

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC**

**COGEAE – COORDENADORIA DE ESPECIALIZAÇÃO,**

**APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA**

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**

**JESSICA MIDORY KAVATOKO GUEDES  
RA 00133936**

**São Paulo  
2015**

**JESSICA MIDORY KAVATOKO GUEDES**

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, sob orientação do Professor Dr. Luciano Telles.

**São Paulo**  
**2015**

## RESUMO

O objeto geral desta monografia é analisar, no âmbito do direito probatório, os aspectos do ônus da prova e de sua inversão, sob a égide das legislações processual civil e consumerista no ordenamento positivo pátrio. Inicia-se com a exposição do conceito, aspectos da teoria geral, sistemas de avaliação e princípios da prova, para se proceder, então, a uma análise mais acentuada da atribuição de seu ônus, e possibilidade da respectiva inversão, no âmbito da legislação adjetiva civil e consumerista; e nesta sob a ótica da hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança de suas alegações nas relações de consumo, submetidas ao poder judiciário para solução dos conflitos qualificados pela pretensão resistida (lides). O objetivo específico da presente pesquisa é justamente a reflexão relacionada ao tema da inversão do ônus da prova especificamente no Direito do Consumidor, seus requisitos, o papel do Juiz e o momento correto de sua aplicação, enfim, reflexões sobre a aplicação desta ferramenta e sua real eficácia na busca do equilíbrio entre as partes. A delimitação justifica-se pela importância que o estudo teórico da *prova* exerce na ciência processual e de seu manejo prático que, em grande medida, influi no resultado do julgamento. Note-se que o processo é o instrumento da jurisdição para aplicação da lei ao caso concreto, e a prova, por sua vez, é um dos essenciais instrumentos do processo para a prestação jurisdicional ideal. Nesse sentido a prova é essencial à jurisdição. E a possibilidade de inversão do ônus da prova é um progresso para a efetivação dos princípios constitucionais da igualdade, de acesso à justiça, do contraditório e do devido processo legal, tornando efetiva a jurisdição. Para o desenvolvimento da pesquisa, o método a ser utilizado foi o lógico-dedutivo, onde se traça, inicialmente, o sistema de referência bibliográfico adotado e delimita-se o objeto da pesquisa, desenvolvendo as premissas fundamentais, notadamente relativas ao Código de Processo Civil e ao Código de Defesa do Consumidor, promovendo uma interpretação mais ampla e democrática dando voz a essas pessoas, que não podem mais esperar num campo de insegurança, a vinda do legislador para socorrê-las no amparo aos seus direitos de veracidade dos fatos alegados pela parte no processo, reconhecida e protegida pelo Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ônus da Prova. Prova Objetiva. Teoria Geral das Provas.

## ABSTRACT

The general object of this paper is to analyze, under the law of evidence, aspects of the burden of proof and its reversal under the aegis of the civil procedural laws and consumer in positive parental order. It starts with the concept of the exhibition, aspects of the general theory, evaluation systems and principles of proof, to proceed then to a greater examination of the allocation of its burden, and the possibility of its reversal under the adjectival law civil and consumer; and this from the perspective of hipossuficiência consumer or likelihood of their claims in consumer relations, submitted to the judiciary to solve conflicts by qualified resisted claim (chores). The specific objective of this research is precisely the reflection related to the issue of reversing the burden of proof specifically in the Consumer Law, its requirements, the role of the judge and the right time of your application, finally, reflections on the implementation of this tool and its actual effectiveness in the search for balance between the parties. The demarcation is justified by the importance that the theoretical study of proof plays in procedural science and its practical management that largely influences the outcome of the trial. Note that the process is the jurisdiction of the tool for law enforcement in the case, and the evidence, in turn, it is one of the essential tools of the process for optimal adjudication. In this sense the evidence is essential to the jurisdiction. And the possibility of reversing the burden of proof is progress for the realization of constitutional principles of equality, access to justice, contradictory and due process, making effective jurisdiction. For the development of research, the method to be used was the logical-deductive, where it initially draws the bibliographic reference system adopted and delimits up the research object, developing the fundamental assumptions, notably for the Civil Procedure Code and the Consumer Protection Code, promoting a wider and democratic interpretation giving voice to these people, who can not wait insecurity in a field, the legislature's coming to rescue them in support to their rights veracity of the facts alleged by party to the proceedings, recognized and protected by the state.

**KEY WORDS:** Burden of Proof. Objective evidence. General Theory of Evidence.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	06
<b>1 A PROVA</b> .....	08
1.1 A IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DE PROVA.....	08
1.2 OBJETO DA PROVA.....	12
1.3 FIM DA PROVA.....	14
1.4 MEIOS DE PROVA.....	15
1.5 A VALORAÇÃO DA PROVA.....	17
<b>2 DO ÔNUS DA PROVA</b> .....	19
2.1 CONCEITO E NATUREZA DO ÔNUS.....	20
2.2 OBJETO DA PROVA E O ÔNUS.....	23
2.3 O INTERESSE E O ÔNUS.....	23
<b>2.3.1 Normas específicas sobre a distribuição do Ônus da Prova</b> .....	26
2.4 DO SENTIDO DA EXPRESSÃO 'ÔNUS DA PROVA'.....	28
<b>3 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA</b> .....	30
3.1 CONCEITO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	30
3.2 FINALIDADE E ESPÉCIES DA INVERSÃO.....	30
3.3 A ESPECIFICIDADE DAS NORMAS DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR.....	31
3.4 O ÔNUS DA PROVA NO CDC.....	36
3.5 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC.....	38
3.6 REFLEXÕES SOBRE O MOMENTO OPORTUNO E OS EFEITOS DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC.....	42
<b>4 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOVAS REGRAS - ÔNUS DA PROVA</b> .....	47
4.1 ATUAL CÓDIGO.....	47
<b>4.1.1 Teoria da carga dinamica</b> .....	47
4.2 COMPARAÇÃO DO ATUAL CPC X NOVO CÓDIGO.....	49
<b>4.2.1 Críticas</b> .....	50
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	52
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	55

## INTRODUÇÃO

Estudos de temas relativos à *prova judicial*, conquanto não sejam recentes, como se depreende desses assentamentos, e a despeito disso e dos fluxos/refluxos que o estudo processual deu-se ao decorrer de sua subsistência, depois de separarem-se do direito material, mantém vivas e borbulhantes as discussões teóricas a respeito deste instituto, e, também, em relação ao seu manejo prático.

A amplitude, a profundidade e a complexidade que exigem um estudo completo das normas sobre a *prova judicial*, assim como o enorme número de questionamentos pertinentes ao instituto em si e ao seu entrelaçamento com tantos outros institutos, fogem ao escopo deste estudo, e por essa razão alguns assuntos não serão abordados, por mais relevantes que sejam.

Segundo o disposto no referido artigo (333 do Código de Processo Civil), o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o conhecimento do fato; incube ao autor quando é fato constitutivo de seu direito, e ao réu quando existe fato que impeça, modifique ou extinga o direito do autor.

Por outro lado, as partes poderão utilizar-se de todos os meios previstos na legislação processual a fim de fazer prova de seu direito constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo.

No entanto, muito embora a legislação processual civil estabeleça que o ônus da prova incumbe ao autor, no Código de Defesa do Consumidor pode ocorrer à inversão dessa obrigação probatória.

É o que prevê o art. 6º, n. VIII, da citada lei ao dispor que, para a facilitação da defesa de seus direitos, poderá haver a inversão probatória, a seu favor, quando “for verossímil a alegação ou qualquer ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”.

Requisito para a inversão do ônus, portanto, é a hipossuficiência ou a verossimilhança.

Com base nesses pressupostos que, por essa inversão de prova, o prejudicado ficará menos desamparado, pois a finalidade desse procedimento é

estabelecer o equilíbrio das partes no processo, facilitar o exercício de defesa do consumidor e tornar efetiva a jurisdição.

Dentro dessa proposta, o primeiro porto a ser ancorado nesta viagem do estudo do ônus da prova no código de processo civil e consumerista será no instituto da prova dando importância ao conceito de prova, fim da prova e valoração da prova.

O capítulo 3 foi reservado para a análise do ônus da prova, com apontamento em seu conceito, natureza, objeto e interesse e o ônus.

Chega-se ao capítulo 4 destinado a inversão do ônus da prova com apontamentos para o conceito, finalidade, requisitos necessários e reflexões sobre o momento oportuno e os efeitos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.

Finalmente, o capítulo 5 tratará do novo Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor suas novas regras ao ônus da prova, teoria da carga dinâmica e a comparação do atual com o novo Código de Processo Civil.

Vencida esta etapa de romaneio, passa-se ao primeiro passo desta grande caminhada a ser desenvolvida, na expectativa de que os estudos a serem inventariados possam trazer alguma contribuição científica, ainda que o seja para que a crítica possa nela se impulsionar, alcançando verdades que este trabalho, eventualmente, não teve o mérito de atingir.

## 1 A PROVA

Na tentativa de dar uma breve noção seguem nos próximos itens alguns tópicos sobre a prova, tema de suma importância à pesquisa proposta, pois através do processo é que se chega ao conhecimento e a decisão de uma lide, sendo a PROVA o instrumento que possibilita ao julgador analisar a lide.

O jurista Francesco Carnelutti (2005, p. 16) define prova, quando afirma que:

O juiz está em meio a um minúsculo cerco de luzes, fora do qual tudo são trevas: atrás dele o enigma do passado e diante, o enigma do futuro. Esse minúsculo cerco é a prova.

Nessa medida, para análise do ônus da prova, foco desta monografia, não se perderá de vista que a defesa do consumidor goza de expressa previsão constitucional, equiparando-a aos direitos fundamentais. A defesa do consumidor é princípio da ordem jurídica – daí que a análise em si da prova, também não se desviará deste primado.

Antes de entrar no enfoque da monografia fazem-se necessárias algumas definições como conceito, objeto, fim, meios e valoração da prova que é que discorrerá nos itens seguintes.

### 1.1 A IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DE PROVA

Antes de entrar no enfoque da monografia fazem-se necessárias algumas descrições referente à importância ao estudo da prova, é a lição de que o processo deve alcançar seu fito de realizar justiça, lição também ressaltada por César Antonio da Silva (1991, p. 13). Para tanto, não é possível escapar da análise da prova, conceituando-a e refletindo-a é o que se discorre a seguir.

Através do processo é que se chega ao conhecimento e a decisão de uma lide, sendo a PROVA o instrumento que possibilita ao julgador analisar a lide. A

palavra prova é derivada do latim *probatio*, oriunda do verbo *probare*, que significa verificar, examinar, demonstrar.

O professor Dinamarco (2007, p. 58), define prova: é "um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento, e se destina a formar a convicção do julgador."

A atividade probatória é parte integrante do processo e elemento essencial para resolver os conflitos. Busca-se a Justiça para se alcançar a equidade, e através das provas, é que se concretiza o princípio constitucional do devido processo legal.

Assim, a prova é fundamental para a instrumentalização do processo, podendo ser produzida na fase da instrução, ex officio ou previamente apresentada pelas partes.

A prova nos termos do artigo 333 do CPC é distribuída entre as partes do processo, devendo a princípio o autor provar os fatos constitutivos de seu direito e o réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos que alegar contra os argumentos do autor.

Para Érico de Pina Cabral (2008, p. 91):

O conceito genérico de prova compreende os dois caracteres, *objetivo e subjetivo*, que se complementam quando não são tomados separadamente. Neste sentido, prova não é só o meio de que serve o juiz para a formação de seu convencimento acerca da certeza dos fatos, mas também a *atividade* de demonstrar a veracidade dos fatos alegados, podendo, ainda, refletir a ideia de *convicção*, formadora da própria certeza dos fatos.

Para o Professor Costa Machado (2015, p. 349), nos comentários ao Código de Processo Civil:

O termo "prova" deve ser compreendido neste Capítulo quer como direito processual de provar-vale dizer, de persuadir, de demonstrar a veracidade de um fato, - quer como estado psíquico de certeza estabelecido na mente do juiz sobre o fato demonstrado, ou ainda, como cada instrumento ou meio legal destinado ao convencimento do magistrado acerca de um fato.

Ainda para Nelson Jr. e Rosa Nery, Código de Processo Civil Comentado, (1999, p. 611), prova:

São os meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico.

