

EDGARD PEDRO GONÇALVES PEREIRA

**O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A
INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE
CONSUMO**

BACHARELADO

EM

DIREITO

FIC - MINAS GERAIS

2014

EDGARD PEDRO GONÇALVES PEREIRA

**O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A INVERSÃO DO
ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como exigência parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Esp. Alexandre Ferreira.

FIC – CARATINGA
2014

A Deus, fonte de toda sabedoria e
inspiração e a minha maravilhosa
mãe, Maria do Carmo.

AGRADECIMENTOS

Mais um ciclo de vitória se encerra, e, portanto, é hora de agradecer àqueles que exerceram papel fundamental para o meu êxito.

Começo, então, agradecendo a Deus, fonte de toda sabedoria e inteligência, sem o qual a Vitória seria impossível.

Agradeço também ao meu Pai (*in memoriam*), minha Mãe, Maria do Carmo, que é meu amparo e me dá forças para prosseguir.

Minhas maravilhosas irmãs, Bia e Duda, meus avós, Pedro e Luzia, que são a fonte da minha inspiração e me dão apoio de forma incondicional

Ao doutor Alexandre Ferreira, pela oportunidade que me concedeu e a todos da 2ª Vara Cível, pessoas que me proporcionaram, além de conhecimento, momentos felizes.

A Paula, pessoa que, além de muita gratidão, tenho enorme carinho e admiração.

E, por fim, mas não menos importante, aos meus amigos de longa data Rafael, Felipe e Hector, grandes companheiros.

A todos vocês, muito obrigado por estarem comigo e fazerem parte da minha História.

“O elemento luta, que Herbart quer excluir da concepção do direito, faz parte dele para sempre – a luta é o eterno labor do direito. Sem luta não há direito, assim como sem trabalho não há propriedade. O ditado “no suor do teu rosto hás de comer o teu pão é tão verdadeiro quanto o que lhe opomos: “na luta, hás de encontrar o teu direito”. No momento em que o direito desiste de sua capacidade de luta, está desistindo de si mesmo – e também vale para o direito do dito do poeta: “Esta é a conclusão final da sabedoria: Só merece a liberdade e a vida aquele que tem de conquistá-las diariamente.”

(Rudolf Von Ihering)

LISTA DE ABREVIATURAS

ART – Artigo.

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

CPC – Código de Processo Civil.

CR – Constituição da República Federativa do Brasil.

EOAB – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil.

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

STF – Supremo Tribunal Federal.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar em qual momento processual é possível aplicar a inversão do ônus da prova nas demandas que envolvem o direito consumerista. Assim, havendo o preenchimento de um dos dois requisitos necessários para a inversão do ônus da prova, devidamente insculpidos no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, a verossimilhança das alegações do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando o consumidor for hipossuficiente, o juiz estará autorizado a determinar a inversão do ônus da prova. Todavia, malgrado esteja autorizado, ante o preenchimento dos aludidos requisitos legais, eis que surge controvérsia no que concerne ao momento processual adequado para que se inverta o ônus da prova, sem se descurar de uma prestação jurisdicional eficaz, baseada nos direitos à igualdade e ao devido processo legal, que tenha como prioridade julgamentos justos. Assim, visando esclarecer acerca do momento pertinente para que se declare a inversão do *onus probandi*, a presente monografia apontará os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, demonstrando que a inversão do ônus da prova nas demandas que envolvem o direito consumerista, quando determinadas em outro momento que não seja até a decisão que saneia o feito, terá o condão de tolher das partes envolvidas na lide seus direitos fundamentais como o devido processo legal e o contraditório.

Palavras chave: prova; ônus da prova; inversão do ônus da prova *ope iudicis*; relação de consumo.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>1- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL</u> Erro! Indicador não definido.	
<u>1.1 - DEVIDO PROCESSO LEGAL</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>1.2 – CONTRADITÓRIO</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>2 – TEORIA DA PROVA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO</u> Erro! Indicador não definido.	
<u>2.1 – CONCEITO DE PROVA</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>2.2 – A PROVA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL</u>	22
<u>2.3 – RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E A GARANTIA À PROVA</u>	25
<u>2.4 – ÔNUS DA PROVA</u>	26
<u>2.5 – ÔNUS DA PROVA OBJETIVO E SUBJETIVO</u>	27
<u>2.6 – DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA</u>	28
<u>2.7 – DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA</u>	29
<u>3 – RELAÇÃO DE CONSUMO</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>3.1 – SISTEMA PROTETIVO E O ART. 6º, VIII, DO CDC</u> Erro! Indicador não definido.	
<u>3.2 – ALTERNATIVIDADE DOS REQUISITOS</u>	34
<u>3.3 – INVERSÃO DO ONUS DA PROVA LEGAL (OPE LEGIS)</u>	35
<u>3.4 – MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	41
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	43

INTRODUÇÃO

O presente estudo é composto por três capítulos, sendo que o primeiro abordará os princípios constitucionais do processo civil, o segundo discorrerá sobre a teoria da prova no processo democrático de direito e o terceiro tratará da relação de consumo, tudo com a finalidade de demonstrar em qual momento processual é possível aplicar a inversão do ônus da prova nas demandas que envolvem o direito consumerista. Neste diapasão, certo é que o ônus da prova é um encargo que a parte tem, seja ela autora ou réu, de colacionar aos autos todos os elementos necessários à prova do direito alegado. É cediço que cada parte deverá comprovar em juízo suas alegações, mormente por ser ela a maior interessada no acolhimento das mesmas, e, por corolário, no êxito da demanda, se autor, ou improcedência, se réu. Assim, o Código de Processo Civil, em seu artigo 333, distribuiu o ônus da prova da seguinte forma: ao réu competirá provar os fatos constitutivos de seu direito; e, de outro lado, competirá ao autor a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Essa distribuição é chamada de distribuição estática do ônus da prova, posto que distribui o ônus *probandi* antes da instalação da demanda – distribuído pela Lei - e sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto. Todavia, há uma segunda teoria que vem ganhando força no mundo jurídico e vem tendo ampla aplicação nas demandas envolvendo relação de consumo. Tal teoria é a da distribuição dinâmica do ônus da prova. Nesta toada, referida teoria afirma que ante situações excepcionais, o juiz poderá flexibilizar a aplicação da distribuição estática e passar o encargo às “mãos” da parte que tenha melhores condições de produzir as provas necessárias ao desate da lide, evitando-se, portanto, julgamentos injustos. Verifica-se da norma disposta no art. 6º, VIII, do CDC, que o legislador positivou referida teoria, e o juiz, verificando uma das duas hipóteses, quais sejam: a verossimilhança das alegações do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando o consumidor for hipossuficiente, estará autorizado a determinar a inversão do ônus da prova. Referida inversão é *ope judicis*, e não *ope legis* (determinada pela Lei), posto que depende de análise, pelo

magistrado, da matéria fática constante dos autos. Todavia, estando o magistrado autorizado a inverter o ônus da prova, diante do preenchimento dos requisitos legais, a teor do disposto no referido dispositivo legal, surge controvérsia no que concerne ao momento processual adequado para que se inverta o ônus da prova, sem se descurar de uma prestação jurisdicional eficaz, baseada nos direitos à igualdade e ao devido processo legal, que tenha como prioridade julgamentos justos e sob o crivo do contraditório. Assim, visando solucionar o problema do momento adequado para a inversão do ônus da prova, o presente trabalho irá

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Para que se solucione o problema da pesquisa ora desenvolvida, qual seja, a divergência acerca do momento processual adequado para a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, necessário se faz algumas conceituações.

Inicialmente, acerca do conceito de prova, em breves palavras, são todas as formas de convencimento do juiz, a respeito de fatos controvertidos.¹

Humberto Theodoro Júnior, também nessa linha, assevera que:

“Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (documentos, as testemunhas, a perícia etc); b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como a convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado”².

A prova dos fatos alegados por autor e réu, faz-se mediante os meios legais de prova, previstos nos art. 332 a 443, do Código de Processo Civil, sendo tais meios o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, testemunhal, pericial e a inspeção judicial, além de todos os outros meios não especificados, desde que moralmente legítimos.

