

# Anotações sobre a distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil, Código de Defesa do Consumidor e Novo Código de Processo Civil

*Thiago Massao Cortizo Teraoka*<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** I. Introdução. II. Panorama no CPC/1973. III. A inversão do ônus da prova do CDC. IV. NCPC e a teoria de distribuição do ônus da prova adotada. V. Reflexos do NCPC nas lides de consumo. VI. Conclusão. Bibliografia.

## I. Introdução

“Provar corresponde à cogitação do convencimento de outrem acerca da verdade referente a determinado fato.”<sup>2</sup>”

No processo, em regra, a prova tem a função de firmar o convencimento do juiz sobre matéria de fato<sup>3</sup> com a finalidade de obtenção de um determinado resultado, a fim de guiar a decisão. Portanto, “a prova é um instrumento voltado ao esclarecimento da ocorrência ou inoocorrência de determinado fato.”<sup>4</sup>”

É certo que a descoberta da “verdade em si” é problema complexo. O julgador, na verdade, sempre se satisfaz com verdades formais<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Mestre e doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Professor da Escola Paulista da Magistratura (EPM).

<sup>2</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 336.

<sup>3</sup> Aqui não se olvida que também direito, se estrangeiro ou municipal, pode demandar prova em processo judicial, consoante o artigo 337 do CPC/1973, por exemplo.

<sup>4</sup> FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 363.

<sup>5</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. p. 349.

Em regra, há necessidade de provar somente os fatos controvertidos. Os fatos incontroversos ou confessados não precisam ser provados, salvo disposição legal em sentido contrário.

O ônus de provar não é um dever, mas uma faculdade. O seu descumprimento não gera um ilícito, mas apenas uma situação que poderá não ser do interesse da parte que descumpriu<sup>6</sup>. O mero descumprimento do ônus não gera automaticamente um prejuízo, mas um risco de prejuízo pelo não convencimento do juiz a respeito de um determinado fato<sup>7</sup>.

O sistema, assim, não determina quem deve produzir a prova, mas quem assume os riscos pela prova não ser produzida<sup>8</sup>.

Não se deve perder de vista que o julgamento com base no ônus da prova não é algo excelente ou mesmo querido. O melhor, o mais justo e o desejável, é o julgamento com base em certeza da verdade dos fatos, ainda que tal certeza seja sempre relativa. No entanto, mesmo em caso de grande incerteza, o juiz não pode se negar a julgar. É a proibição do “non liquet”. Assim, o juiz, não tendo sequer uma relativa certeza sobre os fatos, recorre ao ônus da prova, para julgar o pedido. Na lição de William Santos Ferreira “o ônus da prova é uma saída para se evitar situações piores de não julgamento ou de assunção extremamente abstrata de (sobre) carga probatória, mas, ainda que se reconheça que não se trata da melhor maneira de alcançar uma decisão justa, que, ao menos, diante da impossibilidade de esclarecimento das questões fáticas, não se eleja a pior solução.”<sup>9</sup> Nesse sentido, o ônus da prova é subsidiário ao livre convencimento motivado. A regra da distribuição do ônus da prova não regula a prova, mas a falta da prova<sup>10</sup>. “A utilização do ônus da prova como regra de julgamento há de ser a *ultima ratio* do magistrado [...]”<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. Revisitando o ônus da prova. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 123, p. 71, jun. 2013.

<sup>7</sup> Cf. LIMA, Cíntia Pereira de; FANECO, Lívia Carvalho da Silva. *Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 318, jan./fev. 2014.

<sup>8</sup> Cf. FERREIRA, William Santos. *Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil*. p. 367.

<sup>9</sup> *Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil*. p. 361.

<sup>10</sup> Cf. FERREIRA, William Santos. *Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil*. p. 366.

<sup>11</sup> SOARES, Ronnie Herbert Barros. Natureza dúplice da inversão do ônus da prova no CDC: regra de julgamento e regra de instrução (carga dinâmica). In: OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 597.

