FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL
FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MATO GROSSO

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

WANDERSON GONÇALVES

O ÔNUS DA PROVA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

Cuiabá-MT

2009

WANDERSON GONÇALVES

O ÔNUS DA PROVA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada à Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso, em convênio com a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul como exigência parcial para obtenção do Título de Especialista em Direitos Difusos e Coletivos.

Orientador (a): Professora Mestra Dinara de Arruda Oliveira

Cuiabá-MT
2009
Wanderson Gonçalves

O ÔNUS DA PROVA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada à Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso, em convênio com a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul como exigência parcial para obtenção do Título de Especialista em Direitos Difusos e Coletivos.

Aprovada pelos membros com menção _____
(_____).

_____
Orientador: Prof. Mestra Dinara de Arruda Oliveira
FESMP-MT

_____
Diretor Geral: Prof. Dr. José Antônio Borges Pereira
FESMP-MT

Data de aprovação ____/____/____

À minha família, em especial, à minha esposa Micaelle, aos meus filhos Matheus, Ana Caroline e Ana Júlia e à minha mãe Maria

Helena, com gratidão pelo amor, carinho apoio recebidos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, ao Espírito Santo e ao Senhor Jesus Cristo, pela força que têm proporcionado à minha pessoa, impulsionando-me a superar as dificuldades dessa vida, faltando palavras para mensurar o quanto tem sido importante a fé que neles confiei;

Um agradecimento sincero aos professores, pelos ensinamentos transmitidos, em especial, à minha orientadora Mestre Dinara de Arruda Oliveira e à Ivone Adorno pelos primeiros ensinos na área do direito do consumidor;

À minha família, em especial, ao apoio moral, compreensão e contribuição de minha amada esposa Micaelle Bueno Gonçalves, que não mediu esforços em animar-me à consecução deste trabalho monográfico;

Aos meus filhos, Matheus, Ana Caroline (Carol) e Ana Júlia, à minha mãe, Maria Helena e ao querido Onésio, aos meus sobrinhos, Muriel e Murilo, aos meus irmãos, Alessandra, Marcela, Welligton e Jonathan e aos meus sogros Amir e Elidia e à Chandinha por compartilharem de minha caminhada nesta terra e de cada vitória por mim alcançada;

Agradecimentos aos meus amigos Antonio Luis e Cândida, Rinaldo Segundo, Gedália, Marlon Cardoso, Nizam Kassem, Marcelo e Aretusa Zaccarini, Patrícia Viccari, Sirlene Gimenez, Márcia Coutinho, Roger e ao João Aragão pela contribuição que, de alguma forma, vêm contribuindo para meu crescimento pessoal e profissional;

Ao apoio recebido pelo Dr. Luís Aparecido Bertollucci Júnior, Juiz de Direito Titular da Vara Especializada em Ação Civil Pública e Ação Popular da Comarca desta Capital, por depositar confiança em ser membro de sua assessoria jurídica, local onde têm sido proveitoso o conhecimento adquirido nesta Pós-Graduação;

Ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso pelo incentivo na qualificação de seus servidores e à Escola Fundação Superior do Ministério Público de Mato Grosso, pela oportunidade de cursar a especialização em Direitos Difusos e Coletivos e aos seus funcionários pelo atendimento cordial durante todo o curso.

Só tenho a agradecer!

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas o dia em que encontrares em conflito o Direito com a Justiça, luta pela Justiça”.

Eduardo Couture

GONÇALVES, Wanderson. **Ônus da Prova na Tutela Coletiva do Consumidor**. 2009. 60 folhas. Monografia (Especialização em Direitos Difusos e Coletivos) – Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso.

RESUMO

Esta monografia tem por estudo o ônus da prova nas ações coletivas de consumo, para tanto, mediante emprego do método dedutivo de pesquisa, inicialmente discorre sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil, com ênfase ao seu art. 333, apontando a influência da publicização do direito processual civil, que funciona como vetor do fortalecimento do poder instrutório do juiz na direção da instrução processual, autorizando-lhe o abandono da situação de passividade, sem que isso fira o princípio da disponibilidade, pois as decisões, assim pautadas, obedecem ao princípio da persuasão racional, previsto no art. 93, IX da Constituição Federal, afastando-se, assim, eventual alegação de parcialidade do julgador. Em seguida, explana sobre a inversão do ônus da prova prevista no artigo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no âmbito das ações individuais consumeristas, com enfoque à análise de seus requisitos, avaliando, inclusive, as implicâncias processuais decorrentes de seu deferimento, tópico em que se deixa claro ser ela independente da responsabilidade com as despesas processuais necessárias à produção probatória. Daí em diante, ao enfrentar o cerne desse estudo, reconhece a possibilidade da inversão do ônus da prova nas ações civis públicas consumeristas, desde que os requisitos sejam analisados sobre a ótica da tutela coletiva do consumidor, posicionando-se, inclusive, quanto à obrigação, nesse caso, do legitimado ativo de adiantar as despesas processuais relativas à prova, indiferentemente de se tratar do Ministério Público. Ao arremate, após, à luz da doutrina, discorrer sobre o conceito e a origem da teoria da carga dinâmica da prova, cujo principal efeito é atribuir o ônus dos fatos controvertidos à parte que possua melhores condições de prová-los, demonstra, citando conteúdo, preponderantemente, jurisprudencial, sua aplicabilidade no processo individual, bem como defende, pautando-se nos princípios permissivos dessa indispensável redistribuição do ônus probatório, ser possível ao juiz adotá-la, também, desde logo, no processo coletivo do consumidor, em situações de evidente insuficiência da regra estática prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, com a anotação de sequer ser necessário aguardar a regulamentação legal dessa tese, prevista nos Anteprojetos de Código de Processo Coletivo em trâmite no Congresso Nacional, para que a demanda coletiva seja resolvida com melhor eficácia possível.

Palavras chave: Ônus da prova. Inversão. Teoria da Carga Dinâmica.

GONÇALVES, Wanderson. **Encargo de la Prueba en la Tutela Colectiva del Consumidor**. 2009. 60 hojas. Monografía (Especialización en Derechos Difusos y Colectivos) – Fundación Escuela Superior del Ministerio Público de Mato Groso.

RESUMEN

Esta monografía tiene por estudio el encargo de la prueba en las acciones colectivas de consumo, para eso, por medio del empleo del método deductivo de investigación, inicialmente discurrí sobre el encargo de la prueba en el Código de Proceso Civil, con énfasis en su art. 333, apuntando a la influencia de la publicización del derecho procesal civil, que actúa como un vector de fortalecimiento del poder instructivo del juez en la dirección de la instrucción de procedimiento, que lo autoriza el abandono de la situación pasividad, sin que herir el principio de la disponibilidad, porque las decisiones, así guiadas, obedecen al principio de la persuasión racional, previsto en el art. 93, IX de la Constitución Federal, alejándose, por lo tanto, eventual acusación de parcialidad del juez. A continuación, expone sobre la inversión del encargo de la prueba prevista en art. 6º, VIII, del Código de Protección del Consumidor, en el ámbito de las acciones individuales consumeristas, centrándose en el análisis de sus requisitos, avaluando, incluyo, las implicaciones de procedimiento derivada de su aprobación, tema en que deja en claro que ella es independiente de la responsabilidad con el costo de los procedimientos necesarios para la producción de pruebas. Desde entonces, para hacer frente a el núcleo de este estudio, reconoce la posibilidad de invertir el encargo de la prueba en las acciones civiles públicas consumeristas, desde que los requisitos sean analizados sobre las perspectivas de la tutela colectiva del consumidor, posicionándose, incluyo, sobre la obligación, en este caso, del legitimado activo de adelantar los gastos de procedimiento relativos a la prueba, independientemente de tratarse del Ministerio Público. Para terminar, después, a la luz de la doctrina, discurrir sobre el concepto y la origen de la teoría de la carga dinámica de la prueba, cuyo principal efecto es el encargo de los hechos controvertidos a la parte que tiene mejores condiciones de probarlos, muestra, citando el contenido, preponderadamente, jurisprudencial, su aplicabilidad en proceso individual, así como defiende, preparándose, en los principios permisivos de esta indispensable redistribución del encargo de pruebas, tener la posibilidad de que juez la adopte, también, inmediatamente, en el proceso colectivo del consumidor, en situaciones de evidente insuficiencia de la regla estática prevista en el art. 333 del Código de Proceso Civil, con la anotación de por lo menos ser necesario esperar la reglamentación de esta tesis, prevista en los Anteproyectos de Código de Proceso Colectivo en curso en el Congreso Nacional, para que la demanda colectiva sea resuelto con mejor eficacia posible.

Palabras clave: Encargo de la prueba. Inversión. Teoría de la Carga Dinámica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **10**

1 ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO **11**
1.1 BREVE ANÁLISE DO ÔNUS DA PROVA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO ... **11**
1.2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL **12**
1.3 PODERES INSTRUTÓRIOS, EFETIVIDADE E PUBLICIZAÇÃO **13**

2 DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR **16**
2.1 ASPECTOS GERAIS **16**
2.2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA **18**
2.2.1 REQUISITOS **19**
2.2.1.1 VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES **19**
2.2.1.2 HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR **20**
2.3 MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA **23**
2.4. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA X ÔNUS ECONÔMICO **28**
2.5 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E CARGA DINÂMICA DA PROVA **33**

3 ÔNUS DA PROVA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR **36**
3.1 ASPECTOS GERAIS **36**
3.2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR .. **37**
3.2.1 REQUISITOS À LUZ DA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR **40**
3.2.2 OUTRAS QUESTÕES LIGADAS À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR **43**
3.3 CARGA DINÂMICA NAS AÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO **46**
3.3.1 CARGA DINÂMICA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO **46**
3.3.2 CARGA DINÂMICA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR **51**

CONCLUSÃO **55**

REFERÊNCIAS **58**

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por estudo o ônus da prova na tutela coletiva do consumidor, para tanto, utilizando-se do método dedutivo de pesquisa, após breve explanação sobre o conceito e classificação do ônus da prova e seu regramento no Código de Processo Civil, se avaliará as influências dos princípios da publicização e da tutela efetiva e adequada sobre o exercício do poder instrutório pelo juiz, fixando-se, assim, as bases teóricas deste trabalho científico, que contribuirão para respostas à problematização de questões ligadas à interação entre aquela legislação consumerista e a Lei de Ação Civil Pública, que formam, em conjunto como o Código de Processo Civil, o atual sistema processual coletivo consumerista.

Para tanto, no segundo capítulo, sob o prisma do processo individual, serão investigadas as especificidades do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, dando ênfase à inversão do ônus da prova, seus requisitos, momento mais adequado para sua decretação e as conseqüências econômicas para as partes no caso de sua adoção, capítulo esse concluído com a apresentação de um cotejo entre a teoria dinâmica da prova e a inversão do ônus da prova.

No último capítulo, será enfrentado, especificamente, o tema objeto deste estudo, com sucinta análise do diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Processo Civil, abordando-se, assim, a possibilidade ou não da adoção da inversão do ônus na Tutela Coletiva do Consumidor, bem como se posicionando, ao final, a favor da possibilidade, desde logo, da adoção da teoria da carga dinâmica no direito processual civil coletivo brasileiro.

Além do método dedutivo, outros métodos auxiliares serão utilizados em sua redação, como o sistêmico, lógico, histórico, axiológico e finalístico, além de técnicas auxiliares de pesquisas, bibliográfica, jurisprudencial e legislação, entre outras.

Por fim, se buscará, sobretudo, por meio das fontes bibliográficas e jurisprudenciais consultadas neste trabalho, demonstrar a evolução da matéria do

ônus da prova no direito processual civil brasileiro e as respectivas influências dela decorrentes no âmbito desse tema na Tutela Coletiva do Consumidor.

1 ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

1.1 BREVE ANÁLISE DO ÔNUS DA PROVA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Dentre os vários conceitos dados à prova pelos estudiosos desse instituto jurídico, merece destaque o de autoria do saudoso processualista Moacyr Amaral Santos, segundo o qual "prova é a soma dos fatores produtores da convicção, apurados no processo" [1].

Nesse contexto, a iniciativa das partes em demonstrar os fatos e alegações que subsidiam suas respectivas teses se mostra como um dos fatores primordiais à resolução do processo, sem perder de vista que outro aspecto fundamental é que o juiz formará sua convicção sobre o mérito da ação, de acordo com o princípio da *livre convicção ou da persuasão racional*[2].

Esse é o sistema do ônus da prova, que se classifica em ônus objetivo e ônus subjetivo.

De um lado, no ônus subjetivo, o enfoque relaciona-se a quem cabe a produção da prova, bem como das conseqüências de não fazê-la. De outro, o ônus objetivo relaciona-se à apreciação da prova pelo Juiz, ou seja, quem deve sopesar todas as provas produzidas nos autos, independentemente de quem a tenha produzido[3].

---

[1] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* v. 2. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva: 2002, p. 335.

[2] BRASIL, Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* – Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Disponível em htpp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição_Principal.htm. Acesso em: 19 de maio de 2010.

[3] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 188.

Salienta-se que tal classificação se deu após a doutrina processual austríaca considerar o ônus da prova voltado para o juiz, ônus objetivo, uma vez que, anteriormente, apenas era considerado o aspecto subjetivo do ônus da prova[4].

Havendo apenas uma anotação, em relação ao ônus subjetivo, ele é uma faculdade que a parte tem, portanto, não há coercibilidade, no entanto, ela se sujeita às conseqüências estabelecidas pelo ordenamento jurídico por sua passividade ou inércia.

Moacyr Amaral Santos assim conceitua o ônus da prova em sua acepção subjetiva:

> Ônus probandi traduz-se apropriadamente por dever de provar, no sentido de necessidade de provar. Trata-se apenas de dever no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes.[5]

Sob essa perspectiva, o ônus da prova não é obrigação, nem sequer dever processual, mas as partes assumem as conseqüências processuais decorrentes de eventual inatividade.

