



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

ALEX MARTINS NICOLAU

**INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR - CDC**

**SOUSA - PB
2007**

ALEX MARTINS NICOLAU

**INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR - CDC**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Profº. Dr. João de Deus Quirino Filho.

**SOUSA - PB
2007**



N639i Nicolau, Alex Martins.
Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor -
CDC. / Alex Martins Nicolau. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

63 f.

Orientador: Professor Dr. João de Deus Quirino Filho.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Código de Defesa do Consumidor 2. Direitos do consumidor.
3. Ônus da prova – direito do consumidor. 4. Direito Processual Civil.
I. Quirino Filho, João de Deus. II. Título.

CDU: 347.451.031(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

ALEX MARTINS NICOLAU

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR - CDC

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO APRESENTADO EM, _____.

BANCA EXAMINADORA

João de Deus Quirino Filho
ORIENTADOR

EXAMINADOR (A)

EXAMINADOR (A)

Sousa-PB.
2007

Dedico este trabalho aos meus pais e aos meus amigos que sempre me deram força pra chegar onde cheguei.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, por me dar oportunidade de estar aqui e acompanhar-me em tudo o que faço.

Ao meu pai, grande homem, que tudo fez durante toda sua vida para me apoiar em tudo o que eu precisasse.

A minha mãe, que sempre me aconselha, e acompanha meus passos a fim que eu trilhe pelos caminhos mais corretos e seguros da vida

Aos meus irmãos pelo apoio nos momentos que eu precisei.

Aos meus avós paternos por olharem por mim de onde eles estiverem.

Aos meus avós maternos pela confiança depositada em mim no cumprimento de meus objetivos.

Aos meus familiares pelos conselhos nas horas necessárias.

Aos meus colegas de sala pelo companheirismo em todos os momentos durante nossa trajetória.

Aos professores que me guiaram durante todo o processo de formação acadêmica.

Aos meus amigos que me ajudam nas horas em que preciso, e me acompanham nos momentos de sucesso e alegria.

A todos que fazem o curso de Direito na UFCG e nos possibilitam chegar onde chegamos.

Pensamento

“Tudo posso naquele que me fortalece
(Filipenses 4:13)”

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o estudo da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Este instituto consumerista trouxe para o direito brasileiro uma mudança no eixo da responsabilidade – princípio norteador da responsabilidade objetiva. A Lei 8.078/90 criou esse mecanismo para que, sendo o consumidor hipossuficiente em relação aos conhecimentos técnicos do produto ou da prestação de serviço, e possuindo ele alegações verossímeis, o magistrado possa determinar a inversão. A inversão ope judicis, prevista no Código de Defesa do Consumidor, não se atém às hipóteses taxativas verificadas por força de lei. O Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade do Juiz inverter esse ônus, quando julgar cabível, desde que presentes os pressupostos necessários para a aplicação dessa medida. No presente trabalho, encontra-se a explanação sobre o direito do consumidor, no primeiro capítulo, com seus aspectos gerais, o processo do consumidor, e o momento processual e adequação aos princípios constitucionais e processuais, de modo geral para uma melhor compreensão do explanado nos capítulos posteriores. No segundo capítulo falaremos do ônus da prova nas relações de consumo, salientando suas considerações e conceitos básicos, e ainda, especificando mais o estudo das provas nas relações de consumo, o ônus da prova e da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, este último de forma introdutória. Enfim, falaremos no terceiro capítulo da inversão do ônus da prova no direito do consumidor, sua previsão legal, seus requisitos, as despesas processuais, o momento ideal para a inversão do ônus da prova praticado pelo magistrado, quando cabível ou necessária tal medida, bem como as considerações finais.

Palavras chave: ônus; prova; consumidor.

ABSTRACT

The present work has for mark the study of the inversion of the obligation of the proof in the Code of Defense of the Consumer. This institute consumerista brought for the Brazilian right a change in the axis of the responsibility - beginning norteador of the responsibility aims at. The Law 8.078/90 created that mechanism so that, being the consumer hipossuficiente in relation to the technical knowledge of the product or of the service installment, and possessing him probable allegations, the magistrate can determine the inversion. The inversion ope judicis, foreseen in the Code of Defense of the Consumer, no if atém to the categorical hypotheses verified by law force. The Code of Defense of the Consumer foresees the Judge's possibility to invert that obligation, when he/she judges reasonable, since presents the necessary presuppositions for the application of that measured. In the present work, he/she is the explanation on the consumer's right, in the first chapter, with their general aspects, the consumer's process, and the procedural moment and adaptation to the constitutional and procedural beginnings, in general for a better understanding of the explained in the subsequent chapters. In the second chapter we will speak about the obligation of the proof in the consumption relationships, pointing out their considerations and basic concepts, and still, specifying more the study of the proofs in the consumption relationships, the obligation of the proof and of the inversion of the obligation of the proof in the consumption relationships, this last in an introductory way. Finally, we will speak in the third chapter of the inversion of the obligation of the proof in the consumer's right, his/her legal forecast, their requirements, the procedural expenses, the ideal moment for the inversion of the obligation of the proof practiced by the magistrate, when such reasonable or necessary measure, as well as the final considerations.

Words key: obligation; proof; consuming.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 01 DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	14
1.1 O Direito do Consumidor.....	14
1.1.1 Breve histórico.....	14
1.2 Aspectos gerais.....	16
1.3 Do Processo do Consumidor	18
1.4 O Momento Processual e Adequação dos Princípios Constitucionais e Processuais.....	24
CAPÍTULO 02 O ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO....	30
2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR.....	30
2.2 Conceitos Básicos.....	31
2.2.1 Conceito de prova.....	31
2.2.1.1 Princípios da Teoria da Prova.....	33
2.2.1.2 Princípio dispositivo.....	33
2.2.1.3 Princípio da oralidade.....	34
2.2.1.4 Princípio da prova livre.....	34
2.2.1.5 Destinatário da prova e motivação.....	34
2.2.1.6 Tarifação das provas.....	36
2.2.2 Prova nas relações de consumo.....	37
2.2.2.1 O ônus da prova e o CDC.....	37
CAPÍTULO 03 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR (ESTUDO JURISPRUDENCIAL).....	42
3.1 Previsão legal.....	42
3.2 O Titular do Direito a Invocá-lo (<i>o direito a inversão</i>).....	42
3.3 A inversão do ônus da prova no direito do consumidor.....	42
3.3.1 Requisitos para a Inversão do Ônus da Prova.....	48
3.3.2 O Momento de Inversão do Ônus da Prova.....	49

3.3.3 A inversão do ônus da prova no direito do consumidor e despesas processuais	57
3.3.4 Oportunidade processual para juiz declarar invertido o ônus da prova nas relações de consumo.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem como objetivo a análise da inversão do ônus da prova sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor. Dentre as diversas situações probatórias na relação consumerista, cumpre distinguir e examinar como se opera a medida da inversão do ônus probatório no direito do consumidor.

Em conformidade com o texto constitucional, e visando atender uma antiga exigência da economia de mercado, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, para servir instrumentalmente visando contrabalançar os desequilíbrios existentes entre as grandes concentrações empresariais e os consumidores em geral, na aquisição e na fruição de bens e de serviços para a satisfação de necessidades humanas primárias.

Aparelhada na relação de defesa da concorrência com sistema jurídico próprio, não se encontrava, no entanto, a legislação brasileira, sob o outro pólo da relação de consumo, posicionada em condições compatíveis com a magnitude dos valores nela envolvidos e exatamente com respeito à parte economicamente mais fraca. Completa-se, assim, o binômio em que repousa o regime jurídico da economia do mundo liberal, a saber, a defesa da concorrência e a proteção do consumidor, permitindo-se, de um lado, o respeito aos direitos dos competidores e, de outro, o do adquirente de bens e de serviços colocados no mercado. Desse modo, integram-se na regência da matéria, os dois princípios fundamentais erigidos, desde tempos antigos, em vigas mestras do direito negocial, o da lealdade com o concorrente e o principal, no nosso entendimento, da honestidade com o consumidor.

Graças à reestruturação constitucional havida em 1988, o ingresso do Código na realidade jurídica encontra-se preparado, para a sua efetiva aplicação, com a sagração de inúmeras novas medidas assecuratórias desses direitos e a nível coletivo, atuando na linha de proteção dos valores fundamentais da pessoa humana em sociedade, dentro da evolução operada nessa área.

Acompanhando o progresso legislativo processado na matéria, especialmente em alguns países da Europa e nos Estados Unidos, o Código vem suprir lacuna existente em nosso direito positivo, coerente com o espírito que

presidiu a Carta de 1988, no qual a dignidade da pessoa humana e a preservação de seus direitos de personalidade são as pilstras básicas.

Conferindo aos consumidores o instrumental de defesa compatível com as necessidades do mundo presente, e informado por princípios próprios e estratificados sob forma de normas de ordem pública, o Código busca o equilíbrio na relação de consumo.

Com efeito, tendo no universo contratual do setor poderosas empresas, detentoras de tecnologias próprias, ao lado de pessoas normais do povo consumidor, além de profissionais e de outras empresas, também consumidoras, o Código arma a parte mais fraca economicamente com mecanismos de proteção, públicos e privados, que lhe permitirão a consecução de justiça na contratação denominada de massa.