Humberto Theodoro Júnior preleciona: “A prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio.” (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 724).

Em face disso, o Mestre Domingos Afonso Kriger Filho (2006, p. 278), com inexcusável clareza, assevera que “a prova é a alma do processo, o instrumento necessário à realização do direito ou, no dizer das Ordenações Filipinas, “o farol que deve guiar o magistrado nas suas decisões”.

Ainda Burgarelli (2000, p. 53):

No direito processual, provar resume-se na realização de uma tarefa necessária e obrigatória, para constituir estado de convencimento no espírito do juiz, este na condição de órgão julgador, a respeito de um fato alegado e sua efetiva ocorrência, tal como foi descrito. Prova, assim, é meio, é instrumento utilizado para a demonstração da realidade material. De modo a criar, no espírito humano, convencimento de adequação. Prova judiciária, por seu turno, é o meio demonstrativo de veracidade entre o fato material (fato constitutivo do direito) e o fundamento jurídico do pedido. Vale dizer é o meio pelo qual se estabelece relação de veracidade e adequação entre a causa próxima e a causa remota, elementos da causa de pedir. Estabelecida à relação, por meio da prova, ao juiz é dada a tarefa de aplicar à lei, a hipótese normativa de incidência fática, em regra, a norma de direito material

Com base no exposto, conceitua-se prova como todo e qualquer objeto ou manifestação capaz de fornecer ao juiz convicção sobre as afirmações feitas pelas partes no processo.

Para Fábio Zabot Holthausen (2015, p. 1), tem-se que:

Nas origens do Direito (sociedades primitivas), inexistia a figura da prova, inicialmente pelo fato de que o mais forte era o vencedor do conflito, depois pela autocomposição, para a qual não se tinha uma decisão sobre quem possuía razão, mas abdicação de todo ou de parte do Direito. Somente com a evolução social e fortalecimento do Estado, quando do surgimento dos árbitros, é que os primeiros mecanismos de provas surgiram. Como nas sociedades antigas as civilizações atribuíam origem divina ao Direito (uma vez que a religião era à base da sociedade) os meios de provas utilizados para a demonstração dos fatos possuíam ligação direta com a religião, como, por exemplo, os ordalios, o juramento, os conspurgadores e combates judiciários. À medida que a sociedade desenvolvia-se, o Estado se fortalecia, surgindo mecanismos de estruturação e administração social. Dentro das relações de conflito, surgiu a arbitragem obrigatória, havendo, a partir de então, a predominância da justiça pública sobre a privada, sendo a religião deixada fora do processo de solução dos conflitos.

Assim, tem-se que no direito Moderno a prova trazida aos autos é um dos elementos fundamentais e a base utilizada, o “norte” do juiz para que possa formar seu convencimento e fundamentar sua decisão.

Por tal razão, o referido instituto deve basear-se em princípios gerais que integram o processo em si, para que todas as partes tenham assegurado a igualdade dentro do processo.

Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal (2015, p. 1), em artigo retirado da internet, Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil, traz a seguinte consideração:

Atualmente o processo é instituição constitucionalizada garantidora de direitos procedimentais pelos princípios do contraditório, isonomia, ampla defesa, anterioridade da lei, dever da jurisdição, direito ao advogado, liberdade incondicionada de requerer, caracterizadores do *due process* que abrange o direito material do *substantive due process* modulador dos procedimentos (*procedural due process*) para assegurar efetividade. Assim, o *ser* e o *proceder* do direito processual assumem significados unívocos pelo conceito de lei fundamental (*due process of law*) nos Estados Democráticos de Direito, não mais se concebendo a existência de procedimento sem PROCESSO, quando se coloca em debate a efetividade de direitos concernentes à vida – liberdade – dignidade – patrimonialidade. O processo, na visão hodierna, é que é, em si, jurisdicional, porque contém e assegura princípios e direitos dos quais a jurisdição (atividade do Estado) não pode apartar-se ou dissuadir, sendo esdrúxulo, portanto, pensar “tutelas jurisdicionais diferenciadas” como quer Donald Armelin, fora dos perfis do processo-garantia-constitucional (*due process*), porque, mesmo quando o direito alegado não existe, a declaração de inexistência pelo provimento judicante há de ser balizada pelo processo não pelos requisitos ou critérios da atividade estatal da jurisdição. A jurisdição estatal é que meio de

obediência ao processo não o processo um meio de obediência (serventia) à jurisdição. O equívoco de se imaginar a hipótese de vários processos com várias formas de tutelas jurisdicionais decorre do ensino de Pisani que, não querendo distinguir processo e procedimento, supõe, como também conjectura Barbosa Moreira, que modalidades de tutelas jurisdicionais (*pluralità de processi ed una pluralità di forme di tutela giurisdizionale*) possam dar origem a vários processos (meios, critérios, modos, métodos) engendrados pelos juízes e que seriam bem mais completos, justos e eficientes que o criado em lei constitucional.

Sendo assim, pelo estudo realizado, a prova é um dos meios mais respeitáveis para a elaboração do convencimento do juiz, tendo em vista, que depois deste último convicto da veracidade dos acontecimentos alegados pode chegar a um apropriado resultado para o litígio.

## 1.2. OBJETO DA PROVA

Na lide existem dois argumentos que se contradizem a ser julgado, e para tanto necessário se faz a prova do que se alega, assim tudo o que se alega, é objeto da prova. Devem-se distinguir na prática forense os juízos de fato e de direito. Fatos devem ser provados enquanto direito presume-se conhecido pelo juiz. São os fatos o objeto da prova, sendo que somente se faz necessário à prova dos fatos incontroversos entre as partes, motivo pelo qual, a fase de saneamento do processo é o momento adequado para a determinação do objeto da prova.

Rodrigo Xavier Leonardo (2004, p. 23), partilha da concepção que entende por objeto da prova as afirmações das partes sobre os fatos, dos quais se depreendem as pretensões de direito material.

Assim, necessário se faz prova dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos. Por outro lado, não se faz necessário à prova de fatos notórios, confessados, não contestados e que possuem presunção legal.

Para o bom andamento do processo e seu adequado aproveitamento, devem as partes focar as provas realmente necessárias para o julgamento correto da lide, evitando instruções desnecessárias.

Apesar da evolução do direito e a nova realidade social que gera novos direitos e formas de provas, o princípio inquisitivo ainda predomina, ficando a gestão da prova centralizada no poder do magistrado, vez que o juiz continua tendo esse poder reconhecido pelo Estado. Porém, a nova realidade revela um novo aspecto processual, a continuidade do poder de decisão quanto à utilização da prova pelo juiz, mas devendo ser analisado cada caso concreto, principalmente levando-se em consideração a função social do direito e o princípio da dignidade humana da pessoa, princípios constitucionais que devem ser amplamente analisadas e levadas em consideração na análise das provas e sua relevância para o julgamento equitativo.

Para o Professor Cândido Dinamarco (2004, p. 51):

Objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas aos fatos pertinentes à causa e não os fatos em si mesmos. O vocábulo prova vem do adjetivo latino *probus*, que significa bom, correto, verdadeiro; conseqüentemente, provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e, portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo, portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas - e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes. Diz-se também, em situações particularizadas, que determinada alegação é objeto de prova.

O que se prova em um processo são fatos ocorridos e que devem ser relevantes, pertinentes e controversos.

Discorrendo sobre o tema, o professor João Batista Lopes (2006, p. 256) ensina que fatos relevantes:

São os acontecimentos da vida que influencia o julgamento da lide (v.g.: tráfego na contramão de direção para caracterizar a culpa numa ação de reparação de dano; conduta desonrosa como causa de separação judicial etc.). E sobre os fatos pertinentes, diz que são os que têm relação direta ou indireta com a causa (v.g.: em acidente de trânsito, é pertinente saber a extensão dos danos, a posição em que ficou os veículos após o evento, a existência de placas de sinalização no local etc.; mas é impertinente saber se o réu é proprietário do prédio em que mora, se é solteiro ou casado etc.). Por fatos controversos ou controvertidos, são os que, afirmados por uma das partes, venham a ser impugnados pelo adversário (v.g., na ação de reparação de dano retro mencionada, poderá ocorrer que o réu impugne a alegação de culpa pelo acidente, mas deixe de impugnar o valor pleiteado pelo autor pelos danos sofridos). E, por fim, no que tange aos fatos precisos, são os que determinam ou especificam situações ou

circunstâncias importantes para a causa. Alegações genéricas ou vagas não comportam prova (ex.: não basta alegar genericamente a insinceridade do pedido de retomada, mas é necessário descrever os fatos concretos e precisos que indiquem sua ocorrência).

O escopo da prova é a caça da veracidade dos fatos. Sucessivamente permanece a precisão de provar. Esta obrigação foi nomeada como ônus da prova, a encargo de quem declara o fato. Então, não é aceitável fazer apenas alegações, para ser vitorioso no litígio, cada um necessita trazer a mais perfeita prova para os fatos evidenciados para abeirar-se ao fim da prova é o que passa ser estudado no item seguinte.

### 1.3. FIM DA PROVA

Para Michele Maria Machado de Carvalho (2015), texto internet, a finalidade da prova é demonstrar a verdade dos fatos para que se possa autorizar a incidência da norma, isto é, para que o juiz forme sua convicção baseado na verdade apurada nos autos e aplique o direito ao caso concreto.

Reproduzir a verdade dos fatos deve ser o fim primeiro da realização da prova, e conseqüentemente, convencer o juiz.

Para que qualquer lide possa ser julgado, este necessita que as partes levem a juízo elementos mínimos necessários, e isto é feito através da produção de provas, que é o instrumento jurídico adequado para tanto.

Assim, tem-se no entendimento de Érico de Pina Cabral (2008, p. 93), “pode-se dizer que a prova nada mais é do que o meio jurídico, moralmente lícito, escolhido e desenvolvido pelas partes com a finalidade de ministrar ao juiz elementos formadores de sua convicção acerca da veracidade das alegações sobre um fato”.

A produção da prova pode ocorrer em várias oportunidades, quais sejam: na petição inicial e na contestação, quando da oportunidade aberta em decisão interlocutória proferida pelo magistrado que admite a prova, na audiência de

instrução e julgamento, devendo o magistrado utilizar do instituto de valoração da prova para formação de seu convencimento.

Para Mirabete (2008, p. 274):

**Provar** é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo. Levada ao processo, porém, a prova pode ser utilizada por qualquer dos sujeitos desse: juiz ou partes.

Sobre o tema, escreve Mauro Schiavi (2014, p. 651):

A finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os fatos relevantes e pertinentes da causa. Como bem adverte Manoel Antonio Teixeira Filho: a prova não tem apenas a finalidade de convencer, mas, sobretudo, constringir e nortear a formação do seu convencimento, pois sabemos que, por força de disposição legal (CPC, artigo 131 do CPC), o julgador não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade da sentença. O princípio da persuasão racional, adotado pelo CPC vigente, desautoriza o Juiz a julgar segundo a sua íntima convicção, impondo-lhe que o faça de maneira fundamentada; a fundamentação, no caso, é feita com vistas à prova produzida e traduz uma exigência constitucional (artigo 93, IX).

A prova é um dos assuntos fundamentais do Processo Civil, em razão de para julgar, o juiz carece analisar a veracidade dos fatos afirmados, especialmente pelo autor, que é quem indica o litígio, e na maioria das ocasiões é quem verdadeiramente precisa do cuidado jurisdicional. Assim sendo, o juiz necessita conhecer quais são os episódios tratados no processo, para que dessa maneira, possa partir para a avaliação das provas lançadas pelas partes, que irão socorrê-las para formar a sua persuasão e decidir o fato, oferecendo a cada um o que é seu.

#### 1.4. MEIOS DE PROVA

Meios de provas são formas, técnicas através da qual se leva a investigação de fatos relevantes para a causa. São as várias espécies de se alcançar a verdade

do que está sendo alegado, estando às mesmas arroladas no CPC: depoimento pessoal das partes prova testemunhal, documental, pericial, inspeção judicial e a confissão. Tais meios de prova não são taxativos, sendo todos os meios de prova, legítimos e lícitos são meios válidos de prova.

Cada processo em sua especificidade necessita o uso de um dos meios de prova existentes, ou como ocorre na maioria das vezes, utiliza-se mais de um meio para provar o alegado pelas partes.