Em suma, o jurisdicionado não tem a obrigação de provar, todavia, responsabiliza-se, processualmente, pela sua inércia, daí decorre a maior probabilidade de advir sentença em seu desfavor, já que, em última instância, encontrando-se o juiz diante de um estado de dúvida quanto ao julgamento meritório do processo (*non liquet)* [6], a sentença será proferida contrariamente à parte que não se desincumbiu da prova dos fatos decorrentes do ônus a ela imposto.

1.2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Quanto ao ônus subjetivo, no Código de Processo Civil Brasileiro, o legislador optou pela teoria da alegação de Carnelutti, segundo a qual se impõe ao autor provar dos fatos que subsidiam sua petição inicial e, ao réu, o ônus de

---

[4] GRECO FILHO, Vicente, *Loco citato*.

[5] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2002, v. 2, p. 350.

[6] expressão latina que significa: não está claro.

demonstrar eventual causa impeditiva, modificativa ou extintiva da pretensão inicial alegada na contestação[7].

Nesse norte, o Código de Processo Civil prescreve em seu art. 333, incisos I e II, que 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
>
> [...]

Desse modo, segundo o legislador, a fixação dessa regra estática é capaz de auxiliar a resolução de qualquer relação de direito material judicializada.

Contudo, essa regra do art. 333 do CPC se mostra insuficiente à solução de todos os casos judicializados, sobretudo naqueles que, em decorrência do ônus da prova assim estabelecido, determinada parte se vê impossibilitada de comprovar os fatos e alegações relevantes à resolução do processo.

Dentre essas exceções apontadas, cita-se a prova diabólica ou a dificuldade probatória por fatores externos à ação.

Em seção oportuna desta monografia se buscará tecer as considerações sobre a flexibilização da regra do art. 333 do Código de Processo Civil.

1.3 PODERES INSTRUTÓRIOS, EFETIVIDADE E PUBLICIZAÇÃO

No tocante ao ônus objetivo, o comportamento do juiz em relação ao ônus da prova não pode se limitar à motivação da sentença, pois no direito processual civil moderno ele assume papel de vital importância durante a instrução processual, com poder de avaliar a pertinência, a relevância, a legalidade e outros fatores relativos à prova, deferindo ou não sua produção e, inclusive, de ofício, usar de seu poder instrutório para a coleta de elementos probatórios indispensáveis à solução da ação, tudo para a efetivação do direito material judicializado.

Em suma, o juiz moderno passa a ter uma postura ativa, não podendo mais se admitir que o juiz seja mero espectador da instrução processual, sob pena de não se concretizar o direito à tutela adequada e efetiva[8].

---

[7] *Ibidem*, p. 354.

Assim, o poder instrutório do juiz deve ser exercido, de forma a concretizar o direito fundamental à tutela efetiva e adequada e, conseqüentemente, sob esse prisma, por exemplo, deve ser interpretado o art. 130 do Código de Processo Civil, *in verbis*: "Art.130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Esse fortalecimento do poder instrutório do juiz, desde que seja oportunizado o contraditório a ambas partes sobre as provas assim integradas aos autos, não comprometerá sua imparcialidade, permitindo-lhe, por exemplo, na eventualidade de qualquer das partes não postular produção de eventual prova indispensável ao julgamento da causa, determiná-la, de ofício, já que vários fatores podem ter contribuído para a ausência de sua solicitação pelas partes, quiçá eventual inexperiência ou descuido dos profissionais que assistem as partes.

José Roberto dos Santos Bedaque, elucida:

> [...] a melhor forma de, em casos tais, preservar a imparcialidade do magistrado é submeter as provas que vierem aos autos por sua iniciativa própria à apreciação, em contraditório, de ambas as partes, para que elas participem e influam no seu convencimento a partir daqueles elementos concretos. Além disso, motivação das suas decisões é também uma mostra da sua imparcialidade, afastando-se, com isso, a possibilidade de o magistrado, por motivo de foro íntimo, tentar beneficiar esta ou aquela parte.[9]

Nessas circunstâncias, negar ao magistrado a liberdade de dirigir o processo com liberdade instrutória para determinar, *ex officio*, provas por ele reputadas como imprescindíveis à solução da causa, configura-se retrocesso à visão publicista do processo civil, comprometida com imposição no mundo material de sentença justa, eficiente, eficaz e adequada à relação material judicializada.

Eduardo Cambi, sobre a finalidade da publicização do processo civil, sustenta:

> Com efeito, o processo distancia-se de uma conotação privatista, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor

---

[8] Sobre o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, ver: MARINONI, Luis Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.Br/principal/pub/anexos/20080320041013/A_legitimidade_da_atuação_do_juiz.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

[9] BEDAQUE, José Roberto Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 108.

> eminentemente social. 'O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores os quais estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum. A preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como, por exemplo, na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício (objeções) e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc.'
> Essa tendência de publicização do direito processual civil fica bastante perceptível a partir da estruturação axiológica e normativa que a Constituição confere ao processo. [10]

Assim, desde que respeitado o contraditório a fundamentação motivada das decisões, inexiste razão para obstar esse ativismo judicial rumo à solução efetiva do processo, sobretudo em virtude de que, pelo princípio da aquisição da prova, todas estarão sujeitas à livre convicção do magistrado, segundo dispõe o art. 131 do CPC, *in verbis*: "Artigo 131: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".[11]

Depreende-se, então, não se limitar o direito processual civil contemporâneo apenas a garantir o direito constitucional à prova sob uma visão privatista, despreocupada com o resultado que possa daí advir do comportamento das partes em relação às provas, pois a intervenção do Estado, em vez de ferir o princípio do dispositivo, completa seu não exercício ou deficiente utilização, a fim de que a sentença resolva de forma mais justa a relação de direito material judicializada, cumprindo seu fim social.

Tratado do ônus da prova no âmbito do Código de Processo Civil e visualizada a dinâmica processual resultante dos comportamentos esperados das partes e do juiz em relação ao tema, no próximo capítulo será abordado esse instituto na seara do Código de Defesa do Consumidor.

---

[10] CAMBI, *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 93 (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3), grifo nosso.

[11] BRASIL. Lei nº 5.869/73. *Institui o Código de Processo Civil.* Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869orig.htm>. Acesso em: 10.05.2010.

2 DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1 ASPECTOS GERAIS

Preliminarmente à análise do ônus da prova nas ações coletivas consumeristas, interessa discorrer sobre esse instituto no âmbito da ação individual de consumo, com enfoque às regras especiais contidas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Ação Civil Pública, a fim de, oportunamente, posicionar-se sobre suas conseqüências na ação civil pública proposta nesta seara do direito.

Por seu turno, necessário esclarecer se o art. 333 do Código de Processo Civil é regra nessas causas ou houve derrogação da aplicação daquela norma genérica por incompatibilidade com alguma norma especial nele prevista.

Na doutrina, Sandra Aparecida de Sá sustenta que, "Em regra, aplicam-se as normas gerais encontradas no Código de Processo Civil a respeito do ônus da prova, nas causas que tratam de relações de consumo".[12]

Assim, não se tratando de hipótese que configure possibilidade de inversão do ônus da prova, o sistema a ser aplicável será o do Código de Processo Civil, observando-se os nortes apresentados quanto à publicização do direito processual civil.

Em suma, o Código de Processo Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública se completam, aplicando-se a norma geral nos casos de omissão daquelas especiais e, desde que, com elas não sejam incompatíveis.

Volvendo-se às normas especiais que tratam sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, a de maior repercussão em nosso ordenamento jurídico é a prevista em seu art. 6º que estabelece, dentre os direitos básicos do consumidor, a possibilidade de inversão do ônus da prova, apresentando seus respectivos pressupostos:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> [...]
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

---

[12] SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

Outro dispositivo específico que trata do ônus da prova no âmbito do Código de Defesa do Consumidor foi inserido no capítulo que trata das práticas comercias, *in verbis:* “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Alguns doutrinadores defendem que o art. 38 trata de uma inversão legal, todavia de melhor técnica a tese de Antônio Gidi para quem, neste caso, “Não há nenhuma possibilidade de inversão, a ser operada pelo juiz ou pela lei; o ônus é sempre do fornecedor. A lei não inverte o ônus: atribui-lhe ao fornecedor”.[13]

Finalmente, por ser o regime da responsabilidade civil objetiva o adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, independentemente da inversão do ônus da prova, o fornecedor somente se desvencilhará da presunção de culpa em seu desfavor se provar, respectivamente, alguma das excludentes do dever de indenizar previstas nos arts. 12, § 3º, incisos I, II e IIII, 14, § 3º, I, II, III.[14]

Essa regra é exceptuada pelo art. 14, I, do Código de Defesa do Consumidor, que adota o regime da responsabilidade subjetiva do profissional liberal, sistema em que se exige a prova da culpa, do nexo e do dano, anotando-se, todavia, não ser isso impeditivo à aplicação da inversão do ônus da prova, já que uma se trata de regra de direito material e outra processual, afigurando-se plenamente compatíveis a convivência de ambas[15].

Pontuadas as previsões especiais sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, doravante cabe discorrer sobre os requisitos e conseqüências processuais de eventual adoção da inversão do ônus da prova no âmbito das ações individuais fundadas em relações de consumo.

---

[13] GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 13, p. 33-41, jan./mar. 1995, p. 40.

[14] BRASIL. *Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor*. Art. 12, § 3° – O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro; e, Art. 14, § 3º – O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 10 de maio de 2010.

[15] BRASIL. *Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor*. Artigo 14 – § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2010.

2.2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor inovou o processo civil brasileiro, possibilitando ao magistrado, decretá-la a favor do consumidor, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias.

Segundo estudiosos do assunto, o fundamento jurídico da inserção do instituto da inversão do ônus da prova pela Lei n. 8.078/90 foi efetivar nas relações de consumo a aplicação do princípio da isonomia – ou da igualdade - disposto no art. 5º, I, da CF/88, o qual estabelece que todos são iguais perante a lei, a fim de reequilibrar, no plano processual, a relação consumidor/fornecedor.

Nesse escólio é o ensinamento de Nelson Nery e Rosa Maria:

> O Código contém vários instrumentos destinados à finalidade de colocar-se o consumidor em posição de igualdade com o fornecedor, a fim de que se alcance efetivamente a igualdade real de que trata o caput do art. 5º da CF. A regra geral se encontra no art. 4º, I, CDC, que reconhece o consumidor como parte vulnerável na relação de consumo.
>
> A regra da possibilidade, *ope judice*, inverter-se o ônus da prova em benefício do consumidor (art. 6º, VIII, CDC) é manifestação inequívoca do princípio constitucional da isonomia, cuja vivificação se encontra no art. 4º, I, do CDC. Duas são as oportunidades em que o juiz poderá agir na forma autorizada pelo Código: a) quando o consumidor for hipossuficiente; b) quando for verossímil a alegação do consumidor.[16]

Com efeito, a intenção do legislador foi colocar ambas as partes em pé de igualdade processual e dar eficácia processual ao princípio constitucional da tutela do consumidor[17]. Esse intervencionismo salutar não é novidade, já que a condição de vulnerabilidade dada ao empregado na seara do direito trabalhista é um desses exemplos.

---

[16] NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 3, p. 44-77, set./dez. 1992, p. 55.

[17] BRASIL, Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 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. Disponível em: <htpp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição_Principal.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2010.

Para tanto, o art. 51, VI, do Código de Defesa do Consumidor[18], vedou a possibilidade de tratativa em contrário quanto à inversão do ônus da prova, fulminando de nulidade absoluta eventual cláusula nesse sentido.

Ao arremate, esses mecanismos de proteção da defesa dos direitos do consumidor não mitigam de forma alguma a parcialidade do juiz, pois somente se busca adequar a relação processual às diferenças apresentadas na relação de direito material.

2.2.1 REQUISITOS

Convém esclarecer que a inversão do ônus da prova não é automática, pois sua decretação em favor do consumidor, além de carecer de pedido expresso, sujeita-se ao crivo judicial para verificação da presença da verossimilhança ou da hipossuficiência, vedando-se, assim, sua concessão de ofício.

Impende observar que não é necessária a concomitância de ambos os requisitos. Esclarece, Sandra de Sá dos Santos:

> [...] é necessária a presença de apenas um dos requisitos, porque, se assim não fosse, o legislador, à evidência, teria utilizado a conjunção aditiva 'e'. É princípio basilar do Direito que onde o legislador restringe não é permitido ao intérprete ampliar.[19]

Dessa forma, basta a presença de apenas um dos requisitos para que o juiz decrete a inversão do ônus da prova, sob pena de inviabilizar a própria eficácia do instituto da inversão do ônus da prova e podar um dos fundamentos de facilitação da defesa dos direitos do consumidor, sobretudo pelo fato de que, no caso concreto, nem sempre ambos os institutos estarão presentes, já que são estanques e possuem conceitos e características diferentes a serem analisados nos itens logo subseqüentes.

2.2.1.1 VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES

---

[18] BRASIL. *Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor*. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 10 de maio de 2010.

[19] SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 72, grifo nosso.

A verossimilhança das alegações será extraída dos indícios probatórios trazidos aos autos que convençam o magistrado sobre a *probabilidade* de ser verdadeira a tese sustentada em juízo pelo consumidor.

Posto isso, impende salientar que o suporte para, no caso concreto, decretar a inversão, com base na verossimilhança, é a prova trazida aos autos sobre determinado fato que seja suficiente para o convencimento do juiz sobre a possibilidade de razão do consumidor quanto a outros fatos objetos da controvérsia.

Nesse sentido, oportuna a lição de CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA:

> A verossimilhança o juiz a extrairá dos *indícios,* fatos alegados e *provados*, no processo, dos quais se possa deduzir, com base no que ordinariamente acontece, a ocorrência de *outro* fato, este, todavia, não provado. Em outras palavras o juiz, a partir do indício, *presumirá* ter acontecido, também, o fato que constitui o *thema probandum*.[20]

Dessa forma, o consumidor não poderá se basear em meras alegações sem instruir os autos com qualquer indício probatório, documento ou outra prova que aponte para a verossimilhança, sob pena de ver seu pedido ser indeferido.