O Novo Código de Processo Civil (NCPC), introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.105, de 16/03/2015, alterou significativamente o panorama da distribuição do ônus da prova.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) já havia realizado, no microsistema que regulamenta, importantes alterações, ao prever como direito do consumidor a “inversão do ônus da prova”.

Nosso artigo tem a pretensão de analisar brevemente o impacto das alterações do NCPC nessa matéria nas lides de consumo.

## II. Panorama do Código de Processo Civil (CPC/1973)

A regra geral da distribuição do ônus da prova no CPC/1973 é imposta no seu artigo 333<sup>12</sup>.

Incide a regra geral de quem alega deve provar. As partes devem comprovar as suas próprias alegações. É a regra imposta desde o Direito Romano, conforme a máxima “semper onus probandi ei incumbit qui dicit”, ou seja: o ônus da prova sempre incumbe a quem alega<sup>13</sup>. Por via de consequência, também em brocardos latinos, “actori incumbit onus probandi” (ao autor incumbe o ônus da prova) e “reus in excipiendo fit actor” (o réu, ao excepcionar, se faz autor)<sup>14</sup>.

Apesar das regras gerais expressas, nos termos do vigente CPC/1973, também é possível a convenção sobre o ônus da prova. No entanto, penso que essa possibilidade não tem sido aplicada na prática<sup>15</sup>. De qualquer forma, a lei processual impõe nulidade à convenção que distribuiu de maneira diversa o ônus da prova quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

<sup>13</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. p. 349.

<sup>14</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. p. 349.

<sup>15</sup> “Todavia, malgrado se desconheçam estatísticas sobre o assunto, essa também aparenta ser uma situação de rara ocorrência, revelando, mais uma vez, o compromisso ideológico do legislador com uma suposta igualdade entre as partes – aqui, em sentido negocial”. (DUARTE, Ronnie Preuss; PEREIRA, Mateus Costa. A distribuição dinâmica do ônus da prova e o novo CPC. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 126, p. 183, maio 2015.)

<sup>16</sup> Artigo 333, parágrafo único, I e II, do CPC/1973, o qual já foi transcrito acima.

No rigor da lei, as provas devem ser produzidas em audiência. No entanto, em regra, também se exige das partes que tanto a inicial como a contestação sejam acompanhadas das provas existentes.

Ao estabelecer de maneira prévia quem deve produzir a prova (quem alega), o CPC/1973 consagra a “teoria estática do ônus da prova”<sup>17</sup>. A carga o ônus da prova é suportada de acordo com a posição de cada parte no processo, por força de lei.

### III. A inversão do ônus da prova no CDC

Apesar da regra geral, há determinados casos que, em razão do prestígio à isonomia e para proteger a parte mais fraca, o legislador estabelece a possibilidade de alteração do ônus probatório. Em regra, a inversão do ônus da prova pode ser realizada “ope legis” (por força da lei), na qual a lei fixa outra regra de distribuição do ônus da prova, ou “ope judicis” (por força de decisão judicial), esta na qual a lei permite que, mediante o cumprimento de certos requisitos, o juiz altere o ônus probatório das partes<sup>18</sup>.

Além dessas possibilidades (“ope legis” e “ope judicis”), em tese, mas com fundamento no acordo de vontades, existe a inversão convencional do ônus da prova, fundada no artigo 333, parágrafo único do CPC/1973<sup>19</sup>, o qual, como vimos, não tem interesse prático. No caso desse artigo, há ainda menos interesse na inversão condicional<sup>20</sup>, em razão da vedação expressa no artigo 51, VI, do CDC<sup>21</sup>. De toda sorte, em tese, seria possível convencionar a possibilidade de inversão do ônus da prova de maneira ainda mais favorável ao consumidor, o que seria aceito como válido.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990, foi promulgado por cumprimento do mandamento

<sup>17</sup> Conforme lição de Lucas Buril de Macêdo. “A teoria da distribuição estática do ônus da prova é caracterizada pela predisposição em norma da carga probatória, de maneira fixa e geral, a partir dos critérios previstos em lei.” (*Revisitando o ônus da prova*. p. 77.).

<sup>18</sup> Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Revisitando o ônus da prova*. p. 79.