O reconhecimento explícito de vários direitos básicos do consumidor, sua proteção, bem como, a modificação de conceitos e de institutos processuais para efeito de defesa de interesse de consumidores como a inversão do ônus da prova, destacam-se em seu contexto.

Dentro do sistema da Constituição, para o intérprete, o Código de Defesa do Consumidor constitui-se num sistema autônomo e próprio, sendo fonte primária. No tocante à produção de provas no processo civil, o CDC é o ponto de partida, aplicando-se em seguida, complementarmente as regras dispostas nos arts.332 a 443 do Código de Processo Civil. Entender, então, a produção das provas em casos que envolvam as relações de consumo é compreender toda a principiologia da Lei n. 8.078/90, que pressupõe, entre outros princípios e normas, a vulnerabilidade do consumidor, sua hipossuficiência, especialmente em técnica de informação, mas também econômica, como se verá, o plano geral da responsabilização do fornecedor, que é de natureza objetiva.

Ao lado disso, têm-se, na lei consumerista, as determinações próprias que tratam da questão da prova. Um dos principais pontos de justificativa à proteção do consumidor no que diz respeito à prova, é a vulnerabilidade que está inserida no inciso I art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, essa prova, como qualquer outra que tiver de ser produzida, deverá guiar-se pelo que está estabelecido no art.6º, VIII, do CDC. Visando o exame de todos esses aspectos, tratará esta monografia da medida de inversão do ônus da prova precipuamente com relação aos consumidores, por vista no Código de Defesa do Consumidor.

A vertente metodológica utilizada é qualitativa, o método de procedimento o monográfico-bibliográfico, e o método de abordagem, hipotético-dedutivo, A presente monografia conterà três capítulos principais. Sendo eles:

CAPÍTULO I DO DIREITO DO CONSUMIDOR. No presente capítulo, encontra-se a explanação sobre o direito do consumidor, discorrendo acerca de seus aspectos gerais, uma noção básica do processo do consumidor, visando facilitar a compreensão de seu *modus operandi* e ponderando sucintamente sobre o momento processual e adequação aos princípios constitucionais e processuais, de modo geral, porém conciso para uma melhor compreensão do explanado nos capítulos posteriores. CAPÍTULO II ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. No segundo capítulo falaremos do ônus da prova nas relações de consumo, salientando suas considerações e conceitos básicos, e ainda, especificando o estudo das provas nas relações de consumo, o ônus da prova e da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, este último de forma introdutória, em suma, arrazoa-se, neste, o conceito de ônus da prova bem como as peculiaridades inerentes a este instituto perante o CDC. E finalizando. CAPÍTULO III A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO (VISÃO JURISPRUDENCIAL). Enfim, falaremos no terceiro capítulo da inversão do ônus da prova no direito do consumidor, sua previsão legal, seus requisitos, as despesas processuais, o momento ideal para a inversão do ônus da prova praticado pelo magistrado, quando cabível ou necessária tal medida, e concluimos a presente monografia com as considerações finais. Com todas essas considerações, esperamos que logrem um maior conhecimento e uma noção mais ampla sobre o assunto. Ademais, com toda a análise realizada será possível entender e adotar uma determinada posição dentre várias correntes que podem existir quando surgem questões controversas

O acesso à justiça na evolução do processo é um dos problemas de grande discussão por estudiosos e juristas. Sobre este ponto temos o Código de Defesa do Consumidor como uma Lei exemplar, pois prevê o acesso do consumidor à justiça estabelecendo regras que o protegem visando o equilíbrio da relação, a paridade das partes respeitando-se as desigualdades, uma vez que o CDC reconhece a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo (ou dessa natureza).

Frente à ordem econômica em que vivemos o Direito do consumidor faz parte da renovação e adequação dos direitos a modernidade social (indivíduo X coletividade).

A própria Constituição Federal elevou a proteção do consumidor a direito fundamental e princípio a ser obedecido no referente à estabilidade da ordem econômica, cabendo a defesa do consumidor ao estado em conformidade com os artigos 5º, XXXII e 170 do retromencionado diploma legal. Tendo em vista da obrigação de defender o consumidor por parte do estado, e assegurando esta proteção como um Direito fundamental, implicitamente, reconheceu a Constituição Federal a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo.

Para chegar até a presente legislação protetora, o movimento consumerista baseou-se no princípio da vulnerabilidade do consumidor, o qual considera o consumidor como a parte mais fraca da relação de consumo, já que o mesmo submete-se ao poder de quem dispõe o controle sobre bens de produção para satisfazer suas necessidades de consumo.

Seguindo os ensinamentos do professor João Batista de Almeida (2003, p.39) a tutela do consumidor surge e se justifica pela busca do equilíbrio entre as partes, pois, afirma que este equilíbrio é uma:

[...] reação a um quadro social, reconhecidamente concreto, em que se vislumbrou a posição de inferioridade do consumidor em face do poder econômico do fornecedor, bem como a insuficiência dos esquemas tradicionais do Direito substancial e processual, que já não mais tutelavam novos interesses identificados como coletivos e difusos...

Em face da vulnerabilidade do consumidor o código tutela-o procurando, dessa forma, re-equilibrar as relações de consumo sem ferir o Princípio Constitucional da Isonomia.

Para Luiz Antônio Rizzatto (2004) o reconhecimento da vulnerabilidade é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal. Pois, o consumidor é a parte mais fraca da relação jurídica de consumo e essa fraqueza decorre de dois aspectos; um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O de ordem técnica está relacionado aos meios de produção monopolizados pelo fornecedor. É o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira de produzir. E o consumidor fica com a escolha reduzida, só podendo optar por aquilo que existe foi oferecido no mercado. Essa oferta é decidida unilateralmente pelo fornecedor visando seus interesses empresariais, obtenção de lucro. O segundo aspecto, o econômico, está na maior capacidade econômica que, em regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor.

Nelson Nery Júnior (2002), ao analisar esse princípio constitucional, observa que se deve buscar a paridade das partes no processo no seu sentido efetivo, de fato, e não somente a igualdade jurídica formal uma vez que esta última seria facilmente alcançável com a adoção de regras legais estáticas. E assevera: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. Princípio que foi consagrado por Ruy Barbosa (*In*: Nery Júnior, 2002, p.89).

1.3 Do Processo do Consumidor

Como já explicitado no tópico anterior ocorreu uma mudança na ciência processual, conseqüentemente no processo, exigindo-se repensar seus institutos, redimensionando-os sob uma ótica macroscópica.

Justifica-se essa postura a partir do momento e que há a violação em massa de direitos e não se admite mais a postura de fragmentação das demandas, amparada pela leitura clássica do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

O processo se traduz como instrumento, revolucionário, a serviço da espiral progressiva e coletiva dos direitos partindo-se do individual para o meta individual. Sua tendência é tutelar a quarta geração dos direitos, após a tutela das liberdades públicas, dos direitos econômicos e sociais e dos direitos meta individuais e sua projeção mundial.

O processo pretende então, valorizar suas qualidades de efetivo, pois se mostra como canal apto para atingir a educação, a paz social, o bem comum,

além de oferecer um provimento justo e legítimo; de instrumental, porque inequívoco seu grau de utilidade e eficiência.

A reavaliação dos institutos processual poderá aplacar os óbices que impedem a realização destas qualidades (efetividade e instrumentalidade). Com o oferecimento de tutela jurisdicional adequada, eficaz e célere, é possível atingir a justiça acessível e participativa, ideal a que estão comprometidos os operadores do direito sintonizados com a nova ordem processual.

Esta renovação do processo reflete-se na necessidade em se proteger direitos indivisíveis de um número indeterminado de pessoas, relativos, principalmente, nos consumidores e ao meio-ambiente. É nesse contexto revolucionário da expansão da tutela jurisdicional que se insere o Código de Defesa do Consumidor, o qual pretende não só resolver o maior número de conflitos como também jurisdicionalizar a imensa gama de litígios pelo Estado e que não só levados à apreciação e que, por isto guardam alto grau de litigiosidade contida, que rege imperiosa necessidade de reestruturação.

É nesse passo que, após ser instituído com direito fundamental pela Constituição Federal/88 (art. 5º, XXXII) e a partir de experiências estrangeiras, foi elaborado o nosso Código de Defesa do Consumidor, que pode ser caracterizados como sistema funcional de normas, de aspecto multidisciplinar, cujo intuito é a proteção do consumidor, sabidamente a parte vulnerável da relação de consumo, conferindo-lhe paridade de armas frente ao fornecedor.

São escopos do processo, tendo como base às relações de consumo: Ampliar a forma de representação dos consumidores de acordo com a tendência associativa; Garantir a informação aos consumidores, de modo que tenham ciência de seus direitos, pois consumidor informado é consumidor exigente e com poder; Viabilizar o acesso dos consumidores a diferentes mercados, estimulando o aprimoramento da produção e consciência do fornecedor em oferecer melhores produtos; e estipular um sistema de proteção contra produtos nocivos e defeituosos que possam gerar prejuízo à vida e à saúde do consumidor.

Além garantir a proteção do direito individual do consumidor, buscou-se permitir a tutela coletiva dos direitos, sejam eles individuais homogêneos, coletivos ou difusos, prevendo a coisa julgada *secundum eventum litis*.