Em suma, malgrado a verossimilhança não se trata de prova cabal do direito alegado pelo consumidor[21], sujeitando-se à cognição sumária para seu reconhecimento, é indispensável prova de algum indício que convença o julgador acerca da probabilidade de que os fatos constitutivos alegados pelo consumidor sejam verdadeiros.

2.2.1.2 HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR

No que diz respeito à hipossuficiência, oportuno diferenciá-la da vulnerabilidade, pois a primeira nada mais é que um atributo de índole processual e necessário para inversão do ônus da prova; enquanto, a segunda, foi imposta ao consumidor por determinação legal, ou seja, todos os consumidores são vulneráveis, *ex vi* do art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin, objetivamente, ensina:

---

[20] MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997, p. 142.

[21] RADLOFF, Stephan Klaus. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078/90*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 65-66.

> A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores[22].

Enfim, a vulnerabilidade nas relações de consumo é regra absoluta à relação jurídica consumidor/fornecedor, imposta pelo Código de Defesa do Consumidor como alicerce ao cumprimento do princípio constitucional da isonomia nessa seara.

Sobre a hipossuficiência pontua Mirella D' Angelo Caldeira, *in verbis*:

> [...] Já a hipossuficiência é uma condição a mais, ou seja, há consumidores que, além de vulneráveis, possuem um *plus*, que os tornam mais frágeis ainda, deixando-os impossibilitados de realizar a prova dos fatos constitutivos de seus direitos. Nesse último caso, é o juiz quem decidirá se o consumidor – pessoa física ou jurídica – é ou não hipossuficiente, conforme as peculiaridades do caso concreto, bem como as alegações do autor, sendo certo que, reconhecido tal condição, esta beneficiará o consumidor apenas no que diz respeito à facilitação da sua defesa, sendo-lhe concedida a inversão do ônus da prova. Ou seja, a hipossuficiência não é requisito determinante da condição de consumidor, serve, apenas, para efeito de prova.[23]

Delineadas suas diferenças, não se pode negar que a vulnerabilidade é o pano de fundo da hipossuficiência, requisito esse específico à inversão do ônus da prova, cenário processual onde deverá ser decidido sobre sua presença.

Um dos traços marcantes da hipossuficiência é que ela não deve ser analisada somente sob o plano econômico ou financeiro, pois se caracteriza, preponderantemente, em virtude da constatação de outros aspectos inerentes à posição do consumidor específicos à relação jurídica de consumo.

Assim, não se deve confundir ausência de capacidade financeira de ter acesso à justiça, com o consumidor hipossuficiente propriamente dito. É o que defende Antônio Gidi:

> Não nos parece, todavia, que o critério de aferição da hipossuficiência do consumidor deva ser o econômico. A ser assim, bastaria que o CDC invertesse o ônus financeiro da produção da prova, carreando ao fornecedor apenas o encargo de suportar as despesas. Desnecessária, e inadequada, seria a inversão do ônus processual da prova tendo em mira tão-somente a desigualdade meramente financeira entre as partes. Para os casos de hipossuficiência econômica da parte, inclusive a própria Lei 1.060/50 isenta o beneficiário do pagamento dos honorários periciais. E prossegue o autor, asseverando que por mais abastado que seja o consumidor, a sua inferioridade perante o fornecedor, no que se refere à possibilidade de provar suas alegações, é manifestamente similar àquela do consumidor

[22] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev., amp. e atual. conforme o novo Código Civil. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 371.

[23] CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 38, p. 166-180, abr./jun. 2001, p. 146.

> desprovido de recursos financeiros. Nada autorizaria inverter o ônus da prova em benefício deste, e não fazê-lo em benefício daquele. Não parece, e não há em seu conteúdo que indique, que a filosofia do Código de Defesa do Consumidor seja beneficiar o consumidor pobre, mas sim o consumidor em geral, como sujeito vulnerável na relação de consumo.[24]

Com efeito, a hipossuficiência que trata o legislador não é a econômica, se assim o fosse, invertendo-se o ônus da prova, automaticamente, na maioria dos casos, atribuiria ao fornecedor os encargos financeiros da prova em razão da situação econômica privilegiada.

Ademais, como defendeu ANTONIO GIDI poderia o magistrado valer-se do disposto na Lei 1.060/50 para liberar o consumidor do custo da produção de eventual prova técnica, diante de mera declaração de necessitado do consumidor[25].

Em suma, a hipossuficiência exigida pela lei é a técnica ou de conhecimento, ou seja, aquela diminuição da capacidade do consumidor que diz respeito à falta de conhecimentos técnicos inerentes à atividade do fornecedor, ou retidos por ele, isto é, a falta de conhecimento técnico sobre o objeto de uma relação de consumo (produto ou prestação de serviços)[26].

De bom alvitre lembrar que a decisão judicial pela inversão do ônus da prova, sempre, utilizará como parâmetro axiológico as regras de experiência comum, ou seja, o juiz decidirá mediante observação do que ordinariamente ocorre na sociedade, ponderando o conhecimento que seria exigido do homem médio sobre o tema[27].

---

[24] GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 13, p. 33-41, jan./mar. 1995, p. 35, grifo nosso.

[25] *Ibidem*, mesma página.

[26] RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 38. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3).

[27] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, nota 2 ao art. 335, p. 340.

2.3 MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Delineados os parâmetros jurídicos necessários à concessão da inversão do ônus da prova, afigura-se, oportuno, discorrer sobre qual o momento processual mais adequado para o magistrado possa decretá-la.

Quanto eventual admissão da inversão do ônus da prova logo que recebida a petição inicial, a vejo como temerária, pois é sabido que nem sempre as condições processuais, os pressupostos da ação e eventuais questões prejudiciais são, detidamente analisadas nessa oportunidade.

Logo, imagine a inversão de plano do ônus da prova numa ação em que, posteriormente, se verifique a ocorrência da prescrição ou que alguma das partes é ilegítima.

Até então, o juiz sequer sabe das eventuais questões inerentes à própria relação jurídica de consumo capaz, inclusive, de provocar a extinção prematura do processo logo que apresentada a contestação. Melhor a cautela do que eventual decisão precipitada e equivocada.

Quanto à decisão judicial, corrente nos tribunais brasileiros, que, de plano, sob o fundamento da inversão do ônus da prova, determina ao réu que traga aos autos documentos relativos ao negócio entabulado com o consumidor, necessário tecer alguns apontamentos.

Data venia, a inversão do ônus da prova não pode ser decretada com fundamento exclusivo na necessidade desse documento, pois se o fim se limita a obter o documento indispensável ao ajuizamento da ação, comum às partes, diante da negativa de uma delas a entregá-lo a outra, a medida aí não passa de uma simples exibição de documento incidental ao processo, prevista no art. 355 e seguintes do Código de Processo Civil[28], ótica sobre a qual deve ser analisado esse pedido, sem qualquer interferência quanto ao ônus da prova.

E, nesse caso, quanto à inversão do ônus da prova, nada impede, por exemplo, que o juiz utilizando-se do art. 355 do Código de Processo Civil determine que a parte contrária exiba em juízo o documento junto com sua defesa, sob pena

[28] BRASIL. Lei nº 5.869/73. *Institui o Código de Processo Civil.* Art. 355 – O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869orig.htm. Acesso em: 10.05.2010.

inclusive de serem admitidos verdadeiros os fatos que por ele o consumidor deseje provar (art. 359, incisos I e II do CPC)[29], sobrepujando a decisão sobre a inversão do ônus da prova para o momento oportuno.

Apresentadas razões da discordância quanto à inversão do ônus da prova *inaudita altera pars,* importa ressaltar que essa questão vem sendo intensamente debatida, de um lado, entre os que entendem ser a sentença e, de outro, os que defendem ser o saneador ou o início da instrução.

Para aqueles que defendem ser a sentença o momento adequado, entendem que, por ter a distribuição do ônus da prova natureza de regra de juízo, caberá ao juiz, quando do julgamento da causa, decidir sobre a inversão do ônus em favor do consumidor. Em síntese, somente se lançará mão do das regras atinentes à distribuição do ônus da prova, caso o juiz se encontre diante de um *non liquet.*

Assim, para esses, qualquer conclusão sobre o ônus da prova não pode ser emitida antes de encerrada a instrução, sob o risco de pré-julgamento, parcial e prematuro da ação[30].

Defendem, ainda, que não pode o fornecedor contra quem foi invertido o ônus da prova alegar cerceamento de defesa, pois, desde o início da ação, tinha ciência dessa possibilidade.

É o posicionamento de Kazuo Watanabe:

> É o julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. Com o juízo da verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considerar-se demonstrado o fato afirmado pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova. Por isso mesmo, como ficou anotado, não se tem verdadeiramente uma inversão do ônus da prova em semelhante hipótese.[31]

---

[29] BRASIL. Lei nº 5.869/73. *Institui o Código de Processo Civil.* Art. 359 – Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar: I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357; II - se a recusa for havida por ilegítima. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869orig.htm. Acesso em: 11.05.2010.

[30] Ver: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed. rev., amp. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, nota 2 ao art. 333, p. 635; e, BATISTA LOPES, João. *A prova no Direito Processual Civil*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51.

[31] WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev., amp. e atual. conforme o novo Código Civil. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 796, grifo do autor.

Já, para quem o saneador ou o início da instrução é o momento mais adequado para eventual decretação da inversão do ônus da prova, seus principais fundamentos são: a) a avaliação final pelo juiz do ônus da prova para se evitar um *non liquet* não se confunde com o direito que a parte contra quem foi invertido o ônus da prova de ser cientificada da mudança das regras, a fim de que escolha o comportamento que, desde já, terá de ter em relação à prova; e b) no momento do julgamento, a inversão do ônus da prova fere o *princípio da ampla defesa* e do *contraditório*, devido a seu efeito surpresa em relação à parte contra quem foi decretada.

Antonio Gidi filia-se a essa corrente:

> A oportunidade propícia para a inversão do ônus da prova é em momento anterior à fase instrutória. Do momento em que se despacha a inicial, até a decisão do saneamento do processo, o magistrado já deve dispor de dados para se decidir sobre a inversão. Assim, a atividade instrutória já inicia já inicia com as cargas probatórias transparentemente distribuídas entre as partes.[32]

Voltaire de Lima Moraes é outro adepto, apontando o saneador:

> [...] a decretação da inversão do ônus da prova dar-se-á por ocasião do saneamento do processo, quando, inexitosa a audiência de conciliação, o Juiz tiver fixado os pontos controvertidos, aí sim, em seguimento, decidirá as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento ou não da inversão do ônus da prova (art. 331, § 2º, do CPC), ficando dessa forma cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar.[33]

Apresentadas as teses divergentes e sopesados os fundamentos apresentados por ambas, entende-se de melhor técnica processual o posicionamento adotado pela segunda corrente, cujos fundamentos serão doravante apresentados.

A um, a afirmação de que uma decisão que se declara invertido o ônus da prova acarretaria um julgamento prematuro da lide deve ser combatida.

A decretação da inversão do ônus da prova não adentra ao mérito da controvérsia, pois a decisão a seu respeito se submete à cognição de natureza sumária, incompleta, não exauriente, ou seja, o ato judicial que a decreta se limita a

---

[32] GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 13, p. 33-41, jan./mar. 1995, p. 39.

[33] MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de processo civil e no Código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 31, p. 63-69, jul./set. 1999, p. 69.

declarar existente um de seus requisitos e, mesmo reputando-se verossímil a alegação do consumidor, nada impedirá que o magistrado, depois de concluída a fase instrutória, mediante uma apreciação mais acurada, decida a causa a favor do fornecedor.

A dois, sobre o argumento de que a parte contra quem foi invertido o ônus no momento da sentença estará impossibilitada de alegar cerceamento de defesa, haja vista saber desde o início as "regras do jogo", com respeito às opiniões contrárias, esse argumento ignora a realidade processual.

Não se nega que, enquanto o magistrado não reconheça algum dos pressupostos autorizadores da inversão do ônus da prova, a parte tenha ciência de que o processo obedecerá à regra do ônus da prova estabelecida no art. 333, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, não é o simples fato de haver na legislação específica a possibilidade de inversão do ônus da prova que se possa presumir decisão nesse sentido em seu desfavor, já que, se fosse assim, ela decorreria exclusiva e diretamente da lei, de forma automática, o que não é verdade, pois se sujeita ao crivo judicial e só será concedida se o julgador entender presentes, pelo menos, um de seus requisitos, caso contrário, a ação prosseguirá sob a regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, a parte não pode ser surpreendida, ao final, com um provimento desfavorável decorrente de ônus a ela imposto somente por força da inversão determinada na sentença.

Nessa quadra, causará, sim, surpresa ao fornecedor, a inversão do ônus da prova na sentença, pois lhe será imputado pelo juiz ônus probatório que não fora antes cientificado, alterando, radicalmente, a situação anterior prevista na regra geral de natureza estática, afrontando os princípios do contraditório e da ampla defesa, além de romper com os ditames constitucionais que proclamam o devido processo legal, insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal[34].

---

[34] BRASIL, Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* – 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: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Disponível em: <htpp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição_Principal.htm>. Acesso em: 27 de maio de 2010.