<sup>19</sup> Já transcrito.

<sup>20</sup> Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Revisitando o ônus da prova*. p. 83-84.

<sup>21</sup> “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que [...]. VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; [...]”.

constitucional imposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)<sup>22</sup>.

Além disso, o CDC tem a pretensão de promover a defesa do consumidor, nos termos impostos em outros dispositivos da Constituição Federal, como os artigos 5º, XXXII<sup>23</sup>; 24, VIII<sup>24</sup> e 170, V<sup>25</sup>.

Nesse contexto, o CDC consagrou como direito básico do consumidor “VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

A inversão do ônus da prova é o reconhecimento, no plano processual, da vulnerabilidade do consumidor<sup>26</sup>. Por sua vez, o reconhecimento da vulnerabilidade tem implicações no campo da isonomia material, afinal, o “vulnerável” deve ser tratado de forma diversa do “não vulnerável”, a permitir a proteção do seu direito. A vulnerabilidade significa que “o consumidor é a parte fraca da relação de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico.<sup>27</sup>”

Nos termos legais, a possibilidade de inversão “genérica”, do artigo 6º, VIII, do CDC, fica a critério do juiz; na verdade seu dever-poder, se existirem os pressupostos para a inversão. O juiz determinará a inversão se houver verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor.

---

<sup>22</sup> “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

<sup>23</sup> “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

<sup>24</sup> “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;”

<sup>25</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; [...]”

<sup>26</sup> “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...]”.

<sup>27</sup> NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 194.

A existência da “verossimilhança” indica a necessidade de “forte conteúdo persuasivo”<sup>28</sup> nas alegações da parte consumidora. No meu entendimento, também há necessidade de mínimos indícios que indiquem a veracidade da alegação do consumidor, não bastando somente a descrição, na petição inicial, de uma estória que faça sentido.

Por sua vez, a “hipossuficiência”, mais uma vez, é o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, de produzir uma prova no caso concreto. “Hipossuficiência significa um estado inferior, uma fragilidade a ser verificada em alguns consumidores, diante das peculiaridades do caso concreto”<sup>29</sup>. A hipossuficiência não é somente técnica, referente ao conhecimento do produto ou serviço. Nesse ponto, observo que o Superior Tribunal de Justiça já permitiu a inversão do ônus da prova também em questão de hipossuficiência financeira do consumidor<sup>30</sup>. De qualquer modo, a Corte Superior, em seus acórdãos, com frequência, evita ingressar em aspectos fáticos-probatórios que justificaram a inversão do ônus da prova, nas instâncias inferiores<sup>31</sup>.

Nesse ponto, observo que, de acordo com a doutrina de Cláudia Lima Marques, não há necessidade da concomitância da presença de ambos os requisitos legais (verossimilhança e hipossuficiência). “Note-se que a partícula ‘ou’ bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso. Não há qualquer outra exigência no CDC, sendo assim facultado ao juiz inverter o ônus da prova inclusive quando essa prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e *expert* na relação [...]”<sup>32</sup>

<sup>28</sup> NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 218.

<sup>29</sup> Cf. FERREIRA, William Santos. *Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil*. p. 371.

<sup>30</sup> STJ, AgRg no AREsp 666147/RJ, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 25/06/2015. Contrariamente a essa posição, Cf. William Santos Ferreira. *Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil*. p. 372.

<sup>31</sup> “[...] É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a inversão do ônus da prova fica a critério do juiz, segundo apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos delineado nas instâncias ordinárias, cujo reexame é vedado em sede especial. Precedentes. [...]” (STJ, AgRg no REsp 1151023/RJ, Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 15/06/2015).

<sup>32</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 258.

Em sentido diverso, William Santos Ferreira afirma que os requisitos devem estar presentes concomitantemente, ou seja, o caso concreto deve revelar hipossuficiência do consumidor e verossimilhança de suas alegações<sup>33</sup>.

