

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Tiarles Klein

RELAÇÕES DE CONSUMO: ÔNUS DA PROVA PROCESSUAL
DO ART. 6º, INC. VIII, DO CDC E MOMENTO DE SUA
INVERSÃO

Passo Fundo
2011

Tiarles Klein

RELAÇÕES DE CONSUMO: ÔNUS DA PROVA PROCESSUAL
DO ART. 6º, INC. VIII, DO CDC E MOMENTO DE SUA
INVERSÃO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho.

Passo Fundo
2011

Aos meus pais, Alceri e Joarez, pelas bases
sólidas, pela compreensão e pelo amor
incondicional.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela saúde e paz de espírito com as quais sempre me
agraciou.

À minha família, pela pessoa que hoje sou.

À Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, pela
excelência na formação acadêmica.

Ao professor orientador, Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho, pela
disponibilidade e auxílio intelectual na realização desse trabalho.

Às colegas Andressa Bageston Brasil, Lauriane Müller Carlini e
Letícia Simioni, pela verdadeira amizade cultivada.

A todos aqueles que, de uma forma ou outra, contribuíram na
realização da presente monografia.

Um Meio ou uma Desculpa?

"Não conheço ninguém que conseguiu realizar seu sonho sem sacrificar feriados e domingos pelo menos uma centena de vezes. Da mesma forma, se você quiser construir uma relação amigável com seus filhos, terá que se dedicar a isso, superar o cansaço, arrumar tempo para ficar com eles, deixar de lado o orgulho e o comodismo. Se quiser um casamento gratificante, terá que investir tempo, energia e sentimentos para esse objetivo. O sucesso é construído à noite! Durante o dia você faz o que todos fazem. Mas, para obter um resultado diferente da maioria, você tem que ser especial. Se fizer igual a todo mundo, obterá os mesmos resultados. Não se compare à maioria, pois, infelizmente, ela não é modelo de sucesso. Se você quiser atingir uma meta especial, terá que estudar no horário em que os outros estão tomando chope com batatas fritas. Terá de planejar, enquanto os outros permanecem à frente da televisão. Terá de trabalhar, enquanto os outros tomam sol à beira da piscina. A realização de um sonho depende de dedicação dirigida. Há muita gente que espera que o sonho se realize por mágica, mas toda mágica é ilusão, e a ilusão não tira ninguém de onde está; em verdade, a ilusão é combustível dos perdedores e preguiçosos, pois: quem quer fazer alguma coisa, encontra um MEIO. Quem não quer fazer nada, encontra uma DESCULPA."

Roberto Shinyashiki

RESUMO

O número de demandas judiciais envolvendo relações de consumo é cada vez maior, o que exige uma aplicação eficaz das normas consumeristas. O instituto jurídico da inversão probatória constitui ferramenta eficaz na proteção do consumidor em juízo, quando verossímil suas alegações ou for ele hipossuficiente. Dessa forma, a presente monografia tem por objetivo, por meio da utilização do método hipotético-dedutivo, identificar o instante processual adequado à inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, de forma a garantir a facilitação da defesa do consumidor em juízo sem, contudo, violar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Para tanto, analisa-se a possibilidade de inversão no despacho inicial do processo, na fase de saneamento do feito e no momento da sentença, que constituem as três principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, para, ao final, estabelecer qual delas melhor atende aos fins da norma e aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A conclusão da pesquisa evidenciou que a inversão probatória, quando analisada e, se for o caso, determinada até antes do início da fase instrutória, ou seja, no despacho saneador, preserva o verdadeiro objetivo da norma protetiva, que é a facilitação da defesa do consumidor, além de reverenciar os princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que possibilita ao fornecedor se desincumbir do encargo probatório que antes não lhe pertencia.

Palavras-chave: ampla defesa. Contraditório. Inversão. Momento processual. Ônus da prova. Relação de consumo.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.:	Artigo
Arts.:	Artigos
Etc.:	Etecétera
Inc.:	Inciso
Incs.:	Incisos
Min.:	Ministro
Nº:	Número
P.:	Página
Rel.:	Relator
REsp.:	Recurso Especial

LISTA DE SIGLAS

A. C.:	Antes de Cristo
ADCT:	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADOC:	Associação de Defesa e Orientação do Consumidor
APC:	Associação de Proteção do Consumidor
BA:	Bahia
CDC:	Código de Defesa do Consumidor
CF:	Constituição Federal
CONDECON:	Conselho de Defesa do Consumidor
DJ:	Diário da Justiça
DORJ:	Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro
ONU:	Organização das Nações Unidas
PR:	Paraná
PROCON:	Instituto de Defesa do Consumidor
RJ:	Rio de Janeiro
RS:	Rio Grande do Sul
SC:	Santa Catarina
SP:	São Paulo
STF:	Supremo Tribunal Federal
STJ:	Superior Tribunal de Justiça
TJ:	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 CARACTERIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	11
1.1 Evolução histórica do direito do consumidor	11
1.2 Aspectos essenciais da relação jurídica de consumo	19
1.2.1 Consumidor	19
1.2.2 Fornecedor	24
1.2.3 Produtos e serviços	27
2 ÔNUS DA PROVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	31
2.1 Princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa	31
2.2 Ônus da prova no Código de Processo Civil	34
2.3 Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor	39
3 MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.49	
3.1 No despacho inicial	50
3.2 Na sentença.....	53
3.3 No despacho saneador	60
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por escopo a análise do instituto processual da prova no direito brasileiro, com destaque para o sistema de distribuição do ônus da prova nas demandas judiciais afetas ao direito do consumidor, em especial a regra da inversão do ônus probatório prevista no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Considerando o crescente número de litígios envolvendo relações de consumo, e da reconhecida vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, tornou-se imperativo o estabelecimento de meios aptos a facilitar a defesa do consumidor em juízo, de forma a promover o equilíbrio processual entre as partes.

Assim, o CDC, em seu art. 6º, visando efetivar a garantia constitucional prevista no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal (CF), estabeleceu uma série de direitos aos consumidores, tidos como básicos e, dentre eles, a facilitação da defesa de seus interesses em juízo, inclusive com a inversão do *onus probandi*, quando demonstrada a verossimilhança de suas alegações ou sua condição de hipossuficiência, como medida de igualdade processual.

Contudo, o CDC deixou à discricionariedade do juiz a análise desses pressupostos, não estabelecendo em que fase processual deveria ele proceder à verificação. Destarte, doutrina e jurisprudência se encarregaram de formular teorias acerca do momento processual adequado à análise da inversão probatória, havendo três correntes que tentam clarificar a questão.

A primeira corrente teórica sustenta a conveniência da análise dos pressupostos da inversão já no despacho preambular, com base nos elementos trazidos pelo autor na inicial, de forma a estabelecer desde o início do feito o encargo probatório de cada parte.

A segunda corrente defende que a possibilidade de inversão deva ser verificada no momento da sentença, por se tratar de regra de julgamento e não de procedimento; logo, destinada ao juiz, quando insuficiente o acervo probatório carreado para a formação de sua convicção.

Já a terceira corrente assevera que, por se tratar não só de regra de julgamento, mas também de procedimento e, portanto, influenciadora do comportamento processual das partes, a inversão do ônus da prova deve ser analisada e, se for o caso, determinada, na fase anterior ao início da instrução, seja no despacho saneador ou em decisão própria, quando já houver a resposta do demandado, de forma a garantir o contraditório e possibilitar que cada parte se

desincumba de seu encargo de provar na fase instrutória do processo.

Desse modo, na prática, com o conhecimento do real alcance da inversão do encargo de provar, se vislumbra melhores oportunidades aos consumidores de efetivar e defender seus direitos em juízo, ante sua condição de vulnerabilidade.

Nessa senda, demonstra-se a grande relevância do estudo de tal instituto, mormente pelo fato de envolver conflito entre direitos fundamentais, quais sejam, a proteção do consumidor e a ampla defesa, que são autocomplementares e nunca autoexcludentes, e cuja solução se dará, de caso a caso, pela ponderação e aplicação da proporcionalidade e razoabilidade.

Destarte, a presente monografia objetiva, por meio da utilização do método de abordagem hipotético-dedutivo, sopesar as três hipóteses acima descritas, identificando o instante processual oportuno à decretação da inversão probatória, de maneira a estabelecer qual delas melhor se preste a solucionar o problema. Os métodos de procedimento empregados são o histórico e o comparativo, de forma a considerar-se a evolução doutrinária e jurisprudencial acerca da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, comparando-se as diversas teorias existentes sobre o tema, para, ao final, estabelecer aquela que melhor atenda aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assim, no primeiro capítulo, procurar-se-á demonstrar a evolução histórica do movimento consumerista e o surgimento e desenvolvimento do direito do consumidor, bem como a caracterização da relação de consumo.

No segundo capítulo será abordado o instituto jurídico do ônus da prova no direito pátrio, analisando-se os princípios de direito processual previstos na CF, as regras de distribuição do encargo probatório previstas no Código de Processo Civil (CPC), bem assim a regra da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC.

Por fim, o terceiro capítulo analisará as correntes teóricas existentes acerca do momento processual da inversão probatória nas lides de consumo, concluindo-se por aquela que melhor atenda aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

1 CARACTERIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Incontável é o número de relações fáticas pelas quais passam os membros de uma sociedade em seu cotidiano. Contudo, algumas dessas relações, em razão de sua relevância para o meio social, são elevadas à condição de relação jurídica pela incidência da norma jurídica, servindo de padrão de conduta para os seus integrantes, uma vez que servirá de base fática para o processo legislativo, cujo resultado orientará o comportamento social. É o que ocorre, também, no Direito do Consumidor, quando uma relação fática é erigida pelo legislador à condição de relação de consumo e, como tal, digna de tratamento jurídico especial, qual seja, a norma protetiva do consumidor.

Deste modo, urge estabelecer, nesse momento inicial, o real sentido de relação jurídica de consumo, com todas as suas especificidades, para, após, analisar a incidência da norma objeto do presente estudo em referida relação.

1.1 Evolução histórica do direito do consumidor

O direito do consumidor, como parte integrante de um sistema jurídico, é fruto da evolução das relações sociais, das quais surgiam conflitos que necessitavam de solução. Isso implicou em uma evolução paralela das normas jurídicas, a fim de dar uma resposta para os conflitos cada vez mais complexos. Entretanto, há claras evidências históricas indicando a existência de regras relativas a consumidores e fornecedores bem antes do surgimento do direito do consumidor, como hoje é concebido.

As primeiras manifestações acerca da proteção do consumidor remontam à antiga Mesopotâmia, cujo rei, Hamurabi, por volta de 1700 anos a.C., elaborou um conjunto de normas escritas na pedra para o seu reino, conhecido como Código de Hamurabi, que fixava, entre outras, punições ao construtor que edificasse uma obra sem a devida solidez, ao cirurgião que operasse com imperícia, inclusive a pena capital no caso de vítimas fatais (lei de Talião). O Código de Manu, na Índia, já no século XIII a.C., estabelecia multa e punição, além de obrigação de indenizar àquele que adulterasse gênero, alterasse a espécie da coisa

ajustada ou vendesse bens da mesma natureza por preços diversos (FILOMENO, 2007, p. 02-03).

A Grécia Antiga também dava grande importância à defesa do consumidor, conforme ensina Filomeno (2007, p. 03). A Constituição de Atenas, de Aristóteles, designava os cargos de fiscais de mercado, aos quais incumbia evitar adulterações nas mercadorias; fiscais das medidas, que fiscalizavam os pesos e medidas dos produtos comercializados; guardiões do trigo, com a função de vigiar a venda honesta do grão, bem como da farinha pelos moleiros, por preço correspondente à cevada, e do pão pelos padeiros, proporcional ao trigo in natura. Também existiam os inspetores do comércio, que fiscalizavam a destinação mínima de dois terços do trigo produzido para o comércio, bem como os juros sobre o capital.

Já naquela época existia a noção primeva de vícios redibitórios, defendida por Cícero, garantindo ao adquirente de bens duráveis o saneamento de deficiências ocultas que porventura surgissem ou, sendo impossível sanar o vício, a rescisão contratual pela cláusula *ex empto*. Na França medieval, da mesma forma, havia punições vexatórias para aqueles que adulterassem gêneros alimentícios, principalmente leite, manteiga e vinho, tendo o rei Luís XI, no ano de 1481, decretado a pena de banho escaldante àquele que vendesse manteiga com pedras para aumentar o seu peso ou diluísse o leite com água para aumentar seu volume (ROLLEMBERG apud FILOMENO, 2007, p. 03).

No Brasil, há registros do período colonial (século XVII) de normas relativas ao comércio na cidade de Salvador, tais como multa de seis mil réis para quem vendesse mercadorias por preços acima das tabelas fixadas, bem como a severa pena de ser “preso na enxovia (pior cela da cidade) e dela levado para ser açoitado pelas ruas, ficando inábil para vender e desterrado da capitania para todo o sempre” aos donos de taberna que vendessem vinho acima do preço fixado (FILOMENO, 2007, p. 02-04).

O consumo, nos moldes em que hoje é concebido, inexistia até o advento da Revolução Industrial. Antes disso, o que havia era uma produção limitada e artesanal, permeada pelo comércio de alguns bens que não podiam ser produzidos pelas próprias famílias – com exceção, é claro, das classes mais abastadas – inclusive mediante a troca ou escambo.

Contudo, em meados do século XIX, no período pós-Revolução Industrial, o crescimento das cidades provocou o aumento do consumo de bens oferecidos pelos comerciantes (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 02-03). Para dar conta desse aumento na

demanda, a indústria viu a necessidade de aumentar a oferta, mas para isso era necessário aumentar a produção, e o modelo produtivo predominante até então não satisfazia essa necessidade. O trabalho manual precisava dar lugar a um processo produtivo mais rápido, barato e eficiente.

Criou-se então o modelo de produção em série, no qual o produto original é elaborado pelo fabricante por um determinado custo inicial e depois reproduzido quantas vezes se desejar, de acordo com a demanda, baixando o custo final de cada unidade e possibilitando um preço acessível ao maior número de pessoas. Desse modo, o trabalho dos artesãos foi esmagado pela manufatura e as pequenas oficinas deram lugar às grandes indústrias.

Assim, desenvolve-se a chamada sociedade de massa, caracterizada pela produção e consumo crescentes de bens e serviços, o que dá azo a um proporcional aumento das contratações e, por conseguinte, à necessidade de um modelo contratual igualmente rápido e eficiente, que garantisse um padrão nas negociações de massa. Aí está a origem do que o CDC (Lei n. 8.078/90, artigo 54) veio chamar de contrato de adesão, no qual o consumidor apenas decide se adere ou não às condições do fornecedor – cláusulas gerais –, não lhe sendo permitida a discussão das suas cláusulas, vez que uniforme e igual para todos (NUNES, 2005, p. 04).

A partir desse novo modelo de mercado, houve uma substancial modificação das relações políticas, sociais e econômicas, bem como a intensificação dessas relações. O sistema capitalista toma força, e com ele, o avanço do conhecimento humano, que desencadeou um desenvolvimento científico e tecnológico sem precedentes¹. Entretanto, esses avanços também tiveram consequências negativas, pois acentuaram as desigualdades sociais já existentes, na medida em que somente as classes mais altas tinham acesso a essas modernidades. Da mesma forma, a substituição do trabalho manual pelo trabalho mecanizado produziu um contingente de desempregados, que, sem ter onde trabalhar, aglomeraram-se nas periferias das grandes metrópoles.

A demanda produtiva era cada vez maior e para suprir essa demanda, os donos das indústrias passavam a exigir mais de seus empregados, aumentando a carga horária de trabalho, diminuindo salários e restringindo direitos para aumentar o lucro. Ao lado disso, os riscos para os consumidores também aumentaram devido ao largo alcance da produção em

¹ Inicialmente, o desenvolvimento tecnológico se deu com a invenção da máquina a vapor. Posteriormente, surgiram os combustíveis, a eletricidade, máquinas que substituíram o trabalho humano, o avião, avanços científicos como a manipulação do átomo, a genética – transgênicos, genoma, células-tronco –, a velocidade das comunicações, telefone, internet etc.

escala, que ocasionava uma queda na qualidade. Um defeito na concepção de um produto atingiria um sem número de consumidores. Como bem coloca o insigne Sálvio de Figueiredo Teixeira:

A Revolução Industrial, como de resto as revoluções do fim do século XVIII, modificaram substancialmente as relações políticas, sociais e econômicas, culminando também no surgimento de uma nova categoria de indivíduos, os consumidores, que passaram a sentir os efeitos da produção em série e da ampliação das atividades empresariais e comerciais. Desde essa época, há mais de duzentos anos, portanto, os participantes da chamada sociedade de consumo (*mass consumption society* ou *konsumgesellschaft*) passaram a ter alterações em sua vida cotidiana, sob o influxo das demandas econômicas (2006, p. 08, grifos no original).

Dessa feita, os primeiros movimentos reivindicatórios reuniam interesses trabalhistas e consumeristas, buscando a defesa de seus interesses através da ampliação das normas existentes e da intervenção estatal. Tais manifestações iniciaram nos Estados Unidos, com os movimentos dos frigoríficos de Chicago. Em 1891, Josephine Lowell fundou o movimento New York Consumers League (Liga dos Consumidores de Nova York), posteriormente evoluído para a Consumer's Union (União dos Consumidores), existente até hoje, cujo objetivo é a conscientização, reivindicação e defesa dos direitos dos consumidores e trabalhadores, através, entre outras medidas, da confecção de “listas brancas” referentes aos produtos produzidos com respeito aos trabalhadores e de acordo com as normas de segurança do consumidor, bem assim a promoção de ações judiciais para a defesa dos interesses de referidas classes (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 04).