Tipificaram-se as infrações penais e administrativas, com a inscrição de regras de responsabilidade objetiva do fornecedor, prevendo a inversão do ônus

da prova, sem que isto signifique interferência na livre iniciativa na política de mercado, com a clara intenção de viabilizar a defesa do consumidor em juízo.

A pesar de redundante é necessária explicações sobre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que é a Lei nº 8.078/90, e é multidisciplinar que abrange diversos aspectos no contexto geral das chamadas relações de consumo. Entre vários assuntos, como já foi observado, ela difere quem é: o consumidor e o fornecedor, os direitos básicos do consumidor, a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, responsabilidade por vício, decadência e prescrição, de proteção contratual, das infrações penais, da defesa do consumidor em juízo, das ações coletivas, da coisa julgada, etc.

A legislação do consumidor adequou-se à realidade social e apresenta um novo perfil do processo civil, contando com a participação da sociedade civil para se fazer valer a proteção do consumidor, tutelando os interesses e direitos trans-individuais.

Por tratar-se de norma de ordem pública é inderrogável por vontade dos interessados na relação de consumo, embora exista a possibilidade de haver livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial.

O Código de Defesa do Consumidor traz no seu art. 90, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC) e a Lei de Ação Civil Pública naquilo que não contrariar suas disposições.

No tocante aos tipos de ações em defesa do consumidor em juízo, art.83 do Código de Defesa do Consumidor admite todas as espécies de ações. Neste aspecto, Rodolfo de Camargo Mancuso (2005, p.113) explica que, "... as ações em defesa do consumidor podem ser recepcionadas por qualquer dos processos existentes: de conhecimento, de execução e cautelar...".

Tratando-se de procedimento, proceder-se-á da mesma forma, pois sendo processo de conhecimento, as ações de defesa do consumidor seguirão o rito ordinário, os demais tipos de processo seguirão o rito respectivo previsto no Código de Processo Civil, desde que não contrarie alguma inovação do referido Diploma Legal. O que significa que onde o processual do disponha de forma diferenciada ou incompatível com o Código de Processo Civil, este último fica afastado.

Consoante com a relação de complementaridade entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Processo Civil e a Lei 7.347/85. Arruda Alvim (2006,

p.49) dispõe da seguinte forma:

Havendo possibilidade de se aplicar o Código de Processo Civil e a Lei 7.347/85, esta terá preferência, pois a analogia é a mais próxima entre esta Lei e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. É neste sentido que se há de interpretar o significado e a função da analogia, a que se refere o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A defesa do consumidor em juízo pode ser exercida individualmente ou coletivamente. A tutela judicial individual, quer dizer, de interesses individuais puros, pode ser pleiteada com base nas normas do Código de Processo Civil, com aplicação subsidiária do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e de leis extravagantes. Já a tutela exercida de modo coletivo no que tange as relações de consumo vai estar consubstanciada no Código de Defesa do Consumidor e em Leis extravagantes pertinentes, sendo aplicado subsidiariamente o Código de Processo Civil.

São legitimados, corretamente, isto é, podendo sozinho propor ação coletiva, ou formar litisconsórcio facultativo para promover a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: O Ministério Público; A União, Os Estados, Os Municípios e Distrito Federal; As Entidades e Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificadamente destinada à defesa de direitos trans-individuais; As associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa de direitos trans-individuais, dispensada a autorização assemblear (art. 82 do Código de Defesa do Consumidor).

O Ministério Público atua na tutela dos interesses individuais indisponíveis, mas o Código de Defesa do Consumidor o autorizou fundado no art. 129, IX, da Constituição Federal, a tutelar direitos individuais homogêneos, face à dimensão coletiva e interesse social destes direitos.

A produção das provas em casos que envolvam as relações de consumo, além de aplicar as regras pertinentes do Código de Processo Civil, pressupõe a observância de todos os princípios e normas que norteiam o estatuto legal do consumidor, entre eles os princípios da vulnerabilidade do consumidor, sua hipossuficiência, como também as regras de responsabilização do consumidor.

O artigo 186 do Código Civil prevê:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O Código de Defesa do Consumidor afasta a aplicabilidade deste artigo do Código Civil nas questões de responsabilidade contratual ou extracontratual, vigorando o artigo 6º, VI do diploma legal do consumidor.

O sistema consumerista estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor, oriunda do risco da atividade econômica.

A responsabilidade dos profissionais liberais, entretanto, é uma exceção à regra prevista no art. 14 §4º do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade destes é subjetiva devendo ser apurada mediante a verificação da culpa. Todavia, apesar de ser uma exceção não há impedimento, conforme for o caso, que seja aplicada a inversão do ônus da prova a favor do consumidor autor.

A responsabilidade objetiva ou do risco em matéria de consumo como regra geral não conduz à automática procedência do pedido do consumidor, uma vez que este não tem que provar a culpa do fornecedor, mas deve provar o nexo de causalidade entre o produto/serviço, o evento danoso e o dano para constituir seu direito.

Para desonerar-se de sua responsabilidade o fornecedor em sua defesa deve comprovar uma das excludentes de responsabilidades:

- a) que não colocou o produto no mercado;
- b) que embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- c) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, § 3º, I, II, III do Código de Defesa do Consumidor).

No caso de fornecedor de serviço as excludentes de responsabilidade a serem provadas são:

- a) que, tendo restado o serviço o defeito inexiste;
- b) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, I, II do Código de Defesa do Consumidor).

Se na demanda restar constatado pelo juiz a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, aquele decidirá pela inversão do

ônus da prova em favor do consumidor que ficará dispensado da comprovação do defeito do produto da ocorrência do dano e do nexo causal entre o produto/serviço (art.6º, VIII, Código de Defesa do Consumidor).

Segundo Luiz Antônio Rizzatto (2004) a produção da prova preliminar necessária se fará pelas regras do Código de Processo Civil, a partir dos princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor, e que toda e qualquer prova que tiver de ser produzida deverá guiar-se pelo que está estabelecido no art.6º, VII, Código de Defesa do Consumidor, e no art.38, no caso específico da publicidade.

Quando ocorrer a sentença proferida à ação coletiva todos os interessados serão atingidos pela coisa julgada material mesmo os que não intervieram, em caso de sentença de procedência. Mas, se a sentença for de improcedência, somente os que não intervieram poderão propor as ações individuais.

Na ação para a tutela de direitos difusos a sentença faz coisa julgada "*erga omnes*" enquanto na ação para a tutela para a ação de direitos coletivos a sentença faz coisa julgada "*ultra partes*", mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe (art. 103, I,II, Código de Defesa do Consumidor).

Na ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos a coisa julgada é "*erga omnes*", apenas para o caso de procedência no pedido, se a sentença for improcedente o interessado que não interveio no processo poderá propor a ação de indenização a título individual (art. 103, III e §2º, Código de Defesa do Consumidor).

Em painel apresentado sobre o tema, Eficácia da Coisa Julgada nas Ações Coletivas, Kazuo Watanabe (In: Grinover, 2001), explicou que coisa julgada na ação coletiva só terá eficácia no plano coletivo sem prejudicar as ações individuais. No caso de acontecer a extinção do processo por falta de provas não haverá coisa julgada para ao individual nem para o coletivo que, por conseguinte poderão propor idêntica ação com novas provas. Observou, ainda que a sentença de procedência da ação coletiva vale como título executivo para o individual.

Marinoni (2005, p.55) destaca sobre o ponto da sentença de procedência de ação coletiva servir como título executivo para o individual, que:

O que a autoriza o transporte da coisa julgada coletiva para a esfera individual daqueles que foram prejudicados pela violação do direito trans- individual é a ampliação, *ope legis*, do objeto do

processo e a inclusão na coisa julgada coletiva, do dever de indenizar.

O interessado ou seus sucessores em razão da agressão ao direito trans-individual poderá requerer a liquidação ou execução de seu direito fundado na sentença de procedência de ação coletiva nos termos do art.97 do Código de Defesa do Consumidor. Eis, pois: "Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82".

O processo do consumidor, o procedimento propriamente dito deve ter sua aplicação através da razoabilidade e sensibilidade jurídica que guiará o intérprete no trabalho de interseção entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil, face às limitações na parte processual consumerista.

1.4 O Momento Processual e Adequação dos Princípios Constitucionais e Processuais.

Como ensina Carmem Lúcia Antunes Rocha (2004), "no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normando".

Nessa esteira, lembramos que se pode:

[...] concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde as demais idéias, pensamentos ou normas, derivam se reconduzem e/ou se subordinam (ROCHA, 2004, p.63).

Desta feita, nos princípios, temos o caminho seguro para a correta interação das normas jurídicas e a conseqüente subsunção aos fatos concretos, já que, como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio vem a ser:

[...] o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência.

