

# O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: MOMENTO, ASPECTOS POLÊMICOS E VISÃO JUDICIAL

---

Rosa Benites Pelicani\*  
Roger Benites Pellicani\*\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – Explicação do Tema; 2. A Constituição Federal e a Defesa do Consumidor; 3. Diferença entre Ônus e Obrigação; 4. A Natureza Jurídica das Normas Legais de Distribuição do Ônus da Prova; 5. Momento de Aplicação das Normas que Distribuem o Ônus da Prova; 6. Momento de Aplicação da Inversão do Ônus da Prova do Código de Defesa do Consumidor; 6.1 No momento da sentença; 6.2 No momento do saneamento do processo; 7. Conclusões.

*“Uma das coisas básicas que temos de compreender é que não basta dar direitos às pessoas, se não lhes dermos representação e recursos de defesa. Um direito não passa de uma declaração numa folha de papel, até que alguém represente a causa e lute por ela, fazendo aplicar a lei e obrigando o sistema a funcionar.” (Ralph Nader<sup>1</sup>)*

## 1. Introdução - Explicação do Tema

De acordo com o artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), constitui direito básico do consumidor “a *facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as*

---

\* Professora Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Mestranda em Direito Constitucional na PUC/SP.

\*\* Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil.

<sup>1</sup> Advogado e líder dos consumidores nos Estados Unidos. *Apud* Josué Rios, *A Defesa do Consumidor e o Direito como Instrumento de Mobilização Social*, p. 65.

regras ordinárias de experiências”, ou, como deveria ser, “de experiência”, conforme artigos 335 do Código de Processo Civil e 5º da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).<sup>2</sup>

Tal dispositivo legal, de larga utilização, desperta debates na doutrina e na jurisprudência no que tange ao momento de sua aplicação no processo. Para muitos, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o juiz deve previamente advertir as partes a respeito da inversão do ônus da prova quando entender que o conflito discutido comporta a incidência do indigitado artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, sendo a fase do saneamento o momento propício para sua aplicação. Para outros, mormente por ser regra de julgamento a ser aplicada na sentença de mérito, desnecessária qualquer advertência prévia.

## 2. A Constituição Federal e a Defesa do Consumidor

No Título referente aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, positiva que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A defesa do consumidor também representa um dos princípios gerais da ordem econômica, nos termos do artigo 170, inciso V, da Constituição Federal.

Todavia, o fundamento maior da proteção ao consumidor, que “vem se configurando numa necessidade premente a todas as nações desenvolvidas ou em desenvolvimento”<sup>3</sup>, está no próprio artigo 5º, *caput*, da Carta Magna, na medida em que uma verdadeira igualdade, pretendida pelo constituinte, pressupõe, muitas vezes, que o legislador trate de forma desigual os que são desiguais, nos limites dessa desigualdade.<sup>4</sup>

Nesse passo, ensina José Afonso da Silva que a realização da igualdade, perante a justiça, exige a busca da igualização de condições dos desiguais<sup>5</sup>. E, não há negar, que o desenvolvimento produtivo e mercadológico acabou por colocar o consumidor em condições de desigualdade face ao poderio econômico do fornecedor de produtos e serviços.

Nada mais é preciso, portanto, para destacar a importância que possui a defesa do consumidor, a qual, à evidência, não pode ser uma idéia meramente programática e vazia, e sim deve estar dotada de instrumentos dinamizados à sua efetividade nas relações de consumo.

Para tanto, foi elaborada a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, é dizer, o Código de Defesa do Consumidor, conforme já determinava o artigo 48 do Ato das Dis-

<sup>2</sup> As regras de experiência são juízos formados em razão da observação do que ordinariamente acontece. A experiência pode ser comum ou técnica. As regras de experiência comum são normas ditadas pela cultura geral do homem comum (objeto queimado revela incêndio, marca de pneu mostra freada). As regras de experiência técnica são aplicadas quando o conhecimento técnico for necessário para a valoração do fato (rachadura aponta abalo, sintoma indica doença), que o juiz pode conhecer ou, não sendo técnico, trazer aos autos por meio da prova pericial.