Em 1906, Upton Sinclair, escritor e reformador-social norte-americano, publica o romance *A Selva* (*The Jungle*), no qual denuncia os horrores das condições de vida e de trabalho dos operários na indústria de carne em Chicago e a quase ausência de higiene na produção de embutidos, o que afetava tanto os trabalhadores quanto o produto final que chegava à mesa dos consumidores. Resultado da repercussão dessa obra foi a sanção, pelo presidente Theodore Roosevelt, da primeira lei de fiscalização de alimentos e medicamentos (*Pure Food and Drug Act*) em 1906, e da lei de inspeção da carne (*Meat Inspection Act*) em 1907 (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 05).

Avançando na história, mais precisamente após a II Guerra Mundial, com o triunfo do capitalismo sobre o socialismo e a conseqüente ampliação e abertura dos mercados, instaurou-

se uma era de consumismo, onde tudo, definitivamente, passou a girar em torno do ter e do ter mais.

Em 1962, no dia 15 de março, o então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, encaminha mensagem especial ao congresso dos Estados Unidos sobre proteção dos interesses dos consumidores, na qual afirma que todo cidadão é consumidor, constituindo o mais expressivo grupo da economia, que influencia as decisões econômicas, sejam públicas ou privadas, ao mesmo tempo em que é afetado por elas, sem, contudo, ter uma organização eficaz, prejudicando, assim, a oitiva de seus interesses (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 05-06).

Assim, Kennedy conclamou o Estado americano a voltar seus olhos para esse importante grupo social, sintetizando os principais direitos do consumidor, quais fossem, o direito à saúde, à segurança, à informação, à escolha e, sobretudo, o direito de ser ouvido. Essa mensagem é considerada o marco no movimento consumerista e no surgimento desse novo ramo do Direito, o Direito do Consumidor, tanto que neste dia passou-se a comemorar o dia mundial do consumidor. A partir daí, o consumidor passa a ser reconhecido como sujeito de direitos específicos e merecedor de tutela especial fático-jurídica por parte do Estado.

Com o fenômeno da globalização, formaram-se blocos econômicos entre os Estados, o que provocou o agigantamento das relações comerciais, o surgimento dos grandes conglomerados empresariais e a concentração da produção em diversos setores, sempre com o escopo no lucro. Tudo isso acarretou a intensificação desenfreada do consumo, com olhos focados sempre no destinatário final, o consumidor.

E o Direito, visando sempre acompanhar a evolução da sociedade, precisou se atualizar, a fim de suavizar o enorme abismo existente entre os megaforneecedores e os milhões de consumidores vulneráveis a esse capitalismo selvagem (TEIXEIRA, 2006, p. 08). Os dogmas jurídicos da *pacta sunt servanda*² e autonomia da vontade, herança do Direito Romano, já não eram suficientes para tutelar essa relação entre desiguais, pois permitiam a propagação das mais diversas práticas abusivas, tais como cláusulas de não indenizar, eliminação da livre concorrência, controle de mercado etc.

Conforme sintetiza João Calvão da Silva:

² Pelo qual, o contrato, depois de firmado, deve ser respeitado, vez que constitui lei entre as partes, sob pena de quebra do vínculo contratual.

O ideário liberal individualista era hostil ao consumidor; erguia-se como verdadeiro dique à proteção dos seus interesses. A culpa, assinala Vicent Pizzaro, atuava como uma espécie de couraça intransponível, que protegia o fornecedor, tornando-o praticamente irresponsável pelos danos causados ao consumidor (apud CAVALIERI FILHO, 2010, p. 03).

Seguindo-se na história, em 1973, na sua 29ª sessão, em Genebra, na Suíça, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu a saúde, a segurança, a integridade física, a intimidade, a honra, a informação e o respeito à dignidade humana como garantias básicas dos consumidores, sendo no mesmo ano formulada a Carta de Proteção do Consumidor, traçando diretrizes de prevenção e reparação de danos aos consumidores, a qual serviu de norte para a Resolução do Conselho da Comunidade Européia, de 1975, que dividiu os direitos do consumidor em cinco categorias, a saber: 1ª direito à proteção da saúde e da segurança; 2ª direito à proteção dos interesses econômicos; 3ª direito à reparação dos prejuízos; 4ª direito à informação e à educação e 5ª direito à representação (ser ouvido) (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 06).

Finalmente, em 1985, após dois anos de negociações entre os Conselhos Social e Econômico, a Assembleia Geral da ONU editou a Resolução 39/248³, fixando normas internacionais de proteção do consumidor, a servirem de diretrizes aos países, sobretudo aqueles em desenvolvimento, na elaboração ou aperfeiçoamento da matéria em seus ordenamentos jurídicos, bem assim na adoção de políticas públicas de conscientização e proteção dos consumidores.

Sobre referida resolução, destaca José Geraldo Brito Filomeno:

Nela, basicamente, encontrava-se a preocupação fundamental de: proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança, fomentar e proteger seus interesses econômicos, fornecer-lhe informações adequadas para capacitá-lo a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais, educá-lo, criar possibilidades de real ressarcimento, garantir a liberdade para formação de grupos de consumidores e outras organizações de relevância, e oportunidade para que essas organizações possam intervir nos processos decisórios a elas referentes (2007, p. 06).

A vulnerabilidade do consumidor, portanto, era reconhecida em nível internacional, pois como parte visivelmente mais fraca nas relações de consumo, era merecedor de tutela

³ Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>

jurídica específica. Através de uma série de normas internacionais de tutela do consumidor, que visavam à cooperação dos Estados na matéria, esse direito humano fundamental universalizou-se, sendo que, no Brasil, a primeira manifestação, já tardia, se deu na Constituição Federal de 1988.

Assim, firma-se a ideia de que se trata de um direito humano de nova dimensão, um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco, do leigo, do cidadão civil nas suas relações privadas frente aos profissionais, aos empresários, às empresas, aos fornecedores de produtos e serviços, estando estes em posição de poder em relação àqueles (MARQUES et al, 2009, p. 25-26).

Em virtude do crescimento do movimento consumerista, que tomou proporções globais, principalmente a partir da segunda metade do século passado, começaram a surgir, também, no Brasil, manifestações nesse sentido. Em 1974 teve origem o Conselho de Defesa do Consumidor (CONDECON), no Rio de Janeiro. Já em 1976, foram criadas a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC), em Curitiba e a Associação de Proteção ao Consumidor (APC), em Porto Alegre. Ainda em 1976 o Estado de São Paulo criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que mais tarde daria origem ao PROCON.

No entanto, a proteção dos interesses dos consumidores só passou a ter relevância jurídica com a promulgação da CF de 1988, que em seu art. 5º, inc. XXXII⁴, estabeleceu como direito fundamental a defesa do consumidor por parte do Estado. Já no art. 170, inc. V⁵, a defesa do consumidor foi erigida a princípio da ordem econômica, devendo, pois, nortear toda a atividade produtiva nacional.

Outra previsão constitucional relativa à proteção dos consumidores está estampada no parágrafo 5º do art. 150 da CF⁶ quando, ao estabelecer os limites ao poder de tributar, determinou o constituinte que, mediante lei, ao consumidor seja garantido o esclarecimento dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços. Trata-se aqui do direito à informação, já defendido por Kennedy em 1962. Entretanto, não se vê até hoje, na prática, salvo raras exceções relativas às concessionárias e permissionárias de serviços públicos essenciais, a efetivação desse direito constitucional.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁵ 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;

⁶ Art. 150. [...] § 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

Por fim, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁷ (ADCT) havia estabelecido o prazo de cento e vinte dias, a contar da promulgação da CF, para que o Congresso Nacional elaborasse um código de defesa do consumidor. Assim, visando efetivar a garantia constitucional da defesa do consumidor, com base no anteprojeto elaborado por uma comissão de renomados juristas, foi sancionada, em 11 de setembro de 1990, pelo então Presidente da República, Fernando Collor, a Lei nº 8.078, denominada Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Trata-se de uma lei especial destinada a regular especificamente as relações entre consumidores e fornecedores. O CDC é uma lei principiológica, vez que concretiza os princípios constitucionais da igualdade substancial e da defesa do consumidor, consubstanciado em normas de ordem pública – imperativas e de aplicação imediata – e de interesse social, mormente pelo fato de tutelar relações desiguais, cujo amparo extrapola os interesses meramente privados e, por isso, socialmente relevantes. Nas douradas palavras de Cavalieri Filho:

O Código de Defesa do Consumidor destina-se a efetivar, no plano infraconstitucional, princípios constitucionais, especialmente os princípios da isonomia substancial e da defesa do consumidor. [...] É um sistema de regras de direito logicamente unidas, compreendendo todos os princípios cardiais do nosso direito do consumidor, todos os seus conceitos fundamentais e todas as normas e cláusulas gerais para a sua interpretação e aplicação (2010, p. 10-11).

A Lei nº 8.078/90 veio, assim, para dar efetividade ao dever de proteção dos consumidores por parte do Estado, previsto constitucionalmente como direito fundamental e princípio da ordem econômica. Resultado de anos de luta e reivindicações do movimento consumerista brasileiro e norteado por diretrizes internacionais, em especial a Resolução 39/248 da ONU, além de legislações específicas de outros países como França, Espanha, Portugal e Alemanha, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor é considerado a legislação mais avançada do mundo sobre a matéria.

Após analisar-se a evolução do direito do consumidor no decorrer da história, passa-se, agora, ao estudo da relação jurídica de consumo, com sua caracterização e pressupostos.

⁷ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

1.2 Aspectos essenciais da relação jurídica de consumo

O CDC tem por objetivo regulamentar as relações jurídicas nas quais figurem subjetivamente, de um lado, o consumidor, de outro, o fornecedor, tendo por objeto o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços.

Por relação jurídica entende-se toda relação intersubjetiva que, dada sua relevância social, produz efeitos no mundo do Direito pela incidência de norma jurídica. Segundo o conceito clássico dado por Savigny, relação jurídica é “um vínculo entre pessoas, em virtude do que uma delas pode pretender algo a que a outra está obrigada, sendo o elemento material a relação social e o elemento formal a norma jurídica incidente” (apud CAVALIERI FILHO, 2010, p. 52-53).

Nesta senda, cumpre caracterizar os elementos da relação jurídica específica de consumo, quais sejam, consumidor e fornecedor (elementos subjetivos), produtos e serviços (elementos objetivos).

1.2.1 Consumidor

A conceituação de consumidor é dada pelos arts. 2º, 17 e 29, ambos do CDC. O conceito básico de consumidor, denominado consumidor estrito senso ou standard, encontra-se no caput do art. 2º do CDC⁸, estabelecendo consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Conforme estabelece a norma supra, tanto pode ser consumidor a pessoa física quanto a jurídica, desde que destinatária final do produto ou serviço. Entretanto, a doutrina e jurisprudência divergem quanto à caracterização do destinatário final, havendo, nesse sentido, duas teorias ou correntes que tentam explicar a questão: a maximalista e a finalista.

Para a corrente maximalista, defendida, entre outros, por João Batista de Almeida, basta que o sujeito seja destinatário final fático do produto ou serviço, independentemente da

⁸ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

finalidade para a qual o adquiriu – desde que não configure repasse ou revenda – ou de sua capacidade financeira, para que se caracterize a figura do consumidor (2003, p. 37).

Assim, para os maximalistas, caracteriza-se o consumidor pelo simples ato de retirada do produto ou serviço do mercado, ou seja, a sua destinação final fática, pouco importando a finalidade para a qual o produto ou serviço foi adquirido, seja para consumo pessoal ou para emprego em outra atividade profissional, não havendo que se perquirir acerca da posição de vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor. De acordo com essa corrente, o conceito de consumidor dado pela norma deve ser interpretado de forma ampliativa, de modo a abranger toda a sociedade de consumo.

Até 2004, este era o entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme se haure do seguinte julgado:

Ação de indenização. Contrato de transporte. Embargos de declaração. Código de Defesa do Consumidor. Prescrição. 1. O Acórdão recorrido enfrentou todas as questões apresentadas na apelação, não havendo necessidade de referêcia expressa a determinados dispositivos legais, ausente, portanto, a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2. Aplica-se a prescrição do Código de Defesa do Consumidor (art. 27), em caso de ação de indenização decorrente de dano causado em mercadoria durante o respectivo transporte marítimo, não importando para a definição do destinatário final do serviço de transporte o que é feito com o produto transportado. No caso, o serviço de transporte foi consumado com a chegada da mercadoria no seu destino, terminando aí a relação de consumo, estabelecida entre a transportadora e a empresa que a contratou. 3. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, STJ, REsp. 286.441/RS, Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 03/02/2003).

Entendia a Corte Superior, conforme aresto acima, que a caracterização da relação de consumo independeria da finalidade para a qual fora adquirido o produto ou serviço, mesmo que empregado em outra atividade econômica, desde que o consumidor, pessoa física ou jurídica, se apresentasse como destinatário final fático.

Já quanto à outra corrente, a finalista, Cavalieri Filho assevera que

o conceito de consumidor, na esteira do finalismo, portanto, restringe-se, em princípio, às pessoas, físicas ou jurídicas, não profissionais, que não visam lucro em suas atividades e que contratam com profissionais. Entende-se que não se há falar em consumo final, mas intermediário, quando um profissional adquire produto ou usufrui de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo (2010, p. 56).

Desta feita, para os defensores do finalismo, não é suficiente a simples retirada do produto ou serviço do mercado, necessitando, para que se caracterize o consumidor, a destinação final econômica dos mesmos, ou seja, que a relação jurídica de consumo ponha um fim na cadeia produtivo-econômica de seu objeto. A aquisição deve se dar com o objetivo de satisfação de uma necessidade pessoal, doméstica, sem que o produto ou serviço seja adquirido para revenda ou empenho em outra atividade profissional.

Para os finalistas deve existir, destarte, a vulnerabilidade do adquirente, pois é este o objetivo do CDC, tutelar a parte da relação de consumo juridicamente mais fraca, sob pena de desvirtuar-se totalmente a finalidade da norma. Nesse diapasão, leciona Cláudia Lima Marques:

Não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável (1999, p. 142).

Modificando seu entendimento, o STJ adotou a teoria finalista, conforme julgamento do recurso especial nº 541.867/BA, Segunda Seção, de relatoria do Min. Barros Monteiro, publicado em 16/05/2005, cuja ementa vai abaixo transcrita:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. – A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca.

Entendeu a Corte que a aquisição de bens ou serviços a fim de aperfeiçoar outra atividade profissional não caracterizaria a relação de consumo, mas sim mero ato intermediário de consumo, eis que inexistente a destinação final econômica, não merecendo a tutela da norma protetiva.

A corrente finalista, contudo, foi amainada por parte da doutrina e pela jurisprudência majoritária, passando a considerar como consumidor, em certos casos, algumas pessoas jurídicas e profissionais, tais como microempresas e profissionais liberais, que adquirem produtos e serviços, mesmo que utilizados na sua atividade econômica, mas desde que como destinatários finais e presente o elemento da vulnerabilidade, seja ela técnica, jurídica ou econômica, em relação ao fornecedor. Essa corrente passou a ser denominada de finalista mitigada (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 57-60). Hoje, este é o entendimento do STJ, conforme jurisprudência a seguir colacionada:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - **A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.** - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido (BRASIL, STJ, REsp. 476.428/SC, Relator: Min. Nancy Andrighi, DJ 09/05/2005, grifo nosso).

Pelo atual entendimento, a interpretação finalista restou abrandada, admitindo a aplicação do CDC, mesmo quando o consumidor for pessoa jurídica, desde que reste depreendida, no contexto fático, a vulnerabilidade da parte consumidora perante a fornecedora.

Em síntese, no que pertine à possibilidade de pessoa jurídica ser considerada consumidora, entendem os maximalistas que só não se configurará a relação de consumo caso o bem ou serviço adquirido seja empregado em processo de montagem, produção, transformação ou beneficiamento de outro bem a ser revendido a terceiros (estes sim, consumidores). Caso contrário, a mera destinação final fática configurará a relação de

consumo, independentemente da existência de vulnerabilidade. Já para a corrente finalista pura, a pessoa jurídica somente poderá ser consumidora quando adquirir produtos ou serviços como destinatária final econômica, quer dizer, quando a aquisição se der com o fito de utilização interna, individual, sem aplicação em processos produtivos de sua atividade profissional. Contudo, a corrente finalista mitigada – posição adotada pelo STJ, conforme acima demonstrado – admite a pessoa jurídica como consumidora, mesmo quando aplique o produto ou serviço em sua atividade profissional, desde que exista, entre ela e o fornecedor, alguma forma de vulnerabilidade, seja técnica, jurídica ou econômica, daquela perante este.

Diante de seu caráter principiológico e de tutela geral e abstrata, bem assim o amplo campo de possibilidades de abrangência das relações que regula, o CDC prevê a possibilidade de incidência de suas normas protetivas a outros entes que não se enquadrem no conceito de consumidor estrito senso, isso em razão da possibilidade de serem atingidos pelas atividades dos fornecedores no mercado de consumo, pelos acidentes de consumo e pelas práticas comerciais.