Destaquemos então os princípios gerais das relações de consumo na carta constitucional:

Dignidade da Pessoa Humana. Inscrito no inc. III do art. 1º da Constituição Federal, é fundamento de todo sistema jurídico. Não se trata da dignidade enquanto valor individual que se aproxima da honra subjetiva, mas da dignidade enquanto pressuposto da vida humana, ou seja, vida digna que se concretiza com a realização dos mandamentos do art. 6º e *caput* do art. 225 da Constituição Federal. A dignidade da pessoa humana não é mero instrumento de retórica, mas o direito de toda pessoa de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo garantido o direito à educação pública e de qualidade, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência social. No Código de Defesa do Consumidor, esse princípio evidencia-se no *caput* de seu art. 4º, já que a Política Nacional das Relações de Consumo tem, por objetivo, o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida. Aliás, o próprio *caput* do art. 170 da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos a existência digna.

Isonomia. Indaga-se se a Lei n. 8.078/90 é inconstitucional por estabelecer a defesa de um dos entes das relações de consumo, ferindo, por conseguinte, o princípio constitucional da isonomia. A resposta é negativa. Pelo contrário, o CDC cumpre fielmente o mandamento da isonomia. O que se busca é a igualdade *real* e não a *formal*. O Código de Defesa do Consumidor nada mais faz do que cumprir as determinações do art. 5º, XXXII (O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor), do art. 170, V, da Constituição Federal, e art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Ele trata os desiguais (consumidor e fornecedor) de forma desigual (protegendo o consumidor), na exata medida de suas desigualdades. Ao proteger e instituir instrumentos de defesa do consumidor, o CDC está reequilibrando os pratos da balança, e estabelecendo a igualdade real.

Liberdade (arts. 1º, IV; 3º, I; 5º, IV, VI, IX, LIV, LXVIII, e 170 da Constituição Federal). O princípio constitucional da liberdade é aplicável sobre diversos aspectos às relações de consumo. Aos fornecedores é dada a liberdade para empreender atividade, por vezes, lucrativa (livre iniciativa), mas tendo como

um de seus limites à defesa do consumidor (inc. V do art. 170 da Constituição Federal), consubstanciada principalmente no dever de garantir preço, qualidade e segurança. Por isso dizemos que o Estado, nas relações de consumo, optou pelo dirigismo econômico, intervindo para proteger o consumidor. Com isso, o CDC indiretamente coíbe a concorrência desleal, servindo de instrumento protetor da livre concorrência. Ao consumidor é dada a liberdade de contratar produtos e serviços, embora essa liberdade esteja restrita (já que, como veremos, o contrato de adesão é a regra nas relações de consumo).

Informação. Assim como a liberdade, o princípio da informação tem ampla aplicação nas relações de consumo. Os fornecedores têm o direito de informar o consumidor, divulgar seus produtos e serviços (arts. 5º, IX, e 220 da Constituição Federal). Ao consumidor é dado o direito de se informar (art. 5º, XIV da Constituição Federal) e de ser informado sobre produtos e serviços, direito fundamental para municiar a manifestação de sua vontade na aquisição. Como decorrência desses princípios, que, como veremos, estão presentes em diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, temos o princípio do Controle da Publicidade.

Controle da Publicidade. Como veremos, a publicidade é forma sofisticada de oferta, principal instrumento dos fornecedores para apresentarem ao mercado a sua produção. No mercado de massas global no qual está inscrita a sociedade brasileira, a publicidade é ferramenta obrigatória. Por trabalhar com sofisticadas técnicas de imagem e som, com alta tecnologia, a publicidade possui alto poder persuasivo, atingindo e orientando a vontade dos consumidores. Por essa razão, a Constituição Federal preceitua que compete à lei federal estabelecer os meios legais que garantam, à pessoa e à família, a possibilidade de se defenderem de programas de rádio e televisão que veiculem propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Consigne-se que, pelo texto constitucional, a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (art. 220, II, §§ 3º e 4º da Constituição Federal restrição legal é feita pela Lei Federal nº 9.294 de 15 de julho de 1996, regulamentada pelo Decreto nº 2.018, de 1 de outubro de 1996).

Princípio da Eficiência. O Estado é um dos principais fornecedores no

mercado de consumo. Esse princípio, presente inicialmente no Código de Defesa do Consumidor, foi introduzido em nossa carta maior pela Emenda Constitucional nº. 19, de 4 de junho de 1998, e encontra-se positivado em seu art. 37. No Código de Defesa do Consumidor, ele se encontra no inc. VII de seu art. 4º, positivando como princípio geral da política nacional das relações de consumo a racionalização e melhoria dos serviços públicos.

Superada a análise dos princípios constitucionais, faz-se imprescindível a identificação dos pólos de interesse (consumidor/fornecedor) e do objeto (produto ou prestação de serviço) inerentes às relações de consumo. Para tanto é preciso delimitar os conceitos de consumidor, fornecedor, produto e serviço. Com isso, identificaremos as relações submetidas ao Código de Defesa do Consumidor, resolvendo de forma segura a sempre cogitada questão do campo de aplicação da Lei n. 8.078/90.

O sistema adotado pelo nosso processo civil determina, previamente, quem poderá sair prejudicado com a não produção da prova, sendo que, o juiz, na sentença, somente vai valer-se das regras inerentes ao ônus da prova quando esta não estiverem nos autos ou forem insuficientes.

No CDC, a regra é diversa. Isto porque a previsão da inversão do ônus da prova é uma exceção à regra geral trazida pelo CPC e ser adotada se o juiz verificar a presença dos requisitos previstos na lei, em cada caso concreto e após a análise subjetiva do julgador.

Vale dizer que, nas relações em que vigem as normas consumeristas, onde os critérios para aplicação da inversão não dependerão exclusivamente da lei e nem se dará de forma automática e predeterminada, mas com base na livre apreciação do juiz e após análise de cada caso em particular, as partes terão ciência sobre quem recairá a incumbência do ônus da prova, apenas no momento em que se pronunciar o juiz da causa, que poderá decidir pela transferência deste ônus para o réu.

É neste ponto que se encontra a relevância do momento da inversão do ônus da prova.

A regra de distribuição do ônus da prova no processo civil é de conhecimento das partes, conforme a inteligência do art. 333 e seus incisos. É distribuição legal do ônus da prova, pois que, somente na ausência ou insuficiência desta, portanto, ao final do julgamento, é que o juiz deverá verificar a quem incumbia o ônus de trazê-las ao processo.

Do exposto, torna de fácil percepção que, em se tratando da regra geral trazida pelo CPC, à verificação da incumbência do ônus da prova somente terá relevância quando do julgamento da lide, no momento em que o juiz, ao analisar o conteúdo dos autos, não encontrar provas suficientes acerca dos fatos alegados e debatidos. Constitui, consoante afirma a esmagadora maioria da doutrina, regra de julgamento.

Diante da regra geral do CPC, é indiscutível que o momento processual para verificação da incumbência ônus da prova seja a sentença, uma vez que foi assegurado e previamente esclarecido as partes, durante toda a instrução probatória, as regras aplicáveis em caso da ausência de material probatório, o que, certamente, garante a liberdade para produção ou não as provas necessárias a obtenção um provimento jurisdicional favorável.

Entretanto, não é esta certeza que vigora no CDC. A inversão não é automática e pro isso não pode ser considerada, tal qual no processo civil, como regra de julgamento.

Consoante brilhantemente expõe Rizzatto Nunes (2004, p. 44) "Este pensamento está alinhado com a distribuição do ônus da prova do art. 333 do CPC e não com aquela instituída no CDC."

Para este autor, é possível chegar a esta conclusão através de um raciocínio de singela lógica, consistente em ser preciso que o juiz se manifeste no processo para saber se a hipossuficiência foi reconhecida ou se a verossimilhança está presente.

Concluí não haver sentido "diante da norma do CDC, que não gera inversão automática, que o magistrado venha a decidir apenas na sentença respeito da inversão, como surpresa a ser revelada para as partes". (2004, p.136)

Certamente, quanto às exceções, devemos procurar aplicar as regras que se adaptem às suas particularidades, mormente quando estiver em cheque o respeito e a preservação de princípios constitucionais e processuais, bem como a observação da justiça.

Neste sentido, Rizzatto apresenta a seguinte solução quanto ao momento processual mais adequado para manifestar-se o magistrado acerca da inversão do ônus da probandi: "o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador." (2004, p.138)

Ainda que seja este momento processual trazido por Rizzatto mais adequado do que a sentença, por todos os motivos aqui sustentados, não nos parece ser este o melhor momento. Vejamos.

Frise-se que, diante do prescrito pelo nosso CPC, deverá o juiz, antes de resolver a questão do ônus da prova, fixar os pontos controvertidos e determinar as provas a serem produzidas pelas partes, cujo momento é o despacho saneador.

É, assim, no próprio saneador o momento mais adequado para seja declarado pelo juízo invertido o ônus da prova, quando o juiz terá os elementos necessários para fixação dos pontos controvertidos e decidirá as provas a serem produzidas e a quem incumbirá este ônus, garantindo desta forma, a consecução do devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, possibilitando às partes se insurgir contra esta decisão através do recurso adequado, em um momento processual no qual ainda estaria assegurada uma possível produção de prova em caso de decisão desfavorável, permitindo-lhes, assim, optar por produzir ou não as provas que acharem necessárias, com a devida conotação de ônus e não de obrigação conferida por uma inversão na sentença.