Destarte, entende-se por prova o conjunto de elementos trazidos aos autos do processo, com o fito de convencer o julgador do fato *probando*, sendo, portanto, um meio de indução, através do qual possibilita-se ao magistrado verificar a existência ou não do alegado.

¹GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 2. ed. ver. Atual. São Paulo: Saraiva, p.369.

²THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Vol. I**. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 437.

No que tange ao conceito de ônus da prova, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, o ônus da prova “*consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz*”³.”

Todavia, essa conduta não se configura uma obrigação das partes, mas sim um ônus que os demandantes assumem desincumbir, e, caso isso não ocorra, perderão a demanda.

Nesta toada, Fredie Didier Júnior preleciona:

“Ônus é o encargo atribuído á parte, jamais uma obrigação. Ônus, segundo Goldschmidt, são imperativos do próprio interesse, ou seja, encargo sem cujo desempenho o sujeito se põe em situações de desvantagem perante o direito”⁴.

Assim, o ônus da prova revela-se uma regra a ser observada pelo demandante durante o processo, que o norteará, devendo valer-se dela como uma regra de conduta que o demonstrará o que lhe incumbe provar.

No que concerne a inversão do ônus da prova, necessário, a *priori*, discorrer sobre a distribuição do ônus da prova.

É cediço que o Código de Processo Civil, em seu artigo 333, distribuiu o ônus da prova da seguinte forma: ao réu competirá provar os fatos constitutivos de seu direito; e, de outro lado, competirá ao réu a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Essa distribuição é chamada de distribuição estática do ônus da prova, posto que distribui o ônus *probandi* antes da instalação da demanda – distribuído pela Lei - e sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Todavia, há uma segunda teoria que vem ganhando força no mundo jurídico e vem tendo ampla aplicação nas demandas envolvendo relação de consumo. Tal teoria é a da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Nesta toada, referida teoria afirma que, ante situações excepcionais, o juiz poderá flexibilizar a aplicação da distribuição estática e passar o encargo às “mãos”

³THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Vol. I.** 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 446.

⁴JÚNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2. ed. Salvador, 2008. P. 72.

da parte que tenha melhores condições de produzir as provas necessárias ao desate da lide, evitando-se, portanto, julgamentos injustos.

Nesta seara, há uma divisão da inversão do ônus da prova em *ope legis* (quando a inversão é determinada pela Lei) e *ope iudicis*.

No que concerne a esta segunda divisão, Fredie Didier Júnior preleciona:

“Bem diferente é a inversão *ope iudicis*, esta sim verdadeira inversão do ônus da prova. Em casos tais, o legislador não excepciona a regra geral sobre o ônus probandi, mas abre oportunidade para que o magistrado, no caso concreto, constatando a presença dos requisitos exigíveis para tanto, o inverta (ex.: art. 6º, VIII, do CDC). Assim, prevalece, a priori, a regra geral do art. 333, do CPC, podendo o juiz, no caso concreto, a depender das circunstâncias, excepcioná-la, dispondo de que forma será redistribuído o ônus da prova.”⁵

Destarte, conclui-se que nas relações de consumo aplica-se a inversão do ônus da prova *ope iudicis*, posto que ao juiz da causa cabe a análise dos requisitos autorizadores para tanto, bem como a prolação de decisão invertendo-a, não sendo permitida uma inversão automática.

⁵JÚNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2. ed. Salvador, 2008. P. 79.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

1.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O termo devido processo legal originou-se da expressão *due processo of law*, e teve sua primeira previsão na Magna Carta de João Sem Terra, em 1.215.

Assim, desde sua primeira previsão até os dias de hoje, tal princípio vem sendo consagrado nos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos, servindo como instrumento indispensável à realização da justiça.

No Brasil, o princípio em tela encontra-se inserido no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que dispõe que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*”⁶

Ab initio, registre-se que a expressão “processo” é uma palavra gênero que engloba legislativo, judicial, administrativo e negocial.

Ainda, Curial salientar, antes de prosseguirmos, que referido princípio é base de todos os demais princípios processuais, sobre o qual todos os demais princípios processuais se sustentam.

Discorrendo acerca do princípio em questão como sendo um alicerce aos demais, com enorme sapiência Ronaldo Brêtas de Carvalho dias preleciona que:

O devido processo legal, principal alicerce do processo constitucional ou modelo constitucional do processo, considerado este a principiologia metodológica constitucional de garantia de direitos fundamentais, deve ser

⁶REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 de novembro de 2014, às 21:01 horas.

entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica no processo, perante os órgãos jurisdicionais.⁷

E prossegue referido doutrinador descrevendo alguns dos vários direitos que fazem parte aludido bloco aglutinante e compacto, sendo eles:

a) Direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório; d) garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, aí incluindo o direito à presença do advogado ou de defensor público; e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) garantia de um processo sem dilações indevidas.⁸

Superados tais pontos, insta consignar que a doutrina faz uma divisão do princípio aqui descrito, onde poderemos verificar o devido processo legal em seu sentido material e também em seu sentido formal.

No que tange ao sentido material do devido processo legal, Didier Júnior e outros prelecionam que:

As decisões judiciais não de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí fala-se em um princípio do devido processo legal substancial, aplicável a todos os tipos de processo, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.⁹

E explicando de forma formidável essa subdivisão do devido processo legal, o Min, Celso de Mello, em decisão monocrática no RE nº 374.981, aduziu:

Impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 – RTJ 178/22-24, v.g.): "O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of Law acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de

⁷DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, 2 ed., ver. Ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p 129.

⁸DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, 2 ed., ver. Ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p 129.

⁹DIDIER JÚNIOR, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil** vol. 1, 9 ed., rev. ampl. atual, Salvados: Jus Podivm, 2008. p. 34.

aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of Law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador." (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).¹⁰

Lado outro, no que tange ao sentido formal do devido processo legal, este consiste, "*basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitadas aquele princípio*".¹¹

Quanto a finalidade das normas previamente estabelecidas, conforme Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias assevera:

É importante perceber que a estrutura normativa do devido processo legal consagra uma técnica de aplicação do direito desvinculada de elementos subjetivos do agente público julgador, proporcionando a qualquer pessoa do povo, ao postular a função jurisdicional, a mesma segurança de obter decisão conforme o ordenamento jurídico vigente (princípio da reserva legal) quer esteja diante de um juiz dotado de cultura jurídica, formação técnica, inteligência, sensibilidade e talento sobre humanos – espécie de juiz Hércules, acrescentamos – quer esteja diante de um juiz obtuso, desatualizado, despreparado, desqualificado ou desmotivado para o exercício da função jurisdicional.¹²

Todavia, o devido processo legal não se exauri na estrita observância das formas previamente estabelecidas pela lei para o trâmite das causas em juízo.

É que, malgrado a lei seja produzida com uma enorme carga de abstração, há situações concretas, que em virtude de suas peculiaridades, são imprevisíveis para o legislador, mas que necessitam de um posicionamento do judiciário.

Assim, na atual conjuntura, um juiz no Estado Democrático de Direito não pode ser apenas a "boca da lei" e repetir *ipsis litteris* as normas criadas pelo legislativo.

Com efeito, o juiz, visando a realização da justiça e do processo justo, que modernamente vem sendo assimilado com a idéia de devido processo legal, deverá

¹⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 374.981**. Relator: Celso de Mello. Julgado em 28/03/2005. Publicado em 08/04/2005. Acesso em 05/11/2014.

¹¹DIDIER JÚNIOR, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil** vol. 1, 9 ed., rev. ampl. atual, Salvados: Jus Podivm, 2008. p. 39.

¹²DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, 2 ed., ver. Ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p 128.

desempenhar um papel integrativo, com o fito de efetivar o princípio do *due process of law*.

Neste sentido é o escólio de Theodoro Júnior:

Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe (magistrado), sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar a norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem, pois, que complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo no plano substancial.¹³

Assim, não é salutar, para a efetividade da tutela jurisdicional do Estado, que o magistrado se atenha a observância estrita da lei, posto que isso pode, muitas vezes, levar ao divórcio da realidade, o que significará o primeiro passo para uma injustiça.