<sup>3</sup> Maria Antonieta Zanardo Donato. *Proteção ao consumidor – Conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1994. p.18.

<sup>4</sup> Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva. *Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.38.

<sup>5</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 215.

posições Constitucionais Transitórias<sup>6</sup>. Tal codex, como não poderia deixar de ser, compreende vários dispositivos que permitem ao julgador, ao apreciar relações jurídicas de consumo, dar efetividade àquela preocupação do constituinte (a defesa do consumidor), e isso de forma sistematizada.

Nesse contexto, sobleva a inversão do ônus da prova em questão, uma vez que sem ela incidiria a regra geral do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, segundo a qual cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito. Mencionada norma do diploma processual civil é plenamente justificável, pois já que o autor busca uma prestação jurisdicional em face de uma pessoa, compelida a estar presente na relação jurídica processual, deve, então, provar os fatos constitutivos do direito que alega. Por outro lado, quando a parte, pela própria natureza da relação jurídica, está em situação de inequívoca inferioridade, até mesmo no plano processual, referida norma do Código de Processo Civil não mais se justifica, pois apenas perpetuaria uma desigualdade.

Em tal sentido, salienta Stephan Klaus Radloff: “*De fato, nas relações igualitárias – de comerciante para comerciante –, onde haja claro interesse de lucro e transações mercantis, nada mais justo que aquele que pretenda uma satisfação de um direito através da prestação jurisdicional do Estado, para atender seu interesse de agir, tenha a obrigação de provar o fato constitutivo de seu direito. Tal norma processual é justa quando se trata de parte inserida em uma mesma base niveladora. Porém, não é o que acontece quando a questão funda-se nas relações de consumo. Tratar partes diferentes de forma igual é tão injusto quanto sua recíproca.*”<sup>7</sup>

Rizzatto Nunes, de seu turno, pondera: “*Entender, então, a produção das provas em casos que envolvam as relações de consumo é compreender toda a principiologia da Lei n. 8.078, que pressupõe, entre outros princípios e normas, a vulnerabilidade do consumidor, sua hipossuficiência (especialmente técnica e de informação, mas também econômica, como se verá), o plano geral da responsabilização do fornecedor, que é de natureza objetiva etc.*”<sup>8</sup>

Veja-se: *PROVA – Ônus – Inversão – Cabimento – Artigos 4º, I, e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor – Objetivo – Equilibrar a posição das partes em virtude de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, atendendo-se aos critérios de existência da verossimilhança do alegado ou da hipossuficiência, sendo que esta não se restringe ao estreito aspecto econômico, mas também às condições peculiares que agravam substancialmente a vulnerabilidade, de modo a dificultar ou inviabilizar a possibilidade de provar o alegado, tendo em vista nível de experiência e conhecimento para compreender corretamente as técnicas e implicações do serviço prestado – Norma especial e de natureza processual que afasta a aplicação da regra geral prevista no artigo*

<sup>6</sup> “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

<sup>7</sup> *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp.59/60.

<sup>8</sup> *Curso de Direito do Consumidor*. 2ªed. rev. mod. e atual. São Paulo: Saraiva: 2005. p.737.

333, I, do Código de Processo Civil – Caracterizada a hipossuficiência para comprovação da alegada irregularidade no tratamento médico prestado pelo hospital, cabendo aos réus a prova da regularidade do atendimento hospitalar, dentro do procedimento padrão adotado para a hipótese em questão – Recurso não provido. (Agravo de Instrumento nº 209.683-4 – Santo André – Relator: Leite Cintra – 17.10.01 – v.u.).

Com efeito, em inúmeros casos, não tem o consumidor como provar que determinada conduta do fornecedor de produtos ou serviços não está correta, pois, em regra, parte mais fraca, não dispõe de meios para tanto.