Com relação aos processos que tramitam perante os Juizados Especiais Cíveis, é de difícil solução sobre qual seria momento de declaração da inversão do ônus da prova. Isto porque a Lei 9.099/95 não prevê juízo de admissibilidade, assim como é comum a audiência de conciliação ser presidida por juiz leigo quando somente a posteriori, por ocasião da instrução do feito, é que o Juiz togado terá acesso aos autos.

Diante deste quadro, interessante solução apresentou Alexandre Domingues Martins Bandeira (2003, p.95), a qual aderimos e passamos a transcrever:

[...] Uma outra mudança que deveria ser realizada seria um juízo de admissibilidade nos Juizados Especiais Cíveis, onde os juízes, nos casos em que envolvessem relação de consumo, apreciando as provas juntadas, verificariam de pronto se o consumidor é ou não hipossuficiente.

Permito-me acrescentar que este juízo de admissibilidade deve ser exercido pela autoridade julgadora no início da audiência de instrução.

CAPÍTULO 02 O ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

2.1 A evolução do direito processual civil e do consumidor

O direito processual civil brasileiro está vivenciando nas últimas décadas mais uma etapa de sua renovação. Muito longe do primeiro passo que proporcionou sua autonomia do direito material, ocorrida no século passado, hoje o processo se volta aos seus consumidores e à qualidade de seus resultados.

Se de início, o processo era mera tradução formal de prerrogativas também formais do cidadão, atualmente se afigura muito mais como instrumento efetivo de garantias fundadas no devido processo legal e no sistema político constitucional, afastando-se de qualquer possibilidade de denegação da Justiça ou violação de direito fundamental.

Vencidas as duas primeiras ondas renovatórias do processo – destinadas a garantir tanto a assistência judiciária como o reconhecimento e tutela dos interesses difusos, vive-se o desejo em alcançar a universalidade da jurisdição.

Pretende-se, deste modo, questionar a qualidade do serviço jurisdicional, inventariando as carências e obstáculos do atual sistema para confrontá-las com as alternativas que viabilizam soluções adequadas.

O processo se traduz como instrumento – revolucionário – a serviço da espiral progressiva e coletiva dos direitos, partindo-se do individual para o meta individual. Sua tendência é tutelar a quarta geração dos direitos – após a tutela das liberdades públicas, dos direitos econômicos e sociais e dos direitos meta individuais, através de sua projeção mundial.

A atual metamorfose da ciência processual exige um repensar de seus institutos, redimensionando-os sob uma ótica macroscópica. Justifica-se esta postura a partir do momento em que há a violação em massa de direitos e não se admite mais a postura de fragmentação das demandas, amparada pela leitura clássica do art. 6º do CDC.

O processo pretende, então, valorizar suas qualidade de efetivo, pois se mostra como canal apto para atingir a educação, a paz social, o bem comum, além de oferecer um provimento justo e legítimo; de instrumental, porque inequívoco seu grau de utilidade e eficiência.

A reavaliação dos institutos processuais poderá aplacar os óbices que impedem a realização destas qualidades (efetividade e instrumentalidade). Com o oferecimento de tutela jurisdicional adequada, eficaz e célere, é possível atingir a justiça acessível e participativa, ideal a que estão comprometidos os operadores do Direito sintonizados com a nova ordem processual.

Esta renovação do processo se reflete na necessidade em se proteger direito indivisíveis de um número indeterminado de pessoas, relativos, principalmente, aos consumidores e ao meio ambiente.

É neste contexto revolucionário de expansão da tutela jurisdicional que se insere o Código de Defesa do Consumidor. Pretende não só resolver o maior número de conflitos como também jurisdicionalizar a imensa gama de litígios pelo Estado que não são levados para apreciação e que, por isto, guardam alto grau de litigiosidade contida, que rege a imperiosa necessidade de reestruturação.

A nova tendência do direito processual civil é questionar o binômio direito-processo e sua relativização frente ao conceito de tutela jurisdicional, enquanto meio para a efetiva satisfação das pretensões.

São estas as bases que projetam a análise do Código de Defesa do Consumidor e, em especial, do momento processual da inversão do ônus da prova.

2.2 Conceitos Básicos

Para um melhor entendimento sobre todo o assunto se faz necessário o conhecimento de alguns conceitos básicos que regem os processos aqui abordados.

2.2.1 Conceito de prova

O conceito tradicional de prova adotado, ou, pelo menos repetido, por boa parte da doutrina jurídica, a tem, com algumas variáveis, reconhecido como o meio de obtenção da verdade dos fatos no processo.

Nesse sentido, a prova seria o instrumento pelo qual o juiz se utilizaria para

definir a verdade dos fatos que efetivamente ensejaram a lide, e sobre os quais concluirá sua atividade cognitiva. Para Colore, considerada em seu sentido processual, a prova é, portanto, um meio de controle das proposições que os litigantes formulam em juízo.

Conforme os ensinamentos de Chiovenda, provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. Por si mesma, a prova em geral da verdade dos fatos não pode ter limites; mas a prova no processo, ao revés da prova puramente lógica e científica, sobre a limitação na necessidade social de que o processo tenha um termo; transitado em julgado a sentença, a investigação dos fatos da causa preclui-se definitivamente e, a partir desse momento, o direito não cogita mais da correspondência dos fatos apurados pelo juiz à realidade das coisas, e a sentença permanece como afirmação da vontade do Estado, sem que influência nenhuma exerça sobre o seu valor o elemento lógico de que se extraiu.

O próprio Código de Processo Civil Brasileiro induz a essa conceituação à medida que coloca a prova como instrumento de obtenção da verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Observe-se que esses fatos somente dependem do procedimento probatório na exata medida em que sejam tidos como controversos. Os fatos aceitos, ativa ou passivamente pelas partes, não dependem, pois, da prova, e por isso, estão aptos a receber a avaliação judicial como suportes de sua decisão.

O texto legal determina que as provas têm a finalidade de obter a verdade dos fatos. Resta saber o que significa a palavra "verdade" sobretudo tendo em vista a finalidade e limitações do processo civil enquanto manifestação humana e cultural.

Exatamente, por isso, é preciso verificar *a priori* se a verdade pode ser obtida pelo processo em si e mais, se é possível formular um conceito que explicita o que realmente contém o conceito da prova.

Para além da definição legal que parte do pressuposto de ser possível o alcance da verdade fática no processo, é preciso tentar sistematizar uma re-significação que efetivamente reconheça a complexidade do instituto.

Ovídio Baptista da Silva (2002) ressalta que, no ramo da ciência jurídica, nem sempre a prova de um fato demonstrará, necessariamente, a veracidade de sua existência.

A prova pode ser conceituada como o meio de representação dos fatos que geraram a lide no processo, tendendo essa representação a equivalência limitada e não à perfeita identificação entre o objeto representado e o objeto representante.

A prova também pode ser conceituada como todos meio de confirmação ou não de uma hipótese ou de um juízo produzido no curso do processo. Sendo, assim, um teste de coerência entre a formulação e o provável suporte fático da demanda.

Em qualquer dos conceitos por nós antes apontados, observa-se que a prova não é apresentada como meio de obtenção da verdade (e veremos que não há como pensar diferente) e sim como instrumento de formação de um raciocínio jurídico dotado de força em decorrência de seu proferimento por uma autoridade judiciária.

Nesse sentido, para introduzir o problema, conceituamos essencialmente a prova como a tentativa de demonstração objetiva dos fatos controvertidos com a intenção de facultar ao juiz a formação de uma hipótese razoável que possa ser adotada como suporte fático para a formulação de uma decisão.

2.2.1.1 Princípios da Teoria da Prova

Dentre os princípios que informam a Teoria da Prova, podemos destacar dentre eles, o princípio dispositivo, o princípio da oralidade e o princípio da prova livre. O princípio do ônus da prova será estudado posteriormente com maior ênfase.

2.2.1.2 Princípio dispositivo

Para Pontes de Miranda (2005), o juiz não pode levar em conta, na sua apreciação do feito, a qualquer momento, fatos que não foram alegados pelas partes, nem formar sua convicção com os meios que, propostos pelos litigantes, não se produziram com observância das regras legais.

Conforme o art. 130 e art. 132, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, foi atribuído ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo e ao mandar repetir, caso entender necessário, as provas já

produzidas.

2.2.1.3 Princípio da oralidade

Pela determinação do art. 336 do Código de Processo Civil, salvo disposição em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência. O que se busca e dar celeridade ao processo e produzir, quando necessário, as provas necessárias na audiência de instrução e julgamento.

Siegmund Heilmann (In: COUTURE, 2003 p.83), tratando da oralidade do processo civil austríaco, reflete que a justiça rápida e barata só pode ser conseguida pelos princípios da oralidade, concentração, imediatidade e autoridade judicial, pondo termo aos abusos e rodeios do processo escrito. E complementa, dizendo que o processo oral influi inclusive na moral processual, principalmente por causa da disparidade entre as despesas do processo rápido e o proveito eventual oriundo da morosidade processual.

No sistema brasileiro, o princípio da oralidade conduz à predominância da palavra, porém sem excluir a escrita, permanecendo em momentos culminantes do processo como em quando da produção da prova oral.

2.2.1.4 Princípio da prova livre

O disposto no art. 332 do Código de Processo Civil, prevê que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa. Complementam esta disposição legal e o referido princípio, os incisos LVI (inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos), X a XII (inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio, da correspondência, e das comunicações telegráficas e telefônicas).