LUIS GUILHERME MARINONI, discorre sobre a obrigatoriedade de se oportunizar a produção de prova à parte contra quem foi invertido o ônus, *in verbis:*

> 8. **Inversão do Ônus da Prova**. Partindo-se de uma atribuição fixa do ônus da prova, pode-se invertê-lo. Note-se: só se pode inverter aquilo que já se encontra previamente apontado em dada direção. É o que pode acontecer, por exemplo, nas relações de consumo (art, 6°, VIII, CDC). A hipótese, aliás, não se confunde com aquelas postas nos artigos 12, § 3° e 14, § 2°, CDC, em que o ônus da prova já nasce, desde logo, atribuído ao fabricante e assemelhados e ao fornecedor de serviços. Sendo o caso de inversão, além dos pressupostos definidos em lei, ela deve ocorrer oportunizando-se necessariamente à parte, a partir daí onerada, a possibilidade de provar. Quando se fala em inversão do ônus da prova, essa norma adquire a qualidade de *norma de instrução* e não de norma de julgamento (contra, entendendo que aí o ônus da prova funciona como regra de julgamento, STJ, 3ª Turma, REsp 422.778/SP, rel. Min. Castro Filho, rel, para acórdão Min. Nancy Andrighi,j. em 19.06.2007,DJ 27.08.2007, p. 220). Tem, assim, que ser oportunizada a possibilidade de prova à parte a quem se atribuiu, pela inversão, o encargo de provar. Do contrário, há violação do direito à prova[35].

Infere-se, assim, segundo o processualista, que as normas sobre a distribuição do ônus da prova, além de regra de juízo, também, em relação às partes, servem como fator de orientação quanto ao comportamento a ser tomado frente a seu regramento[36].

Enfim, o melhor momento é o do saneador ou início da instrução para que, depois de se fixar os pontos controvertidos, a parte seja cientificada da eventual inversão do ônus da prova em seu desfavor e sobre qual perspectiva enfrentará a fase instrutória, procedimento que, aliás, contribui, de sobremaneira, para se evitar o *non liquet*, ressaltando-se que, nessa senda, por se tratar de decisão que não põe fim ao processo, mas resolve questão incidente, o recurso cabível é o agravo de instrumento.

Anota-se que o agravo de instrumento, *in casu,* indiferentemente do teor da decisão ser favorável ou não à inversão, de forma alguma, poderá ficar retido aos autos, pois demandará análise imediata de seu mérito antes do início da instrução, afigurando-se, para tanto, de melhor política processual a suspensão do processo até decisão final, sob pena de, prosseguindo-se o trâmite processual à sua revelia, ferir o devido processo legal e o direito constitucional à prova.

Abre-se um parênteses quanto ao tema recursal, o Superior Tribunal de

---

[35] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo*: Revista dos Tribunais, 2008, nota 8 ao art. 333, p. 338, grifo nosso.

[36] MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997, p. 145.

Justiça vem entendendo que a matéria relativa à inversão do ônus da prova não poderá ser objeto de julgamento em recurso interposto perante aquela Corte Superior, sob pena de afronta à sua Súmula nº 07, segundo a qual "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"[37].

Data venia, essa aplicação equivocada da Súmula nº 07 decorre de uma análise superficial da matéria, pois a decisão sobre a inversão do ônus da prova não requer análise de prova em seu sentido específico, mas exige mera *cognição sumária* sobre os indícios trazidos aos autos.

Logo, se deferida antes da instrução processual, posicionamento sustentado alhures, sequer haverá início da instrução probatória, não havendo óbice algum para que o Superior Tribunal de Justiça possa avaliar os fundamentos de ambas as partes e decidir sobre o acerto ou não da decisão recorrida.

Corrobora esse fundamento o fato de que, embora para análise dos requisitos exigidos para a concessão de medida cautelar (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) ou tutela antecipada (dano irreparável ou de difícil reparação e prova inequívoca da verossimilhança) demande análise dos indícios que os comprovem, nem por isso deixam de ser objeto de recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça.

2.4. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA X ÔNUS ECONÔMICO

No tocante a quem arcará com os custos referentes à realização da prova no caso de ser invertido o ônus da prova, existem controvérsias na doutrina e na jurisprudência.

O Código de Processo Civil dispõe o tema das despesas processuais em seus arts. 19 e 33, respectivamente, *ipsis verbis:*

> Art. 19. Salvo as disposições quanto à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até plena satisfação do direito declarado na sentença.
>
> § 1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual.

[37] Nesse sentido: BRASIL. STJ. 1ª Turma. REsp 981.883/RJ. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. José Delgado, Brasília, DF, 06 de maio de 2008. v.u. Disponível:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=778375&sReg=200702130020&sData=20080605&formato=HTML> Acesso em 30.06.2010.

> § 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público. [...]
>
> Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.
>
> Parágrafo único. O juiz poderá em juízo determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente a essa remuneração. O numerário, recolhido em depósito bancário à ordem do juízo e com correção monetária, será entregue ao perito após a apresentação do laudo, facultada a sua liberação parcial, quando necessária.

Da análise desses dispositivos legais, nota-se que se o autor requerer a produção de determinada prova pericial, o juiz a determinar *ex officio* ou acolher requerimento do Ministério Público nesse sentido, incumbe-lhe antecipar os honorários periciais e, caso somente o réu pretenda produzi-la, a ele incumbe depositar as respectivas despesas, observando-se em relação aos beneficiários da assistência judiciária gratuita o disposto no art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50[38].

Já, no tocante às ações fundadas com base no Código de Defesa do Consumidor em que é decretada a inversão do ônus da prova, vem sendo intensamente debatido de quem é o ônus de antecipação de despesas dos atos probatórios requeridos pelo consumidor, determinadas de ofício pelo juiz ou requeridas pelo *Parquet* ou por ambas as partes.

A primeira corrente doutrinária e jurisprudencial defende que o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor constitui exceção somente em relação ao art. 333 do Código de Processo Civil e não das normas do art. 19 e 33 que tratam do ônus financeiro da produção dos atos processuais. Em síntese, alegam que a inversão do ônus da prova não se confunde com o custeio da prova, aplicando-se, então, subsidiariamente, aqueles dispositivos do Código de Processo Civil.

O doutrinador Álvaro Couri Antunes Souza é um dos que sustentam que a inversão do ônus da prova não induz à inversão também do encargo de arcar com seus custos:

> O Código de Defesa do Consumidor pretendeu apenas atribuir ao fornecedor o ônus de produzir as provas que reputasse necessário para

[38] BRASIL. *Lei 1.060/50. Lei da Assistência Judiciária Gratuita.* Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: [...] V - dos honorários de advogado e peritos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L1060.htm. Acesso em: 15 de maio de 2010.

> afastar sua responsabilidade, e não o dever de realizá-las, consoante a vontade do seu ex adverso.[39]

Esse é o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. EXTENSÃO. HONORÁRIOS PERICIAIS. PAGAMENTO. PERÍCIA DETERMINADA DE OFÍCIO. AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA.
> [...]
> 2. Esta Corte já decidiu que a 'regra probatória, quando a demanda versa sobre relação de consumo, é a da inversão do respectivo ônus. **Daí não se segue que o réu esteja obrigado a antecipar os honorários do perito; efetivamente não está, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor**' (REsp 466.604/RJ, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 2/6/03). No mesmo sentido, o REsp 443.208/RJ, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17/3/03, destacou que **a 'inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, sofre as conseqüências processuais advindas de sua não produção'**. Igualmente, assim se decidiu no REsp 579.944/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 17/12/04, no REsp 435.155/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 10/3/03 e no REsp 402.399/RJ, Rel. o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 18/4/05.
> 3. No caso concreto, configurada a hipossuficiência do consumidor, inclusive com o reconhecimento do benefício de assistência judiciária gratuita em seu favor, e sendo imprescindível a produção de prova pericial para a solução da lide segundo o juízo que a designou, de ofício, não deve a parte autora arcar com as despesas de sua produção.
> 4. Recurso especial provido[40].

Por seu turno, a segunda corrente, doutrinária e jurisprudêncial, afirma que a aplicação subsidiária dos arts. 19 e 33 do CPC é incompatível com o Código de Defesa do Consumidor, pois, ao invés de facilitar, dificulta a defesa dos seus direitos em juízo, vindo a contrariar o art. 6º, VIII, do CDC, que visa, justamente, a promover o princípio da isonomia em sentido real ou concreto.

Entendem que essa interpretação viola não somente tal regra jurídica, bem como a inserta no art. 7º, da Lei nº 8.078/90[41], que restringe a aplicação subsidiária

---

[39] SOUZA, Álvaro Couri Antunes. A Inversão do ônus probandi no Código de defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 44, p. 17-25, jul./set. 2000, p. 23.

[40] BRASIL. STJ. 1ª Turma. REsp 843.963/RJ. Recorrente: Light Serviços de Eletricidade S/A. Rel. Min. José Delgado, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006, v.u. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=668779&sReg=200600911638&sData=20070201&formato=HTML> Acesso em 17.05.2010, grifo nosso.

[41] BRASIL. *Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor*. Art. 7°- Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia,

da legislação ordinária interna apenas no que for incompatível com a defesa dos direitos do consumidor.

Ademais, outro argumento dos adeptos dessa corrente é que a redação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao valer-se da expressão "inclusive", implicitamente admitiu que a inversão do ônus da prova é apenas um dos modos, exemplificativos, de facilitação do direito de defesa do consumidor, podendo o juiz, quando for necessário para atingir esta finalidade, adotar outras providências, mesmo que não previstas expressamente na Lei nº 8.078/90.

Eduardo Cambi se filia a esse entendimento:

> Em conclusão, há de prevalecer a corrente jurisprudencial que entende que, com a inversão do ônus da prova, inverte-se, também, o ônus do pagamento antecipado das despesas processuais (vale dizer, dos honorários periciais), pois ela está mais de acordo com o espírito do CDC, voltado à concretização do princípio da igualdade real. Vem de encontro à tentativa do legislador de facilitar o exercício da defesa do consumidor hipossuficiente além de ser a mais justa por, ao invés de criar obstáculos, ampliar o acesso à justiça, dando maiores chances para que a parte mais fraca da relação jurídica processual obtenha a tutela jurisdicional.
> Também evita que o consumidor-demandante se veja compelido a buscar auxílio da assistência judiciária gratuita, a qual, em tese, abarca a isenção integral da despesa com a prova pericial (exegese do art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50), mas, na prática, a sua realização encontra, em alguns Estados, sérias dificuldades financeiras, a recomendar a existência de verbas orçamentárias próprias, sob pena de ter que se contar ou com a disposição da parte desobrigada, ou com a altruística colaboração do perito ou, ainda, com o oportuno pagamento do precatório. Por outro lado, esse entendimento, versando a causa sobre direitos individuais, não gera prejuízos ao fornecedor que, tendo razão, é reembolsado das despesas pagas (ônus da sucumbência). Ademais, evita-se que o art. 6º, VIII, do CDC, seja visto como uma mera regra de julgamento, tornando-se um mecanismo arbitrário, na medida em que viola as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, prejudicando, demasiadamente, o fornecedor. Portanto, não se pode dissociar a inversão do ônus da prova da inversão do pagamento adiantado das despesas processuais, sob pena de tornar inócuo o sistema protetivo criado pela Lei nº 8.078/90, perpetuando a aplicação de regras anteriores à sua vigência que não podem ser aplicadas subsidiariamente, porque já se mostraram inadequadas e ineficientes para a tutela dos direitos do consumidor.[42]

Em suma, para essa corrente jurisprudencial, deferida a inversão do ônus da prova, a aplicação subsidiária do art. 33, do CPC com a não inversão, também, do encargo relativo à prova, cuja produção foi postulada exclusivamente pelo

---

costumes e eqüidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 20 de maio de 2010.

[42] CAMBI, Eduardo. Divergência jurisprudencial: inversão do ônus da prova e o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais. *Revista Jurídica Consulex* – Ano VI – n. 138 – 15.10.2002, p.15.

consumidor e em seu interesse, é incompatível com a *mens legis* do Código de Defesa do Consumidor.

Confrontados os fundamentos divergentes de ambas as correntes, afigura-se de melhor técnica comungar do entendimento esposado pela primeira, isto é, decretada a inversão do ônus da prova, os custos referentes à produção da prova eventualmente postulada, exclusivamente, pelo consumidor, caberá a este, logo, será aplicada a regra do art. 19 do Código de Processo Civil, ou seja, a quem a prova interessa deverá antecipar as despesas para sua realização.

Com efeito, não se poderá confundir a inversão do ônus da prova com a simples inversão do ônus financeiro, para obrigar o fornecedor ao pagamento das despesas alusivas à prova que apenas interessa ao consumidor.

Pode até ocorrer situação de que o fornecedor entenda possuir provas suficientes para demonstrar seu direito, reputando desnecessária qualquer outra, motivo pelo qual pode recusar a faculdade a ele oferecida com a inversão. Lógico, o fornecedor só não poderá esquecer que a presunção de veracidade será contra ele aplicada, caso não obtenha êxito em provar seu direito.

A jurisprudência atual do Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso se inclina para esse entendimento[43]:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - RELAÇÃO DE CONSUMO – INVERSÃO DO *ONUS PROBANDI* - TRANSFERÊNCIA DOS CUSTOS DA PERÍCIA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 19 E 33, AMBOS DO CPC E ART. 6.º, VIII, DO CDC – RECURSO PROVIDO.
> Cabe à parte prover as despesas dos atos que requerer no processo.
> INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 19 E 33, DO CPC. NÃO HÁ QUE SE IMPOR, À PARTE REQUERIDA, O CUSTEIO DE PROVA PERICIAL PLEITEADA PELO AUTOR, AINDA QUE CONSTATADA A RELAÇÃO DE CONSUMO NOS AUTOS. O INSTITUTO CRIADO PELO INCISO VIII DO ART. 6º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DIZ RESPEITO INVERSÃO DO

[43] Em sentido contrário: BRASIL. TJMT. 5ª Câmara Cível. Cláusulas Contratuais – Revisão – Prova Pericial Contábil – Inversão do ônus da prova - inteligência do art. 6º, VIII do CDC – Adiantamento de Despesas a cargo do banco. Agravo de Instrumento nº 3722/2008 – Comarca da Capital. Agravantes: Rosangela Hugueney Gomes e seu esposo. Rel. Des. Sebastião de Moraes Filho. Cuiabá, 04 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_3722-2008_16-06-08_101718.pdf> Acesso em: 18.06.2010; e, BRASIL. TJMT. 1ª Câmara Cível. Consignação em pagamento. Arrendamento Mercantil. Instituição Financeira. Aplicação do CDC. Súmula 297 do STJ. Inversão do ônus da prova – perícia – inversão das custas – Recurso Improvido. Agravo de Instrumento nº 13719/2005 – Comarca da Capital. Agravante: Banco ABN AMRO REAL S/A. Rel. Des. Licínio Carpinelli Stefani. Cuiabá, 13 de junho de 2005. Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_13719-2005_14-06-05_58468.pdf> Acesso em: 18.06.2010.