O meio mais utilizado na prática forense é inicialmente a prova documental que geralmente inicia o processo, que ao menos, deve conter documentos que sejam indícios de provas das alegações e pedidos contidos na petição inicial. O CPC determina que devam as partes instruir a petição inicial e a defesa com documentos destinados a fazer prova de suas alegações, porém admite que se juntem documentos em qualquer fase processual, desde que para provar fatos novos, ou seja, ocorridos após o ingresso da ação ou após a entrega da defesa e quando servem como contraprova, devendo sempre o juiz estar atento para a ordem processual. Dependendo das alegações contidas nos pedidos do autor e na defesa do réu, exige-se a instrução e realização de provas periciais (quando o juiz necessita de um parecer técnico, específico sobre o assunto em questão), realização de depoimentos pessoais das partes, onde o juiz pode “sentir” a veracidade das alegações e pode valorizá-las dentro da realidade dos fatos alegados em cada caso concreto. Este meio de prova, muitas vezes, passa despercebido no dia-a-dia, mas pode ser de muita importância para o juiz analisar e julgar com equilíbrio e justiça.

A finalidade do depoimento pessoal é a provocação da confissão, que é outro meio de prova que ocorre quando uma das partes do processo admite a verdade de um fato contraditório.

Outro meio de prova muito utilizado e de muita importância na busca real dos fatos é a prova testemunhal, que deve ser instruída dentro das normas processuais e enfocando que a testemunha deve dizer a verdade para que este meio de prova não seja uma forma ilícita e fraudulenta.

A inspeção judicial ocorre em casos específicos em procedimento onde o juiz se locomove pessoalmente até onde se faz necessário para verificação dos fatos, objeto da inspeção, que pode ser uma coisa ou pessoa, geralmente para

esclarecimentos de detalhes ou reconstituição de fatos, geralmente quando a coisa ou parte não pode ir até o Judiciário, o juiz vai até a prova.

### 1.5. A VALORAÇÃO DA PROVA

Para Érico de Pina Cabral (2008, p. 113), "São três os grandes sistemas de valoração da prova: sistema da prova legal, o sistema da livre apreciação da prova, e o sistema da persuasão racional da prova".

O sistema da prova legal fora muito utilizado no direito, quando cada meio de prova tinha um nível de valor. Hoje tal sistema está praticamente em desuso, vez que o direito moderno tem caminhado para que o juiz julgue cada caso dentro de sua realidade e dentro da necessidade de um conjunto probatório, não existindo mais uma prova específica que valha mais do que outras, e sim, a análise do conjunto de provas reunidas no decorrer do processo.

Já o sistema da livre apreciação da prova está intimamente ligado com a convicção livre do juiz, o que deve ser utilizado com sabedoria e equidade pelo juiz.

E finalmente, o sistema da persuasão racional onde o juiz utiliza o livre convencimento, porém deve motivá-lo, ou seja, justificá-lo.

Os poderes instrutórios do juiz é um tema de suma importância, pois quando o processo é bem instruído, utilizando as partes todos os meios de provas necessários e adequados para cada processo, e sabendo o juiz utilizar e valorizar de forma concreta as provas apresentadas tem-se a chance cada vez maior de alcançar uma sentença realmente justa. Com propósito de explicar suas dúvidas é correto que o julgador, no instante da análise das provas e para atingir a veracidade, poderá aplicar-se de regras de experiência e de presunção.

A presunção é um raciocínio fundado usado a fim de que, através de um fato conhecido (o indício) seja provável alcançar a um fato ainda desconhecido. A regra de experiência é do mesmo modo, um processo lógico, fundamentado em fatos comuns, precedentes, abstratos e genéricos da compreensão humana, de uso frequente através de juiz.

Desse modo, examinando as provas do processo, empregará o julgador às presunções e regras de experiência, na qual poderá considerar a verossimilhança da presença de um direito referido não provado, a partir do indício.

Por meio do raciocínio lógico, o juiz poderá compreender que um fato, porém não comprovado, possui alta dose de viabilidade, se não houver qualquer prova do adversário que adversa à presunção.

Faz-se necessário no próximo capítulo o estudo do ônus da prova, tema de grande relevância para esta tese, pois estudará que o ônus não pressupõe a existência de direito de outrem, o detentor do ônus é quem deve tomar as medidas necessárias para cumpri-lo, sob pena de ter o pronunciamento desfavorável.

## 2 DO ÔNUS DA PROVA

O processo busca a solução de um conflito e para isso o juiz necessita de demonstração de provas trazidas pelas partes que formarão a convicção do juiz que poderá sentenciar com fundamentos. Quando um determinado fato encontra-se incerto dentro do processo é que o juiz aplica o instituto do ônus da prova.

O instituto do ônus da prova está determinado no artigo 333 do Código de Processo Civil, que determina ao autor o ônus probatório dos fatos que constituem seu direito e ao réu a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do autor. (LIMA, 2015, p. 1)

Para Érico de Pina Cabral (2008, p. 134):

A teoria da inversão do ônus da prova é, pois, a teoria das consequências da falta de prova e só tem aplicação prática quando uma afirmação sobre fatos permanecer incerta. Ou seja, trata-se de um instituto que só é utilizado pelo juiz na situação em que se depara com a insuficiência de provas em relação a determinado fato relevante para a decisão.

Conforme Vicente Greco Filho (2006, p. 730):

O instituto do ônus da prova e seus fundamentos decorrem de três princípios prévios: 1) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, com *non liquet*; 2) o princípio dispositivo, segundo o qual às partes cabe à iniciativa da ação e das provas, restando ao juiz apenas atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir as provas destinadas a formar a convicção do juiz. 3) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata ET probata partium*) e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*).

Dai pode-se entender que o ônus da prova é, portanto, o dever, conferido a uma das partes, a fim de apresentar a existência ou inexistência daqueles fatos questionados no processo, fundamentais para o convencimento do juiz.

## 2.1 CONCEITO E NATUREZA DO ÔNUS

O vocábulo ônus, de origem latina '*onus*', significa carga, farda, peso. (SANTOS, 2004, p. 354).

O vocábulo prova como já dito anteriormente, provém do latim '*probatio*' e significa verificação, exame, inspeção.

E a expressão ônus da prova, ou '*onus probandi*' pode-se traduzi-la como dever de provar, no sentido de necessidade de provar. (SANTOS, 2004, p. 354).

Ônus são aquelas atividades que a parte realiza no processo em seu próprio benefício. Antes do ônus de provar, as partes têm o de alegar. (GONÇALVES, 2005, p. 424).

Como alerta a doutrina processual, não se pode ter dela a ideia de dever equivalente à obrigação. Carnelutti (2005, p.25) ensina que a diferença entre eles não está no elemento formal (vínculo de vontade), mas no elemento substancial.

Na obrigação, o vínculo é imposto para a tutela do interesse alheio, ideia de subordinação. No ônus, o vínculo existe para a tutela de um interesse próprio, ideia de risco.

De uma maneira mais simplificada nos ensina João Batista Lopes (2006, p. 38): "Entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio".

Ônus da prova é um dever no sentido de interesse ou necessidade, ou seja, interesse ou necessidade de produzir prova destinado a formar a convicção do juiz, relativa aos fatos alegados pelas partes.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 71), 'ônus da prova' é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo.

Para o processo civil dispositivo, assim como fato não alegado não pode ser tomado em consideração no processo, assim também fato alegado e não demonstrado equivale a fato inexistente ('*allegatio et non probatio quasi non allegatio*'). Daí o interesse das partes em provar suas próprias alegações,

configurando-se essa atividade como autêntico ônus, ou imperativo do próprio interesse. Ônus significa peso e não é por acaso que na lei e na doutrina dos alemães diz-se peso da prova (*Beweislast*). (DINAMARCO, 2004, p. 71)

O '*onus probandi*' leva cada um dos litigantes a participar da instrução probatória, segundo seu próprio interesse e com vista à defesa de suas pretensões através do processo. (DINAMARCO, 2004, p. 72)

O Código Processo Civil contém somente uma disposição de caráter genérico sobre o complexo tema do ônus da prova, que é o art. 333<sup>1</sup>, destinado a fixar regras sobre a distribuição desse encargo entre as partes.

Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 348) em seu ensinamento sobre a análise do ônus da prova, afirma que pode ser dividida em duas partes, uma subjetiva, onde se busca responder à pergunta 'quem deve provar o quê?'; e uma segunda, objetiva, onde as regras sobre este ônus são vistas como regra de julgamento, a serem aplicadas pelo órgão jurisdicional no momento de julgar a pretensão do autor.

Pelo aspecto subjetivo entendem-se nos termos do art. 333 do Código de processo civil. Entende-se fato constitutivo aquele que deu origem à relação jurídica deduzida em juízo (*'res in iudicium deducta'*); fato extintivo é aquele que põe fim à relação jurídica deduzida no processo; fato impeditivo é um fato de conteúdo negativo, a ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico e fato modificativo, aquele que altera a relação jurídica *'in iudicium deducta'*.

Pelo aspecto objetivo, as regras sobre distribuição do ônus da prova, que são regras de julgamento, a serem aplicadas, no momento em que o órgão jurisdicional vai proferir seu juízo de valor acerca da pretensão do autor. (CÂMARA, 2009, p. 348).

O Diploma ao resumir o instituto do ônus da prova a um único dispositivo adotou a teoria de Carnelluti, estabelecida no seguinte princípio: 'Quem opõe uma pretensão em juízo deve provar os fatos que a sustentam; e quem opõe uma exceção, deve, por seu lado, provar os fatos dos quais resulta; em outros termos –

---

<sup>1</sup> **Art. 333** - O ônus da prova incumbe: **I** - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; **II** - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. **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.

quem aciona deve provar o fato ou fatos constitutivos; e quem excetua o fato ou fatos extintivos, ou a condição ou condições impeditivas ou modificativas'. (SANTOS, 2004, p. 358).

A lei processual não estabelece o dever de provar, mas define a responsabilidade pela demonstração no caso dos interessados pretenderem que esses elementos sejam considerados na decisão do julgador. Esse dispositivo legal é necessário para que se fixem critérios objetivos para orientação da decisão judicial, nas hipóteses em que não seja possível ao juiz chegar a uma conclusão segura de outra maneira. (THOMÉ, 2005, p. 1)

O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, o autor deve provar a veracidade do fato constitutivo de seu direito embora se admita a inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.09.90, artigo 6º, inciso VIII<sup>2</sup>, quando considerar verossímil a alegação ou for ele hipossuficiente.

A inversão do ônus da prova é visivelmente prevista em lei, competindo ao magistrado à prerrogativa de transferir o compromisso de provar ao réu. Essa inversão não discorda o princípio da isonomia processual, uma vez que se trata de indivíduos que se encontram em condições financeiras ou técnicas desiguais e dessa forma, merecedoras de tratamento diferente; no entanto, a inversão sem a evidência da hipossuficiência por parte da autora ou da verossimilhança do argumento por ela sustentado é ação manifestamente ilegal.

Discutido é a questão da natureza das regras sobre as provas, existindo três posicionamentos teóricos, sendo que um deles entende pela natureza material, pois os fatos a serem provados pertencem ao direito material, outros entendem pela natureza processual, pois entendem ser o juiz o destinatário das provas e ainda há aqueles que entendem pela mistura, pois acreditam estarem os dois direitos, material e processual intimamente ligado, o que tem sentido, vez que o processo deve ter por fim a realização do direito material.

---

<sup>2</sup> **Art. 6º, VIII, CDC** - 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 experiências;

## 2.2 OBJETO DA PROVA E O ÔNUS

O objeto da prova são exclusivamente os fatos. No entanto, nem todos precisam ser demonstrados. (GONÇALVES, 2005, p. 425).

Somente quanto aos fatos que integram o objeto da prova pode existir, (para alguma das partes) o ônus de provar. Assim como fato não provado equivale a fato não alegado, para o processo fato não alegado é fato irrelevante, portanto não poderá ser fundamento da decisão nem será objeto de prova, 'sob a égide do Princípio Dispositivo, o juiz não deve tomar em consideração fatos não alegados pelas partes' (LOPES, 2006, p. 39) (ressalvados os raros casos em que o juiz suscita de ofício fatos não alegados) (DINAMARCO, 2004, p. 72).