Em vista disso, existindo legalidade e moralidade, o meio tido como hábil para o encaminhamento da verdade real e processual, não permitindo a utilização da ilicitude, pelo uso de meios moralmente ilegítimos, uma vez que essas situações seriam incompatíveis com a seriedade e segurança da justiça.

2.2.1.5 Destinatário da prova e motivação

Pois bem, vimos que o Juiz não precisa formular uma certeza acerca dos fatos controvertidos, mas lhe basta firmar um juízo de probabilidade que permita afastar as dúvidas razoáveis.

O que se vê na transição dos estados intelectuais do Juiz no processo é que ele parte de uma ignorância completa acerca dos fatos e à medida que o trâmite vai se desenvolvendo ele passa a formar juízos provisórios.

Desses juízos provisórios será extraído o mais conforme com o que foi produzido em termos probatórios, isto é, diante do que foi demonstrado pelas partes e pela própria ação instrutória autônoma do Juiz, caberá a este formar uma decisão que adote a hipótese mais provável como suporte fático.

Como estamos no campo das probabilidades, o juiz deverá motivar sua escolha, isto é, determinar porque selecionou racionalmente sua hipótese como a mais provável.

É evidente que, em se tratando de sistema processual regido pelo princípio do convencimento racional do juiz, caberá a ele motivar racionalmente a sua decisão, isto é, expor o seu raciocínio. Sem essa argumentação não se pode ter como cumprida a exigência constitucional e legal de motivação.

É de se observar que a exigência de motivação é outro dos conceitos cujo reducionismo tem levado a um grave efeito social. A motivação atende a necessidade das partes de entenderem os motivos pelos quais o Juiz foi levado a concluir desta ou daquela maneira, mas também, como efetivo meio de controle jurisdicional e social. Isso porque a motivação da decisão expõe o raciocínio judicial à validação social. É a partir da motivação que se pode avaliar em termos extra-jurídicos se a sociedade concorda com o conteúdo axiológico da decisão. A motivação permite aos indivíduos avaliar o conteúdo moral, ético, econômico, entre outros aspectos, da decisão e formar o refluxo no senso comum do que é e o que não é justo.

Pode ocorrer, inclusive, de o juiz não ter condições objetivas de formular sequer uma hipótese que considere razoavelmente provável, e nesse caso surge a importância da atribuição do ônus da prova.

A atribuição do ônus da prova se constitui como instrumento de exteriorização de dois valores: o de facilitar a atividade jurisdicional e o da

eqüidade.

Determinar o ônus probatório a cada uma das partes assegura ao juiz um modo de decidir quando enfrentando uma dúvida consistente. Isto é, em dúvida, após a instrução probatória, o juiz deverá julgar conforme a desincumbência de cada parte de seu ônus. É, assim, um meio de permitir o Juiz o cumprimento de seu dever legal de decidir a lide.

Em todo o caso, sempre, o raciocínio judicial está sob avaliação conforme o exposto na sua motivação, que, em última instância deve seguir um procedimento de coerência racional.

Com isto, impõe-se ao juiz não somente que exponha suas razões para julgar do modo como julgou, mas, e principalmente, que aponte a coerência de suas conclusões com os dados que foram obtidos no processo.

Isso significa que a motivação judicial mais que tudo exige uma forma ordenada, coerente e justificável de raciocínio que adentra ao campo da argumentação jurídica.

Ao decidir, e, assim, valorar a prova, o juiz constrói um raciocínio que deve se apresentar correto sob o ponto de vista dos meios de avaliação do pensamento jurídico, tema que passamos a melhor analisar no item seguinte.

2.2.1.6 Tarifação das provas

O CPC em seu art. 332 traz que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos são hábeis para provar as verdades dos fatos, em que se funda a ação ou defesa, o mesmo ainda elenca o depoimento pessoal, que pode ser solicitado pelo juiz em qualquer instante do processo, a confissão, quando a parte admite a verdade do fato, a exibição de documento ou coisa, a prova testemunhal e a prova pericial que é obtida através da vistoria ou avaliação.

Existem três critérios para a valoração das provas no CPC são eles:

Prova legal. É a própria lei quem fornece o valor da prova, não outorgando ao juiz discricionariedade ao julgar. Muito embora seja um sistema em desuso, nosso Código de Processo Civil ainda traz alguns resquícios de prova legal quando impede a prova exclusivamente testemunhal em contratos verbais com

valor superior a dez salários mínimos, fixa limite máximo de dez testemunhas por processo, etc.

Convicção íntima. Nosso sistema constitucional veda expressamente o julgamento não fundamentado, com base apenas na convecção íntima. Por isso a existência do impedimento previsto no art. 134, III, e o contido no art. 409, I, a única exceção, também de nível constitucional, é o julgamento soberano do Tribunal do Júri, em que o jurado não é obrigado a fundamentar o porquê de sua conclusão quanto à autoria e materialidade do delito doloso contra a vida.

Livre convencimento motivado (persuasão racional). É exigência constitucional que toda decisão seja devidamente motivada pelo que consta dos autos, limitada ao pedido formulado pela parte, e obtida mediante a aplicação das regras processuais formais. É o sistema adotado pelo ordenamento pátrio.

O direito Processual Civil trabalha em cima do princípio da verdade formal, pelo qual diferentemente do princípio da verdade real, admite ficções e presunções processuais, não buscando descobrir assim como realmente os fatos se passaram, contentando-se apenas com o que foi apresentado nos autos.

2.2.2 Prova nas relações de consumo

Há algumas preliminares que necessitam de resolução para que possamos compreender adequadamente a temática relativa à distribuição do ônus da prova e as disposições pertinentes no Código de Defesa do Consumidor.

2.2.2.1 O ônus da prova e o CDC

É bom lembrarmos, que o CDC é um sistema jurídico que basta por si, autônomo, a regular as relações de consumo, e que o surgimento do CDC resultou da necessidade imperiosa de regulamentar uma relação jurídica caracterizada por fenômeno essencialmente de massa, decorrente da *konsumgellestafe*, como anotam os alemães. A sociedade de consumo, como bem adverte Antonio Herman V. Benjamin é caracterizada pela produção em massa e pelo consumo em massa.

Os instrumentos jurídicos postos à disposição dos membros da sociedade mostraram-se ineficientes, pois cada vez mais é flagrante um profundo vácuo econômico entre os diversos escalões da sociedade. De um lado, os economicamente mais bem aquinhoados e, de outro, a sofrida classe média.

Quem não enfrentou situações em que, na condição de consumidor, não teve assegurado o seu direito?

Os produtos muitas vezes não funcionam, e quando o faziam, apresentavam defeitos. As diversas reclamações não encontravam eco, e o Judiciário não se mostrava adequadamente instrumentalizado, com a existência de regras claras e definidas para a boa prestação jurisdicional.

Juízes atentos aos reclamos da sociedade eram obrigados a aplicar as regras contratuais inscritas no Código Civil ou Código Comercial, onde o liberalismo imperava.

Tornou-se necessário surgir uma legislação própria para as relações de consumo, já que os instrumentos até então existentes, exceto a Lei 7.347 de 24.7.85, ainda assim muito pouco disciplinadora a respeito, não continham regras ajustadas a essa nova faceta da ciência jurídica.

Daí porque a preocupação do legislador nacional em pôr à disposição da sociedade normas que protegessem a saúde, os negócios jurídicos em sua órbita contratual ou pré-contratual, bem como seus prolongamentos processual e penal.

Para bem se compreender as regras da distribuição probatória em sede de Código de Defesa do Consumidor é indispensável lembrar que o Código, como regra geral, adotou a responsabilidade objetiva, tal como prescreve os arts. 12, 14 da mencionada lei.

Em relação aos profissionais liberais, a lei consumerista estabeleceu a responsabilidade civil subjetiva, mediante a verificação de culpa, tal como dispõe o artigo 14, §4º do CDC.

Não passou também, despercebido o enfoque contratual, com a proibição de cláusula contratual que imponha o encargo probatório em prejuízo do consumidor, consoante dispõe o art. 51, VI do CDC.

Ademais em relação à publicidade, o Código também tratou de disciplinar a matéria atribuindo a distribuição da carga probatória quanto à veracidade e correção de informação ou comunicação publicitária ao patrocinador, conforme o art. 38 do CDC.

Finalmente, o Código inclui como direito básico do consumidor, a facilitação da defesa do seu direito, inclusive com a possibilidade da inversão do ônus da prova, tal como prescreve o artigo 6º. inciso VIII.

A essa altura, se realça uma questão: o Código de Defesa do Consumidor alterou as regras do ônus da prova estabelecido no art. 333 da Lei instrumental brasileira?

A resposta negativa se impõe. Com efeito, em princípio, compete ao autor provar o fato constitutivo do seu direito. Ao demandado demonstrar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos ao direito do primeiro.

Falou-se, em princípio, em relação ao demandante, porque o Código permite, como veremos adiante, a inversão do encargo probatório em benefício do consumidor (art. 6º, VIII, CDC).

As regras da distribuição do encargo probatório no art. 333 do CPC são plena e integralmente aplicáveis nos pleitos judiciais que tenham como matiz os direitos substanciais reconhecidos no CDC.

