos os direitos dos consumidores que são infringidos, mas esta tutela tem sido, em regra, a tutela preventiva e repressiva dos direitos difusos e coletivos dos consumidores. Paireira uma discussão a cerca da legitimidade do Ministério Público para a tutela dos interesses individuais homogêneos. Entretanto este tema é complexo não cabendo aqui discuti-lo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 explicitou a defesa do consumidor logo no art. 5.º, XXXII, incumbindo ao Estado promover a defesa do consumidor, tida como um direito e garantia fundamental, revestindo-lhe da proteção das cláusulas pétreas. No art. 24 da CF/88 está preceituado que: "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VIII - responsabilidade por dano (...) ao consumidor (...)". Mais adiante, no § 4º do art. 150, o constituinte dispõe: "A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços". No art. 170 da Magna Carta, a defesa do consumidor é tida como um dos princípios da ordem econômica: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor." E ainda, no parágrafo único do art. 175, o constituinte preocupou-se em proteger os usuários dos serviços públicos prestados pelas concessionárias ou permissionárias. E por fim, no art. 18 do ADCT estabelece o prazo de 120 dias da promulgação desta Constituição para que o Congresso Nacional elabore o Código de Defesa do Consumidor.

Em síntese, hodiernamente, pode-se identificar o fenômeno da decodificação, com a conseqüente criação de microsistemas e subsistemas jurídicos. Por exemplo, o Código Civil é um Código propriamente dito, ou seja, é uma lei complementar, e, portanto, de difícil alteração. A modernidade requer do Direito mu-

¹⁾ CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 26.

⁴⁾ Idem, ibidem, p. 29. Tradução nossa.

⁵⁾ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, op. cit., p. 35.

danças rápidas para tutelar situações novas, surgindo assim os microsistemas que é o caso do Código de Defesa do Consumidor. Todavia esta lei traz normas principiológicas que devem nortear as relações de consumo, cabendo às leis específicas em cada ramo do mercado regular as suas especificidades, que os subsistemas, como, por exemplo, a Lei 9.656, de 03.07.1998, que regula planos e seguros privados de assistência à saúde, estas leis, porém, só terão eficácia naquilo que não contrariar o microsistema ao qual deve subordinar-se no caso o Código de Defesa do Consumidor.

3. Da prova no processo civil

A palavra prova vem do latim *probatio* (do verbo *probare*, *probo*, *as*, *as* tendo por significado: prova (provar), verificação (verificar), exame (examinar), argumento, razão, aprovação, confirmação, demonstrar, julgar, aceitar, estimar). É, portanto, um vocábulo equívoco, pois possui vários significados. Em nossa língua pátria "prova" pode ser: "1. Aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo. 2. Ato que atesta uma intenção ou sentimento; testemunho. 3. Processo que permite verificar a exatidão dum cálculo. 4. Ato de provar (5 e 6). 5. Concurso, exame ou competição, ou cada uma das partes deles. 6. *Art. 6º* Imprensa tirada de texto já composto, para revisão e correção". E "provar" pode ser: "1. Estabelecer a verdade, a realidade de; dar prova de. 2. Demonstrar (1). 3. Submeter a prova; experimentar. 4. Revelar, mostrar. 5. Comer ou beber pequena porção de (algo), para experimentar. 6. Experimentar, vestindo. 7. Experimentar, sofrendo".⁶

É interessante notar que em outro dicionário da língua portuguesa⁸ vamos encontrar como significado de "prova": "O que estabelece ou demonstra a verdade ou realidade de alguma coisa; demonstração; ação de verificar a exatidão de um cálculo, trabalho, exame, verdade etc." E para o vocábulo "provar": "Estabelecer ou demonstrar a verdade; fazer conhecer, dar provas de; testar; examinar; verificar, experimentar; submeter à prova".

Da mesma forma, no âmbito jurídico, este vocábulo pode ter vários significados. Moacyr Amaral dos Santos⁹ identifica três significados possíveis, a saber: 1) ação de provar (*actus probandi*), em que a regra do Direito Romano diz incumbir a quem alega as provas dos fatos alegados; 2) os meios de prova, isto é

⁶ QUEIROZ, O. A. Pereira de, *Dicionário latim-português*. 5. ed. rev. e ampl. por Ary Gava e Ubiratã Rosa. São Paulo: Lep, 1958. p. 279.

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. 8. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 448.

⁸ OLIVEIRA, Cândido de et alii. *Dicionário mor da língua portuguesa ilustrado*. São Paulo: Livro'Mor, 1943. p. 1.806.

⁹ *Prova judiciária no civil e no comercial*. 5 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 2. vol. 1 - Parte geral.

o que se pode provar; e, por fim, 3) os resultados dos fatos apurados, isto é, o que o autor fez prova de sua intenção, e o réu de sua exceção.

Conclui o ilustre jurista que prova é "um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade". Este é um ponto crucial da atividade probatória: a atribuição do juiz da verdade dos fatos alegados pelas partes, e que Malatesta tratou muito bem do tema, que será abordado, ainda que de forma sucinta, logo adiante.

Moacyr Amaral Santos¹⁰ atentando para a ambigüidade deste vocábulo, definiu seus possíveis significados, da seguinte maneira: 1) *Aspecto objetivo*: neste caso, provas seriam "os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo"; 2) *Aspecto subjetivo*: sob este outro aspecto, a prova é conceituada como "aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade dos fatos deduzidos em juízo"; e continua dizendo que "consiste na convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos".

Pontes de Miranda conceitua prova, atendo-se ao caráter processual probatório: "A prova, no processo, é o que concorre para que o juiz, ao aplicar a lei, fique certo de que está a prestar, com exatidão, o que se prometera: a tutela jurídica".¹¹

Portanto, concluímos que provar, judicialmente, é convencer o juiz da verdade ou não das alegações feitas pelas partes na demanda judicial, para que este solucione a lide. Solução esta que ora será positiva ao autor (quando o pedido deste proceder de acordo com as provas produzidas); ora será negativa (quando o pedido for improcedente, mediante as provas produzidas, ou ainda, pela ineficiência das provas apresentadas pelo autor); ou ainda, poderá restar dúvida, e neste caso, o juiz utilizar-se-á das regras de julgamento, quais sejam, as regras de distribuição do ônus da prova.

4. Verdade e convicção

Já que se falou em verdade e certeza dos fatos que refletem a convicção do juiz, cumpre-se agora estudar a problemática ensejada pelo tema "verdade" e os possíveis estados de espírito do juiz no que diz respeito à atividade probatória. O que vem a ser verdade no mundo jurídico?

No processo do século passado (até meados do século XX) este problema era mais grave, quando o princípio da verdade formal era absoluto, e desta for-

¹⁰ *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 4, vol. 2.

¹¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 313. t. IV - arts. 282 a 443.

ma, o juiz só poderia julgar de acordo com o que fora alegado e provado pelas partes, sendo-lhe vedado agir em busca da verdade real dos fatos.

Contudo o sistema jurídico vigente possibilita o "dever-poder" para que o juiz, na apuração dos fatos alegados na demanda, possa agir determinando provas que julgue necessárias para o julgamento da lide (art. 130, CPC).

Chama atenção para tal fato Ovídio A. Baptista da Silva:¹² "seria uma pura pretenciosa ingenuidade imaginar que o processo civil seja instrumento capaz de permitir a determinação da verdade absoluta a respeito dos fatos". E cita referido jurista que, hodiernamente, devido à crescente sociedade de massas em que a prova é cada vez mais difícil de se produzir em juízo, vê-se que a saída é recorrer para a "ciência do provável" ou "lógica do razoável".

Para Dinamarco¹³ a "certeza" em direito processual coincide com a convicção do juiz, no processo de conhecimento; e, com a existência do título executivo, no processo de execução. Por isso, explica o eminente processualista que a verdade, enquanto um conceito "ideal" não pode ser tido como um escopo processual, ela é um "passo importante" para que o juiz possa declarar o direito ao caso concreto.

Neste sentido pode-se conceituar verdade jurídica como sendo aquela que decorre da percepção pelo juiz dos fatos alegados e provados no processo. E esta verdade será cada vez mais vulnerável na medida em que a natureza do direito seja disponível, em que ainda predomina o princípio da verdade formal.

Este tema está intimamente ligado com a convicção do julgador, pois a verdade não existirá no espírito deste sem a prévia percepção, ressaltando-se o caráter eminentemente subjetivo da certeza, tornando mais uma vez vulnerável a verdade trazida nos autos.

É o que aponta Malatesta,¹⁴ a verdade é "a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza". Acrescenta o eminente jurista italiano que devido a este caráter subjetivo, a certeza e verdade nem sempre se coincidem: "por vezes tem-se a certeza do que objetivamente é falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros".