Desse modo, nenhum fato irrelevante será provado no processo e, portanto, ninguém terá o encargo de prová-lo.

Fatos relevantes, quando dispensados de prova, idem (notórios, presumidos).

## 2.3 O INTERESSE E O ÔNUS

Utiliza-se o fundamento do ônus da prova a quaisquer processos e ações, atendidas, claramente, as características de uns e de outros. As regras do ônus da prova determinam às partes do conceito de como se devem proceder, à luz das possibilidades (ônus) que o processo lhes ocasiona, em razão do exercício probatório. O juiz, como é neutro, não deve influenciar na atitude das partes, exceto se, extraordinariamente, tiver de determinar inconveniência na alteração do ônus da prova, o que deverá realizar, mesmo que não houver impugnação, pois se trata de nulidade.

A distinção que nos parece fundamental é a de que o compromisso pede uma conduta cujo cumprimento ou adimplemento ocasiona benefícios à parte que

abrange o outro polo da relação jurídica. Ocorrendo irregularidade do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente imposto através do sujeito ativo. Já em referência ao ônus, à pessoa que não cumpri-lo sofrerá pura e simples, via de regra, as decorrências negativas do descumprimento que refletirão sobre ele próprio. Aquela é especialmente transitória e o ônus só o é reflexamente.

No campo da prova, o ônus da prova como um dos elementos primordiais na distribuição do dever às partes, determinando essa ordem jurídica quem, quando e como deve trazer a prova, de tais e quais fatos. (ALVIM, 2003, p. 492-494).

Segundo o art. 333 do Código de Processo Civil, cabem ao autor à prova relativa aos fatos constitutivos de seu alegado direito (inc. I) e ao réu, a dos fatos que de algum modo atuem ou tenham atuado sobre o direito alegado pelo autor, seja impedindo que ele se formasse, seja modificando-o ou mesmo extinguindo-o (inc. II; fatos impeditivos, modificativos ou extintivos).

A síntese dessas disposições consiste na regra de que o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado (CHIOVENDA, 1998), ou seja, aquela que se beneficie desse reconhecimento.

O Juiz só deverá considerar as regras da distribuição do ônus da prova, no momento de julgar o mérito, eis que só assim poderá verificar quem será prejudicado em razão da inexistência de prova sobre determinados fatos. (CÂMARA, 2009, p. 349).

Vale ressaltar, provados todos os fatos da causa, o juiz não dará qualquer aplicação às regras de distribuição do ônus da prova. Se, porém, forem negativas, quando os fatos não estiverem integralmente provados, aí sim as regras de distribuição do ônus da prova produzirão seus regulares efeitos. (CÂMARA, 2009, p. 349).

O princípio do interesse é que leva a lei a distribuir o ônus da prova conforme o art. 333 do Código de Processo Civil, porque tal reconhecimento aproveitará ao autor e o dos demais, ao réu; sem prova, a demanda inicial é julgada improcedente e, sem prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, provavelmente a defesa do réu não obterá o sucesso desejado.

É imprescindível para a resolução de problemas mais complexos o ônus de comprovar fatos convenientes de neutralizar, modificar ou extinguir a eficácia extintiva ou impeditiva de outros.

O art. 333 menciona somente ao autor e réu, mas nessas palavras reside a disciplina da distribuição do ônus da prova entre todos os sujeitos que figuram como partes no processo, ou seja, esses vocábulos têm na realidade o significado mais amplo de demandante e demandado. São seus óbvios desdobramentos:

a) havendo litisconsortes ativos, a cada um deles, autores que são, cabe à prova dos fatos constitutivos em que se apoia a petição inicial (inc. I);

b) inversamente, aos litisconsortes passivos impõe-se o encargo de provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos;

c) o assistente terá os mesmos ônus probatórios do assistido;

d) o litisdenuciado, que é réu da ação de regresso proposta pelo denunciante, quanto a esta terá o encargo de afirmar e provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito deste perante ele;

e) terão também, agora na qualidade de assistente litisconsorcial do denunciante, os mesmos ônus probatórios que este tiver em relação ao litígio com o adversário comum;

f) ao chamado ao processo, sendo também réu em litisconsórcio passivo com o chamador, aplica-se o disposto no inc. II do art. 333;

g) assim também o nomeado ao processo, que ao aceitar a nomeação assume a condição de réu;

h) o Ministério Público, quando atua na condição de fiscal da lei, sem, portanto ser autor, réu nem assistente, terá o encargo probatório de provar os fatos que houver alegado.

Assim, tem-se que no direito Moderno a prova trazida aos autos é um dos elementos fundamentais e a base utilizada, o “norte” do juiz para que possa formar seu convencimento e fundamentar sua decisão.

Por tal razão, o referido instituto deve basear-se em princípios gerais que integram o processo em si, para que todas as partes tenham assegurado à igualdade dentro do processo.

### 2.3.1 Normas específicas sobre a distribuição do Ônus da Prova

Com as regras gerais instituídas no art. 333 do Código de Processo Civil convivem outras, de caráter especial, substancialmente harmoniosas com elas e ordinariamente reverentes ao princípio do interesse em provar: são as que regem a distribuição do ônus da prova entre os sujeitos dos negócios ou das específicas relações jurídicas a que aludem.

Algumas dessas normas estão no próprio Código de Processo Civil e outras, fora dele. Alguns exemplos:

a) O art. 337 do Código de Processo Civil<sup>3</sup>, a parte só terá esse ônus, contudo, na hipótese de o juiz fazer a exigência da comprovação e assim incluir tais normas no objeto da prova. É perceptível que o interesse no reconhecimento e vigência destas é do sujeito que as tiver invocado em seu benefício.

b) No mesmo código, na disciplina do incidente de falsidade documental, manda que a prova da falsidade seja feita pela parte que a tiver arguido (art. 389, inc. I), porque dela é o interesse em afastar a eficácia probatória do documento; e que a da assinatura fique a cargo daquele que tem interesse na admissão desta como verdadeira, ou seja, a cargo do sujeito que houver trazido o documento aos autos (inc. II)<sup>4</sup>.

Os incisos do artigo mencionado fracionam o documento, em relação ao incidente de falsidade. Sem as disposições específicas que contêm, legitimar-se-ia por certo a tendência a considerar sempre do arguente o ônus probatório (seja em relação ao texto, seja à assinatura), porque foi ele quem levantou a alegação e dele é em princípio o interesse em afastar a eficácia probatória do documento - fosse por qual fundamento fosse.

O Código Civil apresenta dezenas de dispositivos com que disciplina particularmente a distribuição do ônus da prova de fatos relativos a certos negócios ou relações jurídicas especificamente indicadas.

<sup>3</sup> **Art. 337** - A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

<sup>4</sup> **Art. 389** - Incumbe o ônus da prova quando: **I** - se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir; **II** - se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.

Também ali se vê a influência do princípio do interesse, a inspirar o legislador brasileiro de 1916. Exemplos mais expressivos:

a) quem paga ao incapaz, vindo à obrigação a ser anulada por isso, para obter a restituição do valor pago tem o ônus de provar que o pagamento reverteu em proveito daquele;

b) para não responder pela impossibilidade da prestação, o credor em mora tem o ônus de provar que o caso fortuito ou força-maior, ocorridos durante o atraso, teriam produzido o mesmo resultado ainda que a mora coexistisse;

c) "ao que voluntariamente pagou o indevido incumbe à prova de tê-lo feito por erro";

d) o locatário, para exonerar-se da responsabilidade pelo incêndio do prédio locado, tem o ônus de provar a causa dirimente (caso fortuito, força-maior).

e) o depositário tem o ônus de provar o caso fortuito ou a força maior, sempre que os alegue como fundamento para não responder por danos sofridos pela coisa depositada;

O Código de Defesa do Consumidor, sensível à hipossuficiência organizacional do consumidor final de produtos e serviços, impõe normas especiais sobre o ônus da prova nas situações que indica - fazendo-o sempre com o declarado objetivo de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores.

Essas disposições, conquanto regendo um tema processual que é a prova, agregam-se tão intimamente aos próprios direitos, que evidenciam sua própria pertinência ao direito processual material. Incluem-se entre elas as que atribuem ao fabricante, produtor, construtor ou importador o ônus de comprovar a alegação de não haver colocado o produto no mercado, ou de que ele não é defeituoso, ou que o dano decorreu de culpa exclusiva do consumidor (art. 12, § 3º, incs. I-III)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> **Art. 12** - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. **§ 3º** - O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: **I** - que não colocou o produto no mercado; **II** - que embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; **III** - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Há também no Código Civil e em outras leis destinadas prevalentemente à disciplina de relações jurídico-materiais, uma quantidade significativa de presunções relativas, as quais, operando inversões do ônus da prova, incluem-se entre as disposições atinentes à distribuição deste.

Em suma, a atribuição do ônus probatório está relacionada às razões gerais de convivência social, ou econômicas, ou éticas. Em todas as hipóteses, o interesse probatório é sempre daquele que, sem a prova, não obteria o reconhecimento dos pressupostos fáticos da sua pretensão.

#### 2.4 DO SENTIDO DA EXPRESSÃO 'ÔNUS DA PROVA'

Conforme dito anteriormente, no item conceito de ônus da prova, o vocábulo ônus, de origem latina 'onus', significa carga, peso, dever.

O vocábulo prova como já dito anteriormente, provém do latim 'probatio' e significa verificação, exame, inspeção. (LOPES, 2006, p. 25)

E a expressão ônus da prova, ou 'onus probandi' pode-se traduzi-la como dever de provar.

A expressão 'ônus da prova' sintetiza o problema de se saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato. Essas regras ajudam o magistrado na hora de decidir, quando não houver prova do fato que tem de ser examinado. (DIDIER JÚNIOR, SARNO, OLIVEIRA, 2007, p. 55).

O '*onus probandi*' leva cada um dos litigantes a participar da instrução probatória, segundo seu próprio interesse e com vista à defesa de suas pretensões através do processo, em outras palavras, 'consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo Juiz. Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio'. (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 381).

A lei processual não estabelece o dever de provar, porém determina a incumbência pela demonstração na hipótese dos interessados desejarem que esses fundamentos sejam apontados na resolução do julgador. Esse instrumento legal é fundamental a fim de que se firmem fundamentos objetivos para disposição da decisão judicial, nas hipóteses em que não seja possível ao juiz chegar a uma conclusão segura de outra forma.

De uma maneira mais simplificada, Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2005, p. 425) nos ensina que as regras do ônus da prova não seriam dirigidas às partes, mas ao magistrado, para orientar o julgamento.

Se tiver dúvida, o Juiz deve determinar as provas que sejam necessárias para a apuração do ocorrido. Todavia, é preciso reconhecer que há casos de dúvida insanável, o Juiz irá julgar com base no ônus da prova.

Da mesma forma, Fredie Didier Júnior (2007, p. 56), em sua obra, afirma que o ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao Juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.

Consolidando com os autores mencionados acima as partes devem instruir o processo através de provas que fixem a convicção do juiz na decisão, ocorre que por vezes, não há como apresentar provas determinadas das alegações contidas nos autos, pelo que se devem utilizar instrumentos alternativos, sendo as presunções um meio de facilitar o convencimento do juiz. As presunções são formas de alcançar um entendimento através da utilização de um indício, de experiências, da utilização do raciocínio lógico baseadas nos fatos alegados e no conjunto do conteúdo do processo, o que por vezes acaba por inverter o ônus da prova, que sendo de total relevância ao tema pesquisado passa-se a ser estudado no próximo capítulo 4 seguinte.

### 3. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

#### 3.1. CONCEITO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Inverter o ônus na prova significa a possibilidade do juiz de imputar ao réu o dever de provar fatos que normalmente deveriam ser provados pelo autor, provocando com isso a liberação ou diminuição do encargo probatório do autor.

Salienta-se que a medida de inversão do ônus da prova deve ser utilizada somente em casos excepcionais onde se comprove a necessidade de sua aplicação na busca adequada da tutela de direitos e no princípio da igualdade e isonomia. Para Rodrigo Xavier Leonardo (2004, p. 249), “Por meio da inversão do ônus da prova, procura-se aproximar o direito material e o direito processual, fazendo com que os recursos de tutela jurisdicional sejam compatíveis com o direito substantivo discutido no processo. Foge-se da forma pela forma em busca da forma em razão da substância discutida.”