E concluindo acerca do papel integrativo do magistrado e do devido processo legal em seu sentido substancial, convém novamente transcrever as lições de Theodoro Júnior :

O juiz, enfim, não repete o discurso do legislador. Faz nele integrar os direitos fundamentais, não só na interpretação da lei comum, como na sua aplicação no quadro fático, e, ainda, de maneira direta, faz atuar e prevalecer a supremacia da Constituição. O devido processo legal, portanto, pressupõe não apenas a aplicação adequada do direito positivo, já que lhe toca, antes de tudo, realizar a vontade soberana das regras e princípios constitucionais. A regra infraconstitucional somente será aplicada se se mostrar fiel à Constituição. Do contrário, será recusada. E, mesmo quando a lide for resolvida mediante observância da lei comum, o seu sentido haverá de ser definido segundo a conformidade com a Constituição.¹⁴

Destarte, o devido processo legal, princípio estruturador de todo o processo, tem como finalidade precípua a justa composição da lide, a efetividade dos direitos fundamentais, e, por corolário, a realização do bem social.

1.2 CONTRADITÓRIO

Conforme bem salientado alhures, o devido processo legal é o princípio sobre o qual todos os demais princípios processuais se erigem.

¹³THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Vol. I.** 53. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 27.

¹⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Vol. I.** 53. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 27.

E sobre a base sólida que é o devido processo legal que surge, portanto, o princípio do contraditório, visando, como fim derradeiro, a composição dos conflitos e a pacificação social.

O princípio em tela, dada a sua relevância, foi alçado constitucionalmente a direito/garantia fundamental do homem, ao ser inserido no rol do art. 5º, inciso LV, da CR/88, que dispõe, aos *“litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.¹⁵

Tal princípio tem o nítido caráter efetivar a igualdade entre as partes litigantes, dando-lhes paridade de armas, garantindo-lhes plenamente o direito de defesa e pronunciamento durante todo o trâmite processual.

Neste sentido, com sapiência preleciona Theodoro Júnior:

O processo considera sob o prisma da igualdade ambas as partes da lide. Conferindo-lhes, pois, iguais poderes e direitos. (...) Mas o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. Não há privilégios, de qualquer sorte.¹⁶

Assim, a vista dessas duas garantias, a doutrina faz uma decomposição do princípio em tela em garantia de participação e garantia de influência na decisão.

No que tange a garantia de participação ou formal, essa consiste no direito de ser *“ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo”*.¹⁷

Todavia, conforme muito bem preleciona Ronaldo Brêtas, *“o contraditório não é apenas ciência bilateral e contrariedade dos atos e termos processuais e possibilidade que as partes têm de contrariá-los”*.¹⁸

¹⁵REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06 de novembro de 2014, às 20:35 horas.

¹⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Vol. I**. 53. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 36.

¹⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Vol. I**. 53. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 45.

¹⁸DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito** 2 ed., ver. Ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p 98.

Assim, o contraditório, ao revés que muitos alvitram, não se limita somente à garantia de audiência bilateral das partes, o contraditório é muito mais.

Neste íterim, Ronaldo Brêtas ao citar a doutrina de José Lebre de Freitas, processualista português, afirma que tal concepção de contraditório, na atual conjuntura, marcada por avanços no estudo do processo constitucional, restou substituída por uma:

Noção mais lata de contraditoriedade, com origem na garantia constitucional do *rechtlliches Gehor* germânico, entendida como garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrarem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.¹⁹

Aqui, então, que surge a segunda concepção do princípio do contraditório, qual seja, a concepção substancial, denominada de “poder de influência”.

A fim demonstrar a importância da referida concepção para a efetivação dos direitos fundamentais e da tutela jurisdicional, curial trazer a baila o ensinamento de Didier Júnior:

Não adiante permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do Magistrado – e isso é poder de influência, poder interferir na decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso.²⁰

Portanto, impende concluir que às partes é concedido o direito de influir de forma ativa na construção do provimento jurisdicional.

E a garantia em questão ela tem endereço certo, *in casu* o magistrado, conforme se infere do entendimento firmado pelo STF, ao analisar o princípio insculpido no inciso LV, do artigo 5º, da CR/88, afirmando que o contraditório se desdobra nos seguintes direitos assegurados às partes:

- (i) direito de informação, que obriga o julgador a informar a parte contrária todo o ato praticado no processo, com explicitação dos seus elementos;
- (ii) direito de manifestação, que assegura ao litigante a possibilidade de manifestar-se sobre elementos fáticos e jurídicos constantes do processo
- (iii) direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. De tal sorte, ao juiz incumbe não só o dever de tomar

¹⁹DE FREITAS, José Lebre *apud* DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito** 2 ed., ver. Ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p 98.

²⁰DIDIER JÚNIOR, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil** vol. 1, 9 ed., rev. ampl. atual, Salvados: Jus Podivm, 2008. p. 45 e 46.

conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas.²¹

Aqui, portanto, vislumbramos que o contraditório tem o condão de impor ao juiz a obrigação de submeter à apreciação das partes todas as questões de fato e de direito e levar em consideração suas alegações, a fim de evitar decisões surpresa, formadas através do convencimento solitário e totalmente subjetivo do magistrado.

Outrossim, o objetivo teleológico de tal concepção do contraditório é justamente evitar que um provimento jurisdicional atinja a esfera jurídica de uma pessoa que não teve a oportunidade de manifestar-se previamente, de modo a influir no resultado da decisão a ser proferida.

Com efeito, comungando o entendimento do professor Ronaldo Brêtas, o considerado trinômio estrutural do contraditório:

Informação-reação-diálogo – que se instala na dinâmica do procedimento acarreta a correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais. Por consequência, no Estado Democrático de Direito, é esta forma de estruturação procedimental que legitima o conteúdo das decisões jurisdicionais proferidas ao seu final, fruto da comparticipação dos sujeitos do processo (juiz e partes contraditórias), gerando a implementação técnica de direitos e garantias fundamentais ostentados pelas partes.²²

Assim, o contraditório é a garantia processual fundamental que as partes gozam de poder influenciar a todo tempo na construção do provimento jurisdicional a ser emitido pelo Judiciário, sendo ele, ainda, um princípio, à exceção dos demais, absoluto, ou seja, nenhum processo pode ser disciplinado sem sua observância.

Todavia, isso não o torna indisponível pelo destinatário da norma. O que não pode é o juiz conduzir o processo sem observar o contraditório, à parte, contudo, tem a faculdade de exercê-lo ou não.

²¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança nº 24.268**. Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 05/02/2004. Publicado em 17/09/2004. Acesso em 06/11/2014.

²²DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito** 2 ed., ver. Ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p 104.

2 TEORIA DA PROVA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

2.1 CONCEITO DE PROVA

Ab initio, urge esclarecer o que é prova. Neste diapasão, é cediço que todo aquele que ingressa com uma demanda junto ao poder judiciário, pleiteando ao Estado que tutele sua pretensão, bem como aquele que figure como réu nas ações, deverão trazer ao processo os fatos que constituem o seu direito, se autor, e a sua resistência, se réu.

Referidos fatos se consubstanciam em alegações que, para ensejar a tutela do Estado, imprescindível que sejam provados.

Assim, prova, em linhas gerais e em breves palavras, “são todas as formas de convencimento do juiz, a respeito de fatos controvertidos”.²³

Humberto Theodoro Júnior, também nessa linha, assevera que:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (documentos, as testemunhas, a perícia etc); b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como a convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado²⁴.

Ainda, a palavra prova ainda tem outras acepções, basicamente três, sendo a palavra prova dita, por vezes, para designar o ato de provar, o meio de se provar, e, por fim, para designar o resultado das duas acepções anteditas.

Quanto a primeira acepção, Fredie Didier Júnior e outros prelecionam que “o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele

²³GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 2.ed., Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.369.

²⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Vol. I**. 53. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 437.

que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação.”²⁵

No que tange ao meio de provar, supracitados doutrinadores asseveram que são “as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental e etc.”.²⁶

Ainda, a palavra prova pode ser utilizada para “designar o resultado dos atos ou meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados”.²⁷

Assim, pode-se dizer que prova é o conjunto de elementos trazidos pelas partes ao processo, com o fito de convencer o julgador do fato *probando*, sendo, portanto, um meio de indução, através do qual possibilita-se ao magistrado verificar a existência ou não do alegado pelas partes.

2.2 A PROVA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

A fim de concluirmos que a prova é um direito fundamental, necessário, *a priori*, perquirir acerca do que vem a ser direito fundamental.

Em análise do significado jurídico de direitos fundamentais, é oportuna a lição de Gilmar Ferreira Mendes e outros, ao salientar que:

A locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.²⁸

²⁵DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2 ed., Salvador, 2008. p. 44.

²⁶JÚNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2 ed., Salvador, 2008. p. 44.

²⁷JÚNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2 ed., Salvador, 2008. p. 44.

²⁸MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo; **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

Sendo tais direitos relacionados com as posições básicas das pessoas, pode-se dizer que tais direitos são aqueles inerentes à essência do ser humano, tais como à vida, liberdade, dignidade, igualdade, etc, chamados, hodiernamente, de direitos humanos.

Assim, após as atrocidades e as violações de referidos direitos humanos no século XX, mormente a segunda guerra mundial, como preleciona com toda sapiência Ronaldo Brêtas:

Perplexa, a humanidade foi impelida para o reconhecimento e a reivindicação dos mencionados direitos, criando-se um movimento universal em sua defesa, como verdadeiro fenômeno cultural de nosso tempo. Isso motivou a preocupação de se incluir um catálogo de proteção dos direitos humanos nos textos e tratados internacionais e das Constituições surgidas após aquele sombrio período histórico²⁹.

Com efeito, conclui-se com as palavras de Brêtas que “os *direitos fundamentais são os direitos humanos expressamente enumerados e declarados no ordenamento jurídico-constitucional*³⁰”.

Desta feita, como um dos vários direitos fundamentais do Homem, a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, XXXL, consagra o direito de se postular do Estado a tutela jurisdicional, com o fito de preservar seus direitos.

Assim, temos de um lado o direito de “acesso à Justiça” como direito fundamental e, de outro lado, como garantia constitucional, e, portanto, fundamental, as garantias processuais, mormente o devido processo legal, que se caracteriza como princípio básico, do qual todos os demais que orientam o processo constitucional são corolários.

O devido processo legal, princípio basilar do processo, não só o civil, mas todos os demais, vem consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que dispõe que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*³¹”

De igual forma, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI, nº1, também prevê o devido processo legal ao dispor, *in verbis*:

²⁹DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito** 2 ed. ver. Ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p 69.

³⁰DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, 2 ed., ver. Ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p 72.

³¹REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 de novembro de 2014, às 20:14 horas.

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à defesa.³²

Nesta toada, é curial salientar que o devido processo legal, segundo o escólio de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais³³.

Ainda, nas singelas palavras de Fredie Didier Júnior e outros, o devido processo legal consiste:

“basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio³⁴.

Outrossim, o devido processo legal é a base sobre a qual os demais princípios processuais constitucionais se erigem.

Desta feita, fazendo-se uma análise do princípio do devido processo legal, do acesso à Justiça e a partir de uma interpretação lógico-sistemática, do art. 5º, incisos II, XXXV, XXXVII, LII, LIV, LV, e LXXVIII é possível concluir que a prova é direito fundamental que, conforme preleciona Eduardo Cambi, “*tem caráter instrumental; e sua finalidade é o alcance da tutela jurisdicional justa*”³⁵.

Neste sentido também é o escólio de Câmara, que afirma:

A garantia do acesso à justiça (ou como prefiro, do acesso à ordem jurídica justa) deve ser uma garantia substancial, assegurando-se assim a todos aqueles que se encontrem como titulares de uma posição jurídica de vantagem que possam obter uma verdadeira e efetiva tutela jurídica a ser prestada pelo Judiciário. A garantia de acesso à ordem justa, assim, deve ser entendida como a garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz, a fim de se garantir que a já referida tutela seja capaz de efetivamente proteger as posições de vantagem mencionadas.³⁶

Destarte, o direito à prova deverá ser exercido de forma plena e mais ampla possível, para que as partes tenham a oportunidade de demonstrar ao Julgador os

³²BRASIL, **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. ANGLHER, Anne Joyce (org). *Vade Mecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 1739.

³³DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, 2 ed., ver. Ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p 129.

³⁴DIDIER JÚNIOR, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil** vol. 1, 9 ed., rev. ampl. atual, Salvados: Jus Podivm, 2008. p. 39.

³⁵CAMBI, Eduardo, **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil** São Paulo: RT, 2001, p. 166.

³⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**: Volume I. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 36

fatos que alegam, e, conseqüentemente, formar seu convencimento, caracterizando-se, portanto, como um direito fundamental de todo cidadão.

2.3 RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A GARANTIA À PROVA.

É cediço que o devido processo constitucionalizado deverá observar as normas e princípios insertos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que lhe orientam a todo o momento, não podendo, quem quer que seja, descurar-se dos mesmos.

Referidas normas/princípios norteadores do processo estão, em sua grande maioria, alocados no art. 5º, da nossa carta maior, mais especificamente em seus incisos II, XXXV, XXXVII, LII, LIV, LV, e LXXVIII, dentre eles, um de suma importância é o princípio do contraditório,

No que tange ao contraditório, tal princípio encontra-se previsto no inciso LV, que assim dispõe, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes³⁷”.

O contraditório, princípio de observância obrigatória e inarredável, nos dizeres de Fredie Didier Júnior, “trata-se de princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação e ciência) e possibilidade de influência na decisão³⁸”.

Essa possibilidade de influência na decisão que será emanada do órgão jurisdicional, chamada pela doutrina de elemento substancial do contraditório é de suma importância para o desenvolvimento do processo constitucional, posto que assegura às partes a participação na efetiva construção do provimento jurisdicional, a partir de suas argumentação/alegação/teses e antíteses trazidas ao processo.

³⁷REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 de outubro de 2014, às 19:44 horas.

³⁸DIDIER JÚNIOR, Fredie; **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento – Vol. 1.** 9 ed., Salvador, 2008. p. 45.

Assim, as teses e antíteses que as partes trazem ao processo revelam o seu caráter dialético e essa “*estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório*”³⁹.

Com efeito, “*na perspectiva do processo jurisdicional, da ampla argumentação decorre o direito à prova*”⁴⁰, posto que não adianta garantir às partes uma participação ampla em todas as fases do processo, se não colocar a disposição das mesmas os instrumentos necessários para comprovar suas alegações (teses e antíteses).

2.4 ÔNUS DA PROVA

Então, se às partes é garantido influenciar no provimento jurisdicional a ser emanado do processo, fazendo alegações com suas teses e antíteses, imprescindível, portanto, que elas provem os fatos a si favoráveis, visando convencer o julgador.

Assim, em vista da necessidade de comprovar suas alegações, as partes envolvidas no processo devem adotar condutas que visam demonstrar a verdade dos fatos por ela arrolados. Essa conduta, esse encargo que às partes é atribuído, denomina-se de ônus ou ônus da prova.

O ônus da prova, portanto, nas palavras de Fredie Didier Júnior e outro, consiste em um:

encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação. Ônus, segundo Goldschidt, são imperativos do próprio interesse, ou seja, encargos sem cujo o desempenho o sujeito se põe em situações de desvantagem perante o direito.⁴¹

Dependendo considerações acerca do ônus, com muita sapiência Elio Fazzalari afirma que ônus é o “*ato que o sujeito pode cumprir ou mesmo não, mas cuja ausência se resolve em seu prejuízo*”⁴².

³⁹ FAZZALARI, Elio, **Instituições de Direito Processual** 1 ed., Campinas: Brokseller, 2006. p. 119,

⁴⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães, **Reforma do Processo Penal: comentários críticos dos arts. Modificados pelas Leis nº 11.906/08 e nº 11.719/08**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 20.

⁴¹ DIDER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2 ed., Salvador, 2008. p. 72.