De que forma poderá o consumidor provar que uma conta de fornecimento de energia elétrica ou de água, por exemplo, veicula valores excessivos em função do efetivamente utilizado? De que maneira o usuário de uma linha telefônica poderá comprovar que simplesmente não fez esta ou aquela ligação, cobrada em sua conta? Como poderá o adquirente, que não recebeu qualquer documento da compra, demonstrar que o produto que lhe foi entregue não está de acordo com o que foi contratado? Muitos outros exemplos poderiam ser relacionados, mas o fato é que dificilmente os consumidores ultrapassarão esses obstáculos probatórios e, com lastro no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, ausentes outros elementos de prova, o juiz acabará julgando improcedente o pedido inicial.

Com a inversão do ônus da prova do artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, porém, a situação é diversa, visto que terá o consumidor maior chance de fazer valer seu direito. Aquelas provas, acima citadas, caberão ao fornecedor, por qualquer meio admitido em direito. Em realidade, muito mais fácil que o próprio fornecedor, que trabalha com isso todos os dias, demonstre a regularidade de sua conduta.

Perceptível, assim, a importância da inversão do ônus da prova, poderoso instrumento que o legislador colocou a serviço da proteção ao consumidor, imperativo constitucional. Certamente é um dos mais relevantes dispositivos legais voltados à efetividade do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal (*o Estado promoverá, na forma lei, a defesa do consumidor*).

### 3. Diferença entre Ônus e Obrigação

Para a perfeita compreensão do instituto do ônus da prova, cumpre, desde logo, fixar a diferença entre ônus e obrigação<sup>9</sup>.

A distinção primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo.

<sup>9</sup> João Batista Lopes, *O Ônus da Prova no Processo Penal*, RP nº 11/12, p. 148.

Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio<sup>10</sup>. Vale dizer: ônus é faculdade e encargo, cujo não cumprimento acarreta um gravame para a própria pessoa encarregada.

O réu não está obrigado a se defender no processo civil, mas tem o ônus de fazê-lo caso queira ver criada controvérsia em torno dos fatos alegados pelo autor e caso queira ver consideradas pelo juiz circunstâncias que ele, réu, repete imprescindíveis à decisão da causa; do mesmo modo, o executado não está obrigado a embargar a execução, mas tem o ônus de fazê-lo se quiser paralisá-la, reduzi-la ou de algum modo ver proclamada eventual irregularidade ou, ainda, tem o ônus de preparar o recurso se quiser a sua admissibilidade<sup>11</sup>.

Nesse norte, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, noticiada em 14 de abril de 2005:

*O dispositivo de inversão do ônus da prova, adotado pelo Código de Defesa do Consumidor para beneficiar o consumidor e facilitar sua defesa, não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as despesas da prova requerida pelo consumidor. No entanto fica sujeita a instituição às consequências processuais que resultarem da não-produção da perícia requerida.* (REsp 402399 – Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro). No mesmo sentido, o agravo de instrumento nº 644.987, relatado pela Ministra Nancy Andrighi<sup>12</sup>.

A notícia foi veiculada com o título: *Inversão do ônus da prova não obriga banco a arcar com despesas da prova*. Foi o bastante para que fosse retransmitida nos termos do título sem que se atentasse para o significado da palavra ônus. Com efeito, o banco não está obrigado a arcar com as despesas de prova que não foi por ele requerida, mas, tem ele o ônus de produzir a prova. Não paga, não produz a prova, sofre as consequências.

O Professor Arruda Alvim chama a atenção para uma terceira figura, a do dever<sup>13</sup> (*stricto sensu*), que tem como característica básica a “perpetuidade”, ao contrário do ônus e da obrigação que se esgotam com o seu cumprimento. Exemplo de dever processual é o da lealdade (arts. 16 e seguintes CPC)<sup>14</sup>.

Em suma, na boa técnica processual, não se deve falar de obrigação ou dever de provar, mas de ônus de provar.

<sup>10</sup> Arruda Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 2, p. 473.

<sup>11</sup> Fábio Tabosa, in *Código de Processo Civil Interpretado*, coordenado por Antonio Carlos Marcato, p. 1.001.

<sup>12</sup> Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 23/4/2005.

<sup>13</sup> Exemplificando: educar um filho é dever dos pais, pagar o aluguel é obrigação do locatário.

<sup>14</sup> Ob. cit., p. 473.