(12) *Curso de processo civil*, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000, p. 339, vol. I - Processo de conhecimento.

(13) *A instrumentalidade do processo*, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 242.

(14) MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. de J. Alves de Sá. 2. ed. São Paulo: Teixeira, [19-?], p. 21, nos diz: "a certeza, considerada na sua natureza intrínseca, qual é, não qual seria melhor que fosse, consistindo em um estado subjetivo da alma, é estudada como tal, e não já confundida com a realidade exterior".

Ocorre que se a lide versar sobre direitos disponíveis, o processo civil comporta-se com a verdade formal ou processual que na definição de José Frederico Marques¹⁵ é uma "verdade condicionada, dependente das provas que as partes conseguiram ou puderam produzir, e ainda das presunções legais que a norma processual impõe em face do comportamento e atuação dos litigantes no curso do procedimento".

Feito este breve comentário sobre verdade e processo, Malatesta¹⁶ cita três estudos de espírito possível que se formará no julgador, a saber:

1. a certeza sobre os fatos alegados;
2. a dúvida sobre estes fatos; e, finalmente,
3. a ignorância dos mesmos;

Esta última possibilidade é irrelevante, pois se o juiz não tem conhecimento dos fatos, não há como ter a percepção da verdade destes. Mesmo porque a sistemática processual civil não permite que o juiz de ofício realize atos tendo em vista o ingresso de uma demanda judicial (art. 262 do CPC diz que cabe às partes ingressar com a demanda).

Cabe ressaltar a importância deste tema para que se entenda o instituto em tela, pois como se pretende demonstrar, as regras de distribuição do ônus da prova serão utilizadas pelo julgador conforme o seu estado de espírito. De maneira que, se o juiz alcançar a certeza dos fatos, não haverá necessidade de recorrer a estas regras de julgamento. Contudo, se o juiz estiver em dúvida, a única solução para o litígio é a utilização das regras de julgamento.

Na primeira hipótese, *caso de certeza*, o juiz julgará a lide sem maiores problemas. Quando os fatos relevantes à causa estão provados no processo, não cabe ao juiz questionar quem fez a prova deste fato, pois a prova pertence ao processo, e formará o convencimento do juiz, independentemente de quem a produziu, isto ocorre devido ao *princípio da comunhão das provas*, que Vicente Greco Filho¹⁷ chama de *onus objetivo*, "ou seja, a prova vale para ambas as partes independentemente de quem a tenha produzido".

Quando se fala em certeza, este estado de espírito não comporta subdivisões: ou o juiz está certo que os fatos existem ou não.

Desta forma, distingue-se certeza de convencimento, na medida em que aquela é a crença na verdade; enquanto este, a opinião da certeza como legítima. Portanto, para que o juiz atinja sua convicção, ele deve se perguntar sucessivamente sobre vários juízos pertinentes ao caso concreto, antes de se pronun-

(15) *Manual de direito processual civil*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 244, vol. 2 - Processo de conhecimento.

(16) *Op. cit.*, p. 19.

(17) *Direito processual civil brasileiro*, 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 188, vol. 2.

ciar a respeito. Permanecendo a obrigatoriedade de motivar sua decisão com base no art. 93, IX, da CF/88.

Na hipótese de dúvida, ao contrário do estado de certeza, comporta subdivisões. A dúvida existe quando há, igualmente, elementos convergentes e divergentes que leva ao convencimento da existência ou não de determinado fato, ou seja, pode de três naturezas: incredibilidade, credibilidade, ou, probabilidade.

Em resumo, podemos dividir o estado de dúvida no espírito do juiz em dois: ora a dúvida será ineliminável, ora será eliminável. Nesta última hipótese o juiz poderá utilizar os poderes instrutórios que lhe fora conferido pela lei na tentativa de alcançar a convicção a cerca da verdade dos fatos alegados.

Contudo se a dúvida ainda persistir ineliminável só restará ao intérprete recorrer às regras de distribuição do ônus da prova. Cabe agora analisar em específico o instituto do ônus da prova, para depois aplicá-lo, ainda que de maneira inovadora, nas relações de consumo.

5. Ônus da prova

No Direito romano a regra era *semper onus probande ei incumbit qui dicit*, isto é, o ônus da prova dos fatos incumbe à quem os alega, como via de regra, o autor inicia a demanda, desenvolveu-se o princípio romano de que *actori incumbit onus probandi*, ou seja, ao autor incumbia o ônus de provar.

Mas Ulpiano¹⁸ complementando esta regra introduz outro princípio, a saber, *reus in exceptione actor est*, desta forma o réu quando afirmasse fatos que fundamentavam sua defesa deveria prová-los, pois as exceções baseiam-se em afirmações de situação jurídica distinta daquela alegada pelo autor.

Para Moacyr¹⁹ ônus é um dever no sentido de "interesse, necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados".

Buzaid²⁰ afirma que *ônus não pode ser entendido como uma obrigação*, pois esta pressupõe um direito subjetivo entre um lado passivo e outro ativo. Portanto, na obrigação há um vínculo de vontade imposto a uma das partes, o que não ocorre com o ônus da prova.

Da mesma forma não poderíamos dizer que é uma *faculdade*, que na definição de Orlando Gomes²¹ "consiste no poder de agir, compreendido no direito". Em assim sendo se o direito não for exercido não acarretará em prejuízo para o

¹⁸ Apud SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., 1983, p. 94.

¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 93.

²⁰ "Do ônus da prova". *Revista de Direito Processual Civil* 4/5-24, jul.-dez. 1961, p. 13.

²¹ *Introdução ao direito civil*. 18 ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 120.

seu titular. Ônus da prova não é uma faculdade, pois se as partes não provarem seus direitos sofrerão o prejuízo de ver julgada a lide contra seus interesses.

Nos dizeres de Theodoro Jr.²², ônus "é uma necessidade de provar para vencer a causa". No mesmo sentido é a definição de Ada Pellegrini Grinover²³ que diz que ônus "consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa".

Este é o caráter diferenciador, e que caracteriza o que vem a ser ônus para fins jurídicos, que consiste num caráter instrumental para alcançar o sucesso na demanda.

Diferentemente, de *dever*, que segundo Pontes de Miranda²⁴ "o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é o interesse do sujeito ativo; ao passo que o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfação é do interesse do próprio onerado". Também não é o que acontece quando se fala em ônus da prova, como já foi dito, as partes precisam ser diligentes em provar suas alegações em juízo para auferirem as vantagens da procedência do pedido (para o autor), ou da improcedência do pedido do autor (para o réu).

Para José Frederico Marques²⁵ ônus é a *necessidade* das partes em provar para vencer a demanda, pois "a parte a quem incumbe fazer a prova do fato, suportará as consequências e prejuízos de sua falta e omissão".

Em síntese ônus da prova pode ser traduzido como a necessidade da parte provar suas alegações em juízo para que evite o prejuízo de ter como inexistente o seu direito alegado.

6. Fases processuais da atividade probatória

Pode-se dividir em 4 os momentos em que se realiza a atividade probatória: 1) o do requerimento; 2) do deferimento; 3) da produção; e, por fim, 4) o da valoração das provas.

No primeiro momento, o autor, na Petição Inicial, indicará "o fato e os fundamentos jurídicos do pedido", bem como "as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados" (art. 282, III e VI, do CPC). E o réu, na contestação ou exceção, deverá expor as razões de fato e de direito especificando as provas que pretende produzir (art. 300 do mesmo estatuto legal).

²² *Curso de direito processual civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 423, vol. I - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.

²³ Theodoro Jr. et alii. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 349.

²⁴ Op. cit., p. 322-323.

²⁵ Op. cit., p. 187.

No segundo momento (do deferimento da prova) ocorre o primeiro com o juiz com as provas. Aliás, o ato de deferimento é exclusivo do juiz,²⁶ por isso não se confunde com o momento anterior que é ato exclusivo das partes. Além disso, o deferimento das provas decorre do dirigismo do processo pelo juiz, segundo arts. 125 e 130 do CPC, pois as provas só poderão ser produzidas e julgadas em parte dos autos do processo se forem admitidas pelo juiz. É o juiz quem organiza e coordena a atividade probatória.

Esta fase processual depende do rito que a ação segue. No rito ordinário o primeiro contato do juiz com as provas será no despacho saneador (art. 331 do CPC).²⁷ No rito sumário, será na audiência de tentativa de conciliar as partes quando a conciliação restar infrutífera (art. 277 do CPC), porque desde esse momento o juiz designará audiência de instrução e julgamento, podendo até converter este rito sumário em rito ordinário, se houver complexidade na matéria probatória. Portanto, esta fase processual, no rito sumário, só ocorrerá se não houver conciliação entre as partes.