Desse modo, prevê o parágrafo único do art. 2º do CDC⁹ que a coletividade de pessoas que intervenha ou venha a intervir nas relações de consumo, ainda que indetermináveis, equipara-se a consumidor. Trata-se de norma genérica amplificadora do conceito de consumidor, visando à interpretação das normas do código de acordo com os princípios que ele sustenta, especialmente a vulnerabilidade, aplicável, portanto, na totalidade do CDC (MARQUES, 2006, p. 356).

No mesmo norte é o art. 17 do CDC¹⁰, o qual equipara a consumidor todas as vítimas dos acidentes de consumo, ampliando, pois, a abrangência da tutela especial do consumidor estrito senso àqueles que, embora não tenham participado da relação direta de consumo, sejam atingidos, direta ou indiretamente, por sinistros ocorridos durante a produção, distribuição e consumo propriamente dito, dos produtos e serviços.

Tal dispositivo visa, principalmente, dar maior efetividade possível ao dever de reparação dos danos decorrentes dos acidentes de consumo, sejam eles materiais ou morais. “É o que a teoria da responsabilidade civil norte-americana chama de extensão aos *bystanders*, ou seja, circundantes ou terceiros, e que nós outros chamamos de *culpa extracontratual*” (FILOMENO, 2007, p. 34, grifos no original). Pode-se citar como exemplos,

⁹ Art. 2º [...] Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹⁰ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

a explosão em uma fábrica de fogos de artifício que atinge os moradores circundados, o vazamento de detritos de uma refinaria que poluem rio que abastece a cidade, o incêndio em um shopping center etc. Nesses casos, todas as eventuais vítimas serão equiparadas a consumidores e terão a proteção especial da norma consumerista.

Quanto ao art. 29 do CDC¹¹, a equiparação se dá em virtude da exposição às práticas comerciais, aplicando-se, destarte, os art. 30 a 54, independente da configuração ou não do consumidor estrito senso, bastando que o sujeito, determinado ou não, esteja exposto à referidas práticas e seja vulnerável. Nas doudas lições de Cláudia Lima Marques:

O princípio da vulnerabilidade (presumida para o consumidor pessoa física), imposto pelo CDC, está subsumido no seu art. 29, sendo deste pré-requisito lógico. Assim, só se incluem na proteção “equiparada” deste artigo aqueles “profissionais” ou leigos que, vulneráveis, comprovam sua situação de vulnerabilidade fática, econômica, jurídica ou técnica (2006, p. 365).

Denota-se, pois, a finalidade eminentemente preventiva do dispositivo legal em comento, na medida em que tutela todas as pessoas abstratamente, ou seja, a coletividade exposta às práticas comerciais do mercado e potencialmente passível de sofrer prejuízos, não havendo, contudo, a necessidade de interveniência direta em relação de consumo. Visa, portanto, a efetivação da proteção preventiva dos consumidores.

Caracterizada a figura do consumidor, parte mais fraca e, por isso, destinatária da tutela especial conferida pelo CDC, mister individualizar o outro pólo da relação jurídica de consumo, o fornecedor.

1.2.2 Fornecedor

De forma geral, tem-se por fornecedor qualquer pessoa que disponibilize bens ou serviços no mercado, de forma profissional, para a satisfação de necessidades alheias e com o

¹¹Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

intuito de obter lucro. O caput do art. 3º do CDC¹² amplia o conceito de fornecedor, abrangendo em seu teor tanto pessoa física, jurídica, pública, privada, nacional ou estrangeira e os entes despersonalizados.

Diante da amplitude do conceito, inicialmente, haure-se que o fornecedor é quem atua no mercado em caráter de profissionalidade, ou seja, que desenvolve atividade negocial, habitual e remunerada, diga-se, com objetivo de lucro, seja ele direto ou indireto (BONATTO e MORAES, 2003, p. 87-92).

Parte renomada da doutrina entende que a profissionalidade não se constitui em elemento essencial da figura do fornecedor quando se tratar de serviços, dada a concisão do conceito de serviço fixado pelo legislador. Nesse sentido, adverte Cláudia Lima Marques:

Mesmo o § 2º do art. 3º define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual ou reiterada. Segundo a doutrina brasileira, fornecer significa “prover, abastecer, guarnecer, dar, ministrar, facilitar, proporcionar” uma atividade, portanto, independentemente de quem realmente detém a propriedade dos eventuais bens utilizados para prestar o serviço e seus deveres anexos. [...] No art. 3º, § 2º, a *remuneração* do serviço é o único elemento caracterizador, e não a profissionalidade de quem o presta (2006, p. 393-394, grifos no original).

Desse modo, entende Marques que por não estar no conceito legal de serviço, não se pode exigir a profissionalidade para a caracterização do fornecedor, bastando estar presente o requisito da remuneração, bem como a habitualidade ou reiteração da atividade.

Em posição contrária, Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, com igual propriedade, defendem:

Veja-se que o espírito teleológico do CDC é igualar os desiguais, motivo pelo qual é tentado pela Lei Protetiva igualar o consumidor ao fornecedor profissional, pois eles, na relação de direito material, são naturalmente desiguais, exatamente por causa do elemento profissionalidade, que contém as idéias de prevalência de conhecimentos técnicos, costume em realizar determinada atividade, reiteração, organização tendente à obtenção de um resultado finalístico lucrativo etc (2003, p. 91).

¹²Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Bonatto e Moraes, nessa linha, buscam caracterizar o fornecedor com base na finalidade do CDC, quer dizer, na busca da igualdade material entre partes de uma relação desigual, sendo esta desigualdade baseada exatamente na profissionalidade do fornecedor, o que o coloca em uma posição de superioridade em relação ao consumidor.

Quanto ao pressuposto da remuneração, ou finalidade lucrativa da atividade, frise-se que a contraprestação pode se dar tanto de forma direta, quando o consumidor efetivamente paga ao fornecedor pelo produto ou serviço adquirido, como indireta, nos casos de produtos e serviços aparentemente gratuitos (amostras grátis, estacionamento gratuito em estabelecimentos comerciais, lavagem gratuita em postos de combustíveis etc.), pois, nestes casos, a vantagem econômica é auferida indiretamente, seja pelo fato de o custo estar embutido no preço final pago pelo consumidor, seja pela captação de clientela ou publicidade de seu negócio.

Não obstante, prevê o art. 3º que são passíveis de serem considerados fornecedores os entes despersonalizados, quer dizer, sem personalidade jurídica. A doutrina cita como exemplos a massa falida, que embora não mais em atividade, responde pelos prejuízos causados pelos produtos e serviços que tenha colocado no mercado e os chamados camelôs, vendedores ambulantes que, embora informais, desempenham atividade profissional, habitual e com o fito de lucro e, portanto, submetem-se às regras do CDC (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 67).

Em relação às instituições financeiras, muito se discutiu acerca da submissão de suas atividades à normativa consumerista, sendo que em 2004 o STJ editou a súmula nº 297¹³, pela qual as instituições financeiras são abrangidas pelo CDC. A questão restou assentada no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2591, ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro e julgada em 07/06/2006, de relatoria do Ministro Eros Grau, na qual o Supremo Tribunal Federal (STF), através da interpretação teleológica da norma, efetivou a real finalidade pretendida pelo CDC, qual seja, a proteção da parte mais fraca da relação de consumo, o consumidor, haja vista o rotineiro cometimento de abusos pelas instituições financeiras contra seus clientes, o que justifica, por óbvio, a aplicação da norma protetiva específica nessas relações.

Passa-se, por fim, à análise do objeto da relação de consumo, qual seja, o fornecimento de um produto ou a prestação de um serviço.

¹³Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

1.2.3 Produtos e serviços

Analisados os elementos subjetivos constitutivos da relação jurídica de consumo, vale dizer, consumidor e fornecedor, cumpre, agora, caracterizar o elemento objetivo dessa relação, ou seja, o objeto da prestação que liga ambos os pólos pelo vínculo jurídico obrigacional, consubstanciado no fornecimento de um produto ou na prestação de um serviço, consoante preceitua o art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do CDC¹⁴.

Conforme reza o parágrafo 1º, produto é qualquer bem, seja ele móvel, imóvel, material ou imaterial. Denota-se o caráter amplo do conceito, abrangendo todos aqueles bens que, pela ação do homem, são colocados à disposição do consumidor no comércio a fim de satisfazer uma necessidade. Na lição de Filomeno, “produto (entenda-se “bens”) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final” (2007, p. 41). Assim, todo bem que, por ação humana, seja destinado à comercialização, com o adquirente sendo destinatário final, será considerado produto para efeitos do CDC, excluindo-se, entretanto, os chamados insumos, que são aqueles empregados na fabricação ou transformação de outros bens, estes sim destinados à mercancia, bem como os bens ilícitos e os impossíveis, dado que proibida, nesses casos, a contratação.

Podem ser objeto da relação de consumo tanto bens móveis quanto imóveis, abrangendo, pois, as contratações que objetivarem a transferência de propriedade imobiliária, desde que presente a figura do consumidor vulnerável, bem assim do fornecedor (construtora ou incorporadora, por exemplo).

Em relação aos bens materiais, não oferecem maiores problemas de conceituação, sendo, pois, todo bem palpável, tateável. Quanto aos bens imateriais, cumpre transcrever a lição precisa de Bonatto e Moraes, para os quais

¹⁴Art. 3º [...] § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

bens imateriais são os que não podem ser apreendidos, pesados, ou seja, não são palpáveis, embora possam ser avaliados economicamente. Podemos citar, como exemplos, a diversão oferecida pelas casas de espetáculos, as galerias de arte, os Museus, etc. Em todas estas situações não se configura qualquer tipo de ocorrência de consumo na acepção literal da palavra, que comumente induz à noção de “destruição”, “gasto”, “corrosão”, em suma, no sentido de finalização. Emerge, isto sim, o conceito de satisfação de uma necessidade da pessoa, que é fundamental para a obtenção precisa da definição de bem imaterial (2003, p. 95).

Assim sendo, todos os bens economicamente consideráveis, sejam eles corpóreos, como um sapato ou um carro, ou incorpóreos, como os serviços de eletricidade, telefonia, internet etc., constituem produtos para o CDC, e, portanto, passíveis de ser objeto da relação de consumo.

Outra classificação importante dos produtos é em relação à sua durabilidade. Para Rizzatto Nunes, produto durável é aquele que continua existindo após o seu uso, não esgotando sua substância, embora não seja eterno, como os imóveis e automóveis, ao passo que produto não durável é todo bem que se extingue ou vai se esgotando com a sua utilização, como os alimentos e medicamentos (2005, p. 92-93). Tal classificação reveste-se de significância na medida em que os prazos decadenciais para a reclamação por vícios são diferenciados para essas duas classes de produtos, conforme estabelece o art. 26 do CDC¹⁵.

Quanto aos serviços, estes podem ser de natureza material, financeira ou intelectual, podendo ser prestados por entidades públicas ou privadas, desde que remunerados, seja de forma direta ou indireta (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 70). Nesse sentido, apreende-se o conceito de serviço como toda atividade remunerada colocada à disposição do público no mercado, com o objetivo de satisfazer uma necessidade humana, desde que não constitua relação trabalhista. Para Holthausen,

serviço é o fornecimento de certa atividade colocada no mercado à disposição dos consumidores em geral; é, com fulcro no trabalho, desenvolver a produção de atividades que satisfaçam as necessidades humanas em determinada área específica, como, por exemplo, os serviços prestados pelas empresas de transporte, segurança e bancárias (2006, p. 63).

¹⁵ Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. § 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. § 2º Obstat a decadência: I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca II - (Vetado). III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento. § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

O elemento remuneração, como já dito, não necessita se dar exclusivamente de forma direta, mas também indireta, como nas hipóteses de serviços aparentemente gratuitos (estacionamento gratuito em estabelecimentos comerciais, lavagem gratuita em postos de combustíveis, instalações gratuitas etc.), pois, nestes casos, a vantagem econômica é auferida indiretamente, seja pelo fato do custo estar embutido no preço final pago pelo consumidor, seja pela captação de clientela ou publicidade do negócio.

De igual sorte, a normativa do CDC é aplicável tanto aos serviços particulares quanto aos serviços públicos, sendo estes os serviços prestados pelo poder público, diretamente ou por seus agentes delegados, mas sob fiscalização e normativa estatal, com o fito de atender às necessidades do povo.

Sergio Cavalieri Filho distingue os serviços públicos em *uti universi*, sendo aqueles serviços essenciais prestados pelo poder público à toda coletividade de forma indeterminada, como a saúde, educação, segurança etc., e financiados pela arrecadação de impostos; e *uti singuli*, serviços cujos usuários são determináveis, permitindo a aferição do quantum utilizado por cada consumidor, como por exemplo água, energia elétrica, telefonia etc., podendo ser prestados diretamente pela administração, quando a remuneração se dá pela cobrança de taxa, ou prestados por via da delegação (iniciativa privada), remunerados por tarifas ou preços públicos (2010, p. 71-72).

Essa classificação é feita para fins de determinação do campo de incidência do CDC, pois para Cavalieri Filho, entre outros doutrinadores, somente se aplica o CDC aos serviços públicos remunerados por tarifa ou preço público, em razão do direito de escolha do consumidor, pois pode optar pela utilização ou não do serviço, sendo facultativo o pagamento, eis que a relação tem contornos de direito privado. Quanto aos serviços remunerados por impostos, taxas ou contribuições de melhoria, a relação é de direito público, vez que o pagamento da remuneração é obrigatório, não incidindo, pois, a norma protetiva, mas sim, as regras de direito administrativo-tributário. Este é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça.

Outra corrente doutrinária entende que as normas do CDC são aplicáveis, indistintamente, a todos os serviços públicos, sejam eles remunerados por tributo ou tarifa. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques afirma que se aplica o CDC aos serviços públicos concernentes ao fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, transportes públicos, estradas com pedágio, financiamento, construção de moradias populares etc., sempre que estiver presente a figura do consumidor (2006, p. 564-565).

De mesmo norte a posição de Adalberto Pasqualotto, para o qual “os serviços públicos impróprios, prestados direta ou indiretamente pelo Estado ou, ainda, por meio de concessão, autorização ou permissão, estão sob a tutela do CDC, porque remunerados pelo pagamento específico de taxas ou tarifas” (1992, p. 145). Contudo a jurisprudência dos tribunais superiores tem seguido a primeira corrente, inclusive com base na súmula n. 545 do STF¹⁶.

Concluindo, tem-se que, para a configuração da relação jurídica de consumo e, conseqüentemente, sua submissão às regras protetivas do CDC, indispensável a presença desses três elementos: consumidor (estrito senso ou por equiparação), fornecedor, tendo por objeto o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços.

Caracterizada a relação de consumo, com suas especificidades, passa-se, agora, a analisar o instituto do ônus da prova no direito pátrio.

¹⁶ Súmula 545. Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

2 ÔNUS DA PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

A relação jurídica processual é caracterizada por um conflito de interesses, em que uma parte aduz sua pretensão em juízo, visando à satisfação do pretense direito, ao passo que a outra parte, por sua vez, resiste àquela pretensão por meio de sua defesa, com o objetivo de anular a pretensão da parte adversária.

Consoante ensina Carnelutti, a relação jurídica processual surge com o interesse, que é a posição favorável à satisfação de uma necessidade. Quando há divergência de interesses quanto à satisfação dessa necessidade, nasce o conflito, que por sua vez, dá origem à pretensão, que é a exigência de submissão do interesse alheio ao interesse próprio. Havendo a oposição de um dos interesses em conflito por parte do seu titular, bem como a resistência do outro titular, o conflito converte-se em litígio, surgindo o processo como meio interventivo estatal apto a compor referido impasse (CARNELUTTI, 2000, p. 55).

Contudo, não basta apenas a parte alegar o direito, ela deve provar suas alegações através de elementos que demonstrem a veracidade, ou no mínimo a verossimilhança de tais assertivas. Assim, os meios de prova servem para consubstanciar as proposições formuladas por uma parte e impugnadas pela outra, de maneira a servir de substrato para a formação da convicção do julgador acerca dos fatos controversos no processo.

Antes de ingressar na matéria relativa ao ônus da prova, cumpre tecer algumas considerações sobre três princípios fundamentais para o estudo do tema proposto, os quais regem e norteiam todo o direito processual: o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

2.1 Princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa

Os princípios processuais constitucionais, em sua quase totalidade, conforme admitido pela doutrina majoritária, estão positivados no art. 5º da CF e consubstanciam-se no direito ao devido processo legal, à isonomia, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à jurisdição, à publicidade dos atos processuais, à motivação das decisões, ao duplo grau de

jurisdição, à proibição da prova ilícita e à razoável duração do processo¹⁷. De todos os princípios citados, o presente estudo ater-se-á para três deles, dada a sua grande relevância para o tema da inversão do ônus da prova no CDC, bem como pelo fato de nortearem todo o direito processual e os demais princípios que o informam. São eles: o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Pode-se dizer que o princípio do devido processo legal (due process of Law), como princípio processual constitucional mor, abrange em seu manto todos os demais princípios orientadores do processo. Ele realiza “a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 24).