Ora, as normas de distribuição de carga probatória, se dirigem em regra, ao destinatário maior da prova: o Magistrado. Em todo o debate travado pelos doutrinadores em relação às teorias do *ônus probandi*, resultou cristalino que quem deve provar tem apenas e tão somente o fardo de demonstrar os pressupostos da norma reguladora que lhe é favorável ao seu pedido deduzido.

Substancialmente, como já deduzido, o Código é um micro sistema, autônomo e independente, mas instrumentalmente se socorre das regras e princípios gerais que norteiam o CPC, exceto quando diferentemente regule, tal como nos casos de intervenção de terceiro, coisa julgada, e etc.

São essas as questões que passamos a enfrentar, sem, todavia, esquecer que o tema é novo, com muita divergência a respeito.

Ônus da Prova: Etimologia da Palavra - Ônus deriva do latim *onus*, significando carga, peso. *Ônus probandi* tem como tradução o encargo de provar, no aspecto de necessidade de provar. Leia-se *encargo* no sentido de interesse de fornecer a prova destinada à formação da convicção do magistrado, no que tange aos fatos alegados.

Distinção entre Ônus e Obrigação nas relações jurídicas processuais - É

imprescindível a distinção entre ônus e obrigação. Em regra a obrigação está ligada ao direito material, onde requer uma conduta de adimplemento ou cumprimento, certo que a omissão do devedor poderá resultar na sua coerção para que cumpra a obrigação. Já o ônus é uma faculdade que a parte tem, não se sujeitando à coerção, mas aos efeitos que a passividade e a inércia resultarão.

Arruda Alvim (2006, p.73) coloca outra distinção importante entre o ônus e obrigação, que "é a circunstância de esta última ter um valor e poder, assim, ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus". Com precisão Carnelutti (In: Ferreira, 1999, p.77) estabeleceu a distinção entre ônus e direito de provar, onde, para ele:

[...] obrigação é o lado passivo a que corresponde do lado ativo um direito subjetivo. Pode dizer-se que o direito subjetivo é um interesse protegido mediante um poder de vontade ou um poder da vontade concedido para a tutela de um interesse. Obtém-se a noção de obrigação invertendo simplesmente a de direito subjetivo. É a obrigação um interesse subordinado mediante um vínculo; ou em outros termos, um vínculo de vontade imposto pela subordinação de um interesse.

Para Pontes de Miranda (2005) a diferença entre dever e ônus está em que o dever é em relação a alguém, ainda que seja em sociedade, existindo relação entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve, a satisfação é do interesse do sujeito ativo, ao passo que o ônus é em relação a si mesmo não havendo relação entre sujeitos, no qual, satisfazer é do interesse do próprio onerado.

E complementa doutrinando que:

[...] O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de prova, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetiva, regula conseqüência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre conseqüência da falta de prova exaurem a teoria do ônus da prova. Falta-se a prova é que se tem de pensar em determinar a quem se carrega a prova. O problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar a quem vão as conseqüências de se não provado; ao que afirmou a existência do fato jurídico (e foi, na demanda, o autor), ou a quem contra-afirmou (negou ou afirmou algo que exclui a validade ou eficácia do ato jurídico afirmado), seja o outro interessado, ou, na demanda, o réu. (MIRANDA, 2005, p.69)

Já Giuseppe Chiovenda (2002, p.379) ensina que "(...) somente quando o autor trouxe provas idôneas para demonstrar a existência do fato constitutivo de seu direito, tem o réu de diligenciar, de seu lado, a sua prova".

Mas, isto pode ocorrer em dois propósitos ou o réu tende, somente como já foi dito, a provar fatos que provam à inexistência do fato provado pelo autor, de modo direto ou indireto (e dizem-se motivos) e temos daí a simples prova contrária ou contraprova, ou o réu, sem excluir o fato provado pelo autor, afirma e prova a inexistência do fato que lhe elide os efeitos jurídicos, e aí temos a verdadeira prova do réu, a prova da exceção.

A questão do ônus da prova reduz-se, portanto, no caso concreto, a estabelecer quais os fatos considerados existentes pelo juiz devem bastar para induzi-lo a acolher a demanda (constitutivos).

Conclui-se que a inversão do ônus da prova deve ser deferido pelo juiz sempre que houver, para seu convencimento, algum fato ou prova que foi apresentado pelo autor ou pelo réu, independentemente de quem vai produzi-lo, necessidade de esclarecimento para decidir a demanda, sempre se levando em consideração as possibilidades que as partes possuem para produzir tais provas.

O ônus da prova, no dizer de Echandia (In: Grinover, 2001, p.99) é o poder ou faculdade de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta conseqüências desfavoráveis.

O princípio distributivo atinente ao ônus da prova tem base legal no Código de Processo Civil. De acordo com esse sistema, incumbe ao Autor a prova da ação e ao réu, da exceção. De modo mais simples, cada parte tem a faculdade de produzir prova favorável às suas alegações, o denominado *ônus da afirmação*.

Resulta óbvio que nenhuma das partes será obrigada a (ou terá interesse em) fazer prova contrária às suas alegações, a favor do demandante adverso, ficando o tema restrito à seara da prova negativa quanto ao fato constitutivo.

Em sede de responsabilidade civil, a Lei 8.078/90, atual Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, VIII), contém dispositivo que permite a inversão do ônus da prova, desde que verificadas a verossimilhança do direito e a condição de hipossuficiência do demandante.

CAPÍTULO 03 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR (ESTUDO JURISPRUDENCIAL)

3.1 Previsão legal

A inversão do ônus da prova tem seu escopo legal no CDC, (VADEMECUM SARAIVA, 2006, p.806) Lei n.º 8.078/90, em seu art. 6.º, VIII, no qual dispõe:

A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

A Lei 8.078/90 criou esse mecanismo para que, sendo o consumidor hipossuficiente em relação aos conhecimentos técnicos do produto ou da prestação de serviço, e possuindo ele alegações verossímeis, o magistrado possa determinar a inversão. A inversão *ope judicis*, prevista no Código de Defesa do Consumidor, não se atém às hipóteses taxativas verificadas por força de lei. O Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade do Juiz inverter esse ônus, quando julgar cabível, desde que presentes os pressupostos necessários para a aplicação dessa medida.

3.2 O Titular do Direito a Invocá-lo (*o direito a inversão*)

Em sede de responsabilidade civil, a Lei 8.078/90, atual Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, VIII), contém dispositivo que permite a inversão do ônus da prova, redundante, porém necessário ressaltar, desde que verificadas a verossimilhança do direito e a condição de hipossuficiência do demandante.

3.3 A inversão do ônus da prova no direito do consumidor

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor tem norma expressa a respeito da inversão do ônus da prova (art. 6.º, inc. VIII).

Assim, o magistrado, analisando o caso concreto, verificará se é caso de aplicar a mencionada norma.

A regra é clara e precisa. Constatada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, o juiz deverá inverter o ônus da prova.

Aqui surge a primeira controvérsia: há necessidade de preenchimento dos dois pressupostos ou será suficiente à existência de apenas um deles?

Com relação ao primeiro requisito, o vocábulo "verossímil" significa "semelhante à verdade" ou "o que tem aparência de ser verdadeiro".

Antonio Gidi (In: CHIOVENDA, 2001, p. 329) entende que:

[...] verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor *per se* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um *shopping center* luxuoso, requerendo preliminarmente, em face de sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que e seu carro (do mendigo) não estava estacionado nas dependências de *shopping* e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de Natal.

Data venia, ousamos discordar, porque não nos parece acertado esse raciocínio.

A norma estabelecida no inc. VIII do art. 6.º é clara, ou seja, é necessária a presença de apenas um dos requisitos, porque, se assim não fosse, o legislador, à evidência, teria utilizado a conjunção aditiva "e".

É princípio basilar do direito que onde o legislador restringe não é permitido ao intérprete ampliar.

No mesmo diapasão, *ad argumentandum*, na dúvida, decide-se favoravelmente à parte mais fraca; por analogia, poderíamos trazer a figura penal do *favor rei*, ou, do campo da infortunistica, o princípio *in dubio pro misero*, proclamando, nas relações de consumo, o *in dubio pro consumidor*.

Não podemos esquecer que as regras do diploma legal aqui analisado têm natureza de ordem pública.

Além do mais, pode acontecer que um consumidor hipossuficiente apresente uma alegação não necessariamente verossímil, mas, apesar disso, e até por isso, necessite ser confirmada.

É exatamente o que a lei quer alcançar.

Sendo o consumidor hipossuficiente, o magistrado está adstrito à Lei, isto é, deverá inverter o ônus da prova, porque a norma legal quer dar condições ao referido consumidor de facilitar a comprovação de suas afirmações. Daí a prova caber àquele que, em regra, tem domínio e acesso às informações imprescindíveis à solução da lide.

Esse entendimento é sustentado também por Carlos Roberto Barbosa Moreira (1996, p.78):

O ato judicial, devidamente motivado, indicará a ocorrência de uma dentre essas duas situações: a) a alegação do consumidor é verossímil; ou b) o consumidor é hipossuficiente. 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.