#### 3.2. FINALIDADE E ESPÉCIES DA INVERSÃO

A finalidade da inversão do ônus da prova é a busca da decisão mais justa, com efetividade processual, pois com sua aplicação transfere a prova para quem detém melhores condições de produzi-las, seja no aspecto formal (acesso à prova) seja no aspecto cultural, educacional, e inclusive financeiro.

O fim da inversão está intimamente ligado com o assegurar o equilíbrio entre as partes dentro do processo, sendo que a inversão pode ser imposta pela lei, por determinação judicial ou pela vontade das partes.

Nesse sentido, uma das leis específicas em que há a possibilidade de inversão do ônus da prova, é a estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que é latente a diferença de condições de produção de provas entre o

consumidor (que inclui todos os tipos de pessoas, classes sociais, econômicas e culturais) e o fornecedor e/ ou fabricante.

Por ser inovador e de suma importância, a utilização deste instrumento nas relações de consumo tem gerado algumas divergências de entendimento na sua aplicação prática, tanto na doutrina como na jurisprudência, estando na a análise destas divergências que a seguir passara-se analisar.

Sobre o tema disserta Lucon (2015)-sintetiza que:

A denominada inversão do ônus da prova, na realidade, nada inverte. Etimologicamente, inverter vem do latim *invertere* e significa mudar a ordem de, dispor de maneira contrária ao normal. Portanto, quando se fala de inversão do ônus da prova quer o legislador dizer que, em determinadas situações, há a dispensa da parte de fazer prova de algum fato por ela alegado. Em tais circunstâncias, dispensa a lei que o demandante faça prova do fato constitutivo de seu direito. Ou seja, não basta ao demandado impugnar os fatos apenas alegados pela parte contrária; tem ele o encargo, como imperativo de seu próprio interesse, de fazer prova de que aqueles fatos alegado pelo demandante não ocorreram ou, admitindo-os, que não produziram as consequências afirmadas da petição inicial (defesa direta) ou, ainda, apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daqueles integrantes da causa petendi descrita na petição inicial (defesa indireta).

Analisando uma novidade jurídica no meio consumerista o instituto da inversão do ônus da prova surge para resguardar o consumidor hipossuficiente e vulnerável diante do fornecedor de fruto ou serviço.

### 3.3. A ESPECIFICIDADE DAS NORMAS DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

O progresso social, econômico, tecnológico e cultural formando uma sociedade cada vez mais consumista, fez com que o direito também evoluísse na área do Direito do Consumidor, através de normas constitucionais e específica, no Código de Defesa do Consumidor, buscando proteger os direitos individuais e coletivos face à ordem econômica financeira.

Para Érico de Pina Cabral (2008, p. 354):

Com o intervencionismo estatal nas relações jurídicas provadas surgiram normas de ordem pública, destinadas a proteger os mais fracos em prol de uma igualdade substancial nas relações sociais. Especificamente, nas relações de consumo, o consumidor recebeu do Estado o reconhecimento de ente mais fraco da relação de consumo.

Nesse diapasão, o CDC juntamente com normas constitucionais, trouxe avanços reconhecendo o consumidor como vulnerável na relação de consumo, protegendo assim o equilíbrio das relações de consumo.

Intimamente ligada às regras específicas que regem o CDC, tem-se o intuito de proteger princípios maiores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Em princípio mesmo em lides que envolvam consumo, devem-se aplicar as regras do artigo 333 do CPC, e somente dentro de determinados processos e diante de determinados requisitos é que o ônus da prova será modificado para facilitar a defesa do consumidor em juízo.

O CDC trata do assunto em seus artigos 6, inciso VIII , quando dispõe que são direitos básicos do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente , segundo as regras ordinárias de experiência, em seu artigo 38, quando imputa ao fornecedor a prova da veracidade da informação publicitária, em seu artigo 12, parágrafo 3, inciso II, quando estabelece ao fornecedor o ônus de prova em produtos com defeitos e em seu artigo 14, parágrafo 3, inciso I, quando estabelece também ao fornecedor de serviços o ônus da prova. (BRASIL, 1990)

O CDC garante o direito de facilitação de defesa do consumidor em juízo e não prejuízo à parte contrária, sendo que a inversão do ônus da prova é somente o instrumento utilizado para esta garantia.

Nesse sentido entende Liliana de Almeida Ferreira da Silva Marçal (2006, p. 87), em seu texto sobre o assunto, “Observe-se que a referida norma está inserida no artigo 6 do CDC, que trata dos direitos básicos do consumidor. Contudo, o direito outorgado ao consumidor pelo inciso VIII, artigo 6 do CDC é a facilitação da defesa

dos seus direitos e não a inversão do ônus da prova que, conforme ensina Antonio Gidi (1995, p. 112), configura-se meio pelo qual é possível promover tal facilitação, sem caracterizar privilégio para vencer com mais facilidade a demanda, em detrimento das garantias processuais do fornecedor ou produtor.

Baseado no raciocínio do Prof. Rizzato Nunes (1991), para entender o real significado do instituto protetivo do consumidor, devem-se atentar para o fato de que no período pós-Revolução Industrial tem-se o crescimento da população, com maior demanda e aumento da oferta, com maior produção, fato este que gerou a produção em série, conhecida como “estandardização”.

Com o advento da Primeira e Segunda Guerra Mundial houve melhora na produção com a chegada da informática. A partir da segunda metade do século XX, com a chegada da globalização alcançou-se a sociedade de massa que gerou relações de consumo com contratos unilaterais feitos pelo fornecedor, fabricante, produtor, prestador de serviço.

Comparou-se que anteriormente ao advento do CDC, as mesmas relações eram resolvidas baseadas no direito civil, onde os contratos são discutidos pelas partes, ao contrário, nas relações de consumo, onde se deparou com uma “invasão” de contratos unilaterais, ou seja, contratos de “adesão”, não sobram ao consumidor, alternativa, senão a aceitação do que lhe é imposto.

Diante deste quadro, realmente há que se existir legislação específica, pois diferentes são as relações existentes entre um contrato civil puro e um contrato que envolva consumo.

A relação de consumo, além de ter regras específicas no Código de Defesa do Consumidor, está intimamente ligada aos princípios e normas constitucionais. Para Rizzato Nunes (2005, p. 8), tem-se que: “As normas constitucionais, além de ocuparem o ápice da “pirâmide jurídica”, caracterizam-se pela imperatividade de seus comandos, que obrigam não só as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, como o próprio Estado”

Tem-se que todo processo deve ter seu alicerce nos princípios constitucionais, inclusive nos processos que envolvam o consumidor, pois são os princípios constitucionais que estruturam o ordenamento jurídico, sendo que focando nos princípios que protegem o consumidor deve-se atentar para os princípios da

soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

Também, não se podem esquecer que a Constituição Federal estabelece objetivos fundamentais da República que estão intimamente ligadas em sua essência à proteção do consumidor quando este estiver comprovadamente em situação de vulnerabilidade e de hipossuficiência, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (RAPOSO, 2005, p.1)

Se pensar um pouquinho mais profundamente, vê-se que para alcançar uma sociedade livre, justa, igualitária e desenvolvida, como pressupõe a nossa Carta Magna, tem-se que proporcionar o crescimento industrial, comercial, com a geração de empregos, com pessoas que tenham condições de consumir mais, para girar a economia do País.

Porém tal crescimento tem que beneficiar tanto o produtor, fornecedor, o prestador de serviço, como o consumidor, que não pode ser colocado em uma situação injusta e desigual frente à força da economia globalizada.

O equilíbrio entre as partes de uma relação de consumo que chegam ao poder judiciário devem estar totalmente equiparados quanto às possibilidades de produzirem suas provas, provas estas que irão definir a decisão do magistrado.

Nesse sentido, Rizzatto Nunes (2000, p. 30 e 31):

Assim, numa sociedade comercial, o objetivo pretendido é, naturalmente, a obtenção do lucro, mediante o cumprimento de determinados requisitos preestabelecidos. Acreditam os componentes dessa sociedade que, cumpridas as normas fixadas, satisfeitas suas exigências, o objetivo será alcançado. Essas normas, por sua vez, podem e devem ir-se modificando na medida em que a sociedade se aproxima ou se afaste de sua finalidade, pois é próprio a qualquer sociedade o movimento contínuo, uniforme ou não, com a modificação de suas normas, visando ao atingimento do fim estabelecido. Numa macros sociedade moderna, como as atuais, esses conceitos se aplicam da mesma forma. É sabido que o objetivo da sociedade, entendida como uma nação ou comunidade, é a busca da paz e harmonia social. As normas jurídicas são o instrumento para que tal fim seja atingido. E esse objetivo só será alcançado numa sociedade justa

Finalizando o tema, dá-se que: a justiça é desta maneira, o objetivo da República e princípios da ordem jurídica, como circunstância de sua oportunidade de efetuação histórica. Assim, na utilização das normas jurídicas aos casos definidos, várias vezes tem-se de moderar os rigores do texto normado, abrandando seu apelo formal: é indispensável proceder com justiça.

Para se alcançar os direitos garantidos ao consumidor este pode utilizar-se de todas as ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, nos termos do que dispõe o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, pode o consumidor dependendo do caso concreto a ser resolvido, utilizar-se das possíveis ações reguladas pelo Direito, subsidiariamente às regras do Direito Processual Civil, podendo utilizar-se do processo de conhecimento, cautelar, execuções, ações individuais, coletivas.

Salienta-se que além da proteção individual do consumidor a Lei 8.078/90 protege a coletividade de consumidores, o que é realizado através de ações coletivas e ações civis públicas.

Essa garantia encontra-se no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor quando diz: “Art.81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo...”

Rizzatto Nunes (2000, p. 736), exemplifica o direito coletivo:

São exemplos de direito coletivo: a boa qualidade do fornecimento de serviços públicos essenciais como água, energia elétrica, gás; segurança do transporte público de passageiros pela companhia de ônibus; a adequada qualidade dos serviços educacionais pela escola etc.

Diferentes são os direitos individuais homogêneos, como o caso de acidentes de transporte que envolva diversas pessoas, mas que podem ser determinadas.

Já os direitos difusos envolvem casos de direito ambiental, publicidade, que atingem pessoas indeterminadas.

Legítimos para propositura de ações coletivas são nos termos do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor:

- O Ministério Público;
- A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
- as entidades e órgãos da Administração Pública
- as associações

Vê-se que são várias as hipóteses de proteção ao consumidor e que evoluem cada vez mais na busca de um direito que realmente alcancem os princípios da Nação.

#### 3.4. O ÔNUS DA PROVA NO CDC

Assim, tem-se que lembrar que consumidor é o destinatário final que adquire um produto ou um serviço, podendo ele, o consumidor, ser individual ou coletivo.

Assim, tem hoje o consumidor como acima explanado, o uso geral da regra estabelecida no CPC quanto ao seu ônus de prova dentro de uma demanda, bem como, se dentro de alguns requisitos que a seguir discutira-se a possibilidade de inverter este ônus em favor de sua defesa em juízo por estar em situação vulnerável. Inverter é a ação de mudar algo, sendo que neste caso em específico, visa atingir o princípio da isonomia, possibilitando a correção da desigualdade entre consumidor e fornecedor.

Para que se aplique a inversão do ônus da prova para o consumidor, mister a existência de requisitos específicos estipulados na norma, quais sejam: a verossimilhança da alegação e a situação de hipossuficiência, que será analisada em cada caso pelo critério do juiz.

Eis a primeira discussão: a inversão do ônus da prova no CDC é um poder discricionário do juiz ou um dever?

Sobre o assunto comenta Micheline Maria Machado de Carvalho (2015), em texto sobre o assunto:

Uma vez constatados um desses requisitos o juiz deve inverter o ônus, pois não é uma faculdade sua, é um direito do consumidor para facilitar a defesa de seus interesses. Isto não significa que sempre se terá a inversão do ônus, pois o fornecedor vai ter oportunidade de contrariar a presunção de verossimilhança e a constatação da hipossuficiência.

Apesar do texto da lei dizer que a situação será analisada pelo critério do juiz depara-se de fato com um poder-dever do juiz em inverter o ônus da prova, quando demonstrados os requisitos exigidos, tendo inclusive o juiz que justificar de forma específica (e não genérica) as razões de sua decisão sobre o tema.