Estabelecido no art. 5º, inc. LIV, da CF, determina o direito fundamental a um processo justo, democrático e com regras pré-definidas. Para Cintra, Grinover e Dinamarco, referido princípio possui duas facetas, quer dizer, ao mesmo tempo em que garante às partes o exercício das faculdades e poderes processuais, também assegura ao Estado o efetivo exercício da jurisdição, tendo o processo como fator legitimante (2010, p. 88).

O devido processo legal concretiza-se não somente com o direito de acesso ao Poder Judiciário, mas que este acesso se dê por meio de um processo regular, regido por normas pré-estabelecidas, desenvolvido em contraditório, onde seja oportunizada às partes a sustentação de suas razões e a produção de provas destinadas a influenciar o convencimento do julgador.

Assim, o princípio do devido processo legal atua não só na esfera de efetivação dos dispositivos legais instrumentais, mas, sobretudo, na efetividade, dentro do processo, de todos

¹⁷ 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: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; 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; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

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;

os direitos e garantias fundamentais expressos na CF, de modo a obter-se uma prestação jurisdicional consentânea a um Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, os princípios do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no inc. LV, do art. 5º da CF¹⁸, estão umbilicalmente atrelados, e até se confundem, dada a função que exercem no processo, uma vez que a garantia da ampla defesa é derivada do exercício do contraditório. Grinover afirma que “as garantias da defesa e do contraditório são intimamente ligadas, porque da defesa brota o contraditório e, pela informação que se dá pelo contraditório, faz-se possível a defesa” (1998, p. 39).

Segundo Rui Portanova, o princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas com características próprias. Ao tomar conhecimento dos atos e termos do processo, está-se efetivando o contraditório, ao passo que o direito da parte de se defender de forma plena, utilizando-se de todos os recursos, é a efetivação da ampla defesa (1999, p. 125).

Nessa linha, o contraditório é concebido como a garantia das partes de serem comunicadas dos atos processuais, bem como de participarem ativamente de tais atos, ou seja, o direito de falar e de ser ouvido no processo, em igualdade de condições, de forma a viabilizar um processo democrático e de acordo com os preceitos constitucionais. É efetivado pela ciência às partes da existência do processo e dos seus atos, bem assim pela possibilidade de reação aos atos que lhes sejam desfavoráveis, legitimando, assim, o provimento jurisdicional.

Conforme explicam Cintra, et al:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o conhecimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético (2010, p. 61, grifos no original).

Humberto Theodoro Júnior afirma que o princípio do contraditório é absoluto, devendo ser observado sempre, inclusive nas hipóteses de apreciação e deliberação de ofício pelo juiz quando a matéria for de ordem pública, sob pena de nulidade do processo. Prossegue o jurista, afirmando que do princípio do contraditório decorrem três consequências básicas: só

¹⁸Art. 5º [...] 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;

configura-se a relação processual com a regular citação do demandado; a sentença só atinge as partes ou seus sucessores e toda decisão só pode ser proferida depois de ouvidas ambas as partes. Mais adiante, salienta que referido princípio exige que a parte não só possa falar sobre as alegações da outra parte, mas que também possa produzir prova contrária, sendo também indispensável que os argumentos e provas de ambos os litigantes sejam devidamente apreciados e ponderados pelo juiz, seja para acatá-los ou rejeitá-los (2009, p. 28).

Entende-se, pois, que o contraditório e a ampla defesa constituem partes de um todo maior, destinados, de forma conjunta e com os demais princípios, à efetivação de uma relação processual justa e equânime, na qual todos os princípios constitucionais sejam formal e substancialmente respeitados, de forma a possibilitar a composição dos conflitos sociais e a legitimar a jurisdição do Estado-Juiz.

Parte-se, agora, para o exame do ônus da prova no processo civil, com suas peculiaridades para, após, analisar a sua aplicação nas demandas relativas às relações de consumo, regidas pelo CDC, e a possibilidade da inversão do ônus probatório nessas lides.

2.2 Ônus da prova no Código de Processo Civil

Como antes referido, o processo tem origem de dois interesses conflitantes que, opostos, geram pretensões e resistências, resultando em um litígio que, por meio do exercício do direito de ação e utilizando-se de um procedimento processual, chegar-se-á à solução da lide, dada através de uma sentença. No decorrer do procedimento, vários são os atos praticados pelas partes, desde a fase postulatória, que abrange o pedido do autor e a resposta do réu, passando pela fase de saneamento, onde são decididas as questões meramente formais, fase instrutória, onde são produzidas as provas que formarão a convicção do julgador, até a fase decisória, na qual o julgador profere sua decisão. Aqui, interessa a terceira fase, qual seja, a instrutória, na qual as partes terão a oportunidade de produzir elementos de prova a favor de suas teses, com o escopo de obter o convencimento do juiz.

A palavra prova pode ter inúmeros significados. No âmbito do direito processual, prova é todo elemento legítimo utilizado para o convencimento do julgador e pelo qual ele forma sua convicção. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.); b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado (2009, p. 480).

Nesse sentido, a prova sustenta a função de embasar as proposições antagônicas arguidas, de forma a persuadir o juiz a acatar uma ou outra, pela demonstração da sua veracidade ou verossimilhança. Desse modo, a prova dirige-se à argumentação relativa às afirmações de fato feitas na petição inicial e na resposta do réu.

Conceituado o instituto da prova, cumpre esclarecer o significado da palavra ônus, que nada mais é que um encargo imputado ao seu titular e no seu próprio interesse, podendo ou não o interessado se desincumbir dele, uma vez que o benefício ou o prejuízo decorrente da sua prática ou inércia atingirão somente ele (SAMPIETRO, 2009, p. 60). Desse modo, constituindo-se o ônus em verdadeira faculdade, no processo civil isso significa que a parte poderá ou não praticar o ato que lhe é facultado para seu interesse, arcando com as consequências legais de sua omissão.

O ônus da prova, como se vê, é a faculdade de produzir elementos de convencimento do julgador sobre os fatos que a lei impõe a cada uma das partes processuais, conforme alude o art. 333 do CPC¹⁹, cabendo ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu os fatos que possam impedir, modificar ou extinguir tal direito. Em outras palavras, o ônus da prova é a necessidade-possibilidade da produção de elementos destinados ao convencimento do julgador, com vistas ao deslinde da demanda em favor da parte que lhe aprover, efetivando-se o seu interesse (HOLTHAUSEN, 2006, p. 100).

No que pertine à distribuição do ônus da prova, consistente no encargo de cada parte de demonstrar a verdade de suas afirmações com o fito de obter sucesso na demanda, uma vez produzidas as provas, não mais importa quem as produziu, mas sim a verificação acerca da comprovação ou não dos fatos relevantes para o feito, uma vez que, a partir daí, as provas pertencem ao processo, pelo princípio da aquisição (CINTRA, et al, 2010, p. 380).

Dessa forma, quando a parte ré impugna a versão trazida pela parte autora, apenas negando o fato em que se baseia, o encargo de provar a veracidade da sua versão é somente da

¹⁹ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

parte autora, pois é seu ônus comprovar o fato constitutivo de seu direito. Todavia, quando o réu contesta a versão do autor, aduzindo algum fato capaz de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor, o ônus da prova é invertido, cabendo ao réu demonstrar tal fato, pois ao alegar esse fundamento, indiretamente admitiu como verdadeira a versão trazida na inicial.

Nesse norte, o juiz se apresenta como destinatário final e imediato da prova, pois toda a fase instrutória se destina à produção de elementos probatórios aptos a influenciar o seu convencimento acerca dos fatos relevantes tidos como controversos.

Contudo, na valoração da prova, o julgador não tem plena liberdade de julgamento, pois o ordenamento brasileiro adotou o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, pelo qual o juiz é livre na formação da sua convicção, mas deve construí-la com base nas provas existentes nos autos, motivando fundamentadamente sua decisão. Destarte, conforme aduz Humberto Theodoro Júnior:

Enquanto no livre convencimento o juiz pode julgar sem atentar, necessariamente, para a prova dos autos, recorrendo a métodos que escapam ao controle das partes, no sistema da persuasão racional, o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo. [...] Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos (2009, p. 415).

É o que se depreende da análise do art. 131 do CPC²⁰, que estabelece a necessidade do julgamento segundo o contido no processo, com a livre apreciação das provas pelo juiz, mas sempre motivando, de forma fundamentada, o processo de construção da sua convicção, para que se evitem decisões arbitrárias.

Destarte, a lei processual permite a utilização de todos os meios legais de prova, ou seja, aqueles positivados no ordenamento jurídico, bem como os moralmente legítimos que, embora atípicos, não são proibidos pelo ordenamento, pois socialmente admitidos como idôneos para a demonstração de uma afirmação fática, notadamente pelo fato de não contrariarem a moral e os bons costumes, conforme preceitua o art. 332 do CPC²¹.

²⁰ Art. 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.

²¹ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

A CF, no inc. LVI do seu art. 5º²², proíbe a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Assim, caso essa prova seja produzida, será considerada inexistente. O objetivo precípua da norma constitucional é proteger os direitos materiais fundamentais que poderiam ser violados na busca de uma prova, tais como a inviolabilidade da intimidade, da imagem, do domicílio e da correspondência, expressos no art. 5º, inc. X, XI e XII, da CF²³.

Nessa senda, oportuno trazer à baila os ensinamentos de Marinoni e Arenhart, para os quais:

O art. 5º, LVI, da CF não nega o direito à prova, mas apenas limita a busca da verdade, que deixa de ser possível por meio de provas obtidas de forma ilícita. O interesse do encontro da verdade cede diante das exigências superiores de efetiva tutela dos direitos. Como é fácil perceber, dita limitação não encontra fundamento no processo, mas sim na efetividade da proteção do direito material. Ou seja, tal norma constitucional proibiu a prova ilícita para dar maior tutela ao direito material, negando a possibilidade de se alcançar a verdade a qualquer custo (2005, p. 364).

No mesmo sentido é a posição da ilustre processualista Ada Pellegrini Grinover, para a qual:

por “prova ilícita” ou por “prova ilicitamente obtida” deve entender-se a prova colhida infringindo-se normas ou princípios de direito material (de direito constitucional, ou também de direito penal, civil, administrativo; mas sobretudo de direito constitucional, porque à raiz da problemática das provas ilícitas está sempre um problema de intimidade, de liberdade, de dignidade humana) (1998, p. 43).

Assim, percebe-se que a real intenção do legislador constituinte ao redigir o inc. LVI do art. 5º não era, em verdade, pelo menos não apenas, proibir a violação de direito fundamental para a obtenção de prova, até porque existem outros dispositivos que vedam isso, mas sim retirar a eficácia processual das provas obtidas por esse meio. O objetivo principal, denota-se, é dar a maior proteção possível aos direitos fundamentais, tanto no plano do direito material puro, quanto na seara processual.

²² Art. 5º [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

²³ Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Contudo, por se tratar de um direito constitucional fundamental e, portanto, equivalente a princípio jurídico, a proibição de utilização no processo das provas ilicitamente obtidas, em certos casos, deve ceder diante do conflito com outros princípios igualmente valorados.

Conforme leciona Alexy, na colisão entre dois ou mais princípios, diferentemente do conflito de regras, no qual se opera a exclusão da validade de uma em detrimento da outra, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, visando dar precedência, no caso concreto, àquele princípio que se apresente mais relevante. Não significa dizer que o princípio desprezado perca validade. Todo o oposto, ele continua permanente e válido, só que, no caso específico, cedeu diante de outro princípio por ter menor peso na ponderação entre ambos (apud VECCHI, 2007, p. 227-228).

Nesse diapasão, lecionam Marinoni e Arenhart:

Especificamente em relação à prova ilícita no processo civil, como já demonstrado, o conflito pode se dar entre o direito fundamental material que se deseja ver tutelado por meio do processo e o direito material fundamental violado pela prova ilícita. Trata-se de colisão entre dois direitos fundamentais igualmente dignos de tutela, que não foram, nem poderiam ser, objeto de prévia ponderação normativa ou de hierarquização. *Dizer que a descoberta da verdade não pode ocorrer por meio de prova ilícita não é o mesmo que afirmar que um direito fundamental material não pode ser através dela demonstrado. O uso da prova ilícita poderá ser admitido, segundo a lógica da regra da proporcionalidade e como acontece quando há colisão entre princípios, conforme as circunstâncias do caso concreto* (2005, p. 374, grifos no original).

Dessa feita, embora não se possa afirmar que a busca da verdade, no processo civil, justifique a utilização de provas angariadas por meios ilícitos, de igual sorte não se pode desprezar a possibilidade de ponderação entre o direito afirmado pela parte e aquele maculado pela prova ilícita, pois na situação concreta ambos podem constituir direitos fundamentais e, como tais, possuir status de princípio, resolvendo-se a colisão entre eles somente pela aplicação da proporcionalidade.

Ainda, quanto à consequência jurídica da admissão de uma prova que, embora proibida constitucionalmente, ingressou no processo, deve-se ter em mente que o procedimento processual probatório abrange quatro fases, a saber: o requerimento da prova pela parte, o juízo de admissibilidade da prova pelo juiz, a produção da prova, quando ela ingressa efetivamente no processo e a valoração da prova, no momento do julgamento. O que

a CF prevê é a inadmissibilidade da prova ilícita, ou seja, é no momento da admissibilidade da prova pelo juiz que se deve perquirir acerca da questão da ilicitude (GRINOVER, 1998, p. 44).

Mas, supondo que mesmo tendo sido produzida por meios ilícitos, a prova seja admitida e ingresse no processo, violando o mandamento constitucional. Cita-se como exemplo a situação de uma empresa que junta aos autos gravação telefônica para comprovar que o consumidor contratou determinado serviço sem, no entanto, ter informado a este que a ligação seria gravada. A consequência é a sua inexistência jurídica. Mesmo estando no processo, ter-se-á como não produzida essa prova, pois, uma vez que a Constituição Federal não admite a prova ilícita no processo, esse ato será considerado absolutamente nulo, não praticado, em outras palavras, um não-ato, devendo, pois, ser desconsiderada dita prova, vez que ineficaz. Grinover explica com maestria a questão, ao afirmar que

as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente *não existem como provas; não têm aptidão para surgirem como provas*. Daí sua total ineficácia (1998, p. 52, grifos no original).

Assim, caso uma prova ilícita, seja pelo motivo que for, ingressar indevidamente no processo e for valorada na sentença, deverá ser extirpada do feito em grau de recurso, proferindo-se nova decisão, eis que a primeira restou maculada pela nulidade no momento em que se baseou em um elemento probatório inexistente.

Traçadas as linhas gerais referentes ao ônus da prova no processo civil, parte-se agora para a análise do instituto processual da inversão do ônus da prova previsto no CDC entre os direitos básicos do consumidor.

2.3 Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

A questão da atividade probatória no processo judicial sempre despertou grandes discussões por parte da doutrina e jurisprudência. Tal embate intensificou-se no ramo do

direito do consumidor, ante seu caráter visivelmente protetivo e principiológico, centrando-se o debate acerca do direito básico à inversão do ônus da prova, previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC²⁴, especificamente nas hipóteses de cabimento e nos momentos processuais em que se operaria a inversão.

Como já visto no tópico anterior, no processo civil, cada parte tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo julgador na solução da demanda. Ao autor cabe demonstrar os pressupostos que dão origem ao seu direito, ao passo que ao réu incumbe comprovar a existência de algum fato que impeça, modifique ou extinga aquele direito.

Essa regra servirá de auxílio ao juiz na prolação de sua sentença, quando houver fatos arguidos e não comprovados, eis que não lhe é dado abster-se de julgar por insuficiência de provas. Desse modo, o juiz identificará, no caso concreto, a quem pertence o ônus da prova, verificando se o seu titular se desincumbiu satisfatoriamente dele ou não (HOLTHAUSEN, 2006, p. 100).

Contudo, diante da latente desigualdade de armas entre o consumidor – vulnerável – e o fornecedor de produtos e serviços, a lei disciplina que, em sendo verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor, deve o ônus probatório ser invertido em seu favor, a fim de igualar as partes, em reverência ao princípio da isonomia e também por ser o CDC norma de ordem pública e interesse social²⁵, facilitando, pois, a defesa dos direitos do consumidor em juízo. Nessa linha, invertendo-se o ônus da prova em favor do consumidor, incumbirá ao réu-fornecedor provar a não constituição do direito do autor-consumidor.

Cavaliere Filho, ao tratar do objetivo do instituto da inversão no CDC, salienta:

A finalidade do dispositivo em questão é muito clara: tornar mais fácil a defesa da posição jurídica assumida pelo consumidor, na seara específica da instrução probatória. Distanciou-se o legislador, assim, dos tecnicismos e das formalidades inúteis, conferindo autêntico caráter instrumental ao processo, na busca da verdade real e da solução justa da lide (2010, p. 98).

²⁴ 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;

²⁵ Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Dessa feita, tal possibilidade visa atingir o sentido teleológico do CDC, na medida em que busca igualar forças entre o fornecedor, detentor dos conhecimentos técnicos sobre o produto ou serviço e o consumidor, parte vulnerável da relação, dentro do processo, em razão de que, na maioria das demandas, a questão da prova do vício ou defeito depende de conhecimentos especializados que o consumidor, carente de informação, não possui.