Realmente, parece-me difícil sustentar a possibilidade de inversão do ônus da prova sem a existência, no mínimo, da verossimilhança da alegação do consumidor. É desarrazoado impor o ônus ao fornecedor de comprovar a não ocorrência de um fato absolutamente improvável. De toda sorte, há de se convir que, no rigor da lei, não há realmente a necessidade de presença concomitante dos requisitos.

Também há importante divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do momento da inversão do ônus da prova.

Rizzato Nunes afirma que o momento correto para a inversão do ônus da prova é o “situado entre o pedido inicial e o saneador<sup>34</sup>”, após a contestação, pois somente com a contestação é possível verificar o grau de verossimilhança das alegações da inicial<sup>35</sup>. A distribuição legal do ônus, realizado pelo CPC/1973, é automática. Por outro lado, no CDC, “a inversão se dá por decisão do juiz diante de alternativas impostas pela norma: ele inverterá o ônus se for verossímil a alegação ou se for hipossuficiente o consumidor.<sup>36</sup>” Na doutrina, também manifesta o mesmo entendimento Ronnie Herbert Barros Soares<sup>37</sup>.

O mesmo posicionamento também é corroborado por precedentes do Superior Tribunal de Justiça<sup>38</sup>. No momento em que elaborado este

<sup>33</sup> Cf. FERREIRA, William Santos. *Limites da inversão do ônus da prova e a “reinversão” nas ações de responsabilidade civil*. p. 378.

<sup>34</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 221. Em outra parte, o mesmo doutrinador afirma que “a inversão deve ser decidida até ou no saneador” (Cf. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 221.).

<sup>35</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 218.

<sup>36</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 220.

<sup>37</sup> “Essa nos parece solução mais correta, para que, garantida a isonomia entre as partes, com a possibilidade de equilíbrio determinado pela inversão do ônus da prova, seja assegurado o cumprimento do disposto no art. 125, I, do CPC, indicando o Juiz a quem litiga contra consumidor a sua responsabilidade maior no processo quanto aos elementos de prova que deverão ser colhidos, ante a análise da situação *sub judice*.” (Natureza dúplce da inversão do ônus da prova no CDC: regra de julgamento e regra de instrução (carga dinâmica). In: OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 593.

<sup>38</sup> “[...] 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do

artigo, a inversão do ônus da prova como regra de instrução é posicionamento majoritário e firmado pela Segunda Seção.

De acordo com o precedente da Segunda Seção da Corte Superior, a inversão do ônus da prova “ope legis”, como nos casos do artigo 12, § 3º, II<sup>39</sup> e 14, § 3º<sup>40</sup>, I, do CDC, é automática. No entanto, a inversão do artigo 6º, VIII, do CDC é “ope judicis” e influi no comportamento das partes, que pautam suas atitudes processuais na distribuição geral do ônus da prova previsto no artigo 333 do CPC/1973. Assim, “se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão “ope judicis” ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).<sup>41</sup>”

Na verdade, penso que a inversão do ônus “ope legis” a que se refere o acórdão trata de um novo estabelecimento legal do ônus da prova. É inversão se comparado com o artigo 333 do CPC/1973, mas, ao se olhar o microsistema do direito do consumidor, é um outro estabelecimento legal de ônus da prova. Anoto, ainda, que parte da doutrina afirma que os artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor não tratam de inversões de ônus da prova. Ao contrário, apenas corroboram a regra geral do artigo 333 do CPC/1973<sup>42</sup>.

---

próprio nexa causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade” (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). [...]” (STJ, EREsp 422778/SP, Min. João Otávio de Noronha, Relator(a) p/ Acórdão, Min. Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, DJe 21/06/2012). No mesmo sentido: “[...] 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas. Precedentes: REsp 1395254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013; EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012. [...]”. (STJ, AgRg no REsp 1450473 / SC, Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 30/09/2014).

<sup>39</sup> “Artigo 12. (...) § 3o O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: [...] II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; [...]”.

<sup>40</sup> “Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; [...]”.

<sup>41</sup> STJ, REsp 802832/MG, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, DJe 21/09/2011.

<sup>42</sup> LIMA, Cíntia Pereira de; FANECO, Lívia Carvalho da Silva. *Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins*. p. 312.