Na terceira fase a atividade é mista, ou seja, cabe às partes colaborar na produção das provas, pois é de seu interesse a efetiva execução probatória para evitar o risco do prejuízo por falta de prova e ao juiz, a quem incumbe presidir a produção das provas em juízo, fiscalizando e, além disso, dirigir a execução das provas em busca da verdade.

Na fase derradeira, quando o juiz irá valorar as provas, ele começará a formar sua convicção sobre a lide. Ao proceder à valoração da prova, o juiz poderá e quase sempre acontece, utilizar-se das regras de experiência e das presunções na formação do seu convencimento da lide, portanto valorar as provas é ato exclusivo do juiz.

E só depois, se esta convicção for infrutífera é que o julgador fará uso das regras de distribuição do ônus da prova, que será no momento seguinte que é o julgamento da lide, daí denominá-las de regras de julgamento, segundo a Doutrina e Jurisprudência dominantes.

Na valoração das provas produzidas no processo, é indiferente quem as trouxe aos autos, pois depois de produzida a prova pertence ao processo, à justiça, este é o princípio da comunhão das provas, segundo o qual, o juiz não diminui o valor da prova do fato constitutivo do direito do autor se esta foi produzida pelo réu, da mesma forma que não diminuirá o valor da prova do fato extintivo, modificativo, ou impeditivo do direito do autor, quando esta prova foi produzida pelo próprio autor.²⁸

²⁶ MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 182.

²⁷ No mesmo sentido: MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 183; GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 192.

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O juiz e a prova". *RePro* 35/178-184, abr.-jun. 1984, p. 181.

3. Princípios que fundamentam a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

Os princípios gerais que fundamentam as relações de consumo estão dispostos nos arts. 1.º ao 7.º do CDC, e são de fundamental importância para a compreensão da sistemática deste diploma legal, pois todos os demais artigos debruçam-se sobre estes princípios.

Estas normas (arts. 1.º ao 7.º) são normas-objetivas, pois determinam os objetivos que o CDC deve pormenorizar nos seus artigos seguintes, elas definem o fim a ser alcançado, portanto, não podem ser definidas como normas programáticas, vez que estas normas contêm eficácia plena.²⁹

Roberto Senise Lisboa³⁰ cita como princípios informativos da relação de consumo: "a vulnerabilidade, a hipossuficiência, a transparência, a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e jurídico da relação, a proteção dos direitos extrapatrimoniais e patrimoniais, o acesso à justiça, a facilitação da defesa dos direitos, a defesa individual e coletiva dos direitos, a reparabilidade integral do dano e a aplicação subsidiária das normas de direito comum".

Contudo, serão abordados, neste trabalho, os princípios que guardam ligação estreita com a inversão do ônus da prova.

3.1 Princípio da igualdade real

O princípio da igualdade era aplicado formalmente o que gerava diversas vezes uma desigualdade substancial entre as partes. Como inovação o Código de Defesa do Consumidor tem como princípio norteador o princípio da igualdade real, criando diversos mecanismos, sendo a inversão do ônus da prova um deles, para reequilibrar as partes (consumidor e fornecedor). Ao tratar diferentemente consumidor e fornecedor, o legislador consumerista pretendeu efetivar o princípio constitucional da igualdade real ou substancial entre as partes (denominado também por princípio da isonomia) preconizado no *caput* do art. 5.º da CF/88.

Este artigo diz: "Todos são iguais perante a lei". Daí conclui-se, principalmente, que o legislador não pode elaborar leis de cunho discriminatório. Portanto, a questão que se coloca é: *Ao estabelecer a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, o legislador consumerista infringiu o princípio constitucional da isonomia?*

A resposta é negativa, pois o referido instituto objetivou a igualdade substancial entre consumidor e fornecedor, o que não se pode aceitar é que o legisla-

²⁹ NERY JR., Nelson. "Princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor* 3/44-77, set.-dez. 1992, p. 50.

³⁰ A responsabilidade civil nas relações de consumo. São Paulo: RT, 2001, p. 83.

dor elabore leis discriminatórias fortuitas e injustas. No caso das relações de consumo este tratamento, à primeira vista desigual, justifica-se na medida em que o consumidor está em desvantagem face ao controle da produção e comércio pelos fornecedores.

Sobre estes aspectos, Nelson Nery Junior³¹ afirma que a possibilidade da inversão do ônus da prova *ope iudicis* do inciso VIII do art. 6.º do CDC "é manifestação inequívoca do princípio constitucional da isonomia".

O conceito aristotélico de igualdade diz que a igualdade significa tratar os iguais igualmente, e os desiguais, desigualmente na medida exata de suas desigualdades. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor, em vários momentos, trata de maneira "desigual" consumidor e fornecedor, devido ao desequilíbrio e à desvantagem técnica e econômica que o consumidor ocupa na relação de consumo.

Acrescenta-se a isto os dizeres de Carlos Ferreira de Almeida³² para quem as ordens liberais criaram situações de desigualdade em nome da igualdade formal de todos os sujeitos jurídicos.

Em suma, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor é um tratamento desigual, contudo, há uma adequação racional entre este e o elemento diferenciador entre consumidor e fornecedor. E segundo Celso A. Bandeira de Mello³³ "(...) a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traço e circunstâncias peculiarizadas de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada".

Quando o legislador reconhece no art. 4.º, I, do CDC que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo, ele passou a preocupar-se em como alcançar a igualdade real deste frente ao fornecedor, sendo a inversão do ônus da prova uma das manifestações do legislador neste sentido.

A fragilidade do consumidor insere-se no contexto do atual sistema capitalista, que prega a busca incessante pelo lucro ilimitado, sem levar em conta direitos da pessoa humana, que por vezes, são um entrave para os moldes deste sistema. Esta situação foi apontada por Georges Ripert³⁴ que afirma:

"A riqueza é poder mais do que gozo. Na sociedade igualitária dos tempos modernos, a única distinção feita entre os homens vem da desigualdade econômica. Outrora, presumia-se que quem exercia poder era rico; hoje se pode afir-

³¹ Op. cit. 1992, p. 55.

³² Op. cit., p. 19.

³³ *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 39.

³⁴ *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. Gilda G. de Azevedo. São Paulo: Freitas Bastos, 1947, p. 342.

mar que quem é rico é poderoso. O espírito de lucro é portanto uma forma do espírito de dominação."

Conclui-se que o instituto da inversão do ônus da prova pode ser traduzido como *medida de equidade*, pois trata partes desiguais (consumidor/fornecedor) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial (material ou real).

7.2 Princípio da vulnerabilidade

Este princípio tem fundamental importância quando se fala nos direitos dos consumidores, já que é a *ratio* de toda a legislação consumerista.³⁵ E, por isso, justifica todos os mecanismos de intervenção estatal que beneficiam o destinatário final dos produtos e serviços.

Este princípio está inserto no inciso I do art. 4.º do CDC: "I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;"

Conclui-se que todo consumidor é vulnerável, porque estão sujeitos ao poder de controle dos meios e dados da produção dos fornecedores, isto decorre da própria presunção legal.

Pois a partir da Revolução Industrial, surge o fenômeno da concentração industrial, em que os fornecedores são, via de regra, grandes empresários, tornando-se flagrante a vulnerabilidade do consumidor, que, geralmente, é a parte mais fraca desta relação.

A vulnerabilidade é, assim, uma presunção *iure et de iure*,³⁶ ou seja, todos nós que somos consumidores, somos vulneráveis, pois estamos sujeitos às práticas comerciais dos fornecedores, quais sejam, a oferta, publicidade e fornecimento dos bens de consumo.

7.3 Princípio da hipossuficiência

Outro princípio que rege as relações de consumo é a hipossuficiência dos consumidores. Apesar de ser conceito semelhante à vulnerabilidade, ambos não podem ser confundidos. A vulnerabilidade, como foi dito, é uma presunção *iure et de iure*, portanto independe de qualquer atividade jurisdicional, enquanto, a hipossuficiência pressupõe a utilização do *critério da razoabilidade*, segundo

³⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 7.

³⁶ LISBOA, Roberto Senise, op. cit., p. 86. "Para se caracterizar a vulnerabilidade pouco importa a situação econômica ou a classe social do consumidor, bem como o seu grau de instrução ou mesmo se a aquisição do produto ou do serviço se deu para o exercício da atividade profissional do consumidor, ou não".

o qual, o juiz ao analisar o caso concreto, verificará, segundo as regras ordinárias de experiência se o consumidor é ou não hipossuficiente. Em sendo afirmativa a análise, o juiz inverterá o ônus da prova em favor do consumidor hipossuficiente.³⁷

Em suma, pode-se concluir que a hipossuficiência é um *plus* à vulnerabilidade.