Nesse sentido, prossegue Cavalieri Filho, com propriedade:

nas relações de consumo, a situação do fornecedor é evidentemente de vantagem, pois somente ele detém o pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo de fabricação, enfim, o domínio do conhecimento técnico especializado. [...] Como poderia o consumidor provar o defeito de um determinado produto se não tem o menor conhecimento técnico ou científico para isso? Se para o consumidor essa prova é impossível, para o fornecedor ela é perfeitamente possível ou, pelo menos, muito mais fácil. Quem fabricou o produto tem o completo domínio do processo produtivo, pelo que tem também condições de provar que o seu produto não tem defeito. O que não se pode é transferir esse ônus para o consumidor (2010, p. 327).

Destarte, a posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor vulnerável e, muitas vezes, verdadeiramente hipossuficiente, fez com que o legislador, em avanço extraordinário, previsse mecanismos de compensação dessa disparidade, ao menos, dentro do processo, com a dinamização da distribuição do ônus probatório em determinados casos, visando uma relação processual isonômica e um provimento judicial final justo.

Veja-se, nesse ínterim, o seguinte precedente jurisprudencial do egrégio STJ:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISPENSA DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PELO MENOS HÁ UM ANO. **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**. IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA. [...]. **A regra contida no art. 6º/VIII do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor**, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se. **Hipótese em que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa**. [...] Recurso não conhecido (BRASIL, STJ, REsp. 140.097/SP, Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 11/09/2000, grifo nosso).

Da análise de referido aresto jurisprudencial, haure-se o verdadeiro objetivo do legislador ao incluir a inversão do ônus da prova entre os direitos básicos do consumidor. Pretendia ele efetivar o princípio constitucional da isonomia, ou igualdade substancial, ao buscar o equilíbrio processual entre partes naturalmente desiguais e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil²⁶.

Quanto à exigência ou não da cumulatividade dos pressupostos da inversão – verossimilhança da alegação e hipossuficiência do consumidor –, parte da doutrina entende necessário que ambos estejam presentes no caso concreto para que ocorra a inversão, ainda que a lei utilize a conjunção “ou”, dada a fragilidade dos requisitos quando analisados separadamente (ALVIM, 1994, p. 256).

Para Cavalieri Filho, nos casos de verossimilhança das alegações, dispensável qualquer outro requisito, o que não ocorre nas hipóteses de hipossuficiência, entendendo o renomado jurista que esta deve vir acompanhada da plausibilidade das alegações, ou seja, da verossimilhança em si, pois desproporcional a inversão do ônus da prova diante de uma alegação sem a menor probabilidade de ser verdadeira, apenas pela constatação da hipossuficiência do consumidor (2010, p. 326).

Entretanto, doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que esses dois pressupostos de inversão do encargo probatório são alternativos, conforme informa o próprio texto legal, pois “o emprego da conjunção *alternativa* – e não da aditiva ‘e’ – significa que o juiz não haverá de exigir a configuração simultânea de ambas as situações, bastando que ocorra a primeira *ou* a segunda” (MOREIRA, 1997, p. 301, grifos no original). Logo, não é necessário que a verossimilhança e a hipossuficiência se apresentem cumuladas na demanda judicial para que seja efetivada a inversão.

Nesse sentido, veja-se a seguinte jurisprudência do STJ:

²⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Serviços de mecânica. Código de Defesa do Consumidor. Artigos 6º, VI, e 39, VI. Precedentes. 1. A inversão do ônus da prova, como já decidiu a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da 'facilitação da defesa' dos direitos do consumidor." (REsp nº 122.505-SP, da minha relatoria, DJ de 24/8/98) (BRASIL, STJ, REsp. 332.869/RJ, Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 02/09/2002, grifo nosso).

Assim, conforme o acima disposto, para que ocorra a inversão do ônus da prova prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC, basta que esteja configurado, no caso concreto, um dos requisitos legais: a verossimilhança das alegações feitas pelo consumidor ou sua condição de hipossuficiência, seja ela econômica, cultural ou técnica.

Todo consumidor é vulnerável, e essa fragilidade é reconhecida pela lei, consoante prevê o art. 4º, inc. I, do CDC²⁷. Entretanto, na maioria das vezes, essa vulnerabilidade é acentuada, seja ela econômica, técnica, de informação etc., constituindo-se em verdadeira hipossuficiência, hipóteses em que se autoriza a inversão do *onus probandi* em benefício do consumidor nas demandas consumeristas, por ter o fornecedor melhores condições de produzir a contraprova. Sobre esse ponto, esclarece Geisa de Assis Rodrigues:

Além de ser o elo final na cadeia econômica, guarda o consumidor um distanciamento quanto ao processo de produção dos bens ou da prestação dos serviços que lhes são destinados. Por tudo isso, tem o consumidor uma posição ontologicamente mais débil em todo o processo produtivo, sendo, em maior ou menor grau, sempre "sujeito à sujeição". Na verdade, o consumidor está sempre numa posição passiva se comparada ao produtor, ele não tem pleno domínio dos fatos relativos à mercadoria, seja no momento de sua elaboração, seja na fase de sua comercialização, aí incluída a publicidade. Por mais consciente que seja um consumidor ele não tem condições de aquilatar toda a complexidade da produção de bens e da prestação de serviços a que está sujeito, o que é agravado pela massificação dos padrões de consumo e pela globalização econômica (2006, p. 83).

Esse conceito amplo de hipossuficiência, pacificamente adotado pela doutrina e jurisprudência, estabelece um parâmetro relacional, pelo qual seria hipossuficiente o consumidor que, independentemente de sua condição econômica ou cultural, em relação ao

²⁷ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

fornecedor, no caso concreto, estivesse em posição de desvantagem e dificuldade na demonstração de seu direito, em virtude do monopólio da informação deste, constituindo flagrante desequilíbrio da relação jurídica entre ambos, o que autorizaria a inversão probatória (ANDRADE, 2003, p. 90-91).

Quanto à verossimilhança, esta significa a plausibilidade das alegações trazidas a juízo e invocadas na causa de pedir pelo consumidor-autor. Não quer dizer que a alegação deva vir já provada *ab initio*, sem sombra de dúvidas de sua veracidade, mas que esteja revestida de certa aparência de verdade, ou seja, uma coerência lógica dos fatos narrados.

Segundo Carvalho, “são, em última análise, rastros, sinais ou vestígios capazes de darem ao julgador a probabilidade de uma quase certeza; ou – segundo a retórica tradicional – a ‘fumaça do bom Direito’” (2003, p. 248). Ou seja, a verossimilhança se submete à existência de indícios mínimos de veracidade do alegado, segundo as regras comuns da experiência, permitindo ao julgador um juízo de probabilidade.

Para Watanabe, não haveria inversão probatória propriamente dita nos casos de verossimilhança. Segundo o autor,

o que ocorre é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova (2007, p. 812).

Contudo, apesar da aparente divergência, doutrina e jurisprudência convergem no sentido de admitir ambos os casos como hipóteses ensejadoras da inversão do ônus probatório, seja pela expressa previsão no inc. VIII do art. 6º do CDC, seja pela teleologia do sistema de proteção jurídica do consumidor.

Haure-se, portanto, que o juízo de verossimilhança se dá a partir da associação entre dois fatos: um comprovado (fato indiciário) e outro apenas alegado (fato constitutivo do direito), sendo que a prova do primeiro permitirá a presunção relativa de que o segundo também ocorreu, por lhe ser consequência lógica ordinária. Porém, sem esse indício mínimo, não é possível extrair a verossimilhança do alegado (ANDRADE, 2003, p. 93).

Seguindo este raciocínio, não se pode entender que a inversão do ônus da prova se dê de forma automática nas demandas de consumo, eis que há a necessidade da existência de um suporte fático-probatório mínimo que convença o juiz da verossimilhança das alegações do autor ou de sua hipossuficiência. Veja-se, nessa senda, a seguinte decisão do STJ:

PROVA. PERÍCIA. ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS DO PERITO. ATRIBUIÇÃO DO ENCARGO PELO RÉU. - Não prevalece a transferência do encargo ao réu, quando o Magistrado deixar de justificar devidamente ocorrerem os pressupostos estabelecidos no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, para a inversão do ônus da prova. Fundamento diverso expendido pelo Relator. Recurso especial conhecido e provido. [...] Mesmo quando caracterizada a relação de consumo, continuam os ônus da prova submetidos, em regra, ao art. 333 do CPC. A inversão só pode ocorrer, durante a marcha do processo, quando o juiz verificar a dificuldade em que se encontra o consumidor para provar o fato constitutivo de seu direito. Esse fato, todavia, tem de revestir-se de verossimilhança diante dos elementos disponíveis no processo e ao consumidor deve faltar condições técnicas para prová-lo adequadamente. Se o juiz não se basear na verossimilhança nem na hipossuficiência para fundamentar o decreto de inversão, esta não subsistirá, e o que haverá de prevalecer será a regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil [...] (BRASIL, STJ, REsp. 437.425/RJ, Relator: Min. Barros Monteiro, DJ 24/03/2003).

Dessa maneira, só será possível a análise da possibilidade de inversão do ônus da prova quando o consumidor-autor trazer, na inicial, um conjunto de elementos probatórios capaz de demonstrar, minimamente, a plausibilidade do direito invocado, para, então, o juiz analisar a verossimilhança de suas alegações ou a existência de hipossuficiência. Em outras palavras, se o autor não apresentar qualquer indício de prova relativo ao fato que imputa ao réu, fazendo apenas meras alegações vazias e evasivas, o juiz não poderá decretar a inversão, eis que estaria impondo ao réu o ônus de produzir prova impossível sobre fato que desconhece totalmente, violando a garantia do devido processo legal.

Outro ponto relevante no estudo da inversão probatória nas lides de consumo diz respeito ao dever ou à possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova, quando presentes um ou ambos os requisitos legais (verossimilhança ou hipossuficiência). A análise da questão deve ter por norte o próprio caput do art. 6º do CDC, o qual dispõe que os direitos nele elencados são direitos básicos do consumidor. Nesse sentido, Nascimento entende que uma vez “satisfeitos os pressupostos explicitados em lei – alegação verossímil ou hipossuficiência do consumidor – o juiz deve fazer incidir na hipótese a regra da inversão do ônus probatório. Há imperatividade” (1991, p. 133). Tal assertiva se baseia no fato de que o CDC, conforme

expresso em seu art. 1º, já citado, engloba normas de ordem pública e interesse social e, portanto, de aplicação imediata, quando constatada a presença do pressuposto legal.

De mesmo norte é a posição de Tânia Nogueira, a qual assevera:

A inversão ou não do ônus não fica a critério do juiz, pois estando indicada nos autos qualquer das duas hipóteses ele terá o dever de assim proceder. Não se trata de uma norma de conceito vago, mas de norma de conceito discricionário, uma vez que ao juiz é dado dois caminhos a seguir, ou seja, ele avalia a situação e alegações do consumidor, que em sendo hipossuficiente, ou em sendo a alegação verossímil, tem direito à inversão do ônus da prova, devendo então o juiz aplicar a norma legal ao caso concreto, assim não é dado a ele a escolha de inverter ou não o ônus da prova, uma vez que preenchendo o consumidor um dos requisitos elencados no inc. VIII deve inverter o ônus da prova (1994, p. 58).

Assim, dada a fundamentalidade de tais direitos e o caráter público-social do CDC, buscando efetivar a proteção do consumidor prevista constitucionalmente no art. 5º, inc. XXXII da CF²⁸, ao juiz cabe apenas verificar a ocorrência de um ou ambos os requisitos da inversão e, sendo positiva a análise, é seu dever inverter o ônus da prova em favor do consumidor.

Nesse compasso, a discricionariedade do juiz limita-se à análise da existência ou não dos pressupostos alternativos da inversão – verossimilhança ou hipossuficiência – e uma vez presente ao menos um destes requisitos, é dever do juiz determinar a inversão do ônus probatório, vez que, como já dito, trata-se de direito básico subjetivo do consumidor, de ordem pública e interesse social, tendo aplicabilidade imediata. Não é demais ressaltar que a decisão que inverte o ônus da prova ou a denega deve sempre ser motivada, em reverência ao princípio da persuasão racional do juiz.

Nesse sentido, Cintra et al salientam que a necessidade de motivação das decisões judiciais não serve apenas como fundamento de futura impugnação recursal, mas possui uma função política, na medida em que serve de termômetro para a aferição concreta da imparcialidade do juiz e da legalidade e justiça das suas decisões (2010, p. 74).

Desse modo, não pode o juiz indeferir a inversão do ônus da prova simplesmente alegando não estarem presentes os requisitos legais ensejadores de tal medida. Ele deve, fundamentadamente, motivar a sua decisão com base nos elementos presentes nos autos, seja

²⁸ Art. 5º [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

para determinar a inversão ou para denegá-la, em veneração ao princípio da motivação das decisões judiciais, estatuído no art. 93, inc. IX, da CF²⁹.

A inversão pode ser inclusive, decretada de ofício pelo julgador, uma vez que se trata de direito fundamental, de ordem pública e interesse social, não havendo, destarte, a necessidade de intimar a parte contrária de tal decisão, pois se no procedimento regido pelo CPC o juiz não intima previamente as partes do ônus probatório de cada uma, é porque ninguém desconhece tal fato. Assim, desnecessário o alerta do juiz de que está a aplicar a regra da inversão do ônus da prova por se tratar de relação de consumo, mormente por ser um direito subjetivo do consumidor, de ordem pública e, portanto, de aplicabilidade imediata (GAULIA, 2001, p. 85-86).

Em contraponto, há outra corrente doutrinária que entende ser a inversão do ônus da prova um ato discricionário do juiz e não um direito subjetivo do consumidor, não podendo ser decretada de plano, mas em compasso com cada situação apresentada. Para os defensores dessa corrente, tal instituto não pode ser aplicado senão depois de produzida e valorada a prova, se e quando o julgador estiver em dúvida. Nesse sentido, prossegue José Carlos Maldonado de Carvalho:

A inversão do ônus da prova, enfim, não pode impor a uma das partes um encargo absurdo, sob pena de ser gerado um novo desequilíbrio na relação jurídica. Consequentemente, só se justifica *ope iudicis* – e não *ope legis* –, segundo as peculiaridades e nos limites e coordenadas de cada caso concreto. Daí tornar-se inquestionável que a inversão do *onus probandi* não pode ser tratada como uma decorrência lógica de um fato objetivo. É, portanto, uma faculdade judicial e não um privilégio-benefício do consumidor (2003, p. 248, grifos no original).

Entrementes, invertido o ônus da prova em favor do consumidor, caberá ao fornecedor a produção de elementos probatórios que maculem a pretensão autoral. Em outras palavras, se antes cabia ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, revertido o encargo probatório, não precisará o autor demonstrar mais nada, vez que já demonstrada a verossimilhança ou a sua hipossuficiência, incumbindo, pois, ao réu provar que o pedido do autor não procede (fato impeditivo, modificativo ou extintivo), quer seja por meio de documentos, quer seja por

²⁹ 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;

testemunhas, perícias, enfim, qualquer meio de prova em direito admitido, devendo, porém, arcar com os encargos decorrentes da produção probatória, pois, se em princípio o ônus pertencia ao consumidor-autor, invertido, caberá ao fornecedor-réu custear a atividade probante.

Ademais, não obstante esteja o consumidor livre do ônus de provar seu direito, nada impede que o juiz afaste, quando da decisão, fatos alegados pelo autor e tidos inicialmente por verossímeis, se, em decorrência do exercício instrutório e dos elementos probatórios carreados ao feito, restarem por nitidamente inverídicos ou incompatíveis com a própria versão trazida na inicial, notadamente pelo fato de a presunção de verossimilhança se tratar de presunção *juris tantum*, isto é, relativa, admitindo prova em contrário, que no caso caberá ao fornecedor produzir (CARVALHO, 2003, p. 250-251).

Destarte, com base nas máximas da experiência, o juiz, ao analisar a situação jurídico-factual do consumidor, e percebendo que se encontram presentes os pressupostos para tanto, quais sejam, verossimilhança das alegações ou hipossuficiência, determinará a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, tirando deste o encargo de provar o fato constitutivo de seu direito e carregando ao fornecedor-demandado o ônus de produzir a contraprova do alegado pelo consumidor-demandante.

Uma vez analisado o ônus da prova no direito processual civil brasileiro, em especial a regra de inversão probatória prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC, passa-se, nesse momento, à análise da problemática em torno do momento processual oportuno para a decretação da inversão, com base nas principais teorias acerca do tema.

3 MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Consoante visto anteriormente, a inversão do ônus da prova não se dá de forma automática, na medida em que o CDC deixa a critério do juiz a verificação da ocorrência de pelo menos uma das duas hipóteses legais de inversão e, caso ocorrente, obrigatória se faz a decretação da medida. Mas qual seria o momento adequado para o magistrado efetuar essa análise e decidir a respeito da inversão?

A controvérsia quanto ao momento de inversão probatória demonstra não apenas a existência de posições antagônicas de interpretação legislativa, mas vão além, pois a redação do CDC, ao não delimitar o momento oportuno para a inversão, admitiu a criação do instante adequado pelo julgador e, conseqüentemente, uma série de discussões a respeito (ANGELUCI, 2011, p. 103-104).

Essa questão tem sido alvo de muita polêmica e serve de problemática para o presente estudo. Muito se tem discutido sobre o tema, sendo que doutrina e jurisprudência se encarregaram de construir teorias na tentativa de indicar o melhor caminho para a pacificação jurídica da divergência, o que, de fato, ainda não ocorreu.