#### 4. A Natureza Jurídica das Normas Legais de Distribuição do Ônus da Prova

Preleciona Cândido Rangel Dinamarco que 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”.<sup>15</sup>

No mesmo sentido, para Gisela Zilsch, “cada parte deve afirmar e provar os pressupostos da norma que lhe é favorável (da norma cujo efeito jurídico redunde em seu proveito). Assim, cada parte suporta a carga a respeito da existência dos pressupostos daquele preceito jurídico cujo efeito pretende fazer valer no processo”.<sup>16</sup>

Relevante tal conceito, pois como o nosso direito adotou o processo civil dispositivo, a parte tem o ônus de provar suas assertivas, mesmo porque “fato alegado e não demonstrado equivale a fato inexistente”.<sup>17</sup> É dizer, “quem alega o fato deve prová-lo”.<sup>18</sup>

A importância das questões atinentes ao ônus da prova e à sua distribuição pode ser também aferida em duas indagações básicas para a resolução dos conflitos levados ao Poder Judiciário. Em outras palavras, insta saber quem deve provar, bem como as consequências do não cumprimento do ônus probatório estabelecido em lei.<sup>19</sup>

As correspondentes respostas, de modo geral, estão no artigo 333 do Código de Processo Civil. De acordo com o seu inciso I, incumbe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, ou seja, o que origina a procedência do pleito contido na petição inicial. Nos termos do inciso II, cabe ao réu a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Assim, se o autor não provar de forma suficiente o fato constitutivo de seu direito, o juiz julgará o pedido inicial improcedente. Existente o direito do autor, caso o réu não demonstre o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, sucumbirá no julgamento.<sup>20</sup> São consequências lógicas.

Gisela Zilsch, por sua vez, estabelece as seguintes regras: “a) se o autor deixar de provar o que alegou a demanda será julgada improcedente; b) a prova incumbe a quem alega e não a quem nega o fato; c) por consequência: não se faz prova negativa; d) o juiz deve julgar segundo as alegações das partes e aquilo que lograram provar no processo”.<sup>21</sup>

É vero que nesse ponto está inserido o artigo 130 do Código de Processo Civil, que confere ao juiz poderes instrutórios.<sup>22</sup> Entrementes, infrutífera a atividade probatória

<sup>15</sup> *Instituições de direito processual civil*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v.3. p.71.

<sup>16</sup> *Atividade probatória – Juiz e Partes*. Suplemento Jurídico n.130 DER-PJ. p.9.

<sup>17</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v.3. p.71.

<sup>18</sup> Ernane Fidélis dos Santos. *Manual de direito processual civil*, 4ª ed. atual. e ref. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1. p. 396.

<sup>19</sup> Vicente Greco Filho. *Direito processual civil brasileiro*. 15ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2. pp.184/185.

<sup>20</sup> *Idem*. p.189.

<sup>21</sup> *Atividade probatória – Juiz e Partes*. Suplemento Jurídico n.130 DER-PJ. p.9.

<sup>22</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 1991. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior. Distri-

do magistrado, as consequências do descumprimento do ônus probatório voltam a ganhar destaque para o julgamento.

Fica claro, pois, que aquelas normas legais de natureza processual, distribuidoras do ônus da prova, veiculam **regras de julgamento**, destinadas sobretudo ao juiz, que as aplicará no momento da prolação da sentença. A regra fundamental, temperada pela disposição do artigo 130 do Código de Processo Civil, pode ser resumida da seguinte forma: aquele que não prova o que deveria provar, poderá sucumbir na sentença.

Vale ainda acrescentar que, em plena harmonia com o processo civil dispositivo, as partes devem procurar fazer prova de suas alegações, ou seja, devem demonstrar a veracidade do alegado durante a instrução do feito. Cuida-se de corolário do processo dispositivo, que a todos atinge. É evidente que as partes vão se preocupar com o ônus probatório em razão das consequências já indicadas, mas isso não afasta a necessidade da prova das suas alegações, pois, repita-se, fato alegado e não comprovado transforma-se em fato inexistente.