> *ONUS PROBANDI*, E NÃO DO ÔNUS PELO PAGAMENTO DOS CUSTOS DA PERÍCIA. RECURSO PROVIDO.[44]

Portanto, invertido o *onus probandi* em favor do consumidor, se este possui interesse exclusivo em produzir determinada prova, caberá a ele arcar com as despesas relativas à sua produção, uma vez que não poderá o fornecedor ser compelido a antecipar os custos de uma prova que não queira produzi-la.

Uma nota, se o consumidor for beneficiário da assistência judiciária gratuita, incumbirá ao Estado prover os meios de adiantar as despesas processuais em decorrência do *munus* lhe imposto pelo art. da Lei nº 1060/50[45].

Ao arremate, existindo determinação de ofício ou requerimento pelo Ministério Público para produção de prova, o ônus relativo ao pagamento antecipado das despesas a ela concernente, caberá a quem tiver interesse jurídico em sua produção. Caso haja interesse processual de ambas as partes, os custos deverão ser suportados pelo fornecedor, aí sim, haja vista a inversão do ônus da prova.

2.5 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E CARGA DINÂMICA DA PROVA

Não se poderia concluir esse capítulo sem o cotejo, em linhas gerais, da inversão do ônus da prova e da teoria dinâmica da prova ou teoria das cargas processuais dinâmicas.

Essa última, segundo a doutrina majoritária, teve origem na Argentina, apontando o jurista platino Jorge W. Peyrano como seu precursor, que a conceituou como teoria das cargas processuais dinâmicas[46].

Sua principal característica é a flexibilidade, que possibilita, diante da natureza *sui generis* de determinados casos concretos, atribuir o ônus da prova

---

[44] BRASIL. TJMT. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 11156/2006 – Comarca da Capital. Agravante: Banco Itaú S/A. Rel. Des. Donato Fortunato Ojeda. Cuiabá, MT, 05 de julho de 2006. <Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_11156-2006_07-07-06_71607.pdf>. Acesso em: 18.06.2010.

[45] BRASIL. *Lei 1.060/50. Lei da Assistência Judiciária Gratuita.* Art. 1º - Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L1060.htm>. Acesso em: 19 de junho de 2010.

[46] NETO, Durval Carneiro. *Processo, Jurisdição e Ônus da Prova no Direito Administrativo:* um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 143.

àquela parte que possua, em geral, melhores condições de produzir as provas relevantes e pertinentes à resolução da ação.

Seus defensores sustentam que a regra estática, ou seja, o prévio estabelecimento legal padronizado do ônus às partes, diante de situações peculiares, mostra-se ineficiente à busca da prestação da tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Bentham prenunciou sistema semelhante a esse como de melhor técnica a ser utilizado na atribuição do ônus probatório[47].

Antônio Janyr Dall'Agnol Junior, autor de um dos artigos mais conhecidos sobre o assunto, senão o mais, por ser um dos brasileiros pioneiros em seu estudo, apresenta os pilares da teoria da carga dinâmica da prova, *in verbis*:

> (a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; (b) ignorável é a posição da parte no processo; (c) e desconsiderável se exibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, isto sim, (a) o caso em sua concretude e (b) a 'natureza' do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.[48]

Depreende-se, então, que, segundo essa teoria, diante do caso concreto, indiferentemente da posição processual das partes e da natureza dos fatos, ficará a cargo do juiz, decidir, por decisão motivada em momento oportuno, a quem incumbirá o ônus da prova sobre fato relevante e pertinentes com melhor eficiência à solução da causa.

Tecidas as considerações sobre a teoria dinâmica da carga probatória, depreende-se que se assemelha com a inversão do ônus da prova quanto à flexibilização de eventual regra estática a esse respeito.

Por outro lado, há algumas diferenças entre essas técnicas que merecem destaque:

a) a inversão do ônus da prova é apenas em favor de uma das partes, enquanto a teoria da carga dinâmica pode ser aplicada a qualquer uma das partes;

b) enquanto a primeira requer da parte a prova de requisitos específicos para sua decretação, a segunda é aplicada, *ex officio,* pelo juiz em caso de patente dificuldade probatória a uma das partes;

---

[47] DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 92-107, jun/2001, p. 99.

[48] *Ibidem*, p. 98.

c) a inversão, mesmo presente algum dos requisitos, não pode ser deferida de ofício pelo juiz, enquanto em relação à teoria dinâmica essa é a regra.

Cotejadas a inversão do ônus da prova e a teoria dinâmica da prova, em momento oportuno do próximo capítulo, será sopesada possibilidade de adoção desses institutos na tutela coletiva do consumidor.

3 ÔNUS DA PROVA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

3.1 ASPECTOS GERAIS

No que se refere ao ônus da prova nas ações coletivas que versam sobre relação de consumo, aplica-se as regras do processo individual previstas no Código de Processo Civil, inclusive quanto ao ônus da prova, naquilo que não for incompatível com as normas e princípios fundamentais estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 90[49] e pela Lei de Ação Civil Pública, em seus artigos 19 e 21[50].

Eduardo Cambi discorre sobre como esses subsistemas coexistem:

> O CPC deixou de ser o centro de gravitação do ordenamento processual, não sendo sequer apropriado atribuir ao CDC a designação de mero *microssistema.* Mais correto parece ser utilizar o termo *subsistemas,* onde o CPC polariza a tutela dos direitos individuais e o CDC, a dos direitos transindividuais.
> [...]
> Entretanto, sistematizar o processo civil brasileiro contemporâneo em dois subsistemas não significa retirar do CPC o seu referencial legislativo e a sua relevância conceitual. Ambos os subsistemas se inter-relacionam pelo art. 90 do CDC, pelo qual, em havendo lacuna ou omissão na disciplina das regras do processo coletivo, aplica-se, subsidiariamente e no que couber, o CPC. Exemplo disso é o que ocorre com o Título IX do CPC, que trata do Processo nos Tribunais, trazendo a disciplina completa dos recursos e da ação rescisória, que são temas que o CDC não disciplina ou quando o faz não esgota o assunto.[51]

Nessa esteira, quanto à matéria processual no na tutela coletiva do consumidor, há um diálogo constante entre essas fontes normativas, logo, em primeiro plano, as leis especiais relacionam-se entre si e, em segundo plano,

---

[49] BRASIL. *Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor*. Art. 90 – Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 02 de junho de 2010.

[50] BRASIL. *Lei 7.347/85. Lei da ação civil pública.* Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições. [...] Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 03 de junho de 2010.

[51] CAMBI, Eduardo. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transidividuais: alcance exegético do art. 6º, VIII do CDC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 1, n. 127, ano 30, p. 101-105, set. 2005, p. 101, grifo nosso.

socorre-se do Código de Processo Civil naquilo que não forem suficientes ao tratamento de determinados institutos jurídicos, observando-se a impossibilidade de aplicação de norma incompatível com a teleologia do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública.

Questiona-se: é cabível a inversão do ônus da prova na tutela coletiva do consumidor? A resposta será dada no próximo tópico, sem a intenção é claro de que se tenha por esgotada essa matéria pelo posicionamento doravante esposado.

3.2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor não faz distinção entre consumidor individual e coletividade - art. 81, *caput,* do CDC[52], logo, inexiste óbice para que a inversão do ônus da prova nas causas consumeristas, prevista em seu art. 6º, VIII, seja reconhecida tanto no plano de sua tutela individual como na coletiva.

Aliás, essa assertiva decorre do disposto no art. 21 da Lei n. 7.347[53], que estabelece a aplicação, "no que for cabível, dos dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".

Ressalta-se que a indicação do Título III não pode ser interpretada de forma restritiva, limitando-se tão-somente à aplicação subsidiária da parte que trata dos direitos transidividuais no Código de Defesa do Consumidor, já que a inversão do ônus da prova consta no Capítulo III de seu Título I que versa sobre os direitos básicos de *qualquer* consumidor.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, compartilham desse entendimento:

> [...] **2. Integração dos sistemas da LACP e do CDC**. Pelo CDC 90, são aplicáveis às ações fundadas no sistema do CDC as disposições processuais da LACP. Pela norma ora comentada, são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerram todo o Título III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC 6.° VIII). Este instituto, embora se encontre *topicamente* no Tít. I do Código, é disposição processual e, portanto, integra

[52] BRASIL. *Lei 7.347/85. Lei da ação civil pública.* Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 03 de junho de 2010.

[53] Ver: nota 59.

> ontológica e teleologicamente o Título III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há, portanto, perfeita sintonia entre os dois sistemas processuais, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.[54]

À luz de tais ponderações, é possível a inversão do ônus da prova nas ações que tenham por objeto a tutela *de qualquer direito transidividual* do consumidor[55].

Nesse norte, Cristiano Chaves de Farias ensina:

> [...] Nessa linha de idéias, a utilização da técnica de inversão do ônus da prova, dentro de uma interpretação construtiva e valorativa da norma consumerista, realçando os matizes constitucionais, pode se dar no plano individual ou coletivo, como instrumento de proteção do consumidor, compreendido como sujeito ativo da cidadania. Do contrário, estaria sendo violada a própria tutela constitucional do consumidor.
>
> Equivale a dizer: a inversão do ônus da prova também pode ocorrer nas ações que visem à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (aforadas pelo Ministério Púbico ou pelo demais co-legitimados), quando evidenciados os requisitos exigidos por lei (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência cultural ou processual), máxime quando o inquérito civil ou procedimento investigatório prévio indicar elementos para a convicção do magistrado.[56]

Sob outra perspectiva, há quem a restrinja às ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos[57].

Ademais, em pesquisa à jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, colacionou-se julgado com posicionamento diametralmente oposto, *in verbis*:

---

[54] NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11ª. ed. rev., amp. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, nota 2 ao art. 21 da Lei de Ação Civil Pública, p. 148, grifo do autor.

[55] Nesse sentido: CAMBI, Eduardo. A Inversão do Ônus da Prova e Tutela dos Direitos Transidividuais: Alcance exegético do art.. 6°, VIII, do CDC. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Ano 8, v. 31, p. 292- 293, jul.set./2003; e, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 180.

[56] FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE. *A Inversão do Ônus da Prova nas Ações coletivas: O verso e o Reverso da Moeda*. *In*: Estudos de Direito do Consumidor: Tutela Coletiva Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005 apud BRASIL. STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 736.308 - RS (2005/0044165-8), Recorrente: Bebidas Fruki Ltda. Rel. Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009, v.u. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=935846&sReg=200500441658&sData=20100202&formato=PDF> Acesso em 20.06.2010, grifo nosso.

[57] Nesse sentido: SANTOS, José Moreno Bilche. *A Prova na Tutela Coletiva do Consumidor*. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, 2005 apud ALEXANDRIDIS, Georgios J. I. B. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. RODRIGUES, Marcelo Abelha (Coords.). *O Novo Processo Coletivo*. Questionamentos sobre a Prova no Processo Coletivo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 107-125, p. 115.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COMERCIALIZAÇÃO DE ÁLCOOL - LIMITAÇÃO DA MARGEM DE LUCRO - PREÇO ABUSIVO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS - RECURSO DESPROVIDO - DECISÃO MANTIDA.
> 1- Não se concede a antecipação da tutela quando ausentes os requisitos autorizadores dispostos no artigo 273 do Código de Processo Civil.
> 2- Mesmo em ação coletiva de consumo, não se concebe inversão do ônus da prova quando o Ministério Público atua como substituto processual dos consumidores.[58]

Esse entendimento, *data venia*, vai de encontro à evolução do sistema processual civil que prioriza o acesso à justiça, além de que o Código de Defesa do Consumidor, para facilitar a defesa dos direitos transidividuais dos consumidores, outorgou ao Ministério Público em seu art. 82[59] a legitimidade para defender em juízo os direitos dos verdadeiros titulares da relação material *sub judice*.

Plínio Lacerda Martins, corrobora:

> É verdadeira a premissa que o ministério público quando propõe ação civil pública, é considerado como parte qualificada, sendo portanto imparcial, em busca do interesse social coletivo e, porque não dizer, também em alguns casos, a favor do próprio interesse público. Pois bem, nesse sentido não se justifica atribuir a inversão do ônus da prova nos moldes tradicionais do processo civil, destinadas a solução de conflitos individuais. Conforme foi mencionado, o direito do consumidor é um direito de terceira geração, sendo necessário o reconhecimento pelo juiz desse avanço processual a favor da tutela dos direitos dos consumidores, haja vista que a Constituição Federal garante o direito de acesso à justiça dos consumidores.
> O direito de acesso à justiça, arrimado ao fato da facilitação da defesa dos consumidores, não tem sentido se o instrumento processual utilizado não for adequado e eficaz, consistindo em dificuldade de acesso à justiça.[60]

---

[58] BRASIL. TJMT. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 41586/2007 – Comarca da Capital. Agravante: Ministério Público Estadual. Rel. Desa. Clarice Claudino da Silva. Cuiabá, MT, 15 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_41586-2007_16-08-07_87240.pdf> Acesso em: 18.06.2010, grifo nosso.

[59] BRASIL. *Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor*. Art. 82 – Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1° O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. § vetado. § 3º vetado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 02 de junho de 2010.