Em linhas gerais, existem três correntes doutrinárias sobre o assunto: a primeira entende que a análise de tal instituto deve ser feita quando do despacho inicial; a segunda defende que tal proceder deve ser efetuado no momento da sentença e a terceira posiciona-se pela aplicação da inversão na fase de saneamento do processo.

Parte-se, nesse momento, à análise pormenorizada de cada uma das teorias supracitadas para, ao final, depois de estabelecidas as vantagens e desvantagens de cada uma, concluir sobre qual delas atende de forma satisfatória aos princípios processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3.1 No despacho inicial

Para a primeira corrente, minoritária, o juiz deve inverter o ônus da prova já no despacho inicial, a fim de orientar, desde logo, as partes quanto ao encargo probatório que terão de se desincumbir na fase instrutória.

Tania Nogueira entende que “o autor consumidor deverá já na inicial requerer a inversão do ônus, e desta forma o juiz deverá se manifestar sobre a questão no ato do primeiro despacho, que não se trata de mero despacho determinante da citação, mas de decisão interlocutória, passível de recurso de agravo” (1994, p. 59). Dessa forma, o juiz, ao receber a inicial, analisará se estão presentes um ou ambos os requisitos ensejadores da inversão e, caso presentes, determinará, *ab initio*, a inversão do ônus da prova, ordenando a citação do réu e sua intimação de tal decisão, com o fito de efetivar a ampla defesa dos direitos do consumidor, bem como o contraditório e a ampla defesa em relação ao requerido, pois estará advertido, desde logo, do seu ônus de desconstituir as alegações do autor, direcionando, assim, sua atividade probatória.

O posicionamento da ilustre jurista baseia-se na premissa de que, por ser um direito subjetivo do consumidor e, portanto, de observação obrigatória, a inversão probatória sempre ocorrerá nas lides de consumo, invariavelmente, pois raras serão as hipóteses de não configuração da hipossuficiência do consumidor (1994, p. 59). Assim, entende que, dessa forma, melhor que se estabeleça a inversão já no despacho vestibular, para que não parem dúvidas no decorrer do feito quanto ao ônus probante de cada parte.

Sônia Mello comunga da mesma opinião, salientando que “é no início do processo que deverá o juiz decidir sobre a aplicação ou não deste benefício do consumidor, de ofício ou a requerimento da parte, sempre dando ciência ao réu, o fornecedor, para que este não sofra de cerceamento de defesa” (1998, p. 121). Efetivamente, constituindo o despacho inicial uma decisão interlocutória, as partes, caso inconformadas com a decisão, poderão dela recorrer pela via do agravo³⁰.

³⁰ Conforme nova redação do art. 522 do CPC, dada pela Lei 11.187/2005: Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. Ainda nesse sentido, leciona Voltaire de Lima Moraes que “mais aconselhável que o agravo seja interposto na forma de instrumento, a fim de que o curso do processo não sofra maiores percalços, com o acolhimento, em preliminar de uma eventual apelação, do agravo retido, nulificando-se toda a fase instrutória, quer porque foi indevida a inversão do ônus da prova decretada, quer porque, em contrapartida, ela se impunha, retardando com isso, sobremaneira, a prestação jurisdicional que encerrará o processo” (1999, p. 69)

No entanto, essa corrente doutrinária, além de minoritária, é bastante censurada pela comunidade jurídica, e críticas não faltam. Moreira refuta essa posição, sustentando que ao despachar a inicial o juiz desconhece a argumentação da defesa, não tendo como saber quais fatos se tornarão controvertidos. No seu dizer:

A inversão deve ser ordenada quando *necessária*: se o fato, por algum motivo, restar incontroverso, quanto a ele não haverá essa necessidade. Evidentemente, só com a contestação é que se poderá aferir se existe ou não, entre as partes, polêmica quanto àquele fato determinado (1997, p. 305, grifo no original).

Desta feita, a crítica funda-se na ausência de elementos suficientes a embasar um juízo de cabimento da inversão, bem assim pela inexistência de contraditório, dada a não angularização da relação jurídica processual, não se oportunizando ao réu a participação na formação da convicção do julgador quanto à presença ou não dos pressupostos da inversão do ônus da prova.

Em abono à crítica, Sampietro aduz que a inversão probatória em favor do consumidor, se decretada antes de o demandado apresentar sua resposta, importará em violação do princípio da economia processual (2010, p. 64), visto que o objeto da inversão pode nem vir a se tornar controverso e, assim, irrelevante para o deslinde da demanda.

De mesmo norte é a posição de Cecília Matos, para a qual as regras de distribuição do ônus da prova e sua inversão só devem ser utilizadas quando restar dúvida na análise do acervo probatório, caso em que poderá o juiz recorrer ao sistema de distribuição do ônus da prova e, sendo verossimilhante a alegação ou hipossuficiente o consumidor, inverter o ônus da prova e proferir seu julgamento, evitando, assim, o *non liquet* (1994, p. 167). Deve o fornecedor, portanto, se precaver dos meios probatórios aptos para desconstituir as alegações do consumidor, vez que de seu interesse, pois caso assim não proceda, fatalmente sucumbirá na sentença, não podendo alegar surpresa ou violação da ampla defesa em razão da inversão, eis que a regra está expressa na lei.

Complementando, Voltaire de Lima Moraes enfatiza que a análise da possibilidade de inversão do encargo probatório no despacho inicial é prematura, pois sequer houve manifestação do requerido e, portanto, ainda desconhecidos os pontos controvertidos do processo sobre os quais recairá a atividade probatória das partes (1999, p.68). Assim, defende

a impossibilidade de referida análise no início do feito, eis que impossível prever a dimensão da resposta do demandado e, por conseguinte, o objeto da controvérsia.

Para Holthausen, o problema do despacho inicial é a ausência de substrato para o exame dos requisitos da inversão, bem como pela carência de contraditório, pois não se estaria possibilitando que o réu participasse na formação da convicção do juiz em relação à verossimilhança das alegações do autor-consumidor ou de sua caracterização como hipossuficiente. Haveria, então, uma precipitação desnecessária e que poderia, ferindo princípios constitucionais, embaraçar o andamento célere e ordenado do processo, inviabilizando a própria defesa constitucional do consumidor e a efetivação da justiça (2006, p. 120).

Seria, pois, segundo essa linha de pensamento, inviável analisar os pressupostos da inversão já no despacho preambular do feito, notadamente pela precariedade de elementos aptos a formar um juízo de convicção suficiente para o deferimento ou indeferimento da inversão do ônus da prova, seja pela impossibilidade de aferir a verossimilhança do alegado pelo autor sem a contradição do réu, seja pela dificuldade de caracterização precoce de sua hipossuficiência.

Já segundo Andrade, o entendimento de que o fornecedor, na posição de demandado, deva ser advertido previamente da inversão probatória provoca uma situação de desequilíbrio, pois favorece um dos litigantes, em detrimento justamente daquele que a lei quis proteger, maculando-se, por conseguinte, o princípio da isonomia (2003, p. 103).

Nesse pensar, afirma o jurista que por se tratar de regra de julgamento, a inversão probatória a favor do consumidor deve ser ponderada pelo juiz quando da prolação da sentença, não havendo fundamento que sustente o cerceamento de defesa, uma vez que tal regra está expressamente prevista em lei e, assim, de pleno conhecimento dos litigantes.

Caso haja inconformismo quanto à interpretação dada na sentença a favor da inversão do ônus da prova, caberá ao prejudicado manifestar sua irrisignação por meio do instrumento recursal cabível, sustentando e fundamentando entendimento diverso da norma inversora do art. 6º, inc. VIII, do CDC.

Assim, de acordo com essa corrente interpretativa, a análise do cabimento da inversão probatória deve se dar com base exclusivamente nos elementos trazidos pelo autor-consumidor na inicial, ou seja, presentes indícios de verossimilhança do alegado ou que denotem manifesta hipossuficiência do consumidor, invertido será, desde logo, o ônus da

prova em seu favor e, caso contrário, o processo seguirá seu curso, obedecendo a regra geral de distribuição do fardo probatório prevista no art. 333 do CPC.

Como já afirmado, sem menosprezar o peso de seus argumentos, referida linha teórica é minoritária, não havendo precedentes jurisprudenciais conhecidos que tenham acolhido tal entendimento, razão pela qual parte-se à análise da segunda corrente doutrinária referente ao momento processual ideal para a decretação da inversão probatória nas lides de consumo, a qual defende a inversão no momento da sentença.

3.2 Na sentença

A corrente doutrinária que defende a aplicação da norma prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC somente no momento da sentença vinha sendo a posição predominante nos tribunais superiores brasileiros e tem por fundamento a premissa de que as regras sobre ônus da prova têm caráter objetivo, servindo de instrumento ao juiz na prolação da sentença, nas situações em que o conjunto probatório reste insuficiente para demonstrar a veracidade das alegações das partes, caso em que o juiz deve se socorrer de referidas regras a fim de dar uma solução à lide, em razão da proibição do *non liquet*³¹.

Tal posição é, inclusive, defendida por alguns dos autores do anteprojeto do CDC, dentre eles, o conspícuo jurista Kazuo Watanabe, para o qual:

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. [...] Efetivamente, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível (2007, p. 814-815, grifos no original)³².

³¹ Ao juiz não é dado abster-se de julgar por insuficiência de provas, eis que deve sempre dar uma solução à lide. Nesse sentido, as regras sobre o ônus da prova servem de referência ao juiz, devendo ele verificar se cada parte se desincumbiu satisfatoriamente do ônus probatório que lhe cabia e, em caso negativo, proferir decisão contrária à parte recalcitrante.

³² Na mesma guia de raciocínio, Nelson Nery Júnior afirma que o momento adequado para que ocorra a inversão do ônus da prova é na sentença, por se tratar de regra de julgamento, cabendo ao juiz, quando em dúvida ao sentenciar, recorrer ao instituto previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC (1992, p. 217-221).

Essa teoria considera que a inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento e não de procedimento, devendo, pois, ocorrer somente quando da sentença, pois é nesse momento que o juiz cotejará o acervo probatório carreado ao feito e, havendo deficiência de provas, poderá recorrer a tal instituto reversor, no caso de restarem preenchidos um ou ambos os requisitos da inversão – verossimilhança ou hipossuficiência – e não houver elementos suficientes para a formação de sua convicção.

Nesse diapasão, entende-se que a regra de distribuição do ônus da prova é regra de julgamento e a oportunidade de sua aplicação é o momento da sentença, após o juiz analisar a qualidade da prova obtida, constatando se há falhas na atividade probatória das partes que conduzem à incerteza. Por ser norma de juízo, qualquer conclusão sobre o ônus da prova não pode ser emitida antes de encerrada a instrução, sob o risco de ser um pré-julgamento, parcial e antecipado (MATOS, 1994, p. 167).

Com efeito, a ideia que se sustenta é a de que, por ser regra de juízo, a inversão do ônus da prova só pode ser considerada após a colheita da prova, se e quando o magistrado estiver em dúvida ao proferir sua sentença. Desse modo, cada parte deverá nortear sua atuação probatória conforme o interesse em demonstrar suas razões e, ficando inerte, assumirá o risco de sofrer a desvantagem consequente de sua inatividade.

Assim, o momento da sentença constitui a ocasião mais propícia para a análise da inversão, notadamente por ser aplicável a qualquer tipo de procedimento, seja ordinário, sumário, especial ou juizados especiais, além de destacar a real natureza jurídica das regras sobre repartição do ônus probatório: são regras de julgamento e não de procedimento (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 328). Isso possibilita o devido cotejo do acervo probatório e, se necessário for, recorrer o magistrado às regras de repartição do ônus da prova, quando insuficientes forem os elementos carreados ao feito para a formação da sua convicção.

Em uma posição mais extrema, Cristina Tereza Gaulia afirma que, por se tratar de um direito subjetivo do consumidor, não há qualquer obrigatoriedade para o julgador de advertir a parte contrária a respeito da inversão do ônus da prova, devendo ser aplicada quando do julgamento, caso o fornecedor não tenha se desincumbido satisfatoriamente de seu encargo probatório (2001, p. 86)³³. Por ser o CDC um conjunto de normas de ordem pública e

³³ Mirella D'Angelo Caldeira entende que no tocante à responsabilidade por fato do produto ou do serviço a inversão deve se dar no momento da sentença, em função do ônus probatório do art. 12, parágrafo 3º e do art. 14, parágrafo 3º, ambos do CDC, eis que o fornecedor só não será responsabilizado se conseguir provar que não colocou o produto no mercado, que o defeito no produto ou serviço inexistiu ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro. Já quanto à responsabilidade por vício, sustenta a autora que a ocasião adequada para a inversão é a situada entre o pedido inicial e o

interesse social, portanto de aplicabilidade plena, conforme dispõe o seu art. 1º, seria de pleno conhecimento das partes as regras incidentes nas lides de consumo, não havendo necessidade de comunicação prévia sobre a inversão.

Andrade entende que a inversão do ônus da prova como regra de julgamento preserva o princípio da igualdade entre as partes. Para ele, a regra do art. 6º, inc. VIII impõe a ambas as partes um juízo de valor quanto à presença dos requisitos da inversão, pois nenhuma delas sabe com certeza se a regra será ou não aplicada pelo juiz. Assim, ante esse estado de dúvida, cabe ao consumidor e ao fornecedor assumirem os riscos das táticas ou posturas que desejem adotar no processo. Se presumirem que o ônus é da parte contrária, poderão não produzir prova, mas por sua conta e risco. Contudo, se desejarem não correr o risco de sucumbir na demanda, deverão produzir todas as provas que estiverem ao seu alcance, pois, caso aplicado o efeito da inversão na sentença, suas alegações estarão consubstanciadas em prova robusta (2003, p. 102-103).

Contudo, não se pode olvidar da diferença existente entre a decretação efetiva da inversão probatória e a aplicação dos seus efeitos. A mera decretação da inversão, por si só, não garantirá ao consumidor sucesso na demanda, razão pela qual não se estará proferindo julgamento antecipado, conforme sustentam os defensores da corrente aqui debatida. Pelo contrário, a decretação é a simples constatação da presença de algum dos requisitos autorizadores da inversão, de forma a advertir as partes do seu encargo de provar. Já a aplicação dos efeitos da inversão, essa sim será efetuada no momento do julgamento, quando verificado que o fornecedor não tenha conseguido produzir prova suficiente para desconstituir as alegações do consumidor. Mas a advertência da aplicação da regra do art. 6º, inc. VIII, do CDC deve ser feita anteriormente, a fim de possibilitar a produção probatória adequada pela parte em desfavor de quem fora decretada a inversão.

Por essa razão, referida corrente doutrinária é bastante criticada, sob o principal argumento de que, se decretada a inversão somente na sentença, estar-se-ia suprimindo o direito ao contraditório, à ampla defesa e, conseqüentemente, ao devido processo legal daquele contra quem o ônus fora invertido, pois não teve a oportunidade de se desincumbir de tal encargo, posto que, neste momento, já estaria exaurida a fase instrutória, ou seja, inviável a produção de mais provas.

despacho saneador, pois se a inversão for aplicada somente quando da sentença, caracterizaria verdadeira surpresa para a parte desfavorecida, podendo configurar prejuízo à sua defesa (2001, p. 179-180).

Baseado nesse fundamento, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira sustenta que o efeito da inversão do ônus probante até pode ser aplicado somente na sentença, em caso de insuficiência de provas produzidas pela parte, mas desde que, antes, seja oportunizada à parte a quem o ônus da prova estará sendo atribuído a produção elementos probatórios a seu favor, o que só acontecerá se, antes de aplicar o efeito na sentença, o julgador decidir sobre o deferimento da inversão e cientificar as partes (2009, p. 113).

Nessa esteira, irretocável a crítica de Carlos Roberto Barbosa Moreira, que assim leciona:

É preciso ponderar, todavia, que as normas sobre a repartição do ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes: através delas, as partes ficam cientes, de antemão, dos fatos que a cada uma incumbe provar. Assim vistas as coisas, a inversão, se ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra *até ali vigente*, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido um ônus – que, para ele, *não existia antes da adoção da medida* – obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir. A aplicação do dispositivo em exame, se observada a orientação doutrinária aqui combatida, redundaria em manifesta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, n. LV): ao mesmo tempo em que estivesse invertendo o ônus da prova, o juiz já estaria julgando, sem dar ao fornecedor a chance de apresentar novos elementos de convicção, com os quais pudesse cumprir aquele encargo. [...] A finalidade da norma é *facilitar* a defesa dos direitos do consumidor, e não assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar (1997, p. 305-306, grifos no original).

Haure-se de tais ensinamentos que o juiz deve oportunizar à parte em desfavor de quem foi decretada a inversão probatória, a possibilidade de produzir a contraprova, ou seja, de carrear elementos probatórios aptos a desconstituir as alegações da parte autora, o consumidor, eis que a norma do art. 6º, inc. VIII, do CDC visa facilitar a defesa do consumidor e não garantir-lhe a procedência da demanda. Assim, a norma deve ser vista sob a luz da CF, de forma a assegurar a efetividade dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Não obstante a inversão do ônus da prova constituir regra de julgamento, na medida em que serve de parâmetro ao juiz quando da ausência ou insuficiência probatória, imperioso admitir que tal regra também é direcionada às partes e influi em seus comportamentos

processuais, eis que, em razão dela, os litigantes tomam conhecimento dos fatos controversos que cada um terá de provar em juízo (SAMPIETRO, 2010, p. 64)³⁴.