Roberto Senise Lisboa distingue a *hipossuficiência fática*, que decorre da situação socioeconômica inferior do consumidor perante o fornecedor. E a *hipossuficiência técnica*, que decorre da dificuldade do consumidor em obter a prova indispensável para provar seu direito em juízo, esta situação decorre do fato de o fornecedor controlar os dados da produção.

7.4 Princípio do acesso à Justiça

Este princípio também é pertinente a este estudo, tendo em vista que a possibilidade da inversão do ônus da prova pode ser entendida como efetivação do princípio constitucional do acesso à Justiça, na medida em que facilita a prova do direito do consumidor, que muitas vezes encontra-se desestimulado em lutar pelos seus direitos, devido ao alto custo dos honorários advocatícios, à incredibilidade na Justiça, à dificuldade da demonstração de seu direito em juízo, dentre outros óbices.

O princípio do acesso à Justiça, além de ser um princípio informativo do Código de Defesa do Consumidor é, também, um princípio que decorre do inciso XXXV do art. 5.º da CF, conhecido por *princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário*.

O acesso à Justiça deve ser real e efetivo, e para tanto, o legislador consumérista levou em conta todas as peculiaridades das relações de consumo, principalmente, no que diz respeito à hipossuficiência do consumidor:

Em decorrência deste princípio, podem ser citados:

- a assistência judiciária integral e gratuita aos consumidores que não têm condições econômicas de arcarem com o custo da demanda;
- as Promotorias de Justiça do Consumidor, que assumem um papel relevante na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores (arts. 81, par. ún., 82, I);
- as Delegacias de Polícia Especializadas nos crimes contra as relações de consumo;
- Juizado Especial de Pequenas Causas;

³⁷ Sobre a distinção de vulnerabilidade e hipossuficiência, ver ROBERTO SENISE LISBOA, op. cit., p. 85-88: "Em outras palavras: não é sempre que o consumidor pode ser considerado hipossuficiente, mas ele sempre é vulnerável".

- estímulos para criação das associações civis em defesa dos direitos dos consumidores;

- responsabilidade objetiva do fornecedor; dentre outros.

2.5 Princípio da facilitação da defesa dos consumidores

Este princípio está intimamente ligado com o tema em tela, vez que a possibilidade da inversão do ônus da prova é tido pelo CDC como um meio de facilitação da defesa dos consumidores em juízo (art. 6.º, VIII).

E, além disso, este princípio é de fundamental importância para a efetivação do princípio anterior, pois através de medidas que facilitam a defesa dos direitos dos consumidores em juízo, o legislador consumerista viabilizou o real e efetivo acesso destes à justiça.

Concluimos que o princípio da facilitação da defesa dos consumidores é bem marcante no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, sendo a *ratio* de muitos institutos aí presentes, como, por exemplo:

- a criação e o fortalecimento de órgãos de defesa do consumidor (art. 5.º);
- a responsabilidade objetiva do fornecedor (arts. 12, *caput*, 14, *caput*, 18 e 20);
- a responsabilidade solidária dos fornecedores (arts. 7.º, par. ún., 13, par. ún., 18 e 25, § 2.º);
- a possibilidade da inversão do ônus da prova (art. 6.º, VIII);
- a proteção dos direitos morais e patrimoniais (art. 6.º, VI);
- a vedação da denunciação da lide (art. 88);
- a utilização do foro do consumidor na propositura da ação (art. 101, I);
- a liquidação individual de sentença coletiva (art. 97), dentre outros.

8. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

Como em qualquer demanda, no tocante a matéria probatória, a demanda que envolve uma relação de consumo também segue o disposto no art. 333 do CPC, ou seja, incumbe ao autor a prova constitutiva de seu direito, e ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

Mas, ocorre que, nas lides que envolvam conflitos decorrentes de uma relação de consumo, houve mitigação desta regra geral do processo civil, vez que o art. 6.º, VIII, do CDC permite ao juiz utilizar-se das regras ordinárias de experiência e inverter o ônus da prova em favor do consumidor que é a parte mais fraca da relação, isto ocorrerá quando o consumidor for hipossuficiente ou quando suas alegações forem verossímeis.

O CDC, no art. 38, revogou o art. 333 do CPC porque diz expressamente que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação pu-

blicitária cabe a quem as patrocinava. Neste caso não se trata de inversão do ônus da prova propriamente dito, o que ocorre é uma redistribuição do ônus *probatio* pelo legislador consumerista tendo em vista as especificidades das relações de consumo.

Mas, na doutrina e jurisprudência há uma forte tendência em considerar ambos os artigos como inversão do ônus da prova. Tanto é assim, que a doutrina divide o instituto em: *ope iudicis* e *ope legis*. *Ope iudicis* é a operada pelo juiz ("a critério do juiz"), isto é, a do art. 6.º, VIII, do CDC; *Ope legis* é aquela que foi instituída por "obra" da lei, ou seja, porque o legislador quis assim, é o caso do mencionado art. 38 do mesmo estatuto legal.³⁶

A inversão do ônus da prova, objeto deste artigo, está prevista no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor em seu art. 6.º, 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".

A interpretação de qualquer dispositivo do Código de Defesa do Consumidor deve ser feita de maneira sistemática, ou seja, deve-se levar em conta a finalidade desta lei e os princípios básicos trazidos por ela. Esta lei é tendenciosa pois se preocupa em proteger e defender os direitos dos consumidores. E justifica-se na medida em que eles são a parte mais fraca da relação de consumo, e, portanto, precisam de uma proteção maior pelo legislador.

Segundo Dinamarco³⁹ toda técnica é instrumental e só se justifica em razão de alguma finalidade que visa cumprir. Acrescenta-se que como meio (ou instrumento) a inversão do ônus da prova deve ser aplicada pelo juiz tendo em vista sua função teleológica, qual seja, a de facilitar a defesa dos consumidores em juízo.

Portanto, o instituto da inversão do ônus da prova deve ser entendido como forma de facilitação da defesa do consumidor em juízo, e só com esta finalidade é que o instituto será legítimo. Não se trata de um benefício indiscriminado, mas sim um mecanismo cuja finalidade é reequilibrar as partes em juízo, e possibilitar que os consumidores tenham tutelados seus direitos em juízo, de acordo com o princípio chiovendiano: nem mais, nem menos do que aquilo que tem de receber.

Segundo Greco Filho⁴⁰ o juiz, para inverter ou não o ônus da prova, deve-se nortear pelo *critério de oportunidade*, na medida em que aquele que tenha maior facilidade na produção da prova que o faça.

(36) "Consumidor: Propaganda enganosa. Ônus da prova da veracidade e correção do informe publicitário que cabe a quem o patrocina. Fato que independe de declaração do juiz antes do início da fase instrutória. Inteligência do art. 38 do CDC." (Ap 255-416-2/6 - 9.ª Câmara - j. 06.04.1995 - rel. Des. Aldo Magalhães, TJSP, RT 716/182-184, jun. 1995.)

(37) Op. cit., p. 224.

(38) Op. cit., p. 191.

é neste sentido que se pode afirmar que a inversão do ônus da prova não é um privilégio do consumidor para que este vença a demanda, mas sim um mecanismo processual de facilitação de sua defesa em juízo, tanto é assim, que a lei permite certa discricionariedade ao juiz para que este, diante do caso concreto, analise os requisitos da hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança de suas alegações.

É notável que este instituto coaduna-se com os princípios que regem o Direito Processual Civil moderno, que visa alcançar um provimento jurisdicional ao procedimento, e a desigualdade material entre consumidor e fornecedor dificultaria ao primeiro a prova de seu direito em juízo.

Quando os consumidores lutam por seus direitos em juízo, estão na posição de autor da demanda judicial, e de acordo com a legislação processual teriam de fazer prova dos fundamentos do seu direito, o que bastaria para o fornecedor uma posição passiva para ver julgada improcedente a ação.⁴²

O juiz analisará o caso concreto *sub iudice* e verificará se os requisitos para a inversão do ônus da prova estão presentes, quais seja, a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor. Se estes requisitos estiverem presentes, o juiz deverá inverter o ônus da prova em favor do consumidor, já que a lei assim o prevê em direito do consumidor: impossível de albergar qualquer faculdade do juiz, uma vez presentes os requisitos legalmente exigidos. Ao fornecedor é permitido contestar a presunção de verossimilhança e da hipossuficiência do consumidor, pois os requisitos do art. 6.º, VIII, do CDC são apuráveis de verdade, isto é, mero *juízo de probabilidade*, admitindo prova em contrário.⁴³

Em síntese, o instituto em tela serve como meio de alcançar um provimento jurisdicional justo, na medida em que, a inversão do ônus da prova dá-se em favor do consumidor, que é a parte mais fraca na relação de consumo, e não exclui o direito à prova do fornecedor, que tem um ônus-poder de fazer prova cabal e capaz

DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 218: "O direito processual civil volta-se à instrumentalidade de seus institutos, garantindo, desta maneira, um provimento jurisdicional próximo do justo, legítimo e adequado à resolução das tensões sociais".