Como citado por Fábio Cenci (2015):

Agora imaginemos a seguinte situação prática, muito corriqueira, diga-se de passagem: alguém ao consultar seu extrato bancário nota que foram debitados valores de forma indevida de sua conta corrente, ou ainda, ao adquirir um veículo zero quilômetro, durante o período de garantia, vem apresentar algum problema mecânico, e deste problema resulta algum dano (acidente de trânsito, por exemplo). O CDC nomeia ambas as figuras: o primeiro vício do serviço (também pode ser do produto), e a segunda como fato do produto (dano advindo de produto defeituoso). Pois bem, pela regra geral do CPC, caberia ao autor provar em juízo, no primeiro caso, o defeito do serviço prestado (guarda do dinheiro pela instituição financeira), e no segundo, que o acidente se deu pelo defeito no produto, defeito este advindo de conduta culposa do fornecedor (negligência, imprudência ou imperícia), quando da montagem do veículo. Em ambos os casos, em sendo necessária à realização de prova técnica (perícia), esta deverá ser custeada pelo autor da demanda, nos termos do art. 19 do CPC, contudo, a Lei 8078/90 altera, como já dito, a regra geral, senão vejamos. O CDC diz que pode o juiz inverter o ônus da prova (art. 6º, VIII). Assim, no primeiro caso em discussão (saque indevido de conta corrente), pode o magistrado transferir ao prestador de serviço (instituição financeira/fornecedor) o dever de provar o elencado no art. 14, parágrafos 2º e 3º da Lei (excludentes de responsabilidade, quais sejam; I – o defeito no serviço inexistente; II – culpa exclusiva do consumidor ou de terceira pessoa). Já em relação ao fato do produto (acidente de consumo), cabe ao consumidor, nos termos do art. 12 do CDC tão somente provar o acidente e o nexo de causa entre o fato e os danos dele advindos (responsabilidade objetiva), onde, o fornecedor poderá desonerar-se da obrigação indenizatória se conseguir provar quaisquer das figuras elencadas no art.12, parágrafo 3º. (I - inexistente defeito no produto; II - que o produto não foi colocado no mercado pela empresa; III – culpa exclusiva do consumidor ou de terceira pessoa) Por se tratar de responsabilidade objetiva, basta o consumidor/autor provar em sua peça vestibular a ocorrência do acidente com o veículo em questão (fato do produto), e que deste acidente restaram danos, onde, por conta do art. 333, II do CPC, cabe ao fornecedor/réu a obrigação de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos ao direito do autor. Assim, nesta

situação, não há que se falar em inversão do ônus da prova, tendo em vista, repita-se, a análise conjunta dos art. 12 do CDC e 333 do CPC, onde o ônus da desoneração da responsabilidade naturalmente recai ao ofensor, neste caso, fornecedor. Já em relação ao vício do produto ou do serviço, a situação é diferente, vez que o texto da Lei (art. 18 do CDC) não repete o texto do art. 12; "(...) independentemente da existência de culpa (...)". Assim, em alguns casos, necessário se faz a prova técnica quanto ao produto ou serviço prestado, no intuito de comprovação quanto à ocorrência de mencionado vício"

É conhecida em doutrina que o ônus da prova é uma carga e não um dever ou obrigação. Deste modo, a parte a quem a lei impõe o ônus de comprovar tem interesse em dele se desobrigar. Porém, se não o fizer, nem por isso se dará automaticamente prejudicada.

Em linhas gerais, recairão sobre ambas as partes o ônus de provar as suas alegações. Nesse linear, a disposição em vigor determina de modo preciso, as regras para responsabilidade do ônus da prova no processo ordinário, incumbindo ao autor provar o fato distintivo de seu direito, e ao réu os fatos impeditivos extintivos, e modificativos do direito do autor.

### 3.5. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC

Os dois requisitos para que se conceda a inversão do ônus da prova estão estipulados no artigo 6 do Código de Defesa do Consumidor, em seu inciso VIII e são: a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança da alegação do consumidor.

A primeira divergência existente sobre o tema se depara no impasse: para que o juiz conceda a inversão do ônus da prova em favor do consumidor se faz necessário o preenchimento dos dois requisitos ao mesmo tempo, ou a presença de apenas um dos requisitos já é suficiente para a concessão da inversão?

Para alguns, somente pode o juiz utilizar o instituto da inversão do ônus da prova quando vislumbrar concomitantemente a ocorrência de ambos os requisitos. Lado outro, há aqueles que entendem que o texto da lei é claro quando utiliza o

advérbio “ou”, deixando explícito que com a existência de um dos requisitos já é possível à inversão do ônus da prova.

Descreve em seu livro, Érico de Pina Cabral (2008, p. 382), afirmação de Alexandre Freitas Câmara:

Para a inversão do ônus da prova, os dois requisitos devem ser cumulativamente exigidos pelo juiz. Isso porque seria absurda a ideia de se inverter o ônus da prova quando a alegação não for verossímil; ao mesmo passo que seria desnecessário a inversão quando não houvesse a hipossuficiência do consumidor quanto à produção de prova. A inversão baseada em apenas um desses requisitos certamente levaria a resultados extremamente injustos.

Passe-se para a análise de cada um dos requisitos:

Verossímil é o que se apresenta como verdadeiros fatos que decorrem de situações corriqueiras que se repetem na sociedade e que fazem parte da experiência. São deduções tiradas de situações comuns e repetidas.

Para que se inverta o ônus da prova em favor do consumidor se faz necessário à demonstração da verossimilhança, a demonstração de que o direito e fatos alegados pelo autor são plausíveis, ou seja, são possíveis de ocorrer.

Este requisito tem como fundamento verificar se as alegações contidas na inicial são extraídas de fatos possíveis de ser verdade, se são fatos que ocorrem na sociedade.

No entender de Rodrigo Xavier Leonardo (2004, p. 275): “A verossimilhança, no processo, significa a plausibilidade da alegação das partes, de acordo com a observação do juiz do que costuma acontecer, independentemente da existência de provas sobre o caso concreto.”

Conclui-se que para o juiz conceder a inversão do ônus da prova em processo que envolva relação de consumo, em primeiro lugar, deve se convencer de que as alegações do autor consumidor tem aparência de verdade.

O segundo requisito para que se possa deferir a inversão do ônus da prova, deve verificar a hipossuficiência do consumidor e para tanto se deve atentar para o fato de que hipossuficiente tem significado amplo, e assim deve ser entendido no direito, na amplitude da deficiência econômica e técnica.

Vive-se em uma sociedade de massa que está rodeada de contratos de adesão, onde não sobra para o consumidor, parte hipossuficiente na relação de consumo alternativa, senão aderir às imposições da parte mais forte, que é o fabricante e o fornecedor.

Para Luiz Antonio Rizzatto (2000, p. 215) o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal, pois, o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo, e essa fraqueza decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O de ordem técnica está relacionado aos meios de produção monopolizados pelo fornecedor. É o fornecedor quem escolhe o que, quando e de que maneira produzir. E o consumidor fica com a escolha reduzida, só podendo optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. Essa oferta é decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, a obtenção de lucro. O segundo aspecto, o econômico, está na maior capacidade econômica que, via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor.

O direito do consumidor de alterar o ônus da prova em seu favor não tem por objetivo causar prejuízo à parte contrária, exatamente ao contrário, tem o objetivo de igualar as partes dentro do processo, tanto que para a aplicação da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, este deve provar sua situação de hipossuficiência em relação ao fornecedor, sendo que esta hipossuficiência deve ser econômica, face aos gastos processuais e técnico-social, pois muitas das vezes é impossível para o consumidor, pessoa simples e que não detém conhecimentos específicos produzir prova para garantir seus direitos dentro de um processo.

A hipossuficiência deve ser vista como um requisito de caráter subjetivo, com o fim de equiparação das partes dentro da relação processual.

Após vários anos de discussões, pacificou-se tanto na doutrina, como na jurisprudência o entendimento de que o consumidor, em relação ao fornecedor, pode ser hipossuficiente sob o enfoque econômico, mas também pode sê-lo sob a visão da informação e da técnica.

Nesse sentido:

Ementa: Prova - Ônus - Inversão - Hipossuficiência que não se confunde com pobreza e nem pode importar em transferência do dever de custear a prova postulada à parte contrária - Inteligência do artigo 33 do CPC - Hipótese de reforma da decisão atacada - Agravo provido (Agravo de Instrumento 7272244200, Rel. Jacob Valente, 24º Câmara de Direito Privado, SP, Julg.07/08/2008

Ementa: PROVA - Ônus - Insurgência contra decisão que inverteu o ônus da prova e carrou ao réu o custeio da prova pericial contábil - Inadmissibilidade - Relação consumerista configurada Hipossuficiência técnica e econômica do autor constatada - Inversão do ônus da prova que implica em inversão do ônus de pagar os honorários periciais - Agravo de instrumento improvido, com observação (Agravo de Instrumento 7246839800, Relator. Roque Mesquita, SP, 18º Câmara de Direito Privado, Julg. 18/08/2008

Ainda, sobre hipossuficiência, Oscar Ivan Prux (2015, p. 1):

Sob o ponto de vista genérico, a hipossuficiência pode ter origem econômica ou cultural. É econômica quando o consumidor, devido a não ter recursos materiais, fica sem aquelas condições mínimas, necessárias e elementares para poder exercer seus direitos ou comportar-se adequadamente no mercado. Inclusive, saliente-se que essa possibilidade de inversão do ônus da prova, não tem na essência o objetivo de amparar o pobre, mas sim, abrir para o consumidor prejudicado por sua carência material, uma possibilidade concreta de facilitação da defesa de seus direitos através do mecanismo da modificação da distribuição dos ônus de provar. Uma coisa é o consumidor ter que provar e alguém suportar as despesas disso, ou mesmo isentá-lo de qualquer pagamento. Outra, no caso a fórmula prevista na Lei n.º 8.078/90, é ter-se à previsão de que o encargo de provar pode ser transferido para o fornecedor, em razão de característica especial do consumidor. De outro modo, a hipossuficiência tem origem cultural quando o consumidor é carente de instrução, experiência ou até de condição intelectual para a relação de consumo complexa em que está envolvido, desde que isso seja de tal dimensão que ele fique flagrantemente inferiorizado frente ao fornecedor, não conseguindo sequer entender convenientemente seus direitos na relação de consumo. Ou, da mesma forma, quando esse fator representar obstáculo decisivo para o exercício e mesmo defesa preventiva desses direitos, seja em juízo ou fora dele.

Assim, tem-se que dentro do processo que envolva uma relação de consumo, se ficar provado e devidamente fundamentado pelo juiz, a existência dos requisitos que fundamentam o direito do consumidor de utilizar o instituto da inversão do ônus da prova estará diante de um processo com equilíbrio processual para um julgamento justo.

### 3.6. REFLEXÕES SOBRE O MOMENTO OPORTUNO E OS EFEITOS DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC

Mas daí depara-se com um ponto que ainda é palco de imensos e diversos entendimentos: qual o momento correto da aplicação do instituto da inversão do ônus da prova? Deve o juízo aplicar a inversão do ônus da prova no despacho inicial, na fase entre o despacho inicial e o saneador, na fase de saneamento ou na sentença?

A lei é omissa neste ponto, não determinando qual o momento correto para a aplicação da inversão do ônus da prova, motivo pelo qual ainda há divergências na doutrina e jurisprudência, senão veja-se:

O primeiro entendimento diz que a fase processual adequada para aplicação da inversão do ônus da prova em favor do consumidor é no despacho inicial, e os que assim entendem, fundamentam o entendimento na alegação de que desde o começo estariam todos os envolvidos cientes dessa decisão, estando o processo desde seu início sendo processado de forma transparente.

Porém devem-se refletir nesse posicionamento, pois ao nosso entender, a concessão da inversão do ônus da prova em favor do consumidor logo no primeiro despacho não contém ainda, elementos suficientes que justifiquem a utilização do instituto estudado. Não há sequer nos autos a manifestação da parte contrária, impossibilitando a verificação correta dos pontos controvertidos, que serão objetos das provas que instruíram o processo, não existindo aí o equilíbrio processual tanto buscado pelo judiciário.