[60] MARTINS, PLÍNIO LACERDA. *A Inversão do Ônus da Prova na Ação Civil Pública Proposta pelo Ministério Público em Defesa dos Consumidores*. *In*, Revista de Informação Legislativa, ano 36, nº 143, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1999 apud BRASIL. STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 736.308 - RS (2005/0044165-8), Recorrente: Bebidas Fruki Ltda. Rel. Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009, v.u. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=935846&sReg=200500441658&sData=20100202&formato=PDF> Acesso em 20.06.2010, grifo nosso.

Do exposto, depreende-se que qualquer posicionamento limitativo ou exclusivo da inversão do ônus da prova na seara coletiva de consumo, além de afrontar princípios comezinhos do processo coletivo como o da máxima amplitude da tutela coletiva e da máxima efetividade do processo coletivo que, respectivamente, permitem a utilização de todos os instrumentos processuais necessários e relevantes ao processo, assim como a investigação da prova de maneira mais eficaz possível, encerrando-se por inviabilizar a tutela constitucional do consumidor e o amplo acesso à justiça.

Em suma, presente algum dos seus requisitos, é possível a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas consumeristas[61], indiferentemente de quem figure em seu pólo ativo e da categoria do direito transidividual dela objeto.

3.2.1 REQUISITOS À LUZ DA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

Admitida a inversão do ônus da prova na tutela coletiva do consumidor, cabe deliberar sob que ótica, neste campo, reputar-se-á por configurado seus requisitos.

No tocante à hipossuficiência, seria aferida a do legitimado ou da coletividade?

Hugo Nigro Mazzili, entende que a hipossuficiência a ser analisada deve ser a da coletividade e não a do legitimado*:*

> Nos casos em que se invoque a hipossuficiência como fundamento da inversão do ônus da prova, é o lesado que tem de ser hipossuficiente, não seu substituto legal. Desta forma, a inversão do ônus da prova pode aproveitar a grupo de consumidores, em ações civis públicas ou coletivas em seu benefício por associações civis ou quaisquer outros co-legitimados.[62]

---

[61] Sobre a irrelevância, atualmente, da terminologia a ser utilizada para a ação transidividual na tutela coletiva do consumidor, soando indiferente denominá-la de ação coletiva de consumo ou ação civil pública, ver: FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ação Civil Pública Comentários por artigo (Lei n. 7.347, de 24/7/85)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 31-32; e, NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 3. ed. rev. e amp. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, nota 5 ao art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, p. 1010.

[62] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 179/180.

Sobre esse tema, Eduardo Cambi assim se manifesta*:* *"*A hipossuficiência, em tese, pode atingir qualquer dos legitimados nas ações coletivas, inclusive do próprio Estado".[63]

Abrem-se aspas, essa assertiva somente pode ser considerada correta no sentido de que a inversão do ônus da prova em favor do legitimado ativo da ação civil pública se dá em decorrência da hipossuficiência dos consumidores titulares do direito judicializado.

Sob outro prisma, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 140.097, no bojo do qual considerou a Associação de Defesa da Saúde do Fumante - ADESF hipossuficiente para efeitos de obter a inversão do ônus da prova em relação aos prejuízos causados pela nicotina, em processo movido em face da Philips Morris[64].

Filio-me ao entendimento de Hugro Nigro Mazzili, basta verificar que outros fatores da ação coletiva são analisados sob a ótica do titular da relação jurídica, como por exemplo, a litispendência entre ações coletivas, já que eles são os verdadeiros beneficiários da tutela jurisdicional buscada, inclusive dos efeitos advindos do julgamento do processo.

A título de esclarecimento, o juiz, ao se deparar com ações com mesma causa de pedir, pedido, mas ajuizadas por legitimados diferentes, por exemplo, uma pelo Ministério Público e outra por Associação, deverá, malgrado, aparentemente, inexista a identidade dos três elementos da ação, reconhecer a litispendência, já que, juridicamente, em ambas são defendidos pretensos direitos dos mesmos titulares:

Assim, decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS. IMPETRAÇÃO DE DOIS MANDADOS DE SEGURANÇA POR DUAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DA MESMA CATEGORIA PROFISSIONAL. MESMA CAUSA DE PEDIR. IDENTIDADE PARCIAL DE PEDIDOS. CONTINÊNCIA. CONFIGURAÇÃO.
> I- O aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo

[63] CAMBI, Eduardo*. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo:* Revista dos Tribunais*, 2006,* p. 425.

[64] BRASIL. STJ. 4ª Turma. Processual Civil e Direito do Consumidor. Recurso Especial nº 140.097 - SP (1997/0048568-4). Recorrente: Phillips Morris Marketing S/A. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 04 de maio de 2000, v.u. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700485684&dt_publicacao=11/09/2000> Acesso em: 21.06.2010.

> simples exame das partes que figuram no pólo ativo da demanda. Assim, impetrados dois mandados de segurança por associação e por sindicato, ambos representantes da mesma categoria profissional, os substituídos é que suportarão os efeitos da decisão, restando, assim, caracterizada a identidade de partes.
> Recurso ordinário parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos ao e. Tribunal *a quo*, para que julgue o *mandamus*.[65]

Afigura-se, então, razoável que, se outros institutos ou fatores processuais levam em consideração levam em consideração os substituídos, por, *ubi eaden ratio legis, ibi eaden legis dispositivo*, de igual modo será a verificação da hipossuficiência, já que os legitimados agem em defesa de interesses da coletividade consumidora.

Em suma, a defesa dos direitos coletivos (*lato sensu*) deve ser facilitada em juízo (arts. 6º, inc. VIII da Lei n. 8.078/90 e 21 da Lei n. 7.347/85), pois o Ministério Público atua na condição de substituto processual da sociedade.

Quanto à verossimilhança das alegações, é possível sua visualização na seara da tutela coletiva do consumidor, sobretudo em ações civis públicas instruídas com inquéritos civis, pois os dados neles existentes, ordinariamente, aumentam a possibilidade de demonstrar esse requisito.

Em suma, mesmo em caso de alegação de verossimilhança calcada em indícios oriundos de inquérito civil, diante da exigência de mera cognição sumária para a decretação da inversão, a natureza inquisitória daquele procedimento administrativo não será óbice para decisão favorável, desde que haja obediência ao contraditório em juízo e o ato judicial favorável seja devidamente fundamentado.

Impende esclarecer que, para tanto, não é suficiente a simples instrução da inicial da ação civil pública com cópia do inquérito civil para que, automaticamente, se tenha por reconhecida a presença da verossimilhança, exige-se mais, isto é, que o legitimado fundamente e aponte quais documentos, fatos etc, subsidiam sua alegação de verossimilhança, a fim de que o juiz, calcado nas regras de experiência, decida sobre sua existência ou não[66].

---

[65] BRASIL. STJ. 5ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 24.196/ES (2006/0101994-6), Recorrente: Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário no Estado do Espírito Santo. Rel. Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 13 de dezembro de 2007, v.u. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=747236&sReg=200601019946&sData=20080218&formato=PDF>. Acesso em 20.06.2010, grifo nosso.

[66] Admitindo-se o preenchimento desse requisito com base em elementos contidos no inquérito civil: BRASIL. TJRS. Vigésima Primeira Câmara Cível. Apelação Cível nº 70030565899. Apelante: Luiz

Nos demais casos em que ausente o inquérito civil, seja por opção do Ministério Público ou se trate de ações movidas pelos outros legitimados, deverão ser trazidos aos autos indícios probatórios suficientes à prova da verossimilhança.

Em quaisquer desses casos, não se pode descartar a eventual utilização de precedentes jurisprudenciais coletivos que versem sobre ações que tenham causa de pedir e pedido semelhantes, para corroborar outros indícios trazidos pelo legitimado com o fim de demonstrar a verossimilhança, remanescendo-se a observação quanto ao contraditório.

3.2.2 OUTRAS QUESTÕES LIGADAS À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

Quanto à responsabilidade pelas despesas decorrentes da produção probatória, aplica-se raciocínio jurídico idêntico ao feito em relação às demandas individuais, ou seja, em se invertendo o ônus da prova na tutela coletiva do consumidor o interessado em sua produção arcará com os gastos ou o Autor, indiferentemente se tratar do Ministério Público ou de algumas das Pessoas Jurídicas de Direito Público legitimadas, sob pena de se inviabilizar o acesso amplo à justiça.

Esse é o entendimento esposado por JOÃO BATISTA DE ALMEIDA, *in verbis*:

> A LACP assume posição diametralmente oposta àquela adotada pelo CPC. Enquanto neste a regra é o adiantamento de custas e despesas processuais pelo autor ou parte que requereu o ato judicial (perícia, p.ex.), *ex vi* do art. 19, na ação civil pública prevalece regra em sentido oposto: se não haverá adiantamento de custas e despesas processuais (LACP, art.18). O que se explica pela natureza transindividual indivisível dos interesses difusos e coletivos e pela relevância social dos individuais homogêneos. Idêntico procedimento é adotado em relação à ação popular manejada pelo autor (qualquer cidadão) para anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (CF, art. 5.°, LXXlll).
> Se em relação às custas é tranqüilo o não-adiantamento, por serem parcelas devidas ao Poder Público, o mesmo não se pode dizer dos honorários periciais, quando a perícia deve ser feita por peritos particulares. Não adiantar, neste caso, seria impor a estes a obrigação de financiamento da perícia, por prazo geralmente longo, sem a garantia de recebimento a final. E isso deles não é viável exigir-se.[67]

Rebesquini. Rel. Des. Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, RS, 12 de agosto de 2009. *DJE* 4174, 11.09.2009, p. 93.

[67] ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001, p. 173-174, grifo nosso.

Aliás, a vigência do art. 18 da Lei nº 7.347/85[68] vem sendo negada pelo Superior Tribunal de Justiça, guardião da legislação federal, no sentido de que, em relação aos honorários periciais, prevalecem as regras gerais dos artigos 19 e 33 do Código de Processo Civil.

Esse entendimento, atualmente, é pacífico naquele Corte:

> PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS PERICIAIS – MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 18 DA LEI N. 7.347/85 – ADIANTAMENTO DAS DESPESAS – CABIMENTO – PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO DO STJ – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 232/STJ. 1. **O Ministério Público deve se sujeitar à exigência do depósito prévio referente aos honorários do perito nas demandas em que figura como autor, incluídas as ações civis públicas que ajuizar**. 2. Precedentes: REsp 933079/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.2.2008, DJe 24.11.2008; REsp 981.949/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 8.4.2008, DJe 24.4.2008. Agravo regimental improvido.[69]
>
> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 18 DA LEI 7.347/85. SÚMULA 232/STJ.
> 1. **O Ministério Público, nas demandas em que figura como autor, incluídas as ações civis públicas que ajuizar, fica sujeito à exigência do depósito prévio referente aos honorários do perito, à guisa do que se aplica à Fazenda Pública, ante a ratio essendi da Súmula 232/STJ, 'A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'**.
> 2. Sob esse enfoque, sobreleva notar, recente julgado desta Corte, verbis: 'PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DAS DESPESAS NECESSÁRIAS À PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85. CPC, ART. 19.
> 1. Não existe, mesmo em se tratando de ação civil pública, qualquer previsão normativa que imponha ao demandado a obrigação de adiantar recursos necessários para custear a produção de prova requerida pela parte autora. Não se pode confundir inversão do ônus da prova (ônus processual de demonstrar a existência de um fato), com inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais.
> 2. A teor da Súmula 232/STJ, 'A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'. O mesmo entendimento deve ser aplicado ao Ministério Público, nas demandas em que figura como autor, inclusive em ações civil públicas.
> 3. Recurso especial a que se nega provimento.'REsp 846.529/MS, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 19.04.2007'.

---

[68] BRASIL. *Lei 7.347/85. Lei da ação civil pública.* Art. 18 – Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm.> Acesso em: 07 de junho de 2010.

[69] BRASIL. STJ. 2ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.091.843/RJ. Agravante: Ministério Público Federal: Rel. Min. Humberto Martins, Brasília, DF, 12 de maio de 2009, v.u. Disponível:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=881294&ssReg=20082121834&sData=20090527&formato=PDF> Acesso em 22.06.2010, grifo nosso.

> 3. Recurso especial desprovido[70].

De acordo com o ensinamento de Hugo Nigro Mazzili, na prática, incumbirá ao Poder Público a que pertence adiantar as despesas periciais:

> Agindo como órgão do Estado, o Ministério Público responsabiliza a pessoa jurídica a que pertence. O próprio Ministério Público não se responsabiliza porque não tem personalidade jurídica; e seus membros, quando ajam no exercício regular de suas funções, mesmo que provoquem danos, também não se responsabilizam pessoalmente, mas sim, na qualidade de agentes políticos originários, responsabilizam o próprio Estado. Por certo que, quando procedam de forma irregular, podem e até mesmo devem ser responsabilizados pessoalmente, ora na esfera administrativa, ora civil, ora até mesmo penal, mas não nos próprios autos da ação civil pública ou coletiva.
> O próprio Ministério Público não sucumbe, não adianta despesas nem paga custas ou honorários; em caso de improcedência, quem arcará com esses encargos será o Estado. Como órgão estatal, quando o Ministério Público oficial, é como se o próprio Estado o estivesse fazendo.[71]

Esse entendimento de Hugo Nigro Mazzilli merece apenas uma anotação, já que, para esse fim, também, poderá ser utilizado recurso oriundo do Fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85[72].

Ao arremate, quanto ao custo para elaboração da perícia este deve ser suportado pela parte que é interessada na realização dessa prova, ou seja, incide subsidiariamente à Lei de Ação Civil Pública o disposto no art. 19, § 2º do CPC, ou seja, o ônus de arcar com as despesas periciais será do Autor, seja associação, pessoa de direito público ou o próprio Ministério Público caso seja por ele postulada ou determinada de ofício pelo juiz, cujos recursos advirão do Estado ou do Fundo previsto no art. 13 da Lei de Ação Civil Pública.