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*, p. 156-157. O autor nos chama a atenção que na situação inversa, a empresa-autora não suportaria tais dificuldades do ônus da prova. E o consumidor ainda suportaria o ônus de contestar a ação.

(39) MATOS, Cecília. "O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor." Dissertação de Mestrado, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993, 255p., p. 190.

todavia a inversão *ope legis* está legalmente prevista e independe de qualquer atividade jurisdicional. Neste caso, o ato de inverter o ônus da prova é totalmente vinculado, pois não é dado ao juiz perquirir conceitos jurídicos não determinados, deve aplicar o que a lei diz.

Portanto, na hipótese do art. 38 do CDC o ônus da prova será sempre do fornecedor, e neste ponto a doutrina e jurisprudência são unânimes. Sobre este assunto há quem⁴⁷ afirme que neste caso, não é tecnicamente correto falar em inversão do ônus da prova, mas sim de distribuição diversa do ônus da prova, que é o melhor entendimento.

Diante disso os autores afirmam, entre eles Nelson Nery Junior,⁴⁸ que a regra do art. 38 do CDC derroga a regra geral do art. 333 do CPC, pois são incompatíveis e de acordo com o princípio da especialidade, deve ser aplicado o art. 38 do CDC quando se tratar de relação de consumo.

Já a regra do art. 6.º, VIII, do CDC mitiga esta regra processual, pois ela poderá ou não ser aplicada, portanto, nos casos em que não é aplicado o instituto, por não estarem presentes seus requisitos legais, deverá ser observada a já referida regra de distribuição do ônus da prova constante do art. 333 do CPC.

Esta distribuição do ônus da prova a cargo de quem patrocina a publicidade (geralmente, o fornecedor) dá-se em razão das regras básicas a serem observadas na publicidade disposta no art. 36, ou seja, deve ser fácil e que o consumidor possa imediatamente identificá-la como tal. E também no art. 37 do mesmo estatuto consumerista que proíbe taxativamente qualquer propaganda abusiva ou enganosa. Sendo considerada uma infração penal pelo art. 69 desta lei.

8.2 Condições e requisitos

A lei impõe alguns requisitos e condições que permitem a inversão do ônus da prova, para assim, garantir à sociedade proteção contra possíveis atos arbitrários e tendenciosos dos aplicadores da lei.

Preliminarmente, como *condições* da inversão do ônus da prova, pode-se observar o fato de que esta *só será possível nas demandas cíveis e não penais*.⁴⁹ Justamente porque as demandas penais envolvem, quase em sua totalidade, bens jurídicos indisponíveis, e, portanto, carecedores de maior proteção por parte do "Estado-Legislador". Além disso, poderia criar uma forma de responsabilidade penal objetiva, que nestes casos não convém.

⁴⁷ dispensar o autor do encargo de provar o fato constitutivo de seu direito, quando, a critério exclusivo do Magistrado, reputar verossímil a alegação deduzida." ApCiv 198.391-1-SP - 7.ª Câm. Civ. - v.u. - rel. Leite Cintra.)

⁴⁸ GIDI, Antônio. "Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor* 13/33-41, jan.-mar. 1995. p. 40. Op. cit., 1992. p. 70.

⁴⁹ NERY Jr., Nelson. *Código de Processo Civil comentado*, cit., 1999, p. 1.805.

de ilidir as alegações do consumidor, para não sofrer os eventuais prejuízos de sua inércia.

Desta forma, percebe-se que este instituto traduz-se na ingerência estatal segundo a qual o Estado-legislador interfere nas relações de consumo, reequilibrando, judicialmente, as partes. E, assim, efetiva princípios constitucionais básicos, como o da isonomia (CF/88, art. 5.º, *caput*), ou seja, igualdade entre as partes, o da defesa do consumidor pelo Estado (CF/88, art. 5.º, XXXII) o do acesso à Justiça (CF/88, art. 5.º, XXXV), dentre outros.

Esta intervenção estatal não pára por aí. No art. 51 do Estatuto Consumerista, o legislador veda qualquer acordo no que diz respeito à mudança das regras de distribuição do ônus da prova, se em decorrência disto advier *qualquer* prejuízo para o consumidor. *Basta o prejuízo, não se exige a dificuldade do consumidor em provar seu exercício em juízo*.⁴⁴

Qualquer cláusula contratual que dispuser contrariamente à regra da inversão do ônus da prova dificultando a defesa dos direitos dos consumidores em juízo é nula de pleno direito.

8.1 Inversão ope iudicis e ope legis

É interessante comentar as semelhanças e diferenças entre os institutos de inversão do ônus da prova *ope iudicis* do art. 6.º, VIII, e a inversão do ônus da prova *ope legis* do art. 38 do CDC. A confusão dos institutos deve-se ao fato de terem a mesma denominação jurídica, porém são aplicados diversamente. De maneira que para evitar a aplicação incorreta destes mecanismos de defesa dos direitos do consumidor, *data venia*, melhor seria denominar o segundo instituto de ônus da prova da veracidade das propagandas publicitárias, ônus este suportado por quem as patrocina.⁴⁵

A inversão *ope iudicis* dá-se "por obra do juiz". E assim o é porque o juiz, utilizando-se das regras comuns de experiência, verificará os requisitos exigidos em lei (verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência) e, só então, poderá decretar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, e ainda assim só se persistir dúvida em seu convencimento.⁴⁶

⁴⁴ BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. "A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor". *Revista do Direito do Consumidor* 7/101-118, jul.-set. 1993. p. 113.

⁴⁵ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação civil extravagante em vigor*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1999, p. 1.825; para quem o art. 38 do CDC não é uma hipótese de inversão do ônus da prova propriamente dita, mas sim uma "determinação legal do ônus da prova, que é atribuído *ex lege* ao fornecedor".

⁴⁶ "Prova. Ônus. Inversão. Critério do juiz, quando reputar verossímil a alegação deduzida. Art. 6.º, VIII, do CDC. Recurso não provido. (...) reserva ao juiz o poder de

Outra condição do instituto é que ele *se dê sempre em favor do consumidor*. Pois é ele, a parte mais fraca da relação de consumo, e é esta a *ratio* do instituto ou seja, efetivar o princípio da igualdade real entre as partes, reequilibrando a balança (consumidor *versus* fornecedor) desfavorável ao consumidor que é legalmente considerado vulnerável (art. 4.º, I, do CDC). Consequentemente a inversão do ônus da prova em favor do fornecedor só agravaria ainda mais este desequilíbrio, impossibilitando o consumidor de efetivar seus direitos em juízo.

Acrescenta Antônio Gidi⁶⁰ uma outra condição para a inversão do ônus da prova, que seria a *possibilidade de sua produção pelo fornecedor*, caso contrário afrontaria o princípio constitucional da isonomia, e neste caso a inversão do ônus da prova seria ilegítima.

Este iminente jurista⁶¹ defende a tese de que são necessários ambos os requisitos para que a inversão do ônus da prova seja legítima, e complementa dizendo que se o autor (consumidor) dispõe de meios para provar as suas alegações, a inversão do ônus da prova é desautorizada, pois não haveria mais a necessidade da facilitação da defesa destes consumidores.

Como *requisitos de admissibilidade da inversão do ônus da prova* pode-se apontar especificamente dois, quais sejam: 1) a hipossuficiência do consumidor; e 2) a verossimilhança de suas alegações. Neste ponto, pergunta-se qual seria o verdadeiro sentido da expressão "ou" utilizada pelo CDC ao unir estes dois requisitos? Seria no sentido alternativo ou aditivo?

No que diz respeito ao requisito da verossimilhança das alegações dos consumidores,⁶² o melhor entendimento é daqueles autores⁶³ que pesam que este requisito é essencial para a inversão do ônus da prova, pois em sua falta, o risco de um erro judicial seria muito grande. E assim, afastaria a justificação da aplicação do instituto, pois o possível erro judicial é mais gravoso que possibilitar o acesso à justiça aos consumidores.

Contrário a este posicionamento, Cecília Matos,⁶⁴ que diz "pretendeu o Código de Defesa do Consumidor tutelar tanto aquele que apresente alegações

⁶⁰ Op. cit., p. 37.

⁶¹ Idem, ibidem, p. 34.

⁶² "Prova. Ônus. Inversão. Admissibilidade. Existência de verossimilhança nas alegações do autor. Provas do adimplemento não apresentadas pela requerida. Inaplicabilidade do art. 333, I, do CPC, em face da prevalência do art. 6.º, VIII, do CDC, por ser norma específica. Recurso não provido." (ApCiv 240.757-2, rel. Debatin Cardoso - 9.ª Câmara, Civ., j. 22.09.1994.)