De toda sorte, a doutrina indica como inversão legal ao ônus da prova (“ope legis”) a hipótese da veracidade e correção de informação publicitária, consoante o artigo 38 do CDC<sup>43</sup>. Alexandre Malfatti, por exemplo, afirma que, no caso da publicidade, a inversão do ônus da prova é “ope legis<sup>44</sup>”. No mesmo sentido, manifesta-se Rizzato Nunes<sup>45</sup>.

A respeito da regra genérica do artigo 6º, VIII, do CDC, é certo que o Superior Tribunal de Justiça já conferiu outro sentido ao momento possível da inversão do ônus da prova, classificando-o como mera “regra de julgamento”. Ou seja, o juiz poderia impor a inversão do ônus da prova na sentença. No meu entendimento, a posição hoje minoritária no Superior Tribunal de Justiça é mais acertada, por alguns motivos. Primeiro, pois, em caso concreto, não há surpresa nenhuma na inversão do ônus da prova em favor do consumidor, pois o dispositivo legal que assim prevê tem quase 25 anos. Em segundo lugar, a ninguém é permitido sonegar provas do processo; todos devem apresentar as provas desde sempre e, se não o fizerem, as partes sabem que correm o risco de que o julgamento ocorra por presunção. Em terceiro lugar, o processo não é um jogo individualista, mas busca pela verdade. Em linhas gerais, esses são os argumentos da Ministra Nancy Andrighi<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

<sup>44</sup> Cf. Ônus da prova no âmbito da publicidade. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

<sup>45</sup> “Não há o que discutir. Em qualquer disputa na qual se ponha em dúvida ou se alegue enganiosidade ou abusividade do anúncio, caberá ao anunciante o ônus de provar o inverso, sob pena de dar validade ao outro argumento.” Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 561.

<sup>46</sup> “[...]. 1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo.

2. O Processo Civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um julgamento por presunção, essas regras devem ser aplicadas apenas de maneira excepcional.

3. As partes, no Processo Civil, têm o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam.

4. O processo não pode substanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil.

5. Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência.

Na doutrina, também merece citação os argumentos de Alexandre Malfatti, favorável à possibilidade de inversão judicial do ônus da prova na sentença. Em resumo, Alexandre Malfatti lembra que não é possível alegar surpresa, pois o réu tem conhecimento da existência ou não dos requisitos da inversão do ônus da prova desde o recebimento da petição inicial. No mais, mesmo no CPC/1973, havia exceções à distribuição geral do ônus da prova, como, por exemplo, os fatos notórios, que são dispensados de prova<sup>47</sup>. Particularmente, em acréscimo, lembro também que não precisam ser provados os atos sobre os quais recaem alguma presunção<sup>48</sup>.

Na prática, com sucesso, tem-se adotado, pelo menos em sede de Juizado Especial, a prática de se constar, desde o mandado de citação, a advertência de que as partes devem trazer aos autos todas as provas referentes ao fato, sob pena de, em sentença, ser conferida a inversão do ônus da prova. Nesse caso, penso que ficará ainda mais frágil se alegar qualquer “surpresa” no julgamento por presunção favorável ao consumidor. Também não se poderá alegar, com base em perspectiva meramente individualista, que não se está ciente que todas as provas referentes ao caso devem ser trazidas aos autos. Nesse particular, em doutrina, Alexandre Malfatti considera “salutar” esse aviso, mas desnecessário<sup>49</sup>.

---

6. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favoráveis de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença.

7. Recurso especial conhecido e improvido.” (STJ, REsp 1125621/MG, Min. Nancy Andrihgi, 3ª Turma, DJe 07/02/2011)

<sup>47</sup> Cf. *Ônus da prova no âmbito da publicidade*. p. 33.

<sup>48</sup> Nesse ponto, reporto-me à lição de Yoshiaki Ichihara. Ônus da Prova – presunção, inversão e interpretação. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 643-655.