⁴² FAZZALARI, Elio, **Instituições de Direito Processual**, 1 ed., Campinas: Brokseller, 2006. p. 550.

Com efeito, “como ocorre naturalmente que cada parte, no desenvolvimento de sua atividade defensiva, seja levada a alegar e a provar os fatos a si favoráveis; este é, portanto, o critério mais lógico a repartir o ônus da prova⁴³

Mas de toda sorte, a regra referente a aplicação e distribuição do ônus da prova será aquela estabelecida pela Lei vigente no momento da instauração do processo.

2.5 ÔNUS DA PROVA SUBJETIVO E OBJETIVO

É cediço que o ônus da prova, conforme dito alhures, é um encargo que cabe a parte interessada em comprovar os fatos favoráveis a si no processo, sendo certo que ao iniciarem o litígio elas já estão cientes da conduta que devem tomar para se sagrarem vencedoras na demanda.

Todavia, pode acontecer que as partes não desincumbam o seu ônus probatório e os fatos relevantes para o deslinde da causa permaneçam duvidosos para o órgão jurisdicional.

Neste caso, o órgão jurisdicional deverá se pronunciar, emitindo um provimento jurisdicional, posto que é vedado o *non liquet*.

É neste contexto que surge a divisão do ônus da prova em subjetivo e objetivo.

Diz-se de ônus da prova subjetivo no sentido de que “o ônus da prova é uma regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos que a cada uma incumbe provar⁴⁴”.

Lado outro, caso ao fim da demanda as partes não tenham colacionado aos autos provas suficientes para formar o convencimento do Juiz, é imperioso que este julgue a demanda, posto que conforme descrito linhas volvidas, é vedado o *non liquet*.

⁴³LIEBMAN, Enrico Tullio, **Manual de Direito Processual Civil**, vol. 2, ed Intelectus, 2003. p. 97.

⁴⁴DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2 ed., Salvador, 2008. p. 72.

Quando tal fato acontece é que teremos o segundo sentido do ônus da prova, ou seja, o seu sentido objetivo.

Despendendo considerações acerca de tal sentido atribuído ao ônus da prova, Fredie Didier Júnior Preleciona:

Em um segundo sentido, o ônus da prova é uma regra de dirigida ao juiz (uma regra de julgamento, portanto), que indica como ele deverá julgar acaso não encontre a prova dos fatos; que indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável⁴⁵.

Desta feita, o ônus da prova objetivo revela-se uma regra de julgamento e deverá ser observada pelo magistrado quando as provas produzidas se mostrarem insuficientes para demonstrar a veracidade dos fatos alegados pelas partes.

Todavia, o magistrado somente deverá se ater a essa regra caso o resultado da instrução processual tenha sido incompleto, imputando à parte que cabia o ônus da provar a amarga sucumbência.

Neste sentido preleciona Flávio Tartuce e outro:

O ônus da prova, em seu aspecto objetivo, é uma regra de julgamento, aplicando-se somente no momento final da demanda, quando o juiz estiver pronto para proferir sentença. É regra aplicável apenas no caso de inexistência ou insuficiência de prova.⁴⁶

2.6 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

Pois bem, superados os tópicos supra, é curial discorrer acerca da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro.

Neste diapasão, de acordo com o vigente *Codex* de Processo Civil, o ônus da prova é pré-estabelecido no art. 333 e seus incisos, observando-se fielmente o princípio dispositivo, que atribui às partes o dever de provar.

Assim, extrai-se do inciso I do supracitado artigo, que caberá a parte autora o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos de seu direito e do inciso II, que caberá

⁴⁵DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2 ed., Salvador, 2008. p. 73.

⁴⁶TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014. p. 558.

a parte ré a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Desta feita, “cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio⁴⁷

Essa distribuição pré-estabelecida pela lei e que na quase totalidade dos litígios assim permanecerá, é denominada pela doutrina de distribuição estática do ônus da prova.

E é denominado estático justamente por ser distribuído *a priori* o ônus das partes, independentemente das peculiaridades que envolvem o caso concreto.

2.7 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Considerando o regramento do art. 333, do CPC, que distribui o ônus da prova sem observância das peculiaridades do caso concreto, a distribuição estática do ônus da prova vem sendo flexibilizada visando a complementação do sistema de direito positivo, que segundo Humberto Theodoro Júnior, é feito:

À luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido, sobretudo, com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade, que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional⁴⁸.

Assim, com um crescente ganho de espaço no mundo jurídico, surge uma segunda teoria que vem tendo ampla aplicação nas demandas cíveis. Tal teoria é a da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Nesta toada, referida teoria afirma que, diante de situações excepcionais, o juiz poderá flexibilizar a aplicação da distribuição estática e passar o encargo às “mãos” da parte que tenha melhores condições de produzir as provas necessárias ao desate da lide.

Essa flexibilização acontece posto que, não raras as vezes, uma das partes de uma demanda se vê diante de uma enorme dificuldade ou até mesmo

⁴⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil; teoria geral do direito processual e processo de conhecimento**, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 447.

⁴⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil; teoria geral do direito processual e processo de conhecimento**, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 449.

impossibilidade de comprovar em juízo os fatos que alega, o que, por corolário, ante a insuficiência de provas, acarretará a prolação de uma decisão desfavorável à sua pretensão, haja vista que não desincumbir de forma satisfatória o seu ônus probatório.

Assim, atribuir o ônus àquele que tem melhores condições de satisfazê-lo, terá o condão de evitar julgamentos injustos

Segundo Fredie Didier Júnior, *“esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e igualdade⁴⁹”*.

Todavia, o julgador deverá ter muita parcimônia ao aplicar a teoria em questão, conforme bem salienta o insigne mestre, Humberto Theodoro Júnior, ao afirmar que:

De qualquer modo, esse abrandamento do rigor da literalidade do art. 333 depende de condições particulares do caso concreto que, na evolução do processo, permitam um juízo de verossimilhança em torno da versão de uma das partes, capaz de sugerir, de antemão, a possibilidade de o fato ter ocorrido, tal como afirma o litigante, a que toca o ônus da prova, mas que, nas circunstâncias, evidencie menos capacidade a esclarecê-lo por completo.⁵⁰

Assim, à luz de tal teoria, ao juiz caberá a avaliação, no caso concreto, pautado em *“critérios abertos e dinâmicos, decorrentes das regras de experiência e do senso comum, para verificar quem tem mais facilidade de provar, impondo-lhe, assim, o ônus de provar⁵¹”*

⁴⁹DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2 ed., Salvador, 2008. p. 91.

⁵⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil; teoria geral do direito processual e processo de conhecimento**, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 449.

⁵¹DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2 ed., Salvador, 2008. p. 91.

3 RELAÇÃO DE CONSUMO

3.1 SISTEMA PROTETIVO E O ART. 6º, VIII, DO CDC

É cediço que pela natureza das relações de consumo, o consumidor encontra-se, na maioria das vezes, em posição de vulnerabilidade, ou hipossuficiência.

Todavia, antes de prosseguir, insta consignar que ao falarmos sobre a vulnerabilidade do consumidor, não estamos taxando-o como a parte economicamente mais fraca da relação de consumo, posto que é comum um consumidor, no plano econômico, ser superior ao fornecedor.

Ao analisar a vulnerabilidade do consumidor, desconsiderando o fator econômico como único cerne, com muita sapiência, Eduardo Gabriel Saad e outros prelecionam que:

Mercê de sua complexa natureza, as relações de consumo processam-se de modo mais favorável aos interesses do fornecedor que os do comprador ou usuários de serviços de terceiros. Por outras palavras, nessas relações é mais fácil o consumidor ser lesado em seus direitos do que o fornecedor, o que importa dizer que ele é mais vulnerável ao dano que o fornecedor.⁵²

Desta feita, importa dizer que a vulnerabilidade do consumidor consiste na posição de desvantagem em que se encontra na relação de consumo, onde atua, na grande maioria das vezes, submetido ao poderio técnico do fornecedor, sendo essa submissão o que o torna mais vulnerável ao dano.