⁶³ GIDI, Antônio. "Aspectos polêmicos...", p. 34, no sentido de que verossímil a alegação sempre tem que ser. Carlos Roberto Barbosa Moreira: "O processo civil no Código do Consumidor" *Revista Forense* 52/7, out.-dez. 1991.

⁶⁴ Op. cit., p. 196. Nesse sentido, entende Cecília Matos que a conjunção "ou" é alterna-
tiva, isto é, o juiz inverterá o ônus da prova ou porque o consumidor é hipossufi-

verossímeis como aqueles outros que, apesar de não verossímeis suas alegações, sejam hipossuficientes e vulneráveis, segundo assim entenda o julgador com base em suas regras de experiência".

No mesmo sentido Nelson Nery Junior⁶⁵ que entende: "Não há necessidade de alibas as circunstâncias estarem presentes para que o juiz possa assim agir: basta que uma delas exista". Portanto, estes dois doutrinadores não analisaram a problemática de favorecer o consumidor com a inversão do ônus da prova sem que suas alegações sejam sequer verossímeis (aparência de verdade), o que permitiria uma possível injustiça contra o fornecedor, não sendo esta, e nem poderia ser, a finalidade do instituto.

Outro requisito de admissibilidade é a *hipossuficiência do consumidor*,⁶⁶ característica de que decorre a vulnerabilidade destes, diante da posição que os consumidores ocupam nas relações de consumo massificadas.

Em síntese a vulnerabilidade decorre da exposição às práticas econômicas dos fornecedores no mercado. Portanto, vulnerável, todos nós somos, enquanto consumidores subordinados ao controle dos fornecedores que detêm os dados da produção. A hipossuficiência é um plus à vulnerabilidade, vez que estando vulnerável os consumidores, muitas vezes, estarão em desigualdade de armas, isto é, ocupará uma posição desvantajosa em face do fornecedor sendo, portanto, hipossuficiente.

Além disso, a vulnerabilidade é um princípio geral do art. 4.º, I, do CDC que atinge indistintamente todos os consumidores. A hipossuficiência é verificada no caso concreto pelo juiz, segundo as regras de experiência que decorrem da observação do que ordinariamente acontece (art. 6.º, VIII, do CDC).

Complementa Cecília Matos⁶⁷ pela amplitude do conceito de hipossuficiência trazido pelo Código Consumerista, como sendo a diminuição da capacidade do consumidor "não apenas no aspecto econômico, mas a social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros".

ciente, ou porque suas alegações são verossímeis (Esse posicionamento da eminente doutora foi reforçado em entrevista, já referido, realizada para complementação da presente pesquisa).

Op. cit., 1992, p. 55.

"Prova. Ônus. Inversão. Possibilidade. Indústria de tabaco. Relação entre cigarro e dependência. Dificuldade da prova do alegado. Hipossuficiência do autor. Art. 6.º, VIII, do CDC. Recurso não provido. Ação civil que determina a inversão do ônus da prova - CDC art. 6.º, inc. VIII - Manutenção da decisão nessa parte (...)" AgIn 24.820-5 - 4.ª Câmara. Direito Público - rela. Jacobina Rabello - RTJSP 194/237-240.

Op. cit. p. 195. No mesmo sentido Nelson Nery Junior ("Os princípios gerais...", p. 55): "A hipossuficiência de que fala o Código não é apenas a econômica, mas também a técnica, de sorte que se o consumidor não tiver condições técnicas ou econômicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a favor do consumidor hipossuficiente".

O julgador do TJSP⁶⁸ decidiu que o termo hipossuficiência à luz do CDC deve ser entendido não só como a "míngua de condições sócio-econômicas", também "como a invencível dificuldade que impede o acesso à obtenção de informações nas quais estaria consubstanciada a prova do direito alegado". Contudo, é cediço, as informações e dados da produção estão em poder dos fornecedores que representa um óbice à justiça para os consumidores, que diante desta situação não conseguiriam provar seu direito em juízo, bastando aos fornecedores uma posição passiva no processo para obterem a vantagem da improcedência do pedido do autor que, provavelmente, não conseguiria provar o seu direito em juízo.

Sendo assim, o critério da hipossuficiência é amplo, pois abrange tanto hipossuficiência econômica como, também, a hipossuficiência técnica. Essa polêmica os critérios da Lei de Assistência Judiciária Gratuita (Lei 1.060/50) baseia exclusivamente no critério econômico como se pode observar com a leitura do parágrafo único do art. 2.º, da referida lei, que diz: "Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família".

8.3 Polêmica: ato discricionário ou vinculado

Muito se discute se a inversão do ônus da prova do art. 6.º, VIII, do CDC, é ato vinculado ou discricionário. Segundo o entendimento de Maria Sylvia Z. de Pietro⁶⁹ quando a lei regula toda a atividade do administrador ao aplicar uma lei ao caso concreto o ato é vinculado. Ao contrário, quando a lei lhe permitir certa liberdade para, no caso concreto, aplicar a lei segundo os limites por ela estabelecidos, diz-se que o ato é discricionário.

Importando esta definição, o ato do juiz inverter o ônus da prova é discricionário, porque o juiz, no caso concreto, verificará se estão presentes os requisitos legalmente exigidos. Estes requisitos são os limites para a atuação jurisdicional, a saber, a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações.

Para Cecília Matos⁶⁰ cabe ao julgador verificar se estão presentes os requisitos para a inversão do ônus da prova *ope legis*, em sendo afirmativa tal verificação, ou seja, se os requisitos estiverem presentes, o juiz deverá inverter o ônus da prova em favor do consumidor, pois a discricionariedade acabou no momento em que o juiz verificou a presença dos requisitos, não sendo mais possível albergar qualquer faculdade do juiz.

⁶⁸ ApCiv 45.651-4 - 10.ª Câm. Direito Privado - rel. Souza José - RTJSP 203/118, abr. 1998.

⁶⁹ *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 196.

⁷⁰ Op. cit., p. 189.

Segundo Bortowski⁶¹ a discricionariedade judicial nunca é livre: "Na maioria dos casos, trata-se de conceitos normativos que pedem uma valoração, não casual, mas uma valoração objetivamente válida, com um só sentido".

Em outras palavras a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações são conceitos jurídicos indeterminados, e que o juiz, utilizando as regras ordinárias de experiência, preencherá estes elementos normativos de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Conclui-se que, a possibilidade da inversão do ônus da prova do art. 6.º, VIII, do CDC, e aqui se ressalta a característica de *possibilidade*, pois a discricionariedade deste ato do juiz é justamente esta, isto é, a lei lhe permite, alternativamente, que inverta ou não o ônus da prova desde que presentes os requisitos legais. Note-se que, nesta hipótese, o intérprete terá de preencher conceitos jurídicos indeterminados (hipossuficiência e verossimilhança) podendo até se atribuir as *máximas de experiência*.

Adavia, a inversão do ônus da prova do art. 38 do CDC deixa de ser mera possibilidade, sendo uma imposição legal,⁶² note-se que aqui, ao contrário, o magistrado nada poderá valorar. Nesse caso, diz-se que é um ato vinculado, pois o juiz encontra-se jungido à norma que determina que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocinava.

3.1 Fase processual da inversão do ônus da prova

No processo, os fatos não se presumem, eles existem quando provados em juízo e, conseqüentemente, ocorrerá a declaração do direito. Se as provas produzidas em juízo forem insuficientes para o convencimento do juiz, o direito não poderá ser declarado. Contudo, hodiernamente, o juiz não pode declarar o *non liquet*, sob pena de denegação da justiça (arts. 126 do CPC e 4.º da LICC), devendo ocorrer-se, neste caso, às regras de distribuição do ônus da prova. Cabendo agora saber quando, ou seja, qual o momento apropriado para que o juiz possa utilizar estas regras.

Kazuo Watanabe⁶³ traduz a atividade do juiz em um "silogismo" lógico, no qual a "premissa maior" seria a norma jurídica abstrata, e a "premissa menor" os fatos, e a "conclusão" seria, portanto, o "provimento do juiz". Desta maneira entende-se a atividade lógica realizada pelo juiz para pronunciar a solução do caso concreto que lhe fora trazido para apreciação.

⁶¹ Op. cit., p. 115.

⁶² Para Nelson Nery Junior ("Os princípios gerais...", p. 55) esta inversão é "autotomática".

⁶³ *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual., 2. tir. Campinas: Bookseller, 2000. p. 59.

E a sentença nos dizeres de Moacyr:⁶⁴

"(...) é um silogismo, ou uma cadeia de silogismos, mas para a formação de quais se impõem ao juiz pesquisas, investigações, raciocínios os mais diversos sem os quais não poderá formular as premissas de sua conclusão, reponta indispensável a exposição destas e das considerações em que se calcam."