Aqui, por oportuno, não custa ressaltar a lição de Vicente Greco Filho: *“A grande contribuição de Micheli, contudo, foi a de salientar que as regras do ônus da prova são, para o juiz, regras práticas de julgamento, ou seja, para a resolução da demanda em face da falta ou insuficiência de prova de algum fato”*.<sup>23</sup> No mesmo contexto, explica Cândido Rangel Dinamarco: *“Subjacente ao conceito do ônus da prova e às normas sobre sua distribuição está uma importantíssima regra de julgamento, não escrita mas inerente e vital ao sistema, segundo a qual toda alegação não comprovada deve ser tomada por contrária à realidade dos fatos – ou, por outras palavras, fato não provado é fato inexistente”*.<sup>24</sup>

Concluindo esse ponto, pelas razões acima expendidas, as normas atinentes à distribuição do ônus da prova devem ser consideradas regras processuais de julgamento.

## 5. Momento de Aplicação das Normas que Distribuem o Ônus da Prova

Estabelecido que uma norma referente à distribuição do ônus da prova representa regra de julgamento, conclui-se que o momento de sua aplicação é exatamente o da prolação da sentença de mérito, à evidência. Essa conclusão decorre logicamente do que foi explicitado no item anterior.

Superada a fase instrutória, durante a qual não pode ser esquecido o artigo 130 do Código de Processo Civil, é no momento do julgamento que o juiz poderá aplicar as normas legais em tela. É dizer, quando for proferir a sentença, o magistrado analisará o conjunto probatório produzido e, **nesse instante**, caso conclua que o autor não provou de

buição dinâmica dos ônus probatórios, in *Revista dos Tribunais* n° 788, p.92.

<sup>23</sup> *Direito processual civil brasileiro*. 15ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2. p.188.



forma suficiente os fatos constitutivos do direito alegado, fará incidir o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil e julgará o pedido inicial improcedente. Comprovado o fato constitutivo, na hipótese de ausência de prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, o juiz, em princípio, respaldado no artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, julgará o pedido vestibular procedente.

Observa-se, mais uma vez, que estamos diante de regras simples e práticas para o julgamento de uma causa e, dessa forma, conforme já exposto, elas incidem no exato momento da prolação da sentença de mérito.

## **6. Momento de Aplicação da Inversão do Ônus da Prova do Código de Defesa do Consumidor**

### **6.1. No momento da sentença**

A questão, pelo que já foi expandido, está praticamente resolvida. Uma norma que trata da distribuição do ônus da prova é uma regra processual de julgamento, a ser aplicada no momento da sentença.

Ora, o artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, cuida exatamente da distribuição do ônus da prova nas relações de consumo, veiculando uma inversão da regra geral, atendidos os correspondentes pressupostos. Por conseguinte, como regra de julgamento, sua aplicação ocorre no momento em que é proferida a sentença de mérito nos processos que envolvem conflitos entre consumidor e fornecedor.

Nesse diapasão:

1. *“Entre os meios alcançados pela Constituição (inciso XXXII do art. 5º e inciso V do artigo 170) e a Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor) está aquele da inversão do ônus da prova, que deve ocorrer no ato sentencial, pois, só então, o juiz terá condições, diante do contexto probatório já produzido, de verificar a verossimilhança das alegações do consumidor e a sua hipossuficiência”* (RESP 541216 – Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ 20.04.2005).

2. *“Decisão fundamentada na hipossuficiência financeira da autora – Descabimento – Hipótese em que deve ser examinada sua hipossuficiência técnica – Ônus da prova que, ademais, é regra de julgamento e não de procedimento ...”* (TJ/SP Agravo de Instrumento nº 259.898-4 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Privado – Relator: Luiz Antonio de Godoy – 15.10.02 – v.u.).

3. Por outro lado, convém esclarecer que, na eventualidade de se admitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários<sup>25</sup>, no caso dos

<sup>24</sup> *Instituições de direito processual civil*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v.3. p.82.