Quanto ao momento adequado para a inversão do ônus da prova na ação civil pública consumerista, reiteram-se os fundamentos exarados quando da análise

---

[70] BRASIL. STJ. 1ª Turma. REsp 733.456/SP, Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 20 de setembro de 2007, v.u. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=722695&sReg=200500435325&sData=20071022&formato=PDF> Acesso em 22.06.2010, grifo nosso.

[71] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 584, grifo nosso.

[72] BRASIL. *Lei 7.347/85. Lei da ação civil pública.* Art. 13 – Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 07 de junho de 2010.

desse tema em relação ao processo individual, ou seja, o saneador ou o início da instrução é o momento apropriado, com apenas uma observação: se o juiz for daqueles que designam audiência preliminar com vistas à eventual transação, não obtendo esse êxito, será o saneador o momento próprio, caso contrário, se for contrário a essa possibilidade de transação, decidirá a seu respeito prestes ao início da instrução, isto é, antes da determinação de especificação ou não das provas a produzir.

3.3 CARGA DINÂMICA NAS AÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO

3.3.1 CARGA DINÂMICA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

No direito processual civil brasileiro, a aplicação da teoria dinâmica da prova conceituada em linhas anteriores vem ganhando adeptos.

Um de seus principais defensores é o jurista Antônio Janyr Dall'Agnol Junior, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> Este rápido passeio pelo preocupante assunto do ônus da prova tem como objeto, não o de convencer, senão que o de estimular os estudiosos em geral a uma meditação, uma revisão crítica e uma interpretação sistemática. O art. 333 do CPC não pode ser examinado isoladamente (como poucos dispositivos legais o podem ser de resto), mas em conjunto com as demais regras – e sobretudo considerados os princípios que informam o processo civil na sua feição atual, menos individualista e mais solidária. A regra assentada naquele artigo deve ser vista como o derradeiro método de solução de pendenga judicial em sistema de direito positivo, como o nosso, em que a iniciativa judicial se impõe. O processo brasileiro se desenvolve por impulso do juiz (art. 263 do CPC), a quem se confere poderes de iniciativa em tema de prova (art. 130 do CPC). É, assim, verdadeiro dever do juiz o comportar-se com dinamismo. Não se lhe pede que realize pela parte a prova, mas seguramente que envide todos os esforços para que o litígio se resolva segundo o alegado e provado, lançando mão dos meios que lhe oferece o direito positivo para obviar a prova insuficiente, ou mesmo inexistente, antes de abrigar-se sob a regra do art. 333 do CPC. O compromisso do juiz, diz-se amiúde, mas nunca é demais repeti-lo, é com o caso concreto. Deve submeter-se à norma jurídica, sem dúvida, mas jamais esquecer-se que ela não se exaure no aspecto formal, na lei, senão que se compõe de elementos outros, que, as mais das vezes, só se lhe oferece com o processo. A doutrina da carga dinâmica da prova, assim, vem a ser um instrumento a mais, para a correta solução do caso, encontrando plena realização em sistemas que operam com o princípio da persuasão racional, segundo os termos do art. 131 do CPC: 'Artigo 131: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento'. Os limites do exame judicial são estabelecidos pelos limites da própria demanda, mas a solução há de oferecer o juiz com base no que se encontra nos autos

> demonstrado, independentemente de onde se originou a demonstração, admissível que é, inclusive, a sua própria iniciativa (art. 130 do CPC).[73]

DURVAL CARNEIRO NETO, aponta as seguintes razões para o acolhimento da teoria da carga dinâmica no direito brasileiro: a) concretiza, por exemplo, princípios constitucionais que consagram direitos e garantias fundamentais (ampla defesa, contraditório, igualdade, dignidade da pessoa humana e acesso à justiça); b) sua aplicação supletiva decorre de dispositivos existentes no próprio Código de Processo Civil; c) encontra eco na regra da inversão do ônus da prova; e d) busca a realização dos fins sociais e do bem comum em plena compatibilidade com a regra do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil[74].

Na jurisprudência, essa teoria já havia sido adotada, no ano de 1996, em julgado do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo então Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA.
> 1. **Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus**.
> 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo acidente.
> 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade.
> 4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula.
> 5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada.
>
> Recurso Especial não conhecido.[75]

Na jurisprudência atual[76], destacam-se os seguintes julgados oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS – cobrança.
> - AFIRMADA A EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE CADERNETA DE POUPANÇA, É JURÍDICA A PRETENSÃO DE QUE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEPOSITÁRIA APRESENTE OS EXTRATOS DA CONTA –

---

[73] DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 788: 92-107, jun/2001, p. 106 , grifo nosso.

[74] NETO, Durval Carneiro. *Processo, Jurisdição e Ônus da Prova no Direito Administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 162.

[75] BRASIL. STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 69.309/SC, Recorrente: Clínica Neurológica e Neurocirúrgica de Joinville e Outro. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, DF, 18 de junho de 1996, v.u. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num registro=199500333414&dt publicacao=26-08-1996&cod tipo documento> Acesso em: 23.06.2010.

[76] Durante a realização desse trabalho monográfico, em pesquisa ao sítio eletrônico www.tjmt.jus.br/ não foi localizado nenhum julgado sobre o tema.

AINDA QUE O DEPOSITANTE NÃO LHE RECORDE O NÚMERO, POIS FACILMENTE IDENTIFICÁVEIS PELO BANCO ATRAVÉS DO CPF.
- A PROVA INCUMBE ÀQUELE A QUEM É MAIS FÁCIL DEMONSTRAR O FATO, OU A QUEM, POR SUA PROFISSÃO, CONTA COM OS ELEMENTOS PARA FAZER ESSA PROVA.
AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.[77]

CONDOMÍNIO. MULTA. NEGATIVA DE PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL. TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. Se a condômina nega a prática de ato infracional que ensejou a multa, cabe ao condomínio comprovar que a infração ocorreu. Não podendo a parte autora produzir prova negativa, aplica-se a Teoria da Carga Dinâmica da Prova, que impõe o ônus de produzi-la a quem tem condições para tanto. Recurso desprovido.[78]

SEGURO DPVAT. MORTE. SÚMULA Nº 14 DAS TURMAS RECURSAIS. PAGAMENTO PARCIAL. CARGA DINÂMICA DA PROVA.
Evento ocorrido em 1999. Seguradora que afirma ter indenizado, sem comprovar o efetivo pagamento. Prova que incumbe à seguradora, pela aplicação do princípio da carga dinâmica da prova. Pagamento, contudo, não demonstrado por qualquer meio. Procedência evidenciada. Lide, no mais, que se solve à luz de entendimento sumulado pelas Turmas Recursais Cíveis (verbete nº 14).
Recurso desprovido. Unânime.[79]

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MOTO QUE CAI EM BURACO OCASIONADO POR REGISTRO DE ÁGUA. TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. RESPONSABILIDADE DA CORSAN. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS.
Toda a atividade probatória possível ao autor foi suficientemente realizada. Juntada de comunicação de ocorrência, atestados médicos, boletim de atendimento em hospital, exames e depoimento de taxista que o socorreu.
2. Buraco consertado pela ré logo após o acidente. Verificação de asfalto novo.
3. Responsabilidade da demandada em virtude da negligência da conservação do registro de água.
4. Dano material fixado em R$ 700,00 pelo conserto da motocicleta. Dano moral in re ipsa. Fixação do quantum em R$ 2.000,00 por ter o autor fraturado a perna. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.[80]

---

[77] BRASIL. TJRS. 1ª Câmara Especial Cível. Agravo de Instrumento nº 70020306940. Agravante: Alfreu Silveira Barcelos. Rel. Dr. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil. Porto Alegre, RS, 28 de junho de 2007, decisão monocrática. *DJE* 3636, 10.07.2007, p. 73.

[78] BRASIL. TJRS. 1ª Turma Recursal Cível. Recurso Cível nº 71001485655. Recorrente: Condomínio Edifício Tom Jobim. Rel. Dr. Pio Giovani Dresch. Porto Alegre, RS, 30 de janeiro de 2008, v.u. *DJE* 3778, 08.02.2008, p. 72.

[79] BRASIL. TJRS. 1ª Turma Recursal Cível. Recurso Inominado nº 71001806744. Recorrente: Sul América Seguros. Rel. Dr. João Pedro Cavalli Junior. Porto Alegre, RS, 16 de outubro de 2008, v.u. *DJE* 3957, 22.10.2008, p. 159.

[80] BRASIL. TJRS. 2ª Turma Recursal Cível. Recurso Inominado nº 71001633601. Recorrente: Carlos Alberto de Amorim Klein. Rel. Dr. Hilbert Maximiliano Akihito Obara. Porto Alegre, RS, 03 de dezembro de 2008, v.u. *DJE* 3991, 10.12.2008, p. 108.

Verifica-se dos julgados a adoção da dinamização do ônus da prova em ações de diversas naturezas, não se limitando sua aplicação tão-somente às ações que versam sobre relação de consumo.

Do exposto, conclui-se que essa teoria não é domada por questionamentos limitados à natureza disponível do direito controvertido, já que o direito à prestação jurisdicional efetiva não se contenta mais a um simples comando judicial final em total disparidade com a realidade dos fatos judicializados, muitas vezes, de difícil compreensão não só para os leigos, como para os estudiosos.

Aliás, tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 3015/2008 com o objetivo de alterar a redação do art. 333 do CPC, a fim de se amoldar aos nortes traçados pela teoria da carga processual dinâmica, possibilitando ao juiz imputar o ônus de prova complexa à parte que tenha menos dificuldade dele se desvencilhar[81].

Admitida a aplicação da teoria dinâmica da prova no direito processual civil brasileiro, não se pode olvidar que sua adoção, no caso concreto, se sujeita a determinados critérios.

Em primeiro lugar, a teoria dinâmica do ônus da prova somente poderá ser realizada de forma suplementar, ou seja, o magistrado tomará decisão dessa natureza apenas diante de eventual caso concreto em que a dificuldade probatória seja patente a um dos pólos e de menor complexidade ao outro, afigurando-se imprópria a regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil[82].

A esse critério, Marinoni, o denomina de condicionante material, *in verbis:*

> **6. Condicionantes Materiais da Distribuição Dinâmica.** Na perspectiva material, para que se dê a dinamização do ônus da prova, deve-se apontar a não-incidência, por inadequação, do art. 333, CPC. Uma regra só incide e é aplicável se o seu suporte fático se verifica e se sua aplicação não é excluída pela finalidade que motiva a edição da própria regra. Não estando atendida a razão motivadora da regra, essa tem a sua incidência afastada por não se razoável a sua aplicação. Em sua dimensão subjetiva, de regra

[81] BORGE, Felipe Dezorzi. A distribuição dinâmica do ônus da prova: expressão do acesso à justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2429, 24 fev. 2010. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14401>. Acesso em: 24 jun. 2010.

[82] Nesse sentido: AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>. Acesso em: 24 jun. 2010 apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto*. Disponível em:<http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 26.01.07.

> de instrução, o ônus da prova serve para orientar a conduta probatória das partes, visando levar ao processo todos os elementos de prova necessários para justa resolução do caso concreto. O desiderato que se assinala ao ônus da prova, nessa perspectiva, está em possibilitar que se alcance a justiça do caso concreto. Eis aí a sua razão motivadora. E, evidentemente, não se pode imaginar que se chegará a uma solução justa atribuindo-se a produção de prova diabólica a uma das partes, ainda mais quando a outra parte, dadas as contingências do caso, teria melhores condições de provar. Tal ocorrendo, não pode incidir o art. 333, CPC. Logo em seguida, deve-se aferir se a outra parte, a princípio desincumbida do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar. Vale dizer: se terá maior facilidade em produzir a prova. Tendo, legitimada está a dinamização do ônus da prova. Observe-se o ponto, porém: não se poderá, de modo nenhum, dinamizar o ônus da prova se a atribuição do encargo de provar acarretar uma *probatio diabólica reversa,* isto é, incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica[83].

Em segundo lugar, existem as condicionantes processuais, que são a fundamentação da decisão e o redirecionamento do ônus da prova com a oportunidade de produzir prova dele decorrente, consoante lição do processualista, in verbis:

> **7**. **Condicionantes Processuais da Distribuição Dinâmica**. Em termos processuais, duas são as condicionantes para dinamização do ônus da prova: motivação da decisão e atribuição do ônus da prova com a correlata oportunidade de provar. A fundamentação da decisão a propósito da dinamização do ônus da prova tem de estar expressa nos autos, indicando, a uma, a razão pela qual não incide o art. 333, CPC, e, a duas, os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem maior facilidade probatória diante do caso concreto. O ideal é que essa organização do processo em tema de prova se dê no quando da audiência preliminar (art, 331, CPC), oralmente, em regime de diálogo entre as pessoas do juízo, ou, por escrito, à semelhante altura do processo (art. 327, CPC). Nada obsta, porém, que se dinamize o ônus da prova em momento posterior, dês, é claro, que se lhe acompanhe a correlata oportunidade de provar. Vale dizer: em sendo o caso, reabra-se a fase instrutória, a fim de não se ferir o direito fundamental à prova no processo civil. Fora daí há retroatividade da normativa sobre o ônus probatório, o que é evidentemente vedado no direito processual civil brasileiro[84].

Nessa senda, atualmente, afigura-se plenamente possível, a aplicação da teoria dinâmica da prova no direito processual civil individual brasileiro, condicionando-se sua adoção aos critérios supramencionados, que darão segurança ao magistrado e às partes, afastando-se eventual possibilidade de nulidade processual.

---

[83] MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais*, 2008, nota 6 ao art. 333, p. 337, grifo nosso.

[84] *Ibidem*, p. 337/338.

3.3.2 CARGA DINÂMICA NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

Uma vez deliberado sobre a admissibilidade da adoção da teoria da carga dinâmica da prova em ações individuais no direito processual civil brasileiro, doravante será enfrentado esse tema em relação às ações coletivas consumeristas.