Entretanto, a conclusão do juiz não é certa, visto que os fatos alegados revelados ao juiz através da atividade probatória, no entanto, por diversos motivos as provas têm se mostrado insuficiente para formar o convencimento do julgador.

As regras de distribuição do ônus da prova obedecem a um princípio de que o juiz moderno não pode, ao contrário do juiz romano, proferir um julgamento incerto, isto é, pronunciar o *non liquet*, e, desta forma, não pronunciando uma decisão sobre o mérito da causa em favor de uma das partes, alegando insuficiência das provas.

Afirma Buzaid:⁶⁵ "Não surge, pois, o problema do ônus da prova, quando são pacíficas as afirmações das partes relativas às questões de fato, ou quando o juiz se convence da verdade ou não das afirmações discutidas, seja porque essa convicção nasce da prova produzida, seja porque resulta do conjunto dos debates".

José Frederico Marques⁶⁶ diz expressamente que as regras de distribuição do ônus da prova irão auxiliar o juiz, oferecendo-lhe indicações para chegar a conclusão exposta na sentença.

Neste sentido revela Greco Filho⁶⁷ que a grande contribuição de Micheli foi a "de salientar que as regras do ônus da prova são, para o juiz, regras práticas de julgamento, ou seja, para a resolução da demanda em face da falta ou insuficiência de prova de algum fato".

Assim também ensina Nelson Nery Junior⁶⁸ que, como *regras de julgamento*, o momento adequado para o juiz aplicá-las é o do julgamento da lide, isto é, ao proferir a sentença. E conclui que o juiz as utiliza quando as provas produzidas nos autos forem insuficientes ou, mesmo, inexistentes. Do contrário, ou seja, se o fato estiver provado, o juiz deverá julgar a lide, sem se questionar quem produziu a prova deste fato relevante, pois uma vez produzida a prova, esta pertence aos autos do processo devido ao *princípio da comunhão das provas*.

Cecília Matos⁶⁹ chama a atenção ao fato de que nesta fase (de aplicação das regras de distribuição do ônus da prova) o juiz não formulará nenhum juízo de

⁶⁴ Op. cit., 1983, p. 483.

⁶⁵ Op. cit., p. 15.

⁶⁶ Op. cit., p. 188.

⁶⁷ Op. cit., p. 188.

⁶⁸ Op. cit., 1999, p. 835.

⁶⁹ Op. cit., p. 51.

valor, pois já o fez no momento de valoração das provas, o que o juiz faz ao aplicar as regras de distribuição do ônus da prova é "submeter tal valoração às normas aplicáveis ao caso concreto".

(Conclui-se que tais regras são como um "remédio" processual utilizado após a fase instrutória, quando resta dúvida no convencimento do julgador, e que está proibido por lei de eximir-se de julgar (art. 126 do CPC), portanto, diante deste contexto, o juiz recorre às regras de distribuição do ônus da prova.

Segundo Dinamarco,⁷⁰ estas regras não têm caráter substancial, pois elas não validam necessariamente a verdade real dos fatos. Sua natureza é meramente processual, já que sua finalidade é auxiliar na declaração da certeza jurídica processual.

Todavia esta questão não está pacificada na doutrina e jurisprudência, habitualmente, prevalece a posição que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento.

A dúvida do juiz pode ser *eliminável* ou *ineliminável*. Assim, na primeira hipótese, o juiz utilizar-se-á de seus poderes instrutórios (art. 130 do CPC) em tentativa de eliminar a dúvida, e também, poderá recorrer às máximas de experiência.

Contudo, se a dúvida for ineliminável, esta atividade jurisdicional restará frustrada, e então, o juiz utilizar-se-á das regras de distribuição do ônus da prova, e em se tratando de uma relação de consumo, *invertirá o ônus da prova em favor do consumidor*, e condenará o fornecedor (réu) pela sua inércia ou insuficiência em provar que o pedido do autor (consumidor) não procede.

Portanto não é correto o entendimento de parte da doutrina e jurisprudência que admite a inversão do ônus da prova em momento distinto do julgamento da lide.

Como é o caso dos doutrinadores que pensam que o momento correto seria um despacho saneador,⁷¹ ressalvada a possibilidade de o fazer durante a instrução probatória. Nesse sentido Antônio Gidi⁷² para quem o momento para a in-

⁷⁰ Op. cit., p. 204.

Em jurisprudência comentada por Simone M. Silveira Monteiro (advogada no Rio Grande do Sul), na *Revista de Direito do Consumidor* 14/114-116. São Paulo: RT, abr.-jun. 1995. Nessa ação, a 4.ª Câm. Civ. do TARS, julgou *por unanimidade*, em 18.08.1994, "a inversão do ônus da prova, para sua eficácia no processo, deve ser determinada pelo juiz na fase de saneamento, por meio de decisão interlocutória, propiciando o exercício da ampla defesa, que é uma garantia constitucional", neste caso, deu-se provimento ao apelo para o fim de desconstituir a sentença recorrida para que a ré prove a sua condição de administradora do imóvel, caracterizada por ser relação de consumo, pois a administradora presta serviços ao locatário do imóvel.

⁷¹ Op. cit., p. 39.

versão do ônus da prova *deve ser anterior à instrução probatória* (desde o despacho da inicial até a decisão do saneamento do processo), pois caso contrário não possibilitaria ao fornecedor que se desincumba de tal encargo. Com a inversão da possibilidade da inversão posterior, pois há casos em que a verossimilhança configura-se após um início de prova.

E continua dizendo que no caso de o juiz inverter o ônus da prova no julgamento, ele deverá dar prazo para que o fornecedor produza a prova de que foi encarregado.

Roberto Senise Lisboa⁷³ afirma que a inversão do ônus da prova *deve ser requerida pela parte, sob pena de ameaçar a imparcialidade e inércia do juiz*. Em outras palavras a inversão do ônus da prova *ex officio* feriria o princípio constitucional do *due process of law*. E, diz que o momento para a inversão do ônus da prova é *até o final da fase postulatória*. E argumenta que assim evitaria eventuais surpresas para a parte contrária.

Continua, dizendo que ao inverter o ônus da prova, o julgador deverá explicar quais provas entende pertinentes e quais delas serão objetos da inversão.

Entretanto no saneador e durante a instrução probatória, qualquer juízo de valor ou de julgamento seria imaturo, ressalvada a hipótese de julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC). Todavia há, expressamente, previsto o cabimento desta hipótese: "O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência, II - quando ocorrer a revelia (art. 319 CPC)".

Para ilustrar esta celeuma doutrinária alguns julgados dos Tribunais do Estado de São Paulo ora entende o momento para inverter o ônus da prova é o saneador, ora o do julgamento da lide.

Por exemplo, o julgado do TJSP⁷⁴ em que os juízes afirmaram que não há nulidade se o juiz, antes do início da instrução, inverter o ônus da prova, pois "o juiz não pode decidir antecipadamente a respeito, posto que as citadas circunstâncias fáticas ao menos na maioria dos casos dependem de elucidação probatória, não comportando, portanto, decisão antecipada".

Mas em outra ocasião, este tribunal afirmou que se trata de uma regra técnica de julgamento, e, portanto, "a regra do ônus da prova *só tem pertinência como regra de juízo*, isto é, aos casos em que, encerrada a instrução, fique no julgador a dúvida intransponível acerca da existência de fato constitutivo ou liberatório".⁷⁵

⁷³ Op. cit., p. 90.

⁷⁴ ApCiv 255.461-2 - 9.ª Câmara. Civ. - v.u. - rel. Aldo Magalhães - RJTJSP 169/138-142, jun. 1995.

⁷⁵ AgIn 64.343-4 - 3.ª Câmara. Direito Privado - v.u. - rel. Ney Almada - RJTJSP 210/213-215, nov. 1998.

O mesmo entendimento foi o julgado pelo TJSP⁷⁶ que também entendeu que o momento é o do *julgamento da lide*, dizendo que: "(...) como regra de juízo, por aplicação do princípio constitucional da isonomia, na medida em que o consumidor, como parte reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo, tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que se alcance a equidade real entre os partícipes da relação".

Não se pode alegar prejuízo ao réu (fornecedor) pelo fato de deixar de oferecer prova durante a instrução que poderia fazê-lo e não o fez, por isso arcará com a consequência de uma provável decisão que lhe seja contrária. E, também, não pode o réu alegar cerceamento de defesa, devido à surpresa de ver decretado a inversão do ônus da prova no julgamento da lide, pois não pode alegar ignorância de lei que prevê como direito do consumidor a possibilidade da inversão do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova é matéria de ordem pública, portanto, não sofre os efeitos da preclusão. Em assim sendo, o Tribunal quando da revisão de um julgado poderá na sua decisão aplicar o instituto, se for necessário ao seu convencimento e desde que forem verossímeis as alegações do consumidor ou for este hipossuficiente.