Assim, a regra sobre a inversão do ônus da prova possui dupla natureza jurídica: em relação ao juiz é regra de juízo³⁵, eis que terá importância quando, no julgamento, inexistirem provas ou estas forem insuficientes, de modo a evitar o *non liquet*; quanto às partes, é regra de procedimento, haja vista que a fixação do ônus probatório de cada uma as incitará a produzir prova apta a desconstituir as teses da parte adversária.

Para Yoshikawa, a inversão do ônus da prova implica em uma mudança no critério de julgamento caso o fornecedor não se desincumba satisfatoriamente do seu ônus. O julgamento do mérito passa a ocorrer não com base na certeza, mas na mera presunção da existência do fato, pois com a inversão, o consumidor fica dispensado de provar o fato constitutivo do seu direito e caso o fornecedor não produza contraprova competente, será presumido como verdadeiro o fato alegado pelo consumidor. E prossegue o autor:

Esta é a razão pela qual entendemos que a inversão (*ope judicis*) do ônus da prova não pode se dar apenas na sentença, por ocasião do julgamento do mérito. A parte não pode ser surpreendida pela alteração do critério de julgamento (substituição da exigência de certeza por mera probabilidade) já no final do procedimento, quando se encontra encerrada a fase de instrução do processo. Em que pesem as regras quanto à distribuição do ônus da prova sejam de fato regras de julgamento e como tais somente possam ser aplicadas por ocasião do julgamento, a alteração de tais regras, na medida em que elas influem no comportamento das partes, deve ser avisada com antecedência. Se a alteração das regras “no meio do jogo” já pode ser vista como ofensiva ao *procedural due process*, que garante um processo equo e justo, o que dizer da alteração que ocorre depois de encerrada a disputa, quando se aguarda apenas o anúncio do vencedor e não é mais possível influir no resultado? Já não haveria transferência de um ônus e sim a imposição de uma perda (2008, p. 34-35).

De mesmo norte a posição de Antônio Gidi, para o qual, embora as regras de distribuição do ônus da prova sejam regras de julgamento, o mesmo não se pode dizer quanto à norma que prevê a sua inversão, pois esta é predominantemente uma regra de atividade dirigida às partes (1995, p. 38).

³⁴ Prossegue o autor, afirmando que “o processo, dialético que é, está sob o manto do princípio do contraditório, representado pelo binômio informação – possibilidade de reação, como forma de evitar indesejável surpresa aos contendores ao longo da marcha procedimental” (2010, p. 64). Dessa forma, caso invertido o ônus da prova somente na sentença, estar-se-ia retirando do fornecedor a possibilidade de reagir apresentando outros elementos na tentativa de se desincumbir do seu encargo probatório.

³⁵ O desembargador gaúcho Voltaire de Lima Moraes entende que a regra da inversão do ônus da prova não deve ser entendida como regra de julgamento, a ser decidida somente na sentença, uma vez que envolve questão incidente, a qual deve ser operacionalizada por ocasião da fase instrutória, sob pena de não se permitir ao fornecedor a possibilidade de se desincumbir desse ônus que lhe foi judicialmente imposto, com prejuízo do exercício da ampla defesa (1999, p. 68).

Ademais, a regra geral do art. 333 do CPC é aplicada em todas as demandas de consumo até que ocorra a inversão. Assim, em princípio, o consumidor-autor tem o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, ao passo que o fornecedor-réu não necessita demonstrar a inexistência de tais fatos, caso não sejam comprovados pelo autor. Somente terá que fazer a contraprova no momento em que for efetivada a inversão. Por isso, caso o magistrado opere a inversão somente na sentença, configurar-se-á a situação paradoxal de se atribuir ao réu um ônus que não lhe cabia e, simultaneamente, negar-lhe a possibilidade de dele se desincumbir³⁶.

Entretanto, a despeito da robusta crítica à teoria da aplicação da inversão probatória no momento da sentença, o STJ continua aplicando-a, embora não de forma uniforme, conforme se exemplifica nas ementas abaixo transcritas:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA – SIMILITUDE FÁTICA – INEXISTÊNCIA. I – O conhecimento de recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional depende da existência de similitude fática a configurar a alegada divergência de soluções jurídicas. II – Não viola o artigo 1.433 do Código Civil decisão que entende aperfeiçoado, independentemente de apresentação de proposta, contrato de seguro cuja apólice foi diversas vezes aditada e mesmo discutida judicialmente. III - **A inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do artigo 6.º da Lei n.º 8.078/90 não é obrigatória, mas regra de julgamento, *ope judicis*, desde que o consumidor seja hipossuficiente ou seja verossímil sua alegação.** Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia (BRASIL, STJ, REsp. 241.831/RJ, Relator: Min. Castro Filho, DJ 03/02/2003, grifo nosso).

De mesmo norte a decisão abaixo ementada, que assenta a inversão do ônus da prova como regra de juízo e não de procedimento:

³⁶Nesse sentido, adverte João Augusto Sousa Muniz que a determinação da inversão somente na sentença acarreta surpresa ao demandado, incompatível com o devido processo legal, pois para ele, até aquele momento, vigorava a regra geral do artigo 333 do CPC, pela qual a cada parte incumbe provar o que alega. Contudo, o surgimento desse novo ônus em momento processual no qual não mais poderá dele se desincumbir trará ao demandado prejuízo para a sua defesa, configurando clara ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (2007, p. 38).

Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. [...] Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6º, VIII, do CDC. [...] - Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”. - **Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento.** Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória. Recurso especial não conhecido (BRASIL, STJ, REsp. 422.778/SP, Relator: Min. Nancy Andrighi, DJ 27/08/2007, grifo nosso).

Percebe-se a clássica tendência do STJ no sentido de considerar a regra da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC, como regra de julgamento, com aplicabilidade, portanto, no momento da prolação da sentença. Contudo, essa predominância vem perdendo força paulatinamente, em razão da moderna doutrina do direito processual, consoante se pode haurir da jurisprudência do mesmo tribunal superior, que abaixo vai colacionada:

Remetida para a sentença a apreciação do requerido, sobre inversão do ônus da prova, e sendo essa decisão confirmada em segundo grau, não importam as razões que a isso conduziram, incapazes de ampliar o âmbito do decidido. A matéria haverá de ser examinada naquela oportunidade. [...] **Realmente, não tem nenhum sentido o juiz deixar para apreciar na sentença o pedido de inversão do ônus da prova. Como é curial, a decisão alterará todo o sistema de provas no curso do processo** (BRASIL, STJ, REsp. 195.760/PR, Relator: Min. Eduardo Ribeiro, DJ 23/08/1999, grifo nosso).

No aludido processo, o recorrente havia solicitado a inversão do ônus da prova na inicial. O juiz de primeira instância postergou a análise do pedido para o momento da sentença, sendo que houve reiteração do pedido, ocasião em que se assinalou que o juízo entendia caber ao requerente o ônus da prova, mas sem decidir acerca da inversão. O requerente agravou, quando o Tribunal de Justiça (TJ) entendeu por não aplicar a inversão. Em sede de recurso especial, entendeu o STJ que a questão da inversão não havia sido apreciada em primeira instância, razão pela qual a segunda não poderia ter decidido a respeito, pois suprimida a primeira. Assim, determinou-se o prosseguimento do feito no

primeiro grau, com a determinação de que a questão relativa à inversão fosse analisada na sentença, conforme estabelecido anteriormente, pois já encerrada a instrução, embora com a recomendação expressa da falta de utilidade em se decidir sobre a inversão somente na sentença, eis que tal decisão altera todo o comportamento das partes no decorrer da instrução, o que prejudica o célere andamento do feito.

Na mesma linha de pensamento, o TJ do Rio de Janeiro, em efetivo avanço, editou súmula no sentido da impossibilidade de inversão do ônus da prova somente na sentença, quando se tratar de processo afeto ao direito do consumidor³⁷.

Como se percebe, a jurisprudência brasileira vem, aos poucos, mudando sua posição no que diz respeito à inversão do ônus da prova nas lides de consumo e o instante procedimental adequado para tanto.

O entendimento de que a norma que autoriza a inversão seria apenas regra de julgamento dirigida ao juiz no momento de sentenciar vem sendo, aos poucos, abrandado, de forma a admitir sua caracterização, também, como regra de procedimento, dirigida às partes e influenciadora de seu agir no processo.

Nessa linha, passa-se agora à análise de terceira corrente relativa ao momento processual da inversão, a qual entende ser o instante anterior ao início da instrução – seja no despacho saneador, seja em decisão interlocutória própria – o momento mais adequado à apreciação da possibilidade de inversão do ônus da prova, com vistas a reverenciar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3.3 No despacho saneador

Referida corrente teórica, prestigiada pela maior parte da doutrina, defende que o momento mais oportuno para a análise da inversão do ônus da prova é a fase de saneamento, ocasião em que o juiz fixará os pontos controvertidos – pois já presente a defesa do réu –, decidirá sobre questões pendentes e deliberará sobre a produção probatória, estabelecendo as provas necessárias ao deslinde da contenda.

³⁷“A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença” (RIO DE JANEIRO, TJ, enunciado n. 91 da Súmula de Jurisprudência Dominante, DORJ 12/01/2006).

Em reverência a posição supracitada, Carlos Roberto Barbosa Moreira aduz que até a decretação da inversão, prevalecem as regras do Código de Processo Civil, cabendo ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito. Determinada a inversão do ônus probatório, a situação muda sobremaneira, devendo, pois, ser oportunizada ao réu a possibilidade de produzir prova que lhe desincumba de tal ônus que, originariamente, não lhe pertencia, e o momento mais adequado para tanto é o que antecede o início da instrução (1997, p. 306-307).

Na mesma senda é a posição de Yoshikawa, para o qual o momento mais oportuno para o aviso de que poderá ocorrer a inversão é o saneamento do processo, juntamente com a estabelecimento dos pontos de controvérsia, sobre os quais recairá a atividade instrutória (2008, p. 36-37). Destarte, deverá o juiz, quando do saneamento, verificando estar presente algum dos pressupostos da inversão, avisar as partes que está a inverter o ônus da prova, para que estas se preparem da melhor forma para a fase de instrução, de acordo com o encargo probatório de cada uma.

Aqui, cabe fazer uma ressalva quanto à denominação “no despacho saneador”. Essa denominação, se levada ao pé da letra, não é da melhor técnica jurídica, primeiro, porque no despacho saneador as partes já terão especificado as provas que pretendam produzir, servindo o despacho apenas para deferi-las ou indeferi-las e segundo, porque no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, pelo qual tramita a maioria das demandas consumeristas, bem como no rito sumário, não há um momento específico para o despacho saneador (EBERLIN, 2006, p. 37).

Por este motivo, é de bom alvitre que, quando a doutrina se refira a despacho saneador como momento adequado à inversão do ônus da prova, interprete-se como sendo algum momento antecessor à instrução processual e sucessor à resposta do demandado, o que não obsta a decretação da inversão mesmo quando já iniciada a fase instrutória, desde que seja oportunizada ao demandado a produção da contraprova.

Assim sendo, caso invertido o ônus da prova com base no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, deve a parte requerida ser cientificada de tal decisão em prazo razoável antes que seja exaurida a possibilidade de produção de prova, oportunizando, assim, que esta possa se livrar do seu encargo adequadamente, reverenciando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (MUNIZ, 2007, p. 38).

Seguindo o mesmo raciocínio, Voltaire de Lima Moraes ensina que o instante mais apropriado para se determinar a reversão do encargo probatório é por ocasião do saneamento do processo, consoante preceitua o art. 331, parágrafo 2º, do CPC³⁸, quando inexitosa a tentativa de conciliação e o juiz já tiver fixado os pontos controvertidos e o objeto da prova, momento então que decidirá sobre as questões processuais pendentes, dentre as quais a pertinência ou não da inversão do ônus da prova, ficando as partes cientificadas da decisão e não podendo alegar terem sido surpreendidas (1999, p. 69).

Tal entendimento prestigia tanto o consumidor, na facilitação de sua defesa em juízo, quanto o fornecedor, no respeito ao seu direito de contradizer, equilibrando a relação jurídica processual na medida em que ambos estarão cientes, de antemão, da postura mais ativa ou passiva que deverão adotar na fase seguinte, a instrução, podendo traçar a melhor estratégia para defender seus pontos de vista sem qualquer surpresa, o que também reverencia o devido processo legal.

Já para Heitor Vitor Mendonça Sica, o alerta sobre a inversão do ônus da prova antes da sentença é necessário, desde que o juiz esteja impossibilitado de julgar com base no acervo probatório granjeado ao feito, dada a sua insuficiência, e desde que as partes não tenham expressamente renunciado a outras provas além daquelas já produzidas (2007, p. 62). Isso em respeito ao princípio constitucional do contraditório, que garante oportunidades iguais aos litigantes, mas também à possibilidade de diálogo entre as partes e o juiz, inclusive sobre questões não suscitadas, mas que possam ser apreciadas de ofício.

Aliás, não se faz imprescindível que o julgador expressamente diga que está dispensando o consumidor do encargo de provar os fatos alegados, ou seja, que está aplicando a inversão naquele instante. Basta que ele fixe os pontos controvertidos e advirta as partes que, dentro do contexto fático e probatório apresentado, poderá recorrer à regra do art. 6º, inc. VIII, do CDC para compor a lide, ou seja, poderá presumir que os fatos aconteceram de acordo com o alegado pelo consumidor. Essa cautela, que não compromete a imparcialidade do juiz, é bastante para abolir o estado de incerteza que poderia pairar sobre os litigantes, em especial sobre o fornecedor, sobre quem deva provar o que (NOVAKOSKI, 2006, p. 15).

³⁸Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. **§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário** (grifo nosso).

Nesse ponto, consoante se haure dos magistrérios acima colacionados, cabe a ressalva de que a inversão do ônus da prova determinada no despacho saneador não tem o efeito de adiantar o julgamento da causa nem de tornar o magistrado parcial, uma vez que tal fase procedimental tem o escopo de resolver questões incidentais, como a apreciação de preliminares, fixação de pontos controvertidos, correção de irregularidades de cunho processual e consignação de meios de prova³⁹.

O ato judicial que inverte o ônus probatório apenas declara existente uma das hipóteses autorizadoras da medida e, mesmo no caso de verossimilhança da alegação do consumidor, nada obstará que o juiz, na sentença, decida a lide em favor do fornecedor, caso este consiga satisfatoriamente desconstituir as alegações do consumidor, pois aquilo que numa cognição sumária se afigurava plausível pode, em uma aferição mais minuciosa, se revelar infundado (MOREIRA, 1997, p. 306).

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira sustenta que, se o propósito do CDC é justamente facilitar a defesa do consumidor em juízo, não se pode admitir que a inversão do ônus da prova possa ser decidida somente quando do julgamento, sem permitir à parte contrária a contraprova, eis que a facilitação da defesa judicial do consumidor não é calcada em presunções absolutas sobre os fatos por ele alegados. Por esta razão, impõe-se ao juiz o dever de decidir sobre a inversão em momento que possibilite ao fornecedor a desincumbência do seu novo encargo processual (2009, p. 111)⁴⁰.

Nesse sentido, irretocável a lição de Manoel de Souza Mendes Júnior, para o qual não se pode olvidar que, à míngua de advertência a respeito da regra do ônus da prova aplicável ao caso concreto, também o autor pode vir a ser surpreendido, pois se ficar inerte e não houver a inversão na sentença terá perdido a oportunidade de provar suas alegações. Por outro lado, caso não queira correr semelhante risco, terá de adotar uma postura ativa, o que, no caso da inversão com base no art. 6º, VIII, do CDC, contraria o propósito legal de facilitar a defesa do consumidor. As duas hipóteses, denota-se, são intoleráveis (2004, p. 84).

Como a inversão do art. 6º, inc. VIII, do CDC se dá por ato judicial e não *ope legis*, não se pode exigir da parte que preveja a possibilidade de tal alteração quando a demanda se

³⁹Não se pode pensar que a manifestação do juiz quanto à inversão do ônus da prova antes da prolação da sentença constitua pré-julgamento, como defendem alguns, vez que o julgador não tem como saber se outras provas, capazes de convencê-lo em um ou noutro sentido, serão produzidas durante a instrução do processo. É antes uma manifestação do diálogo que deve existir entre o juiz e as partes (YOSHIKAWA, 2008, p. 36).

⁴⁰Para o jurista, baseado em James Goldschmidt, a inversão do ônus da prova possui dupla natureza jurídica: dirige-se tanto às partes, na medida em que orienta sua atuação probatória (ônus da prova em sentido subjetivo), quanto ao juiz, como auxiliar no momento do julgamento ante a insuficiência probatória (ônus da prova em sentido objetivo) (2009, p. 112-113).

fundar em relação de consumo, sob pena de negação do próprio caráter judicial da medida, pois ilógico presumir que a lei impute ao litigante o ônus adicional de adivinhar o critério que o julgador utilizará na apreciação da questão.

Destarte, não se pode igualar a regra de julgamento do art. 333 do CPC com a regra de inversão contida no art. 6º, inc. VIII, do CDC, eis que, naquela, os ônus processuais de ambas as partes já estão de antemão preestabelecidos, ao passo que esta depende de um provimento judicial prévio que inverta aquele ônus, ou seja, a decisão que inverte o encargo probatório nas lides de consumo possui natureza constitutiva, pois o ônus da prova de cada litigante decorre diretamente dessa decisão (NOGUEIRA, 2009, p. 113).