De início, impende salientar que a dificuldade probatória não se limita às ações individuais, uma vez que nas ações coletivas a complexidade da produção da prova, quiçá é até maior, pois comum se deparar com situações de difícil resolução probatória.

Se em relação ao processo individual, reconhece-se a aplicabilidade da teoria da carga dinâmica da prova, *a fortiori* no processo coletivo, o qual teve como motivador de sua criação a repercussão social dos interesses defendidos, sejam eles classificados como individuais homogêneos, coletivos ou difusos.

Eduardo Cambi, objetivamente, chama a atenção para o risco de proferir sentenças eminentemente injustas, caso seja aplicada a regra estática do art. 333 do Código de Processo Civil sem qualquer flexibilidade às dificuldades probatórias encontradas em determinados casos concretos, *in verbis*:

> O art. 333 do CPC aplicado, sem restrições, ao processo coletivo seria uma grande fonte de injustiças, porque não permitiria a tutela de direitos transindividuais importantes para a sociedade em decorrência das maiores dificuldades que o autor da ação teria para demonstrar os fatos juridicamente relevantes.[85]

Aliás, a teoria da carga dinâmica no processo coletivo, comporta aplicação, *de lege ferenda*, por força dos Anteprojetos de Código de Processo Coletivo que fazem referência expressa à teoria da distribuição dinâmica nas demandas coletivas, um de autoria do Instituto Brasileiro de Direito Processual e, outro, dos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, respectivamente, em seus artigos 11, § 1 e 19, § 1º:

> Art. 11, §1°, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito Processual: 'O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.[86]

---

[85] CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 423.

[86] *Anteprojeto de Código de Processo Coletivo de autoria Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ministério da Justiça* – Última versão. Incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São

> Art. 19, §1°, do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo dos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá: 'O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.[87]

Aliás, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, também adotou a teoria da carga dinâmica em seu art. 12, §1°: 'O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração'.[88]

Quanto aos pressupostos para sua aplicação, reitera-se, para que seja adotada, indiferentemente de se tratar de tutela individual ou coletiva, deverão estar presentes a condicionante material (não-incidência, por inadequação, do art. 333, CPC) e as condicionantes processuais (fundamentação da decisão e o redirecionamento do ônus da prova com a oportunidade de produzir prova dele decorrente).

Dessa forma, ao juiz incumbirá, constatada a circunstância indicada pela condicionante material, atribuirá o ônus à parte que assim entender possuir melhores condições de fazê-lo, observando-se as cautelas inerentes às condicionantes processuais.

Ressalta-se, outrossim, que, na tutela coletiva do consumidor, a teoria dinâmica não poderá ser aplicada em sentido unívoco, apenas para onerar o legitimado passivo (fornecedor), sob pena de desnaturá-la.

Isso se deve em virtude de que, consoante esposado em linhas anteriores, embora ambos os institutos flexibilizem a regra estática prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, para a inversão do ônus da prova é imprescindível que o

---

Paulo, Janeiro de 2007. Disponível em:<http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?>. Acesso em: 16 jun. 2010.

[87] *Anteprojeto de Código de Processo Coletivo de autoria dos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá.* Apresentação do Anteprojeto elaborado em conjunto nos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio De Sá (UNESA), Dezembro de 2005. Disponível em:<http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc>. Acesso em: 16 jun. 2010.

[88] *Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*. Instituto Ibero-Americano de Direito Processual – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf> . Acesso em: 16 jun. 2010.

consumidor, na tutela individual ou, o legitimado, na tutela coletiva, demonstre seus requisitos, proibindo-se decisão de ofício nesse sentido, enquanto a utilização da teoria dinâmica das cargas processuais não está condicionada a pedido das partes, incumbindo ao juiz, no uso de seu *poder instrutório*, atribuir o ônus de provar fato relevante à solução da demanda à parte que tenha melhores condições de exercê-lo.

Tecidas essas considerações, respeitado eventual posicionamento em contrário, forçoso afirmar que o artigo 11, § 1 ou o 19, § 1º, respectivamente, dos Anteprojetos de autoria do Instituto Brasileiro de Direito Processual e, outro, dos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, não podem ser vistos, caso qualquer deles se converta em lei, como simples reiteração, na seara coletiva, da norma prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Data venia, se, de acordo com o posicionamento defendido em relação à inversão do ônus da prova na ação civil pública consumerista, cuja aplicação nesse âmbito, por força do diálogo existente entre a Lei de Ação Civil Pública e aquele *codex*, desde já, é aceita pela doutrina e pela jurisprudência, afigurando-se, assim, desnecessária sua reiteração em um futuro Código de Processo Coletivo.

No máximo, sob o prisma do consumidor (tutela individual) ou do legitimado "favorecido" com a aplicação da teoria dinâmica, configuraria um *plus* em relação à inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto ao momento adequado para a adoção da teoria da carga dinâmica da prova na ação civil pública consumerista, reiteram-se os fundamentos exarados em relação à inversão do ônus da prova, ou seja, o saneador ou o início da instrução é o momento apropriado, observando-se que se o juiz for daqueles que designam audiência preliminar com vistas à eventual transação, não obtendo esse êxito, será o saneador o momento próprio, caso contrário, se for contrário a essa possibilidade de transação, decidirá a seu respeito prestes ao início da instrução, isto é, antes da determinação de especificação ou não das provas a produzir.

Sobre esse tema, art. 19, §1°, do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo dos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, em sua parte final, estabelece que caberá "ao

juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora".

Finalmente, essas são as considerações julgadas relevantes sobre o ônus da prova na tutela coletiva do consumidor, outorgando aos demais operadores do direito e juristas a oportunidade de esclarecimento sobre essas e outras questões inerentes a esse tema, quiçá antes de eventual edição do Congresso do Código Brasileiro de Direitos Coletivos, a fim de que esse provável diploma legislativo nasça em consonância com a evolução do direito processual civil.

CONCLUSÃO

Realizado o estudo sobre o ônus da prova na tutela coletiva do consumidor, necessário tecer algumas considerações finais, dentre elas, primeiramente, que o ônus da prova é um dos institutos que vem sofrendo maiores influências da publicização do direito processual civil, postulado esse que, aliado ao princípio do direito da tutela jurisdicional efetiva e adequada, fortalece os poderes instrutórios do juiz, a fim de que a sentença se amolde o máximo possível à relação de direito material judicializada.

Decorre dessa publicização do direito processual civil que o ônus da prova não pode ser mais visto sob uma ótica unívoca sob a qual o art. 333 do Código de Processo Civil, em relação às partes, tem caráter regra de juízo, olvidando-se que, à luz do direito constitucional à prova, os sujeitos da relação material judicializada exercem papel fundamental na produção probatória, contribuindo, assim, de sobremaneira, para a resolução justa do processo.

Afirma-se, assim, que, em relação às partes, o ônus da prova previsto no art. 333 do Código de Processo Civil, além de ser regra de juízo em eventual e desagradável ocorrência de dúvida invencível do juiz ao proferir uma sentença, também é regra de comportamento, que orienta as partes sobre qual prisma enfrentarão a instrução probatória, papel fundamental para se evitar um *non liquet*.

Outra característica é que em determinadas situações em que a regra estática, prevista no art. 333 do Código de Processo Civil é insuficiente à resolução justa das ações, tem se permitido a intervenção estatal para por as partes em condição de igualdade perante a relação de direito processual, flexibilizando-se sua aplicação.

Pode-se, até, afirmar que a inversão do ônus da prova estabelecida pelo art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor surgiu como um dos principais indícios dessa nova era no direito processual civil caracterizada pelo descontentamento com as disparidades antes assistidas pelo juiz de maneira inerte, tudo com o escopo de dar isonomia às partes no campo processual, em especial no probatório.

Verificou-se, ademais, que essa intervenção não ocorre de forma descriteriosa, sem balizas ou cautela, já que o juiz somente poderá inverter o ônus da prova previsto no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, mediante suprimento dos requisitos da hipossuficiência ou da verossimilhança, segundo as regras comuns de experiência.

Fixadas essas premissas, a inversão do ônus da prova apresenta-se plenamente possível de adoção no âmbito das ações civis públicas de consumo, sob pena de vedação irracional do amplo acesso à justiça e à tutela constitucional do consumidor.

Anotando-se, apenas, que, sob o prisma da tutela coletiva do consumidor, a hipossuficiência das condições técnicas e de conhecimento dos substituídos (consumidores) em vez dos legitimados ativos da ação civil pública, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial exposto.

Outra característica verificada é que, em relação à verossimilhança, há forte tendência de maior sucesso em sua demonstração no âmbito das ações instruídas com inquérito civil, pois, a despeito de sua natureza inquisitória, já que se exige apenas cognição sumária para se decidir sobre a inversão do ônus da prova.

Ademais, qualquer desses requisitos, tanto na tutela individual, quanto na tutela coletiva, somente poderão ser constatados com segurança após o contraditório, sob pena de tomar providência de cunho exclusivamente probatório em uma ação que venha a ser precocemente julgada extinta mediante uma análise mais acurada com a apresentação da defesa, razão pela qual se refuta seu deferimento logo que recebida a inicial, uma vez que no momento da audiência preliminar (saneador) ou antes do início da instrução é o momento adequado à inversão do ônus da prova.

Admitida a flexibilização do art. 333 do Código de Processo Civil pela inversão do ônus da prova, inclusive na tutela coletiva, passou-se ao estudo específico da teoria das cargas dinâmicas da prova, constatando-se que, a despeito de inexistir regramento legal a seu respeito, foi recepcionada pelo direito processual civil brasileiro, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, visualizando-se, assim, que, desde que obedecidos os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, a evolução da ciência do direito não pode ficar condicionada à eventual previsão legislativa, pois é a própria realidade que

impulsiona os operadores do direito a traçar novos nortes para a solução justa da demanda.

Em suma, na há óbice para, desde já, se adotar a teoria da carga dinâmica nas ações coletivas de consumo, desde que estejam presentes a condicionante material e as processuais a ela inerentes, *de lege ferenda* dos Anteprojetos dos Códigos de Processo Coletivo em trâmite no Congresso Nacional, uma vez que a Constituição Federal, por meio de seus princípios constitucionais, aliados aos subsistemas formados pelo CDC e Lei de Ação Civil Pública (princípios a eles correlatos), com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, já se expressam suficientes para a aplicação da teoria dinâmica da prova, já reconhecida, inclusive, no campo do direito processual civil individual.

Essas são as considerações pertinentes sobre o tema, imunes de qualquer pretensão de esgotá-lo, outorgando aos estudiosos do direito processual civil moderno a contribuição para que o direito processual coletivo corresponda às demandas inerentes à efetivação da tutela constitucional do direito do consumidor.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRIDIS, Georgios J. I. B. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. RODRIGUES, Marcelo Abelha (Coords.). *O Novo Processo Coletivo*. Questionamentos sobre a Prova no Processo Coletivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 107-125.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO DE AUTORIA DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ. Apresentação do Anteprojeto elaborado em conjunto nos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio De Sá (UNESA), Dezembro de 2005. Disponível em:<http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc>. Acesso em: 16 jun. 2010.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO DE AUTORIA INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Ministério da Justiça – Última versão. Incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo, Janeiro de 2007. Disponívelem:<http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?>. Acesso em: 16 jun. 2010.

BATISTA LOPES, João. *A prova no Direito Processual Civil*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEDAQUE, José Roberto Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BORGE, Felipe Dezorzi. A distribuição dinâmica do ônus da prova: expressão do acesso à justiça . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2429, 24 fev. 2010. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14401>. Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL, Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <htpp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição_Principal.htm>. Acesso em 27 de maio de 2010

BRASIL. Lei 1.060/50. *Lei da Assistência Judiciária Gratuita*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L1060.htm>. Acesso em: 19 de junho de 2010.

BRASIL. Lei nº 5.869/73. *Institui o Código de Processo Civil.* Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869orig.htm>. Acesso em: 10.05.2010

BRASIL. Lei 7.347/85. *Lei da ação civil pública*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm.> Acesso em: 07 de junho de 2010.

BRASIL. *Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. STJ. *Jurisprudência*. Disponível em:<www.stj.jus.br/>. Acesso em: 17.05.2010.

BRASIL. TJMT. *Jurisprudência*. Disponível em:<www.tjmt.jus.br/>. Acesso em: 18.06.2010.

BRASIL. TJRS. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/sreviços/diario_justica/dj.php.> Acesso em: 18.06.2010.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 38, p. 166-180, abr./jun./2001.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Eduardo. Divergência jurisprudencial: inversão do ônus da prova e o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais. *Revista Jurídica Consulex* – Ano VI – n. 138 – 15.10.2002, p.15.

_____, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3).

_____, Eduardo. A Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transidividuais:alcance exegético do art. 6º, VIII do CDC. *Revista de Processo*, São Paulo/SP, v. 1, n. 127, ano 30, set. 2005, pp. 101-105.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 788: 92-107, jun/2001.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ação Civil Pública Comentários por artigo (Lei n. 7.347, de 24/7/85)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 13, jan./mar./1995.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 2., 12. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____, Luiz. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em: http://www.professormarinoni.com.Br/principal/pub/anexos/20080320041013/A_legitimidade_da_atuação_do_juiz.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de processo civil e no Código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 31, jul./set./1999.

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

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed. rev., amp. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Nelson. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 3. ed. rev. e amp. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

_____, Nelson. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 3, set./dez./1992.

NETO, Durval Carneiro. *Processo, Jurisdição e Ônus da Prova no Direito Administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade*. Salvador: JusPodivm, 2009.

RADLOFF, Stephan Klaus. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078/90*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2002, v. 2.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia do devido processo legal*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.

SOUZA, Álvaro Couri Antunes. A Inversão do ônus probandi no Código de defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 44, p. 17-25, jul./set./2000.

VASCONCELOS BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev., amp. e atual. conforme o novo Código Civil. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 8. ed. rev., amp. e atual. conforme o novo Código Civil. São Paulo: Forense Universitária, 2004.