Conclui-se que a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova tem aplicabilidade no momento do julgamento da lide, ou seja, após a instrução probatória, se os elementos probatórios das alegações das partes forem inexistentes ou insuficientes, restando dúvida no convencimento do julgador, e, então, ele utilizará as regras comuns de experiência, e se a dúvida (ineliminável) persistir, impossibilitando o julgamento, recorrerá às regras de distribuição do ônus da prova, determinando qual das partes sofrerá a desvantagem por não ter se desincumbido de provar suas alegações.

9. Conclusões

1. A palavra "prova" é equívoca, e, portanto, ela pode ser usada em vários sentidos. Mas podemos conceituá-la juridicamente como sendo um instrumento através do qual as partes pretendem alcançar o convencimento do juiz a cerca dos fatos alegados por elas (prova objetiva).

Mas a palavra prova, também, pode ter o sentido do conhecimento do juiz a cerca dos fatos alegados, neste caso podemos chamá-la de prova subjetiva.

2. O problema da verdade para a ciência jurídica deve-se ao fato de que ela é um conceito essencialmente subjetivo, pois é formada no "espírito" do julgador. O resultado das provas no espírito do juiz pode ser de três naturezas: 1) cer-

⁷⁶ AgIn 150.230-4 - 10.ª Câmara. Direito Privado - v.u. - rel. Quaglia Barbosa - RJTJSP 232/214-216, set. 2000. No mesmo sentido: AgIn 64.343-4 - 3.ª Câmara. Direito Privado - rel. Ney Almada - j. 23.08.1997. v.u.

teza; os elementos provados atingem o convencimento do julgador, que profere a sentença; 2) dúvida: quando as duas verdades antagônicas alegadas podem ser verdadeiras; e 3) ignorância: neste caso nada o juiz poderá fazer, vez que não pode ir à busca de dados para iniciar a demanda.

3. O termo "ônus", assim como "prova" é equívoco, mas pode ser conceituado como a necessidade das partes de provar os fatos que alegaram em juízo (ônus subjetivo) para ter um resultado que lhe seja favorável. Pode-se chamar de ônus objetivo a certeza surgida na convicção do juiz, que depois da produção das provas não cabe a este perguntar quem as produziu, pois esta resposta em nada poderá interferir em sua convicção já formada a respeito, devido ao princípio da comunhão das provas.

4. O sistema brasileiro de distribuição do ônus da prova incumbe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito; e ao réu, a prova do fato extintivo, modificativo e impeditivo do direito do autor.

5. A fase processual do requerimento da prova é para o autor, a petição inicial; e, para o réu, a contestação. Fora destes momentos, as partes poderão requerer provas que ficarão a cargo do juiz em aceitá-las ou não. Também o juiz poderá requisitar provas que julgue necessárias para o descobrimento da verdade, e quando a atividade das partes for insuficiente, a depender da natureza do direito tutelado (indisponível ou disponível) a atividade jurisdicional será maior ou menor.

O juiz deferirá a prova quando do despacho saneador, e neste momento ele também, fixará os pontos controversos, delimitando o objeto da prova (os fatos a serem provados).

Via de regra, a produção das provas dá-se em audiência de instrução e julgamento. Salvo raras exceções como o caso de uma testemunha que não pode se locomover (neste caso o juiz poderá ir até ela); e também no caso da inspeção judicial, quando o juiz se desloca para ir onde o objeto da inspeção se encontra.

Depois desta fase, o juiz passará a avaliar as provas produzidas. Neste momento, se restar alguma dúvida, o juiz poderá utilizar-se das regras de experiência que decorrem da observação do que ordinariamente acontece. E, da mesma forma, poderá recorrer aos indícios e às presunções, que nada mais são que formas de raciocínio do juiz, que conclui, a partir de um fato provado, a existência do fato relevante para a decisão da lide.

6. As regras de distribuição do ônus da prova são utilizadas pelo juiz no julgamento da lide, pois é neste momento que o julgador avaliará se resta dúvida ou não, vez que fez de tudo para eliminar as possíveis dúvidas. Conclui-se que as regras de distribuição do ônus da prova são regras técnicas de juízo, que será como um último recurso para evitar o *non liquet*.

7. Os princípios fundamentais trazidos pelo legislador consumerista foram: a) o princípio da igualdade, ao reconhecer o consumidor como a parte mais fraca na relação de consumo, cria meios de reequilíbrio desta situação, efetivando o princípio da igualdade real entre as partes; b) o princípio da vulnerabilidade,

que reconhece que o consumidor está sujeito ao controle dos fornecedores; c) a vulnerabilidade, é analisada no caso concreto pelo juiz, que utiliza as regras técnicas de experiência, enquanto, a vulnerabilidade é uma característica comum a todos os consumidores indistintamente; d) o princípio do acesso à justiça que é muito importante para que os consumidores lutem pelos seus direitos em juízo, para isso, o CDC amplia a representação dos consumidores em juízo, com a assistência judiciária gratuita, institui as Delegacias e Promotorias Judiciais específicas para tratar dos casos que envolvam relações de consumo, estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor, e, também, possibilita a inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando ele for hipossuficiente e suas alegações forem verossímeis; e) em decorrência disso, impera no estatuto consumerista o princípio da facilitação da defesa dos consumidores;

8. A inversão do ônus da prova no CDC não conflita com as regras de distribuição do ônus da prova do CPC, pois o processo deve absorver os princípios básicos de ordem ética e política que orientam o ordenamento jurídico, para então ser um meio eficaz de pacificação social e aplicação da justiça. De forma que o caráter técnico das normas instrumentais devem se adequar à finalidade geral do processo.

É perigosa a igualdade processual dos litigantes que não estão em pé de igualdade de condições. Portanto, as prerrogativas dos consumidores não podem superar o estritamente necessário para que se restabeleça o equilíbrio entre as partes. Por isso que a inversão do ônus da prova foi restringida pelo legislador, dizendo que esta prerrogativa do consumidor só é possível quando for ele hipossuficiente e suas alegações forem verossímeis.

Há muitas controversas a respeito deste tema principalmente no que diz respeito ao momento apropriado para inversão do ônus da prova, isto porque, ao inverter o ônus *probandi*, o juiz reverte ao fornecedor-réu, o ônus de defender-se em juízo. Em decorrência disto muitos afirmam que desde o saneador, o juiz deve inverter o ônus da prova para não causar prejuízos à defesa do fornecedor.

Contudo, esta alegação não procede, porque ninguém pode alegar prejuízo por ignorar a lei, e a possibilidade da inversão do ônus da prova é previamente legislada, e, portanto desde logo o fornecedor tem conhecimento do instituto.

Assim, conclui-se que o momento para a inversão do ônus da prova é o momento de julgamento da lide por ser uma regra técnica do juízo para evitar o *non liquet*. E o fornecedor terá de ser diligente se quiser o benefício da improcedência do pedido do consumidor. Aliás, se as alegações do consumidor não procedem, o fornecedor terá meios suficientes para ilidi-las.

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1986.
- AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. "História e fundamentos do direito do consumidor". *RT* 648/31-45. São Paulo, out. 1989.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da instrumentalidade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. "A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor* 7/101-118, São Paulo, jul.-set. 1993.
- BUZARD, Alfredo. "Do ônus da prova". *Revista de Direito Processual Civil* 4/5-24, dez. 1961.
- CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- GIDI, Antônio. "Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor* 13/33-41, São Paulo, jan.-mar. 1996.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. 2.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. et alii. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001.
- MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. de J. Alves de Sá. 2. ed. São Paulo: Teixeira, [19...?].
- MATOS, Ceclíia. "O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor": Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993, 255p.
- _____. "O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor". *Justitia* 170/94-101, São Paulo, abr.-jun. 1995.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, vol. 2.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O juiz e a prova". *Revista de Direito do Consumidor* 3/44-77, São Paulo, set.-dez. 1992, jun. 1984.
- NERY JUNIOR, Nelson. "Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor* 3/44-77, São Paulo, set.-dez. 1992.
- _____. e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. rev. e ampl., atual. até 10.03.1999. São Paulo: RT, 1999.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. IV - arts. 282 a 443.
- RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. Gilda de Azevedo. São Paulo: Freitas Bastos, 1947.
- ROSEMBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. s./ed. Buenos Aires: Ejea, 1956.

- _____. *Princípios de direito processual civil*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 2.
- _____. *Prova judiciária no civil e no comercial*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983, vol. 2.
- _____. *Curso de processo civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000, vol. I - Processo de conhecimento.
- _____. *Curso de direito processual civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. 1 - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.
- _____. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual., 2. tir. Campinas: Bookseller, 2000.