<sup>49</sup> A respeito do prévio aviso, pelo juiz, da possibilidade de inversão, leciona Alexandre Malfatti: “A medida é salutar, mas não me parece obrigatória, pois o fornecedor, ao tomar contato com a petição inicial (após a citação), tem ciência das condições objetivas (ser o consumidor hipossuficiente ou ser a alegação provida de verossimilhança) e da concreta possibilidade de inversão do ônus da prova. Em outras palavras, o fornecedor deve produzir sua defesa atento à possibilidade do juiz dispensar o consumidor da prova do fato constitutivo do seu direito e exigir dele, fornecedor, a prova de algum fato impeditivo (extintivo ou modificativo) do direito do consumidor. O mesmo poderá acontecer, quando o consumidor estiver na posição de réu.” (*Ônus da prova no âmbito da publicidade*. p. 32.).

## II. O Novo Código de Processo Civil – NCPC

O NCPC, em semelhança ao CPC/1973, impõe o ônus de provar a quem alega. Nos termos do artigo 373, “caput”, o ônus da prova incumbe “I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.” É a regra geral da distribuição do ônus da prova desde o Direito Romano, como mencionei.

A novidade é a existência dos parágrafos 1º e 2º do artigo 373. O NCPC prevê a inversão do ônus da prova nos seguintes termos: “§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

Portanto, a partir da vigência do NCPC, o juiz poderá atribuir de modo diverso o ônus da prova, desde que autorizado expressamente pela lei ou “diante de peculiaridades da causa”. Nesse caso, não há mais discussão a respeito do momento da inversão do ônus da prova: não poderá realizar na sentença, pois se deve dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus. Também não se poderá inverter o ônus se a situação de desincumbência do encargo foi impossível ou excessivamente difícil.

Nesse ponto, penso que o legislador não contribuiu para a celeridade processual.

Na minha opinião, nos casos autorizados por lei, não haveria necessidade de “decisão fundamentada” prévia a sentença que atribua ônus diverso ao previsto no artigo 333 do CPC/1973 ou artigo 373, “caput”, do NCPC. Mais uma vez, se existe lei prevendo a inversão, as partes sabem de antemão que devem produzir todas as provas a respeito de um determinado fato, sob pena de ter o seu pedido de procedência ou de improcedência desatendido. De toda sorte, parece-me que, em maior razão, essa prévia e fundamentada decisão é desnecessária em casos em que tal inversão de ônus da prova seja imposta “*ope legis*”.

A “teoria dinâmica do ônus da prova” afirma que o ônus da prova compete a quem, de acordo com as circunstâncias do caso, tem maiores condições de realizá-la. “O ônus probatório é repartido caso a caso, pelo juiz, de acordo com as peculiaridades fáticas e técnicas, ou seja, prova quem tem mais facilidade para tanto.<sup>50</sup>” Tem a vantagem de impor o ônus da prova a quem detém as melhores fontes de informações. Considerando que inexistente regra de imposição de ônus da prova, pode-se afirmar que, na adoção total dessa teoria (o que não ocorreu no NCPC), não há propriamente uma inversão do ônus da prova, mas sua distribuição<sup>51</sup>. Ronnie Herbert Barros Soares, ao analisar o Projeto de Lei nº 166 do Senado Federal, que deu origem ao NCPC, já indicava que o dispositivo consagraria a teoria dinâmica do ônus da prova<sup>52</sup>.

Também Cíntia Rosa Pereira de Lima e Lívia Carvalho da Silva Faneco afirmam que, com a aprovação do NCPC, não há mais dúvidas de que a teoria da carga dinâmica do ônus da prova pode ser aplicada no Brasil<sup>53</sup>.

É importante observar que, no NCPC, a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova não suprime a regra da distribuição estática. “A grande verdade é que são dois raciocínios sucessivos: a insuficiência da distribuição estática, o que se revela pela própria leitura do preceito, pode autorizar a distribuição dinâmica.<sup>54</sup>”

É regra imposta ao juiz. Não há necessidade de requerimento expresso para que o juiz distribua dinamicamente o ônus da prova<sup>55</sup>.