<sup>25</sup> O tema já foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.



autos, a inversão do ônus da prova deverá ocorrer por ocasião da prolação da sentença. ... Aliás, este é o entendimento jurisprudencial: “É a prolação da sentença o momento adequado para a inversão do ônus da prova a favor do consumidor, porquanto, encerrada a fase instrutória, dispõe o magistrado de elementos suficientes para analisar a conveniência dessa inversão, sem que isso represente ofensa ao princípio da ampla defesa do fornecedor, já que este tem ciência de que, de acordo com o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, a regra pode ser invertida se o juiz considerar verossímil a alegação ou se o consumidor foi hipossuficiente” (PTACSP Agravo de Instrumento nº 1.261.025-4 – São Paulo – Relator: Carlos Alberto Lopes).

4. Consoante a lição de Cândido Rangel Dinamarco, “o momento adequado à inversão judicial do ônus da prova é aquele em que o juiz decide a causa. Antes, sequer ele sabe se a prova será suficiente ou se será necessário valer-se das regras ordinárias sobre esse ônus, que para ele só são relevantes em caso de insuficiência probatória” (Instituições de direito processual civil, São Paulo, Malheiros, 2001, v. III, p. 81, grifado no original). O preceito do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é, portanto, regra de julgamento. Aliás, já decidiu a 4ª Turma do STJ que “Não há vício em acolher-se a inversão do ônus da prova por ocasião da decisão, quando já produzida a prova” (Resp nº 203.225/MG, j. 2.4.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5.8.2002, p. 344). TJ/RS, 6ª Câmara Cível, Agravo de instrumento nº 70006965552, relator Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

Com efeito, a inversão do ônus da prova positivada no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, como regra de julgamento destinada a dar efetividade ao imperativo constitucional da defesa do consumidor, deve ser aplicada no momento da prolação da sentença de mérito.

## 6.2. No momento do saneamento do processo

Adriano Perácio de Paula tem pensamento diverso da conclusão apontada no item anterior: “O momento processual adequado para se definir sobre a inversão do ônus da prova é aquele que antecede e prepara a fase instrutória, ou seja, o do saneamento do processo”.<sup>26</sup> É no mesmo sentido, aliás, o entendimento exposto por Stephan Klaus Radloff.<sup>27</sup>

Rizzatto Nunes, ao ressaltar que a inversão do ônus da prova consumerista não é automática, vai em idêntica direção: “E, já que assim é, o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento”.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Direito processual do consumo – Do processo civil nas relações de consumo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.250.

<sup>27</sup> A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.67.

<sup>28</sup> Curso de Direito do Consumidor. 2ªed. rev. mod. e atual. São Paulo: Saraiva; 2005. p.743.

Para essa parte da doutrina, assim, o momento propício para a inversão do ônus da prova é o do saneamento do processo, permitindo-se, destarte, que a parte desfavorecida por tal decisão, que autoriza a interposição do recurso de agravo, tenha oportunidade de produzir provas já sabendo do ônus que lhe cabe, sem surpresas ou dúvidas. Tudo isso seria corolário do *due process of law*, que também envolve o direito à prova.<sup>29</sup>

Todavia, assim como ocorre com as demais regras de julgamento, o momento para a aplicação da inversão do ônus da prova é o da sentença, e não antes, quando nem mesmo iniciada a fase probatória propriamente dita e nem ao menos se tem conhecimento a respeito da efetiva necessidade de aplicação desta ou daquela regra. É evidente que essa necessidade só surgirá por ocasião do julgamento da causa. Além disso, cumpre frisar que o artigo 331 do Código de Processo Civil não pode ser interpretado a ponto de criar exigências não expressamente determinadas pelo legislador para o saneamento do feito.

Outrossim, não se cogita da aplicação das normas contidas no artigo 333 do Código de Processo Civil no momento do saneamento do feito. Também não se cogita de qualquer advertência a respeito. Qual a razão dessa diferença de tratamento? Por lógica, na medida em que todas essas normas envolvem regras de julgamento, os que defendem a aplicação do artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90 no saneamento também deveriam defender a incidência das regras gerais do Código de Processo Civil na mesma fase processual. Porém, não o fazem, nem mesmo com supedâneo nos princípios do contraditório e da ampla defesa, certamente convencidos que isso seria medida absolutamente desnecessária.