Assim, diante do atual mercado econômico e globalizado em que vivemos, é possível perceber uma crescente onda de consumo, posto que o ser humano não pode mais, por si só, prover tudo o que necessita para sobreviver.

Neste diapasão, considerando a vulnerabilidade do consumidor, conforme alhures exposto e a necessidade de consumo que tornou o ser humano um

⁵²SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castelo, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** 6 ed., ver. ampl. São Paulo: LTR, 2006. p. 169.

consumidor passivo, tornou-se extremamente relevante para o direito criar um sistema normativo protecionista.

Assim, o constituinte originário, sensível a essa necessidade, alçou a defesa do consumidor a princípio constitucional, introduzindo-o em vários dispositivos da carta magna de 1988, mormente no inciso XXXII, do seu art. 5º, reconhecendo, com isso, que tal proteção se trata de um direito fundamental do homem.

E não poderia ser diferente, posto que a defesa do consumidor tem como função, por meio do sistema normativo instituído, a obtenção de uma igualdade material entre as partes envolvidas na relação de consumo, com o fito de alcançar, como finalidade precípua, a preservação da dignidade humana.

Neste sentido é o escólio de Ronaldo Alves de Andrade:

O tratamento dado pela Constituição Federal ao direito do consumidor, primeiro como direito fundamental no art. 5º, XXXII, depois no art. 48 das Disposições Transitórias determinando a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, passando pelo art. 150, § 5º, que preconiza: “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre as mercadorias e serviços”, e, por fim, o art. 170, V, dispondo que a defesa do consumidor é princípio da atividade econômica, não deixa dúvida de que a defesa dos direitos do consumidor integra a dignidade da pessoa humana, uma vez que o ser humano, na modernidade, é um ser que depende do ato de consumir para viver.⁵³

Nesta toada, visando a efetiva preservação da dignidade da pessoa humana, como descrito linhas volvidas, o constituinte originário consignou nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que o Congresso Nacional deveria elaborar o Código de Defesa do Consumidor, conforme se extrai do art. 48, dos ADCT.

Assim, fora instituído pela Lei 8.078/90, o *codex* de defesa do consumidor.

Referido código trás em seu bojo diversas normas de caráter protecionista, onde podemos encontrar um rol de direitos básicos garantidos ao consumidor, visando o alcance da igualdade material descrita outrora.

Aludido rol de direitos encontram-se dispersos por todo o *codex*, mas é possível verificar sua maior concentração no art. 6º, que possui dez incisos.

⁵³DE ANDRADE, Ronaldo Alves, **Curso de direito do consumidor**, Barueri, SP: Manole, 2006. p. 06.

Tais direitos básicos têm o nítido caráter de “*anular, em boa medida, a superioridade do fornecedor nas relações de consumo (...) são direitos subjetivados na pessoa do consumidor*”.⁵⁴

Neste rol, que não é taxativo, vislumbra-se, além da garantia quanto à tutela administrativa e judicial, uma garantia processual a disposição do consumidor, visando a facilitação da comprovação de suas alegações, que eventualmente serão levadas ao órgão jurisdicional.

Trata-se da possibilidade da inversão do ônus da prova.

Referida inversão encontra-se prevista no inciso VIII, do aduzido art. 6º, da Lei 8.078/90 e é admitida, segundo a disposição legal, quando as alegações do autor forem verossímeis ou quando este for hipossuficiente.

No que tange a verossimilhança das alegações do consumidor, Fredie Didier Júnior e outros lecionam que:

Com base nas regras de experiência, o magistrado deve presumi-las verdadeiras (presunção *iuris tantum*), para, redistribuindo o *ônus probandi*, impor ao fornecedor o encargo de prova contrária.⁵⁵

No que concerne à hipossuficiência do consumidor, é curial trazer a baila que ao revés do que muitos alvitram, aludida hipossuficiência não se trata de insuficiência de recursos financeiros para cobrir as despesas com uma ação judicial, posto que, como bem salienta Eduardo Gabriel Saad e outros:

Fomos levados a essa conclusão pelo fato de que a assistência judiciária é assegurada a qualquer cidadão que queira ter acesso à Justiça e, de conseguinte, não se fazia necessário incluir-se tal garantia no CDC.⁵⁶

Segundo referidos doutrinadores, supracitada hipossuficiência diz respeito à insuficiência de conhecimentos técnicos ou científico sobre o produto ou serviço, o que transforma o consumidor na parte frágil da relação de consumo.

Assim, o magistrado vislumbrando, segundo as regras ordinárias de experiência, qualquer das situações autorizadas da inversão do ônus da prova, deverá inverter o *onus probandi*.

⁵⁴SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castelo, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** 6 ed., ver. ampl. São Paulo: LTR, 2006. p. 195.

⁵⁵DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2 ed., Salvador, 2008. p. 80.

⁵⁶SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castelo, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 6 ed., ver. ampl. São Paulo: LTR, 2006. p. 220.

3.2 ALTERNATIVIDADE DOS REQUISITOS

Quanto aos requisitos necessários à inversão do ônus da prova, nas relações de consumo, dispostos no art. 6º, VIII, do CDC, é curial salientar que conforme preleciona a melhor doutrina, a constatação da presença de apenas um dos requisitos dispostos no inciso VIII, do art. 6º, do CDC, já autoriza a inversão garantida ao consumidor.

Neste sentido é o escólio de Fredie Didier Júnior e outros:

Mas basta que um dos pressupostos esteja presente, tendo em vista que o próprio legislador colocou entre eles a conjunção alternativa “ou”. Não são pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos.⁵⁷

Idêntico entendimento pode se colher do seguinte arresto do TJMG:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - AGRESSÃO SOFRIDA EM SHOPPING CENTER - INCIDÊNCIA DO CDC - TERCEIRO EQUIPARADO A CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - REQUISITOS ALTERNATIVOS - FITAS DE VÍDEO DO CIRCUITO INTERNO - HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DA PARTE - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL. - Para os fins de reparação de danos decorrentes do fato do produto ou do serviço, todas as vítimas do evento estão abrangidas pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor, independentemente de serem elas consumidoras ou não, por força do artigo 17 daquele diploma. - **Para a inversão do ônus da prova, deve o juiz verificar no caso concreto a ocorrência de dois requisitos alternativos, quais sejam, a verossimilhança da alegação ou sua hipossuficiência, sendo suficiente a verificação de um deles para autorizar a inversão.** Diante da necessidade de facilitação da defesa dos direitos do menor vítima de agressão em shopping center e da sua clara incapacidade técnica de produzir prova com base nas fitas de vídeo do circuito interno de segurança da própria empresa ré, impõe-se a inversão do onus probandi, presumindo-se verdadeiros os fatos narrados na inicial e colocando a carga desta, exclusivamente, a comprovação da suposta conduta violenta e ilícita do autor, enquanto causa excludente de sua responsabilidade pelos danos causados à parte.⁵⁸

⁵⁷DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2 ed., Salvador, 2008. p. 80.

⁵⁸BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, **Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.473801-8/000.** Relator: Elias Camilo. Julgado em 09/12/2004. Publicado em 24/12/2004. Acesso em 04/11/2014.

Porém, fazendo um adendo antes de prosseguirmos, insta consignar que a autorização em tela não tem o condão de liberar o consumidor de carrear aos autos as provas pertinentes à comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, como bem assevera Humberto Theodoro Júnior, que afirma:

É importante, outrossim, aplicar a inversão do ônus da prova no sentido teleológico da lei consumerista, que não teve o propósito de liberar o consumidor do encargo probatório previsto na lei processual, mas apenas o de superar dificuldades técnicas na produção das provas necessárias à defesa de seus direitos em juízo.⁵⁹

Pois bem, preenchido ao menos um dos requisitos elencados no dispositivo legal em comento, estará o magistrado autorizado a inverter o *onus probandi* e assim deverá proceder.

Neste diapasão, é profícuo fazer uma distinção entre qual norma atinente a inversão da prova irá se aplicar às relações de consumo, haja vista que a doutrina costuma dividir tais normas em normas de inversão legal (*ope legis*) e normas de inversão judicial (*ope iudicis*).

Destarte, referida distinção será feita a seguir.