A dificuldade probatória pode ser objetiva (por exemplo, prova de fato negativa) como subjetiva (quando em razão de uma hipossuficiência subjetiva a parte não tenha como produzir a prova)<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> MACÊDO, Lucas Buri de. *Revisitando o ônus da prova*. p. 85.

<sup>51</sup> Idem, p. 85.

<sup>52</sup> Cf. *Natureza dúplice da inversão do ônus da prova no CDC: regra de julgamento e regra de instrução (carga dinâmica)*. p. 596.

<sup>53</sup> Cf. *Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins*. p. 326 e 327

<sup>54</sup> DUARTE, Ronnie Preuss; PEREIRA, Mateus Costa. *A distribuição dinâmica do ônus da prova e o novo CPC*. p. 187-188.

<sup>55</sup> Idem, p. 188.

<sup>56</sup> Idem, p. 188.

## Impactos do NCPC na interpretação do CDC

Em teorias clássicas de solução de antinomias, uma ou outra regra deve ser aplicada, consoante os critérios de especialidade, hierarquia ou tempo. Assim, uma ou outra norma jurídica permanece válida, em caso de antinomia. A outra norma é afastada do sistema.

A teoria do “diálogo das fontes”, por outro turno, permite que haja uma interpretação mais flexível. Nesse ponto, a percussora no Brasil da teoria do “diálogo das fontes”, Claudia Lima Marques ensina: “Uma coordenação flexível é útil (*effect utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do “monólogo” de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar sua ratio, a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas.<sup>57</sup>” Em outra obra, a mesma doutrinadora afirmou que a expressão hoje é utilizada para indicar a “aplicação simultânea do CDC com mais de uma lei geral ou especial, de forma ordenada e coerente com o valor constitucional de proteção ao consumidor.<sup>58</sup>”

Por essa teoria, fica perfeitamente possível sustentar que, no embate entre dispositivos do CDC (especial e anterior) e NCPC (geral e posterior) prevalece não o posterior ou especial, mas a norma mais favorável ao consumidor. No caso, penso que a teoria do diálogo das fontes é totalmente aplicável em razão da proteção especial ao consumidor, prevista na Constituição Federal<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 74, jan./mar. 2003.

<sup>58</sup> Diálogo das fontes. In: *Manual do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 131.

<sup>59</sup> Em exemplo de aplicação prática do “diálogo das fontes”, sob a ótica do Direito civil e do Consumidor, Flávio Tartuce ensina: “Outro exemplo que pode ser citado refere-se ao contrato de transporte de passageiros. Como é notório, trata-se de um contrato de consumo na grande maioria das vezes, eis que a pessoas transportada é destinatária final de um serviço oferecido por uma empresa. Aplica-se, portanto, o Código de Defesa do Consumidor, o que não obsta as regras especiais previstas para este contrato típico no Código Civil (arts. 730 a 742). Nesse sentido, na IV Jornada de Direito Civil, realizada em outubro de 2006 foi aprovado o Enunciado n. 369, com o seguinte teor: “Diante do preceito contido no art. 732 do Código Civil, teleologicamente, e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este”. (*Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 1, p. 130.).

O CDC é um microsistema jurídico, protetivo ao direito do consumidor. O consumidor tem o direito à inversão do ônus da prova, como meio de facilitação de defesa dos seus interesses em juízo. A inversão do ônus da prova, ainda que “ope judicis” e condicionada a certos requisitos, é um direito do consumidor. Não haveria sentido, então, negar a possibilidade de aplicação de lei geral mais favorável ao consumidor, ao argumento de que o CDC é norma especial.

No tema, o CDC tem como objetivo proteger uma das partes litigantes, o consumidor que a lei presume vulnerável. O NCPC, no entanto, possibilita a alteração das cargas do ônus probatório, considerando as peculiaridades do caso, peculiaridades estas relacionadas à intensa dificuldade ou grande facilidade de produzir determinada prova. No NCPC, não se pode inverter o ônus da prova se este ônus imposto for excessivamente difícil de ser cumprido. A mesma ressalva não existe expressamente no CDC. Cíntia Rosa Pereira de Lima e Lívia Carvalho da Silva Faneco afirmam que a inversão do CDC é a regra. No NCPC, a redistribuição do ônus probatório é exceção, justificada pela peculiaridade do caso<sup>60</sup>.