Nesse norte, a manifestação do juiz acerca da inversão do ônus probatório deve se dar em um instante processual que, ao mesmo tempo, atinja o objetivo teleológico da norma, que é a facilitação da proteção judicial do consumidor vulnerável, mas também que respeite o devido processo legal, consubstanciado no direito ao contraditório e à ampla defesa do fornecedor.

Tal instante, segundo essa linha doutrinária, é o momento anterior ao início da fase instrutória, uma vez que, do ajuizamento da ação até a decisão que saneia o feito, o magistrado muito provavelmente já deve dispor de elementos para aferir a possibilidade de inversão e, caso decretada, a fase de instrução já inicia com os encargos probatórios transparentemente distribuídos entre os contendores (GIDI, 1995, p. 39).

De mesmo norte é a posição de Moraes, para o qual o momento propício para a inversão probatória dá-se no saneamento do processo, ocasião em que, caso inexitosa a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos e decidirá as questões procedimentais incidentes, dentre elas o cabimento ou não da inversão do ônus da prova (1999, p. 69). Desse modo, ficam as partes cientes de seu encargo probatório, podendo melhor planejar a postura processual que passarão a adotar, não havendo surpresa para nenhuma delas, especialmente aquela em cujo prejuízo ocorreu a inversão.

Contudo, caso os requisitos alternativos da inversão só restem demonstrados depois de finda a colheita das provas, ou seja, na fase decisória, nada impede que o juiz determine a inversão do ônus da prova. Neste caso, deve o magistrado suspender o julgamento e reabrir a fase de instrução, oportunizando ao fornecedor a possibilidade de produzir outras provas destinadas a derrubar as alegações do consumidor, em respeito ao contraditório, não havendo que se falar em subversão do andamento processual, eis que as regras procedimentais devem,

antes de tudo, reverenciar os preceitos constitucionais. Nesse sentido, Antonio Gidi assevera que:

A própria possibilidade de inverter o ônus da prova já subverte as bases do processo civil tradicional: todos os outros princípios e institutos processuais devem ser modificados e adequados à nova realidade e às novas necessidades do processo civil da sociedade contemporânea. [...] em sendo o ônus da prova invertido para o fornecedor, isto não significa que este passe a ser responsável pela produção de prova cabal da inexistência do direito do consumidor. Basta-lhe demonstrar a real inverossimilhança da afirmação do autor para que o magistrado reinverta o ônus da prova, e julgue o pedido improcedente. Para a procedência do pedido do consumidor é preciso, pois, que a verossimilhança do alegado persista até o momento da prolação da sentença (1995, p. 39).

Assim, caso o fornecedor consiga derrubar a verossimilhança das alegações do consumidor, mesmo após invertido o ônus em favor deste, cabe ao juiz restabelecer a regra geral do art. 333 do CPC, voltando para o consumidor o encargo de provar o fato constitutivo do seu direito. Caso encerrada a instrução, fatalmente a demanda será julgada improcedente, eis que derrocadas pelo fornecedor, durante a instrução, as alegações do consumidor.

Conforme ensina Muniz, invertendo-se o ônus da prova com base no art. 6º, inc. VIII, do CDC, o demandado obrigatoriamente deve ser cientificado de tal decisão antes de exaurida a sua oportunidade de produzir prova, para que lhe seja possível cumprir com este ônus que antes não lhe pertencia, notadamente por não ser esta inversão automática (2007, p. 38).

Por este motivo, o momento mais adequado para tal desiderato é o da prolação do despacho saneador, quando se fixa os pontos controvertidos, se estabelece as provas a serem produzidas e a quem pertence o ônus de produzi-las⁴¹.

A jurisprudência brasileira vem evoluindo nesse sentido, como é possível perceber da análise do aresto do STJ abaixo colacionado:

⁴¹De igual norte o pensamento de Bruno Freire e Silva, para o qual a inversão do ônus da prova no saneamento do feito é a interpretação normativa mais coerente com o sistema processual brasileiro, tendente a evitar qualquer forma de cerceamento de defesa, pois as regras de proteção do consumidor têm o escopo de equilibrar uma situação de desigualdade e, caso aplicadas de forma desequilibrada, a desigualdade continuará a existir no sentido oposto, desrespeitando preceitos constitucionais (2007, p. 341-342).

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MOMENTO OPORTUNO - INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO NO MOMENTO DA SENTENÇA - PRETENDIDA REFORMA - ACOLHIMENTO- RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. - **A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.** - O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes. - Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido (BRASIL, STJ, REsp.881.651/BA, Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 21/05/2007, grifo nosso).

Referida decisão entendeu que, ao inverter o ônus da prova na sentença, o juiz cerceou o direito de defesa da parte requerida, pois já encerrada a fase instrutória, não oportunizando àquela a chance de desempenhar de forma adequada o ônus que antes não lhe pertencia, mas que, em razão da inversão, passou a ser de sua competência. Assim, o processo foi anulado desde o julgamento de primeiro grau, com a reabertura da instrução processual, de forma a garantir a ampla defesa e o contraditório do demandado.

No mesmo sentido o precedente da Quarta Turma do STJ, que assim restou ementado:

RECURSO ESPECIAL. CDC. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ENUNCIADO N. 297 DA SÚMULA DO STJ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART.6º, INCISO VIII, DO CDC). MOMENTO PROCESSUAL. FASE INSTRUTÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. Há muito se consolidou nesta Corte Superior o entendimento quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (enunciado n. 297 da Súmula do STJ) e, por conseguinte, da possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII do artigo 6º da lei consumerista. 2. O Tribunal de origem determinou, porém, que a inversão fosse apreciada somente na sentença, porquanto consubstanciaria verdadeira “regra de julgamento”. 3. Mesmo que controverso o tema, **dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória - momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes -, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal, conforme precedentes.**4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, provido (BRASIL, STJ, REsp. 662.608/SP, Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 05/02/2007, grifo nosso).

Percebe-se, pois, a tendência jurisprudencial no sentido de entender a regra do art. 6º, inc. VIII, do CDC, não só como regra de julgamento, mas também e sobretudo como regra de procedimento, dirigida aos litigantes e influenciadora de seus comportamentos processuais, em uma posição mais consentânea com o direito processual hodierno.

Por derradeiro, interessante fazer uma abordagem comparativa do instituto jurídico aqui tratado, com os preceitos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, iniciado pelo ato n. 379 de 2009, do presidente do Senado Federal, José Sarney, que instituiu uma comissão de renomados juristas para elaborá-lo, sob a presidência do Min. Luiz Fux.

De pronto, percebe-se a clara intenção de dar maior celeridade ao processo, nos ditames da própria CF, dando forte importância ao princípio do contraditório, na medida em que presa pela oitiva da parte contrária sempre antes da decisão. Nessa senda, destaca-se o art. 262 do Anteprojeto, cujo teor, dada a relevância comparativa para o presente estudo, segue abaixo transcrito, *ipsis litteris*:

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção (grifo nosso).

Note-se que o dispositivo, ao permitir a distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme as possibilidades de cada parte, assemelha-se à regra de inversão do art. 6º, inc. VIII, do CDC. Entretanto, não exige, para tanto, a presença da verossimilhança ou da hipossuficiência, devendo o juiz apenas atentar para as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado.

Mas o detalhe mais importante da norma acima transcrita é o constante no parágrafo 1º, que garante à parte contra quem foi invertido o ônus a possibilidade de dele se desincumbir adequadamente. Assim, indubitável a impossibilidade da decretação da inversão no momento da sentença, dada a clareza da norma, cuja teleologia tem fulcro nos princípios

constitucionais do contraditório, da ampla defesa e, por conseguinte, do devido processo legal.

CONCLUSÃO

O direito do consumidor é resultado do desenvolvimento da ciência e tecnologia, que deram margem à necessidade de uma nova regulamentação para um mercado de consumo em crescente e constante evolução.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor fez com que sua proteção fosse galgada a direito fundamental, protegido constitucionalmente no art. 5º, inc. XXXII, da CF e revestido das prerrogativas de inviolabilidade, inalienabilidade e indisponibilidade. Em outras palavras, por se tratar de um direito humano positivado, a proteção do consumidor é norma de caráter universal, de ordem pública e interesse social, tendo, portanto, aplicabilidade imediata, eis que constitui princípio norteador do ordenamento jurídico.

A CF, ao estabelecer ao Estado o dever de proteger os consumidores, fixou-lhe também a obrigação de regulamentar esse direito, o que se deu pela promulgação da Lei n. 8.078/90, o CDC. Nesse compasso, a interpretação da norma, para que dela se extraia a sua real essência, deve ter por diretriz principal o preceito constitucional, em respeito à sua supremacia dentro do sistema jurídico.

Assim, composta a relação jurídica de consumo por uma parte mais forte de um lado (o fornecedor) e uma parte mais fraca de outro (o consumidor), tendo por objeto um produto ou serviço, há o imperativo do balanceamento dessa relação, a fim de equilibrar as forças naturalmente desiguais, razão pela qual o ordenamento jurídico cria mecanismos de compensação dessa desigualdade na busca da efetivação da proteção do consumidor.

No âmbito do processo, que constitui um dos principais instrumentos de proteção e efetivação dos direitos dos consumidores, a lei estabelece o instituto da inversão do ônus da prova como um desses mecanismos de compensação e equilíbrio. Tendo o processo o objetivo de pacificar os conflitos sociais, a prova judicial serve como ferramenta na busca da verdade dos fatos e tem como destinatário direto o juiz, que a utiliza na formação de sua convicção, de forma a efetivar o direito material, solucionando a lide.

Contudo, a regra geral do ônus da prova prevista no CPC (art. 333) e a inversão prevista no CDC (art. 6º, inc. VIII), além de servirem de substrato ao julgador para a prolação da sentença quando as provas produzidas forem insuficientes, eis que lhe é vedado se abster

de julgar, também são regras de procedimento destinadas à regular o comportamento processual das partes litigantes.

A inversão probatória, quando se tratar de relação de consumo, é, pois, direito básico do consumidor, quando suas alegações forem verossímeis ou sua situação for de hipossuficiência, ou seja, factualmente vulnerável perante o fornecedor. Dessa forma, presente algum desses dois requisitos, eis que alternativos, é dever do juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, dada a garantia constitucional de sua defesa.

Entretanto, em razão de ser norma orientadora do comportamento das partes, a inversão do ônus da prova deve ocorrer em momento procedimental que possibilite a regular desincumbência de referido encargo, de forma a garantir os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, uma vez que seu cerceamento tem por consequência a nulidade do processo. Deve-se, pois, oportunizar à parte em prejuízo da qual fora invertido o ônus da prova (fornecedor) a possibilidade de produzir a contraprova, ou seja, de tentar desconstituir oportunamente o alegado pelo consumidor.

Nesse ínterim, conclui-se que o momento processual mais adequado e oportuno para a decretação da inversão do ônus da prova, com vistas à garantia do contraditório e da ampla defesa, é por ocasião do despacho saneador (na audiência de conciliação – art. 331, parágrafo 2º, do CPC) ou em decisão própria, quando o procedimento não fixar instante específico para o saneamento. A decisão sobre a inversão probatória deve acontecer em momento posterior à resposta do demandado e anterior ao início da instrução. Isso permitirá que as partes melhor organizem sua atividade probatória, na medida em que conhecerão, de antemão, a regra de julgamento a ser utilizada no caso, norteando sua produção de provas nesse sentido.

Sabendo previamente que o julgamento dar-se-á com base na inversão do ônus da prova em favor do consumidor, o fornecedor saberá a medida a ser adotada na fase probatória, estando ciente de que, na insuficiência de elementos aptos a desconstituir as alegações do consumidor, sucumbirá no feito. Essa medida reverencia ambos os princípios constitucionais em jogo, a saber, a proteção do consumidor e a ampla defesa e contraditório do fornecedor, solucionando satisfatoriamente o conflito pela aplicação da proporcionalidade.

Destarte, a inversão do ônus da prova no despacho inicial se mostra prematura, porquanto ainda inexistente o contraditório, o que impossibilita a análise acerca da existência dos requisitos da inversão. Da mesma forma, imprópria a decretação da inversão somente quando da sentença, eis que impedirá o fornecedor de desempenhar este ônus que antes não

lhe pertencia, pois já superada a fase instrutória, estando as partes apenas aguardando o julgamento da lide. Assim, configurando ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, constituintes do devido processo legal, possível a anulação do processo em grau de recurso, o que causará dilação processual indesejada e que prejudicará mais ainda a situação do consumidor e a própria celeridade processual.

Ao considerar o processo como instrumento de justiça social e de isonomia entre as partes, com os olhos voltados para os ditames constitucionais, chega-se à conclusão de que a melhor técnica processual é aquela que reflita, em cada ato, todos os princípios que o norteiam, em especial o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A busca da justiça não quer dizer a vitória do consumidor a todo custo, mas sim a composição dos conflitos sociais por meio de um processo justo, célere e equânime, próprio de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Teresa Arruda. Noções gerais sobre o processo do Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, p. 256, abr./jun. 1994.

ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: o momento em que se opera a inversão e outras questões. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 48, p. 89-114, out./dez. 2003.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Ativismo judicial, cláusulas gerais e a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor e o projeto de Código de Processo Civil. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul: Notadez, n. 399, p. 81-112, jan. 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos atuais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. **Lei Federal n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2010.

_____. **Lei Federal n. 11.187, de 19 de outubro de 2005**. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. **Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 out. 2010.

_____. Senado Federal. **Ato do Presidente do Senado Federal n 379**. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 541.867/BA**. Rel.: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 16 mai. 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=541867&b=ACOR>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 881.651/BA**. Rel.: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 21 mai. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=881651&b=ACOR>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 195.760/PR**. Rel.: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, DF, 23 ago. 1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=195760&b=ACOR>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 437.425/RJ**. Rel.: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 24 mar. 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=437425&b=ACOR>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 332.869/RJ**. Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 02 set. 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=332869&b=ACOR>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 241.831/RJ**. Rel.: Min. Castro Filho. Brasília, DF, 03 fev. 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=241831&b=ACOR>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 286.441/RS**. Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Rel. para acórdão: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 03 fev. 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=286441&b=ACOR>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 476.428/SC**. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 09 mai. 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=476428&b=ACOR>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 140.097/SP**. Rel.: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 11 set. 2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=140097&b=ACOR>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 662.608/SP**. Rel.: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 05 fev. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=662608&b=ACOR>. Acesso em: 21 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 422.778/SP**. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 27 ago. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=422778&b=ACOR>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 545**. Brasília, DF, 10 dez. 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=545.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do RJ. **Enunciado n. 91 da Súmula de Jurisprudência Dominante**. Rio de Janeiro, RJ, 12 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBBACLE66&LAB=BIBxWEB&PORTAL=1&AMB=INTRA&SUMULAxTJ=&TRIPA=71^0^91&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=&TIPO=71&ATO=91&START=>>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

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

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. vol. I. São Paulo: Classicbook, p. 61-98, 2000.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. A inversão do ônus da prova e a inversão do encargo decorrente sob a ótica do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, p. 245-251, abr./jun. 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et al. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. A inversão do ônus da prova nos processos que envolvem relação de consumo: regra de comportamento ou critério de julgamento? **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 45, p. 31-46, dez. 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 9. ed. rev. amp. sist. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

GAULIA, Cristina Tereza. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, p. 76-92, out./dez. 2001.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, p. 33-41, jan./mar. 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HOLTHAUSEN, Fábio Zobot. **Inversão do ônus da prova nas relações de consumo**: momento processual. Tubarão: Unisul, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Do processo de conhecimento. vol. 5. tomo I. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 161-169, jul./set. 1994.

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

MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 114, p. 67-90, mar./abr. 2004.

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: Revista dos Tribunais, n. 31, p. 63-69, jul./set. 1999.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, p. 301, abr./jun. 1997.

MUNIZ, João Augusto Sousa. A possibilidade de inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e o momento processual adequado para sua decretação à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 56, p. 31-39, nov. 2007.

NASCIMENTO. Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, p. 217-221, mar./mai. 1992.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 75, p. 105-113, jun. 2009.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, p. 48-60, abr./jun. 1994.

NOVAKOSKI, André Luis Mota. A distribuição do ônus probatório nas lides de consumo: a falsa inversão do ônus da prova do art. 6º, inc. VIII, do CDC. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 37, p. 09-18, abr. 2006.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**: com exercícios. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução n. 39/248 de 16 de abril de 1985**. Dispõe sobre a proteção do consumidor. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 15 out. 2010.

PASQUALOTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 01, p. 130-148, abr./jun. 1992.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção ao consumidor como um direito fundamental. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, p. 75-97, abr./jun. 2006.

SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. A inversão do ônus da prova consubstanciada no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 83, p. 58-65, fev. 2010.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 146, p. 49-68, abr. 2007.

SILVA, Bruno Freire e. A inversão judicial do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 146, p. 332-343, abr. 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 60, p. 07-36, out./dez. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol. 1, 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de Direito do Trabalho**: um enfoque constitucional. 2. ed. Passo Fundo: UPF, 2007.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. (Ainda e sempre) o momento de inversão do ônus da prova. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 60, p. 28-37, mar. 2008.