3.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA LEGAL (*OPE LEGIS*)

A inversão do ônus da prova *ope legis* é aquela determinada, *a priori*, pela Lei, sem levar em consideração o caso concreto, suas peculiaridades e a manifestação do Juiz.

Neste caso, referida inversão acontece quando a lei despreza totalmente a regra geral atinente a sua distribuição do *onus probandi*, e o distribui de forma diversa daquela prevista no art. 333, do CPC.

Ou seja, “*para sua aplicação no caso concreto basta a tipificação legal, não sendo, portanto, exigível qualquer decisão judicial determinando tal inversão*”.⁶⁰

Neste diapasão, encontrando-se a distribuição do ônus da prova disposta de forma distinta daquela do art. 333, do CPC, “*visível é que não há ai qualquer*

⁵⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil; teoria geral do direito processual e processo de conhecimento**, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 451.

⁶⁰TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014. p. 562.

inversão, mas tão-somente uma exceção normativa à regra genérica do ônus da prova”.⁶¹

De fato, salta-nos aos olhos de forma hialina que há, no caso em comento, somente uma exceção àquela norma abstrata que distribui o ônus da prova no *codex* de direito processual civil.

Assim, tal norma caracteriza-se, portanto, como regra de orientação das partes, bem como de julgamento, posto que no momento da prolação da sentença, o juiz deverá verificar qual parte desincumbiu ou não o seu *onus probandi*, porém, repise-se, deixando de observar a norma do art. 333, do CPC e observando a norma que distribui de forma diversa o ônus da prova.

Exemplo elucidativo da exceção em tela é a norma disposta no art. 38, do CDC, que assim dispõe, *in verbis*:

O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.⁶²

Destarte, verifica-se que referidas regras somente redimensionam a distribuição do *onus probandi*, consagrando, com isso, o princípio da adequação, visando a efetivação da tutela jurisdicional pleiteada.

3.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA JUDICIAL (*OPE JUDICIS*)

Se por um lado temos uma distribuição do ônus da prova diferenciada pela Lei, por outro temos a inversão que se opera de acordo com o caso concreto, após a análise, pelo magistrado, se o caso sob exame preenche os requisitos exigíveis para tanto.

Essa sim, verdadeira inversão do ônus da prova, em que, malgrado incida sob o caso a regra disposta no art. 333, do CPC, o magistrado está autorizado a redistribuir o encargo probatório.

⁶¹DIDER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2 ed., Salvador, 2008. p. 78.

⁶²REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, *Código de Defesa do Consumidor*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 30 de outubro de 2014, às 13:36 horas.

No que concerne a esta segunda divisão, Fredie Didier Júnior preleciona:

Bem diferente é a inversão *ope iudicis*, esta sim verdadeira inversão do ônus da prova. Em casos tais, o legislador não excepciona a regra geral sobre o ônus probandi, mas abre oportunidade para que o magistrado, no caso concreto, constatando a presença dos requisitos exigíveis para tanto, o inverta (ex.: art. 6º, VIII, do CDC). Assim, prevalece, a priori, a regra geral do art. 333, do CPC, podendo o juiz, no caso concreto, a depender das circunstâncias, excepcioná-la, dispondo de que forma será redistribuído o ônus da prova.⁶³

Mas para que o caso concreto dê ensejo a aludida inversão *ope iudicis*, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos descritos no art. 6º, VIII, do CDC e são eles a verossimilhança das alegações do consumidor, bem como a hipossuficiência do consumidor, – conforme esposado alhures, referida hipossuficiência não é econômica – segundo as regras ordinárias de experiência do magistrado.

Saliente-se, aqui a inversão é *ope iudicis*, posto que ao juiz da causa cabe a análise dos requisitos autorizadores para a inversão, bem como a prolação de decisão invertendo o *onus probandi* de forma diversa, não sendo permitida uma inversão automática.

Neste ponto, é profícuo trazer a colação um julgado do Superior Tribunal de Justiça, que tem entendimento consolidado no sentido da impossibilidade da inversão do ônus da prova automática:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. VERIFICAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS. ART. 273 DO CPC. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1. É vedado, em sede de recurso especial, o exame da presença dos pressupostos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, porquanto tal demandaria a incursão nos elementos fático-probatórios dos autos. Incidência da súmula nº 7 do STJ. 2. O tema relativo à inversão do ônus da prova foi decidido pelo acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência do STJ sobre o tema, no sentido de que a referida inversão não decorre de modo automático, demandando a verificação, em cada caso, da presença dos requisitos autorizadores, a saber: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor. 3. O conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional exige a semelhança entre as circunstâncias fáticas delineadas no acórdão recorrido e as previstas no aresto paradigma,

⁶³DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2.** 2 ed., Salvador, 2008. p. 79.

situação inexistente no presente caso. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.⁶⁴

3.4 – MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Por fim, ponderando acerca do momento processual adequado para a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, verifica-se, da análise da legislação atinente ao caso, que o legislador não especificou o momento exato em que ela deverá ocorrer, deixando, portanto, tal incumbência ao alvedrio do Magistrado.

Contudo, malgrado o legislador não tenha se atentado para tal fato, doutrina e jurisprudência, desempenhando seus papéis revelantes na construção do direito, desenvolveram correntes acerca do momento processual pertinente para que se emita a decisão invertendo o *onus probandi*, haja vista que tal inversão, conforme esposado outrora, jamais poderá se operar automaticamente.

Nesse diapasão, uma parcela da doutrina entende que o momento adequado para a inversão do ônus da prova *ope iudicis* é o momento de sua aplicação, ou seja, no momento de julgar o processo.

Com esse entendimento, Nelson Nery Júnior preleciona:

O juiz ao receber os autos para proferir a sentença, verificando que seria o caso de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, não poderá baixar os autos em diligência e determinar que o fornecedor faça, pois no momento processual para a produção dessa prova já terá sido ultrapassado. Portanto, caberá ao fornecedor agir no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito do consumidor, bem como a existência de circunstâncias extintivas, impeditivas ou modificativas do direito do consumidor, caso pretenda vencer a demanda.⁶⁵

Aqui, verifica-se de forma hialina que para aqueles que se perfiliam a tal corrente, a inversão do ônus da prova é regra de julgamento e que sua análise é permitida, inclusive, em grau recursal.

Neste sentido colhe-se o arresto do Superior Tribunal de Justiça:

⁶⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1360186/RS**. Relator Raul Araújo. Julgado em 26/04/2011. Publicado em 10/05/2011. Acesso em 04/11/2014.

⁶⁵NERY JÚNIOR, Nelson, **Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor**, Revista de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v 1, p.217.

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Inversão do ônus da prova em 2º grau de jurisdição. Possibilidade. Regra de Julgamento. 1. Essa corte firmou o entendimento de que é plenamente possível a inversão do ônus da prova em 2º grau de jurisdição, pois cuida-se de uma regra de julgamento, que não implica em cerceamento de defesa para nenhuma das partes. 2. Agravo regimental não provido.⁶⁶

Contudo, a despeito da decisão proferida no STJ, a questão em tela de tão controvertida, encontra-se longe de ser pacificada, inclusive no próprio STJ, posto que em 2007, nos autos do Resp nº 422.778/SP, fora reconhecido pelos Ministros daquela corte haver nítida divergência entre os Ministros de toda a corte sobre a natureza da regra de inversão do ônus da prova.

E o cerne do problema de referida corrente, segundo Tertuce e Daniel Amorim é:

Considerar o ônus da prova somente em seu aspecto objetivo, como regra de julgamento, desconsiderando seu aspecto subjetivo, pelo qual o ônus da prova funciona como uma regra de conduta das partes durante a instrução probatória. Entendo que uma inversão do ônus da prova somente no momento do julgamento surpreende a parte que até então não tinha tal ônus.⁶⁷

Lado outro, para parte considerável da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova é regra de instrução, devendo, com isso, a decisão que inverte o *ônus probandi* ser dada até a fase de saneamento do processo.