Observe-se que, no processo do trabalho, também se verificam inúmeras situações de inversão do ônus da prova e nem se cogita de comunicação prévia a respeito. Se a reclamada nega a realização de horas extras por parte do empregado-reclamante, atrai para si o ônus da prova: deverá juntar os cartões de ponto; se o reclamante pleiteia equiparação salarial, a reclamada é quem deverá provar o não preenchimento dos requisitos para tal; o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, também é da reclamada.

No mesmo contexto, é de conhecimento geral que as presunções de natureza relativa também ensejam inversão do ônus da prova e, dessa forma, igualmente são regras atinentes à distribuição do ônus probatório.<sup>30</sup> Em outras palavras, com uma presunção relativa, o legislador aceita a existência de determinado fato, permitindo prova em sentido contrário, o que dispensa a parte beneficiada, assim, de provar aquele fato. Típica inversão do ônus da prova. Entretanto, por clara inocuidade, também aqui não se cogita de tal inversão no saneamento do feito, advertindo-se a parte desfavorecida da imprescindibilidade de prova suficiente para afastar a presunção, prova essa que deverá produzir.

<sup>29</sup> Cândido Rangel Dinamarco, a respeito do assunto, muito embora concorde que o efetivo momento de aplicação da inversão do ônus da prova é o da sentença de mérito, pondera que existe a necessidade de advertência sobre tal inversão, a ser feita na audiência preliminar (in *Instituições de direito processual civil*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v.3. pp.79/84).

<sup>30</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v.3. p.76.

Aqui, impende registrar que todas essas normas estão previstas em lei e, conforme princípio de nosso direito, ninguém pode se escusar de cumprir a lei, alegando que não a conhece, pois, ao contrário, presume-se de forma inarredável o seu conhecimento.<sup>31</sup> Cuida-se de princípio geral do direito, sem o qual estaria enfraquecido o ordenamento jurídico. É o que dispõe, ademais, o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Conseqüentemente, se estão no direito positivo, as partes não podem alegar desconhecimento da possibilidade de inversão do ônus da prova, inclusive nas relações de consumo.

Não são comuns alegações no sentido de que houve cerceamento de defesa em função da não advertência a respeito das regras ordinárias de distribuição do ônus da prova ou ainda das inversões decorrentes de uma presunção relativa. Qual a razão, pois, de tais alegações quando se trata de relações de consumo? Mais uma vez vale salientar que todas essas normas estão previstas em lei, em relação a qual a parte não pode alegar desconhecimento, destacando-se ainda que no processo civil dispositivo as partes devem provar o que sustentam, bem como que aquelas normas são de julgamento, destinadas sobretudo ao juiz. Inexiste, portanto, cerceamento de defesa, mesmo porque não se vislumbra impedimento à produção desta ou daquela prova.

Se a parte podia produzir uma prova, mas não a produziu, deve sofrer as consequências de tal omissão, restando inequivocamente inadmissível que, depois, venha apontar cerceamento de defesa porque não tinha ciência da possibilidade de uma inversão do ônus da prova que está prevista em lei. Ademais, de modo geral o fornecedor, parte presumivelmente mais forte na relação de consumo, é defendido por advogados que desde o início têm ciência da possibilidade prevista no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, razão pela qual dificilmente acontece propriamente uma surpresa.

Nesse diapasão, não custa relevar o que preleciona Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva: *“Quanto ao momento de inversão do ônus da prova, o fornecedor, desde o início do processo, deve estar preparado para demonstrar a ausência de culpa, no caso da responsabilidade subjetiva, ou que ela é exclusiva do consumidor ou de terceiro, no caso de responsabilidade objetiva. Acontece que o reconhecimento da modificação do ônus da prova pode ser feito na própria sentença, não se havendo falar em prejuízo ao direito de defesa, porquanto inexistente no CDC norma dispondo que a alteração depende de um despacho ou de uma decisão interlocutória, o que reforça a tese de que ela, em vez de ser um ato constitutivo de um ônus processual, na verdade, resulta do trabalho intelectual do juiz, ao proferir a sentença, avaliando os fatos alegados e sopesando as provas produzidas pelas partes. Isso porque o autor sempre tem o dever de provar o fato constitutivo de seu direito, enquanto o réu, a tarefa de demonstrar o evento impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, I, do CPC). Kazuo Watanabe também sustenta que o momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova é do julgamento da causa”*.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Silvio Rodrigues. *Direito civil – Parte geral*. 32ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1. p.19.