Já há aqueles que defendem a tese de que a oportunidade correta para a aplicação da inversão do ônus da prova é a fase entre o despacho saneador e a decisão do saneador, mas também se deve atentar que nesta opção, ainda existe uma prematuridade.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto pioneiro do Desembargador Aldo Magalhães, assim decidiu: 'ainda que hipoteticamente se admita que a inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor depende de prévia declaração judicial de que assim se fará, não há como igualmente entender no tocante ao ônus probatório em matéria publicitária que o art. 38 incisivamente faz recair

sobre quem a patrocina, sem condicioná-lo ao critério do juiz. Entender que o juiz, no caso do art. 38, deve decidir previamente que o patrocinador da publicidade tem o ônus de provar a veracidade e correção do que nela se contém equivale a entender que também deve previamente decidir que ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu do fato impeditivo, modificativo do direito do autor, impondo num e noutro caso o insustentável entendimento de que o juiz deve previamente proclamar que dará exato cumprimento ao que dispõem o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 333 do Código de Processo Civil. (FERRAZ, 2015, p.1)

Lado outro, há muitos que defendem a sentença como momento oportuno para a inversão do ônus da prova, defendendo que a inversão é uma regra técnica a ser aplicada pelo juiz na hora de sentenciar, oportunidade em que será analisada a qualidade das provas produzidas e se daí o juiz não se convencer, aplicará o instituto.

Argumentam ainda os defensores de a inversão ocorrer na sentença que qualquer conclusão do juiz sobre o ônus da prova, emitida antes de encerrada a instrução, corre o risco de ser pré-julgamento da causa.

Mas daí questiona se a inversão do ônus da prova que ocorre somente na sentença, quando todas as provas já foram produzidas, não estaria ferindo o princípio do contraditório?

No entendimento de Rodrigo Xavier Leonardo (2004, p. 290):

A inversão do ônus da prova no momento da sentença provoca uma supressão do direito ao efetivo exercício do contraditório no processo, sobretudo quando se tem em conta que essa inversão-ainda que seja um direito básico do consumidor-, é medida excepcional, que fica sob a condição da prévia averiguação judicial dos requisitos da verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor.

Lado outro, há ainda os que entendem que o momento correto para a inversão do ônus da prova está no despacho saneador e para tanto sustentam ser o contraditório o momento mais justo para proceder à utilização do instituto da inversão.

Este entendimento parece ser o mais justo, pois o saneamento do processo realiza-se normalmente na audiência do artigo 331 do Código de Processo Civil, oportunidade em que o juiz terá ao seu alcance meios de verificar os pontos controvertidos, ou seja, o que realmente deverá ser provado, verificar se estão nos autos os requisitos para uma possível inversão, sem ferir o princípio constitucional

do contraditório, deixando então, as partes processuais envolvidas realmente iguais.

Porém, para que o processo realmente iguale as partes processuais respeitando todos os princípios constitucionais, é necessário que o juiz e as partes tenham consciência da necessidade e seriedade da realização da audiência preliminar, onde serão fixados os pontos controvertidos, saindo às partes cientes da necessidade de provas a ser produzidas, o que infelizmente não ocorre na prática forense, que utiliza o excesso de serviço para “pular” fases do processo que “aparentam” ser desnecessárias.

Sobre o tema, conclui Antonio Carlos Bellini Júnior (2006, p. 118):

...apesar de acreditarmos que o momento mais adequado para proceder à inversão do ônus da prova seja no despacho saneador; poderá ser realizado excepcionalmente em outro momento. O juiz, não raras vezes, somente quando tem os autos consigo para sentenciar, percebe a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor. O que fazer? Acreditamos que deve converter o julgamento em diligência, cientificando as partes de que procedeu a inversão do ônus da prova e estabelecer um prazo razoável para que o fornecedor possa produzir a referida prova.

Várias são as jurisprudências a respeito:

Ementa: ... deve antecipar a remuneração do pento Ônus da prova - Inversão - Afirmação de que a inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento, devendo o respectivo pedido ser analisado quando da sentença - Entendimento que não pode prevalecer, pois isso traria surpresa às partes - Inversão que deve ser dirimida até ou no despacho saneador, sob pena de ocorrer prejuízo para a defesa do...(Agravo de Instrumento 7277285300, Relator José Marcos Marrone, Comarca de Santa Bárbara D Oeste, SP, 23ª Câmara de Direito Privado, julg.20/08/2008) GN

Ementa: ... de compromisso de compra e venda de bem imóvel, com cumulado pedido de restituição das importâncias pagas e indenização por danos morais. Aplicação do princípio da inversão do ônus. Questão só apreciável a final, após a instrução. Autorização de depósito judicial das parcelas vincendas do preço. Deferimento, nesse ponto, mantido. Decisão parcialmente reformada. Agravo provido, em, (Agravo de Instrumento 5634964300, Rel. José Roberto Bedran, Comarca Santo Sndré, SP, 2ª Câmara de Direito Privado, Julgamento. 29/07/2008.) GN

EMENTA: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TELEFONIA MÓVEL -INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E DETERMINAÇÃO DE QUE A FORNECEDORA ADIANTE SALÁRIOS. PERICIAIS - NECESSIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART.6", VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR -DECISÃO

MANTIDA. O art. 6º, VIII, do CDC, dispõe caber ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor, e o momento processual adequado para tal decisão é aquele posterior à contestação até o despacho saneador, inclusive. Inviável falar-se em aplicação do art. 33 do CPC, uma vez que, determinada a inversão, necessariamente, haverá a obrigação de propiciar-se os meios para a produção da prova técnica que o juízo entende necessária à formação de sua convicção, sob pena de sofrer as consequências processuais advindas de sua não produção. Agravo de instrumento improvido. (Agravo de Instrumento 1150202002, Relatora Cristina Zucchi, São Paulo. 34ª Câmara de Direito Privado, Julgamento 23/04/2008)

Deve-se atentar para o chamado ônus econômico, no qual se discute quem arca com custas e despesas processuais, sendo que a determinação do ônus da prova e o momento em que é realizada influencia, e muito nesta questão. Toma-se o exemplo de Rizzatto Nunes (2009, p. 785/786):

em uma perícia se ficasse para a sentença a resolução e se o juiz decidisse que não havia nem verossimilhança nem hipossuficiência do consumidor e que este, portanto, teria de ter produzido prova pericial e não o fez porque não tinha dinheiro para adiantar os honorários provisórios do perito, estaríamos diante de um absurdo.

Ainda, finaliza “Uma vez determinada à inversão, o ônus econômico da produção da prova tem de ser da parte sobre a qual recai o ônus processual. Caso contrário, estar-se-ia dando com uma mão e tirando com a outra.” (RIZZATTO NUNES, 2009, p. 786).

Sobre o tema ainda tem-se posicionamentos divergentes:

...Dispõe o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, dentre os direitos básicos do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos. Dessa facilitação decorre, além da inversão do ônus da prova, como critério de julgamento a ser utilizado pelo juiz, à desoneração das custas relativas às provas requeridas, que passam a ser de obrigação da outra parte, que tem melhores condições econômicas de arcar com este ônus. [...] *Vale observar que, exigida a antecipação das custas pela parte hipossuficiente, poderia a inversão da prova tornar-se inócua, visto que a prova de seu direito poderia ser obstada pela sua incapacidade econômica.*” (TJ-PR, Ac 20311, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Dilmar Kessler, DJ 10.04.02 )  
 "Ementa: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Leasing. Inversão do Ônus da Prova. Perícia. Antecipação de despesas. Aplica-se o CDC às operações de leasing. A inversão do ônus da prova significa também transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas de perícia tida por imprescindível ao julgamento da causa. Recurso não conhecido." (STJ, Ac RESP 383276/RJ; REC. ESP. 2001/0176011-2, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 18.06.02)

...O ônus do pagamento e antecipação dos honorários periciais não se confunde com o ônus da prova e não se inverte nos termos do art. 6., VIII, do CDC, cabendo a parte que requer a perícia ou ao autor se determinado de ofício, a teor dos arts. 19 e 33 do CPC." (TJ-PR, Ac. 8449, 6ª. Câmara Cível, Rel. Des. Cordeiro Cleve, DJ 12.12.01).

O próximo subitem versa sobre o posicionamento acerca da aplicação da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo Código de Processo Civil, entretanto, será analisada a teoria estática, que é a adotada pelo Código vigente, é o que será exposto seguinte.

## **4 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOVAS REGRAS - ÔNUS DA PROVA**

### **4.1 ATUAL CÓDIGO**

O atual Código prevê a chamada Teoria Estática da Prova prevendo que quem alega tem o ônus de provar tal alegação, conforme o artigo 333 do atual diploma. O parágrafo único, para efeitos de constatação, prevê a nulidade de diversificar ônus da prova em casos de direitos indisponíveis e quando gere dificuldade o exercício de direito.

No direito material, mais especificamente no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º VIII), há a previsão de inversão do ônus da prova em favor exclusivamente do Consumidor, nas causas que envolvam relações consumeristas com hipossuficiência do consumidor e verossimilhança nas alegações. Desta forma, ao invés de ser aplicada a regra retro citada diploma vigente, usa-se o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor. (GUEDES, 2009, p. 1).

#### **4.1.1. Teoria da carga dinâmica**

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, de criação dos argentinos Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello, anteriormente tratado somente no Código de Defesa do Consumidor, está presente no Projeto de Novo Código de Processo Civil. Essa teoria nada mais gera que a produção da prova seja designada a quem tem melhores condições de produzi-la diante do caso concreto. Desta forma, isso se resume a que se tiver possibilidade de prova, vai ter que fazê-la. Os princípios da igualdade, da solidariedade e da lealdade, da boa-fé e da veracidade são pilares essenciais desta teoria. (CELESTE, 2015, p. 1).

O princípio da igualdade está presente quando o ônus da prova é atribuído àquele que tem os meios para satisfazê-la, havendo assim um equilíbrio substancial entre as partes processuais. O princípio da solidariedade com o órgão judicial decorre do dever universal de colaboração para que o magistrado alcance o máximo de verdade possível nas alegações. Por fim os princípios da lealdade, da boa-fé e da veracidade estão presentes na distribuição dinâmica do ônus da prova pelo fato de o sistema brasileiro não permitir que as partes ajam ou se omitam, de forma ardilosa, com o intuito de prejudicar a contraparte. (CELESTE, 2015, p. 1).

Desta forma, a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova afirma que o encargo probatório não deve ser partido de forma prévia e abstrata, mas sim de forma casuística e também dinâmica. Não deve ser levada em consideração a posição assumida pela parte na causa ou a natureza do fato provando (constitutivo, modificativo, impeditivo e extintivo). O mais importante é quem tem mais possibilidade de produzir a prova. (CELESTE, 2015, p. 1).

Assim, o magistrado se coloca na função de gestor das provas, além de avaliar qual parte está em melhor condição de produzir a prova, sem estar preso aos critérios legais, mas de acordo com as circunstâncias concretas. A avaliação deve ser feita em critérios abertos e dinâmicos, decorrentes das regras de experiência e de senso comum para verificar qual é a parte que possui mais facilidade para produzir a prova, impondo-lhe o ônus probatório. (CELESTE, 2015, p. 1).

A doutrina costuma identificar dois requisitos cumulativos para a distribuição dinâmica do ônus da prova: o primeiro é a dificuldade ou a impossibilidade de produção de prova por uma das partes, independentemente do motivo ou da razão de tal incapacidade (ordem social, econômica, cultura, técnica, de acesso, de informação, hierárquica, etc.), e o segundo requisito é a maior capacidade da outra parte de produzir a prova relacionada à alegação controvertida. (CELESTE, 2015, p. 1).

## 4.2. COMPARAÇÃO DO ATUAL CPC X NOVO CÓDIGO

Tem-se, bem claro, que o Código de Processo Civil de 1973 é um tanto quanto estático. Este fora moldado em outra época, advindo de um direito ultrapassado. O novo Código de Processo Civil vem sanar anseios de doutrinadores e juristas, dentre estes perniciosos anseios apresenta-se o problema relacionado ao ônus probatório.