Segundo tal corrente, a qual, pedindo obsequiosa *venia* aos que entendem de forma diversa, no perfilhamos, postergar a inversão do ônus da prova ao momento do julgamento do processo tem o condão de romper todo o sistema do devido processo legal, ferindo de morte a garantia do contraditório.

Ora, conforme esposado anteriormente, se o contraditório é a garantia processual fundamental que as partes gozam de poder influenciar a todo tempo na construção do provimento jurisdicional a ser emitido pelo Judiciário, inverter o ônus *probandi* no momento da sentença caracteriza-se como claro cerceamento de defesa.

E assim se caracteriza, haja vista que a inversão em tela, no momento da decisão que resolve o litígio, incumbirá à parte que até então não tinha o ônus de produzir prova, o encargo de produzi-la, porém, não mais o poderá fazer, posto que

⁶⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.028.085/SP**. Relator Vasco Della Giustina, Des. Convocado. Julgado em 04/02/2010. Publicado em 16/04/2010. Acesso em 07/11/2014.

⁶⁷TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014. p. 572 e 573.

superada já estará a fase de instrução do feito, momento adequado para a produção das provas pertinentes ao deslinde da causa.

Deste modo, a inversão como regra de julgamento tolhe, de forma repentina e sem aviso prévio, o direito de influência que o contraditório lhe garante, e, por corolário, o direito de defesa, de plena defesa.

Neste sentido são os ensinamentos de Ronaldo Alves de Andrade, marco teórico da presente pesquisa, que preleciona:

O ideal é que o juiz declare a inversão do ônus probatório na fase do saneamento ou mesmo na fase probatória, mas pode ocorrer que somente na prolação da sentença verifique a necessidade e a possibilidade legal da inversão do ônus probatório, caso em que poderá converter o julgamento em diligência para declarar a inversão e facultar ao fornecedor produzir a prova que inicialmente cabia ao consumidor. O que o juiz não pode fazer é declarar na sentença que inverteu o ônus da prova e julgar a demanda contra o fornecedor sem lhe outorgar a oportunidade de produzir a prova cujo ônus não lhe competia, pois se isso ocorrer estaremos diante de flagrante caso de cerceamento de defesa.⁶⁸

Destarte, não obstante as posições contrárias descritas linhas volvidas, entendemos que o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova nas relações de consumo é o momento de saneamento do feito, posto que as partes iniciarão a fase de instrução devidamente cientes do encargo que lhes incumbe, garantindo, com isso, total submissão do processo aos seus princípios basilares, quais sejam, o devido processo legal e o contraditório.

Acerca de tal posicionamento que comungamos, Humberto Theodoro Júnior, com muita sapiência ainda assevera que:

A não ser assim, ter-se-ia uma surpresa intolerável e irremediável, em franca oposição aos princípios da segurança jurídica e lealdade imprescindíveis à cooperação de todos os sujeitos do processo na busca e construção da justa solução do litígio. Somente assegurando a cada litigante o conhecimento prévio de qual será o objeto da prova e a quem incumbirá o ônus de produzi-la é que se preservará a garantia constitucional da ampla defesa.⁶⁹

Com efeito, é imperioso que o juiz, para não se descuidar de uma prestação jurisdicional eficaz, baseada nos direitos à igualdade e ao devido processo legal, que tenha como prioridade julgamentos justos, deverá decidir acerca da inversão do

⁶⁸DE ANDRADE, Ronaldo Alves, **Curso de direito do consumidor**, Barueri, SP: Manole, 2006. p. 517.

⁶⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto, apud TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014. p. 574.

ônus da prova nas relações de consumo no momento de saneamento do feito, sob pena de violação dos direitos fundamentais do ser humano, em clara afronta ao ordenamento jurídico constitucional vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o todo exposto na presente monografia, buscamos fazer uma análise do momento processual adequado para a inversão do ônus da prova nas relações de consumo.

Sem a pretensão de exaurir o tema, tratamos no primeiro capítulo sobre os princípios processuais inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil, como o devido processo legal e o contraditório, princípios basilares de todo o sistema processual vigente em nosso ordenamento jurídico. Logo após, tratamos da teoria da prova no processo democrático, ocasião em que se conceituou o instituto da prova e teceu considerações acerca do ônus da prova em suas concepções objetivas e subjetivas, bem como foram elencadas duas teorias doutrinárias que dispõem sobre a distribuição do ônus da prova, sendo a primeira a distribuição estática do ônus da prova e a segunda dispõe sobre a distribuição dinâmica de tal ônus.

Fora expandido, ainda, comentários acerca do sistema protetivo instituído através do Código de Defesa do Consumidor, onde restou de forma hialina que o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo, e, portanto, necessita gozar de uma maior proteção jurídica, visando diminuir a desigualdade existente e efetivar o direito fundamental à igualdade material.

Ainda, teceu-se considerações acerca dos direitos básicos garantidos aos consumidores, descritos no art. 6º, do CDC, mormente no que tange ao direito de facilitação da defesa, inclusive com a inversão do ônus da prova, quando presentes um dos requisitos necessários para tanto, quais sejam, a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência.

Por conseguinte, discorremos sobre a inversão do ônus da prova legal (*ope legis*), que é aquela em que a própria lei, distribui o ônus da prova em total desprezo à regra geral do art. 333, do CPC.

Aduzimos, também, sobre a inversão do ônus da prova judicial (*ope iudicis*), inversão esta que se opera de acordo com o caso concreto, após a análise, pelo magistrado, se o caso sob exame preenche os requisitos exigíveis para tanto.

E, por fim, o presente estudo tratou especificamente do momento processual adequado para inversão do ônus da prova nas relações de consumo, concluindo que tal inversão, para não se descurar de uma prestação jurisdicional que resguarde os direitos básicos dos cidadãos, mormente os direitos à igualdade e ao devido processo legal, que tenha como prioridade julgamentos justos, deverá ser decidida pelo juiz no momento de saneamento do feito, sob pena de estar tolhendo dos jurisdicionados o direito ao contraditório, bem como violando os direitos fundamentais do ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flaviane de Magalhães, **Reforma do Processo Penal: comentários críticos dos arts. Modificados pelas Leis nº 11.906/08 e nº 11.719/08**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL, **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. ANGLHER, Anne Joyce (org). *Vade Mecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1360186/RS**. Relator Raul Araújo. Julgado em 26/04/2011. Publicado em 10/05/2011. Acesso em 04/11/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.028.085/SP**. Relator Vasco Della Giustina, Des. Convocado. Julgado em 04/02/2010. Publicado em 16/04/2010. Acesso em 07/11/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança nº 24.268**. Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 05/02/2004. Publicado em 17/09/2004. Acesso em 06/11/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 374.981**. Relator: Celso de Mello. Julgado em 28/03/2005. Publicado em 08/04/2005. Acesso em 05/11/2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, **Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.473801-8/000**. Relator: Elias Camilo. Julgado em 09/12/2004. Publicado em 24/12/2004. Acesso em 04/11/2014.

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

CAMBI, Eduardo, **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil** São Paulo: RT, 2001.

DE ANDRADE, Ronaldo Alves, **Curso de direito do consumidor**, Barueri, SP: Manole, 2006.

DE FREITAS, José Lebre *aput* DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito** 2 ed., ver. Ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, 2 ed., ver. Ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil** vol. 1, 9 ed., rev. ampl. atual, Salvados: Jus Podivm, 2008.

FAZZALARI, Elio, **Instituições de Direito Processual** 1ed. Campinas: Brokseller, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 2. ed. Ver. Atual. São Paulo: 2011, Saraiva.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 2.ed., Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de Sentença e Coisa Julgada – Vol. 2**. 2 ed. Salvador, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio, **Manual de Direito Processual Civil**, vol. 2, ed Intelectus, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo; **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson, **Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor**, Revista de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v1. 2011.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, *Código de Defesa do Consumidor*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 30 de outubro de 2014, às 13:36 horas.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 de novembro de 2014, às 21:01 horas.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06 de novembro de 2014, às 20:35 horas.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 de novembro de 2014, às 20:14 horas.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 de outubro de 2014, às 19:44 horas.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castelo, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** 6 ed., ver. ampl. São Paulo: LTR, 2006.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Vol. I.** 53^o. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.