<sup>32</sup> *Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.39.

Parece que a preocupação de boa parte dos que defendem a posição contrária é a situação do pequeno fornecedor, muitas vezes também hipossuficiente, já que o grande fornecedor sempre está defendido por advogados especializados, que sabem da possibilidade de inversão do ônus da prova<sup>33</sup>. Todavia, quando presente a hipossuficiência também do fornecedor, a própria inversão do ônus da prova, cuja justificativa está na situação de inferioridade do consumidor, não deverá ser aplicada, sob pena de desrespeito ao princípio constitucional da igualdade.

Enfim, nada justifica a aplicação da inversão do ônus da prova no momento do saneamento do processo.

## 7. Conclusões

1. A doutrina e a jurisprudência ainda divergem sobre o momento da aplicação da inversão do ônus da prova, se o conflito envolve relação de consumo. Para muitos, o juiz deve previamente advertir as partes a respeito da inversão do ônus da prova, sendo a fase do saneamento o momento propício para sua aplicação. Para outros, mormente por ser regra de julgamento a ser aplicada na sentença de mérito, desnecessária qualquer advertência prévia.

2. A inversão do ônus da prova é um poderoso instrumento que o legislador colocou a serviço da proteção ao consumidor, imperativo constitucional. Certamente é um dos mais relevantes dispositivos legais voltados à efetividade do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal.

3. Para a compreensão do instituto do ônus da prova, cumpre fixar a diferença entre ônus e obrigação. A distinção primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Já o ônus é faculdade e encargo, cujo não cumprimento acarreta um gravame para a própria pessoa encarregada.

4. As normas legais de natureza processual, distribuidoras do ônus da prova, veiculam **regras de julgamento**, destinadas sobretudo ao juiz, que as aplicará no momento da prolação da sentença. A regra fundamental, temperada pela disposição do artigo 130 do Código de Processo Civil, pode ser resumida da seguinte forma: aquele que não prova o que deveria provar, poderá sucumbir na sentença.

---

<sup>33</sup> Josué Rios adverte que a verdade é que os bancos exploram nesses processos todas as incertezas que a interpretação do direito propicia, contratam pareceres laboriosos para explorar estas incertezas, fazem extensas contestações – algumas com mais de 50/60 folhas – exauram todos os recursos e embargos possíveis e até hoje não aceitam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços que vendem (p. 184).

5. Estabelecido que uma norma referente à distribuição do ônus da prova representa regra de julgamento, conclui-se que o momento de sua aplicação é exatamente o da prolação da sentença de mérito.

6. Portanto, a inversão do ônus da prova positivada no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, como regra processual de julgamento destinada a dar efetividade ao imperativo constitucional da defesa do consumidor, norma legal em relação a qual ninguém pode alegar desconhecimento, deve ser aplicada no momento da prolação da sentença de mérito, desnecessária qualquer advertência prévia.

## BIBLIOGRAFIA:

- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 2 – Processo de Conhecimento. 6ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 1991.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, in *Revista dos Tribunais* nº 788. p.92.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v.3.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor – Conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1994.
- FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de direito processual civil*. 4ª ed. atual. e ref. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2.
- LOPES, João Batista. O Ônus da Prova no Processo Penal. *Revista de Processo* nº 11/12, ano 3, julho – dezembro – 1978. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4ª ed. Barueri, SP: Manole, 2004.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*, 2ªed. rev. mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

- PAULA, Adriano Perácio de. *Direito processual do consumo – Do processo civil nas relações de consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- RADLOFF, Stephan Klaus. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RIOS, Josué. *A Defesa do Consumidor e o Direito como Instrumento de Mobilização Social*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – Parte geral*. 32ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.
- SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ZILSCH, Gisela. *Atividade Probatória – Juiz e Partes*. Suplemento Jurídico n. 130, D.E.R. – P.J.