O Código de Processo Civil de 1973 é estático; cabendo, basicamente, a quem alegar um fato, prová-lo; se o autor alega algum fato em sua petição inicial, na Audiência de Instrução e Julgamento será mister provar tal fato; o mesmo raciocínio será aplicado em relação ao réu em uma eventual peça redigida por seu advogado em face do réu. Para que haja uma distribuição diversa do ônus da prova, é preciso uma conversão entre as partes; e mesmo assim, tal conversão sofrerá limitações, como assinala abaixo citado o parágrafo único do artigo 333 do atual Código de Processo Civil:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

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

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.

O novo Código de Processo Civil prevê a teoria dinâmica do ônus da prova através do artigo 380 infratranscrito:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde

que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no

§ 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Aqui a estaticidade não existirá mais, será de uma forma mais dinâmica; o juiz, fundamentando extremamente bem sua decisão poderá distribuir o ônus da prova de acordo com as reais condições do processo. Se o réu alegar algo em sua contestação, porém esta alegação se tratar de uma prova extremamente complicada para ele produzir e o autor prover de melhores condições para produzi-la, poderá o juiz delegar ao autor o ônus da produção de tal prova, indo contra ao que prega o atual artigo 333 do nosso Código Civil (CELESTE, 2015, p. 1). Além disto, com o novo Código de Processo Civil, o juiz, anteriormente à Audiência de Instrução e Julgamento, distribuirá as provas e suas incumbências, o que antes era feito somente na sentença, quando se a parte não houvesse produzido até então sua prova, seu fato alegado se tornaria inverídico.

#### **4.2.1. Críticas**

Uma mudança extremamente necessária para a construção de um direito processual mais justo em nossa pátria.

A estaticidade processual acarreta, às vezes, demasiado prejuízo para uma parte em um processo, pois esta pode não ter plena capacidade de produzir uma prova de um fato alegado, visto que seu suporte financeiro pode não suportar os gastos para a produção de tal prova ou a outra parte gozar de maiores poderes e influências e assim ter mais condições de produzir tal prova.

Firmado o seu livre convencimento motivado através da análise das provas, o julgador deverá decidir a demanda. Nesse momento, não lhe cabe perquirir se incumbia ao autor ou ao réu o ônus da prova, ignorando qualquer fato alheio às provas e aos autos, não interessando se alguma parte sofreu demasiado prejuízo consequente da estaticidade provinda da lei. O novo Código de Processo Civil quer evitar estes transtornos, quer tornar o direito mais democrático, acessível não apenas a quem tem um maior suporte financeiro ou um poderio maior para produzir provas, pois neste tipo de processo a lide será resolvida não com os ideais da verdadeira justiça, mas sim por quem obteve maior influência para produção das provas, o que nem sempre retratará a verdade dos fatos alegados.

Ou seja, a nova distribuição do ônus da prova irá reforçar a democracia jurídica, fazendo com que todos os cidadãos tenham um acesso democrático ao andamento do seu processo, muitas vezes prejudicado pela impossibilidade de produção de provas, pois às vezes lhe faltam condições financeiras, psicológicas ou materiais para provar um fato alegado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intuito de encerrar o presente estudo e a concepção como um todo apresentada até o momento, serão em síntese expostas de maneira sucinta, ressaltando de forma englobada os temas abordados.

A prova há de ser entendida em seus muitos aspectos, quer como ação de provar (como atividade comprovadora), quer como veículo de prova (meio que encaminha a esclarecimento do fato ao juiz) e, finalmente, como resultado (persuasão do julgador, ao declarar que algo está ou não provado).

A prova é o meio utilizado no processo para a demonstração da veracidade dos fatos controvertidos. A prova tem por finalidade convencer o magistrado com relação à veracidade dos fatos suscitados pelas partes.

A CLT aborda a questão das provas na seção IX, do capítulo II, do Título X, nos artigos 818 a 830 e, para as ações que tramitam pelo procedimento sumaríssimo, a CLT trata do tema no artigo 852-D.

O CPC ocupa-se da matéria no capítulo VI (artigos 332 a 457 e 420 a 439) e o CDC cuida do assunto nos artigos 4º, I e 6º, VIII.

Análises de temas relacionados à *prova judicial*, ainda que não sejam atuais, como se depreende desses assentamentos, e a despeito disso e dos fluxos/refluxos que a ciência processual deu ao longo de sua existência, após desgrudarem-se do direito material, mantém vivas e borbulhantes os debates teóricos a referência deste instituto, e, inclusive, quanto ao seu manejo prático.

A amplitude, a profundidade e a dificuldade que requerem uma análise completa das normas acerca de *prova judicial*, assim como o enorme número de incertezas relacionadas ao instituto em si e ao seu vínculo com tantos outros institutos, fogem ao escopo deste estudo, e por esse motivo algumas questões não serão discutidas, por melhor relevantes que sejam.

A delimitação justifica-se pela importância que a análise teórica da *prova* representa no estudo processual e de seu manejo prático que, em grande medida, influi no resultado do julgamento.

A prova há de ser compreendida em suas várias facetas, ora como ação de provar (como atividade probatória), ora como meio de prova (veículo que leva a versão do fato ao juiz) e, por fim, como resultado (convencimento do julgador, ao afirmar que algo está ou não está provado).

E quanto ao momento dessa inversão, entende-se que deva ser feita na fase adequada processual. Há, no entanto, divergência quanto ao momento próprio para essa inversão do ônus da prova.

Uns entendem que a inversão do ônus da prova deva ser realizada no momento da prolação da sentença.

Outros compreendem que a inversão do ônus da prova deve ser aplicada em momento antecedente à sentença, perante pena de revogação do contraditório e violação de garantias estabelecidas em norma constitucional, como a da vasta defesa e direitos outros.

E nesse compasso, ainda há quem defenda que o momento mais conveniente para a inversão do ônus da prova, seria no do despacho saneador, após a fixação dos pontos controvertidos da lide, evitando-se prejuízo das partes, com a realização dos atos processuais sob a égide do contraditório e da ampla defesa.

Entende-se nesse aspecto, que por essa inversão do ônus da prova, o prejudicado ficará menos desamparado; mas que, de qualquer forma, a realização da referida inversão em momento anterior à sentença não acarreta qualquer prejuízo às partes, tampouco viola direitos e garantias constitucionais.

Sendo assim a inversão do ônus da prova no do despacho saneador manteria a finalidade desse procedimento, que é a de estabelecer o equilíbrio das partes no processo e facilitar o exercício de defesa do consumidor e tornar efetiva a jurisdição.

O consumidor hipossuficiente segue protegido e em conformidade com a parte conceituada mais forte.

E quanto ao momento dessa inversão, entende-se que deva ser feita na fase adequada processual. Há, no entanto, divergência quanto ao momento próprio para essa inversão do ônus da prova.

Uns entendem que a inversão do ônus da prova deva ser realizada no momento da prolação da sentença.

Outros entendem que a inversão do ônus da prova deve ser realizada em momento anterior à sentença, sob pena de supressão do contraditório e violação de garantias erigidas em norma constitucional, como a da ampla defesa e outros.

E nesse compasso, ainda há quem defenda que o momento mais conveniente para a inversão do ônus da prova, seria no do despacho saneador, após a fixação dos pontos controvertidos da lide, evitando-se prejuízo das partes, com a realização dos atos processuais sob a égide do contraditório e da ampla defesa.

Conclui-se que a perfeita distribuição do ônus da prova, incluindo-se, claro, a sua inversão, é essencial para a correta prestação jurisdicional. E desta forma, a inversão do ônus de prova, se preenchido um dos requisitos legais, deve ser concedida pelo juiz para o cumprimento dos princípios constitucionais da igualdade, de acesso à justiça, do contraditório e do devido processo legal, tornando efetiva a jurisdição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Manual de **Direito Processual Civil** – Vol. II. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM, Thereza Arruda; MARTINS, James; ALVIM, Eduardo Arruda. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Direitos do consumidor na jurisprudência do STJ**. Disponível na Biblioteca Jurídica Virtual do STJ: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1839>>. Acesso em: 09 set. 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: segunda série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do consumidor**. Campinas: Servanda, 2006.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 09 set. 2015.

BRITO, Alírio Maciel Lima de; DUARTE, Haroldo Augusto da Silva Teixeira. O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1109, 15 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8648>>. Acesso em: 09 set. 2015.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor*. Vol. 8. São Paulo: Método, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 4. ed. Trad. Lisa Pary Scarpa. Apend. de Giacomo P. Augenti. Campinas: Bookseller, 2005.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. **Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CARVALHO, Micheline Maria Machado de. **A Inversão do Ônus da Prova no Direito do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.datavenia.net>>. Acesso em: 09 set. 2015.

CELESTE, Bruna. **Distribuição dinâmica do ônus da prova**. 17/10/2013. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2013/10/distribuicao-dinamica-onus-prova/>. Acesso em: 09 set. 2015.

CENCI, Fábio. **Ônus da prova e o CDC: cabe o quê, a quem e quando**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18445-18446-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 set. 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. II.. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor – aspectos práticos, perguntas e respostas**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Freddie, SARNO, Paula e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. II**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Nova era do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil – Vol. I'**, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ, Luiz Carlos. Momento processual da inversão do ônus da prova. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2160>>. Acesso em: 09 set. 2015.

GIDI, Antonio. **Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 13, abr./jun. 1995.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil – Vol. I – Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª Parte)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. Vol. 2. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUEDES, André Menescal. Aspectos Processuais Da Inversão do Ônus da Prova nas Relações de Consumo. **Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito da UFC (on-line)**. a. 3, v. 7, jan./jun. 2009.

HOLTHAUSEN, Fábio Zobot. Prova judicial: conceito, origem, objeto, finalidade e destinatário. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 56, ago 2008. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5043](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5043). Acesso em: 09 set. 2015.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento? **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 138, p. 278, ago.2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/874>>. Acesso em: 09 set. 2015.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 47, jul./set. 2003.

LIMA, Firmino Alves. **Tese apresentada no CONAMAT 2006**. Disponível em: <http://amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-01?showall=&start=2>. Acesso em: 09 set. 2015.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 3ª. Edição. 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Devido processo legal substancial**. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/paulo\\_lucon.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/paulo_lucon.htm). Acesso em: 09 set. 2015.

MACHADO, Costa. **Código de Processo Civil Interpretado - Artigo Por Artigo, Parágrafo Por Parágrafo**. 14ª ed. São Paulo: Manole, 2015.

MARÇAL, Liliana de Almeida Ferreira da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC. **Revista do Advogado - AASP**, Ano XXVI, Dezembro de 2006, nº 89.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2201>>. Acesso em: 09 set. 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Millennium, 2003.

MARQUES, Voltaire de Lima. **Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 31, jul./set. 1999.

MATOS, Cecília. **O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 11, jul./set. 1994.

MELLO, Sônia Maria Vieira de. **O direito do consumidor na era da globalização: A descoberta da cidadania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. Até 31 de Dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008.

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

NERY JÚNIOR, Nelson. **Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 1, jan./mar. 1992.

\_\_\_\_\_. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil anotado e legislação processual civil em vigor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRUX, Oscar Ivan. **Inversão do ônus da prova: quando o consumidor é hipossuficiente?** Publicado em 24/05/2008 - Atualizado em 20/01/2013. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/colunistas/direito-consumidor/57465/INVERSAO+DO+ONUS+DA+PROVA+QUANDO+O+CONSUMIDOR+E+HIPOSSUFICIENTE/>. Acesso em: 09 set. 2015.

RAPOSO, Gustavo de Resende. A educação na Constituição Federal de 1988. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 641, 10 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6574>>. Acesso em: 09 set. 2015.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **A empresa e o Código de Defesa do Consumidor**. SP: Artpress, 1991.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo, Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. ver., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Daniel Cuba dos. **Inversão do Ônus da Prova**. Disponível em: <http://www.marica.com.br/2007/1206drdaniel.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

SANTOS, Ernane Fidélis. **O ônus da prova no código do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 47, jul./set. 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. II. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol. I. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 7ª edição São Paulo editora LTR, 2014.

SILVA, Américo Luiz Martins da. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

SILVA, César Antonio da. **Ônus e qualidade da prova cível**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1987.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 44. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. Artigo. **Provas (CPC, arts. 332 a 341)**. 03 Agosto 2005. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/99-artigos-ago-2005/5284-provas-cpc-arts-332-a-341>. Acesso em: 09 set. 2015.