Assim, no meu entendimento, ainda que o NCPC consagre a distribuição do ônus da prova como regra de instrução (ou seja, antes da sentença), a discussão ainda persiste sob o ângulo do CDC. No mesmo sentido, Cíntia Rosa Pereira de Lima e Lívia Carvalho da Silva Faneco afirmam: “Em suma, inversão do ônus da prova no CDC é regra de julgamento; enquanto a carga dinâmica das provas prevista no art. 358 do Projeto de Novo CPC é regra procedimental.<sup>61</sup>”

É interessante observar que, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a mera existência de projeto de lei a respeito do NCPC já bastou para impactar a interpretação de que a inversão do ônus da prova não pode ser realizada em sentença<sup>62</sup>. No entanto, pelas razões já expostas, não concordo com o entendimento.

<sup>60</sup> Cf. *Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC*: distinção entre institutos afins. p. 329.

<sup>61</sup> *Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC*: distinção entre institutos afins. p. 329.

<sup>62</sup> “[...].Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão ‘ope judicis’ ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil. [...]” (STJ, REsp 802832/MG, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, DJe 21/09/2011).

De toda sorte, penso que não deve haver qualquer dúvida. No caso de inversão do ônus da prova “ope legis”, ainda que com a vigência do NCPC, não se exigirá que haja uma decisão prévia a respeito do ônus da prova antes da sentença.

## VI. Conclusão

Na égide do CPC/1973, prevaleceu a regra clássica da distribuição estática do ônus da prova, segundo a qual a parte que alega deve provar. É certo que, mesmo nesse sistema, já havia mitigações ao princípio, se permitindo a dispensa da prova para fatos notórios ou mesmo a livre pactuação das partes a respeito do ônus da prova.

Com a vigência do CDC, no que se refere ao microsistema do direito do consumidor, houve significativa alteração nesse panorama. Nesse microsistema, há nova distribuição do ônus da prova, para os fatos relacionados à publicidade e fato do produto e serviços (inversão “ope legis”) e a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz (“ope judicis”). Atualmente, prevalece o entendimento de que a inversão do ônus da prova “ope judicis” é regra de instrução, o que merece críticas por parte da doutrina. As principais críticas são no sentido de que (i), desde a citação, o fornecedor sabe que há possibilidade de inversão do ônus da prova e se existem ou não os requisitos da inversão; (ii) as partes devem contribuir com a verdade e (iii) a ninguém é permitido sonegar informações ou provas a respeito do caso “sub judice”.

O NCPC mantém a regra geral do ônus da prova. No entanto, permite a distribuição do ônus da prova, considerando a dificuldade de uma das partes em produzi-la. No caso, há evidência de que a inversão, no caso, é regra de instrução, pois se permite que a parte possa se manifestar de modo a se desincumbir do ônus.

Pela teoria do “diálogo das fontes”, a partir da vigência do NCPC, nas lides de consumo, deve-se adotar a regra mais protetiva ao consumidor, a ser analisada no caso concreto. Em regra, o CDC permanecerá mais favorável ao consumidor.

## Bibliografia

- DUARTE, Ronnie Preuss; PEREIRA, Mateus Costa. A distribuição dinâmica do ônus da prova e o novo CPC. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 126, p. 182-191, maio 2015.
- FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 361-381.
- ICHIHARA, Yoshiaki. Ônus da prova – presunção, inversão e interpretação. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 643-655.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, jan./fev. 2014.
- MACÊDO, Lucas Buril de. Revisitando o ônus da prova. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 123, p. 70-86, jun. 2013.
- MALFATTI, Alexandre David. Ônus da prova no âmbito da publicidade. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva: 2011. p. 27-42.
- MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003.
- MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 117-133.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1693 p.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 958 p.

SOARES, Ronnie Herbert Barros. Natureza dúplice da inversão do ônus da prova no CDC: regra de julgamento e regra de instrução (carga dinâmica). OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 583-600.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1, 517 p.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, 539 p.