Ou seja, sempre há de se verificar se ocorre no caso concreto uma das situações descritas no texto legal. Para demonstrar claramente a situação busquemos o que a jurisprudência entende a respeito do assunto defendido por Moreira.

No mesmo sentido, por votação unânime, a 6.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu acórdão, cuja ementa estabelece:

Prova - Ônus - Inversão - Cabimento - Ação de obrigação de fazer - *Existência de verossimilhança nas alegações do autor* (grifo nosso) - Provas do adimplemento não apresentadas pelo requerido - Inaplicabilidade do art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, em face da prevalência do art. 6.º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, por ser da norma específica - Recurso não provido.

E ainda:

Prova - Ônus - Inversão - Admissibilidade - Existência de verossimilhança nas alegações do autor - Provas do adimplemento não apresentadas pela requerida - Inaplicabilidade do art. 333, I, do Código de Processo Civil, face à prevalência do art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, por ser norma específica - Recurso não provido. (Aplica-se a regra da inversão do ônus da prova, visto que há verossimilhança nas alegações do autor.)" (TJ SP 1994)

A segunda hipótese, na qual se admite a inversão, reside na circunstância

de o consumidor ser "hipossuficiente", termo que AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA registra, dando-lhe a acepção de *pessoa que é economicamente fraca*.

O conceito de hipossuficiência, entretanto, deve ser entendido: partir da finalidade da norma, que é a de tornar mais fácil, no campo específico da instrução probatória, a defesa dos direitos do consumidor.

No voto proferido pelo relator Ministro Waldemar Zveiter, a adoção da tese referente à exigência de apenas um dos requisitos é confirmada, como se vê da seguinte ementa:

Responsabilidade civil - Prova - Vítima de um ferimento simples no dedo que, após o atendimento médico-hospitalar, teve a extremidade do membro amputada devido a um foco infeccioso - Inversão do ônus da prova para que o médico e o hospital comprovem que o atendimento foi adequado - Aplicação dos arts. 6.º, VIII, e 14, § 4.º, da Lei 8.078/90 e do art. 1.545 do CC [art. 951 do CC/2002]. (...) Dentro desse contexto probatório deve ser encontrado o elemento definidor da existência ou não da culpa dos réus, sendo esta ensejadora, o fato gerador, do dever de indenizar, e, tratando-se a controvérsia de uma relação de consumo, posto que o autor é um usuário do serviço médico e os réus prestadores de tal serviço, resulta cabível a inversão do ônus da prova, como promana do art. 6.º, VIII, do CDC (Lei 8.078/90), já que verossímil a alegação do autor, e, *se assim não fosse, com certeza hipossuficiente* (grifo nosso), segundo as regras de experiência, pois se encontra o autor em patamar de inferioridade em relação ao médico e ao hospital para discutir a qualidade do atendimento prestado. (TJ SP, 2004)

Aliás, com relação à hipossuficiência é necessário destacar que abrange o aspecto técnico e também o econômico - a hipossuficiência no sentido de impossibilidade de produção da prova, seja porque não é acessível à parte, seja porque há invencível dificuldade que impede acesso à obtenção de informações nas quais estaria consubstanciada a prova do direito alegado, seja porque existe o desconhecimento das condições de prestação do serviço ou de funcionamento do produto.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2004, p. 124) ensina que "a hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço". E especifica sobre o desconhecimento: "de suas propriedades, de seu

funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc."

Nesse contexto, acertado o aresto proferido na Ap. 772.447-6, julgada em 25.05.1998, sendo relator Maia da Cunha, que, por votação unânime, anulou a sentença apelada:

Prestação de serviços - 'Disque 900' - Consumidor que não tem condições de demonstrar que não utilizou os serviços (grifo nosso) Necessidade da inversão do ônus da prova para que a companhia telefônica comprove a efetiva realização das ligações - Inteligência do art. 6.º, VIII, da Lei 8.078/90.

Ementa da Redação: Se o consumidor não tem condições suficientes de demonstrar que não utilizou os serviços prestados por 'disque 900', deve-se inverter o ônus da prova, cabendo à companhia telefônica comprovar a efetiva realização das ligações, conforme inteligência do art. 6.º, VIII, da Lei 8.078/90.

Impõe-se decretar a nulidade da r. sentença para que seja realizada prova destinada à verificação de que as ligações foram efetivamente feitas. É que a digna Juíza sentenciante não determinou a inversão do ônus probatório, o que deveria ter feito pela evidente incidência do Código de Defesa do Consumidor à prestação de serviços feita através da apelada. Insere-se o autor na condição de consumidor e tem direito à inversão probatória a que alude o art. 6.º, VIII, da Lei 8.078/90. Tal se dá pelo fato de o consumidor assinante não ter condições suficientes para a demonstração de que não fez as ligações do seu terminal. À apelada incumbe o dever de registrar as chamadas telefônicas partidas desta ou daquela linha, particularmente as que se destinam a serviços especiais ligados ao disque 900, cujo controle é obrigatório não só para a correta cobrança do consumidor usuário mas, também, para o repasse do que é devido ao prestador de serviço.

Tudo sem contar a inviabilidade de o autor realizar prova negativa consistente na demonstração de que não realizou as ligações cuja cobrança é efetuada pela Telesp.

Obrigatória, portanto, na hipótese dos autos, a inversão probatória de que cogita o dispositivo legal mencionado.

Nessa linha de entendimento, pela ausência de prova da realização dos

telefonemas que geraram a conta mencionada e questionada, o caminho seria a improcedência da demanda.

Ocorre, contudo, que, no caso, não tendo havido a inversão probatória pela digna Juíza sentenciante, durante a fase instrutória, ficou a apelada sem a obrigação de demonstrar as ligações que teriam sido feitas da linha do apelante. E ficou por não lhe ter sido dada a oportunidade para tanto, certa que estava de caber ao autor o ônus de demonstrar a veracidade dos fatos alegados na inicial.

Haveria nítido cerceamento de defesa se esta Egrégia Corte, considerando devida a inversão probatória por conta do disposto no art. 6.º, VIII, da Lei 8.078/90, não facultasse à apelada a demonstração de que as ligações partiram realmente da linha telefônica do apelante, sendo este, vale mencionar, o ponto principal de que se vale para o pagamento da conta sem as ligações do disque 900.

Por isso que, de ofício, considerando aplicável a inversão do ônus probatório, que fica expressamente consignado, cumpre anular a r. sentença para, antes de outra ser proferida, facultar à apelada a prova de que as ligações têm origem na linha telefônica de titularidade do apelante. Por tais razões, e para o fim acima especificado, é que, de ofício, anulam a sentença apelada. (TJ SP, 2000)

O julgado retrata a hipótese de hipossuficiência no tocante à impossibilidade de produzir a prova, por ser absolutamente inviável ao consumidor provar que não fez as ligações lançadas em sua conta telefônica.

Contrário senso, se o material objeto de prova está em poder do consumidor, não há que se falar em inversão - é o que se infere do acórdão, cuja ementa segue:

Indenização - Responsabilidade civil - Danos morais - Ausência de prova dos fatos alegados - Pedido improcedente - Sentença mantida - Pretendida inversão do ônus da prova, com apoio no Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Inadmissibilidade, uma vez que o material, que seria objeto de prova, estava em poder dos demandantes - Recurso não provido(TJ SP, 2000).

No que concerne à hipossuficiência econômica, isto é, à falta de condição financeira, a 3.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu: "Ônus da prova - Inversão postulada com sucedâneo no CDC, para o

efeito de deslocar à contraparte o custeio de perícias - Improcedência - Realidades processuais materialmente distintas - Agravo desprovido". (TJ SP, 2000)

No mesmo diapasão, julgado assim decidiu:

Prova - Ônus - Inversão - Condição de hipossuficiência técnica, e não econômica - Regra do art. 6.º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor que, no caso, não se estende ao encargo de custeio da perícia determinada de ofício - Incidência, na hipótese, do art. 19, § 2.º, do Código de Processo Civil- Recurso provido para esse fim. (TJ SP, 2000.)

3.3.1 Requisitos para a Inversão do Ônus da Prova

Em verdade, a verossimilhança da alegação diz respeito ao convencimento do magistrado a ser elaborado em conformidade com a *causa petendi* invocada pelo consumidor, que pretende a inversão do ônus da prova. Não se destina apenas a verificação do direito subjetivo material, mas também e, principalmente, ao perigo de não conseguir, em decorrência da sua fragilidade já relatada, provar o fato constitutivo de seu direito, acarretando, sobretudo, a inviabilidade do acesso ao judiciário; pois ingressar em juízo sem ter a oportunidade de provar o fato constitutivo, não pela falta de provas, mas pelo abuso de defesa do réu, é o mesmo que não entrar.

Na lição de Carreira Alvim (1995, p.145), a verossimilhança somente se configurará quando a prova apontar para "uma probabilidade muito grande" de que sejam verdadeiras as alegações do litigante.

Em que pese o requisito da verossimilhança, o legislador ao editar referida norma ressaltou a importância do princípio da hipossuficiência consagrado no direito do trabalho, pois acrescentou ao texto legal a partícula alternativa; destarte, mesmo que as alegações do consumidor não possuam a certeza da verossimilhança, poderá ser beneficiado pela inversão do ônus probante, desde que prove a condição de hipossuficiente.

Nesse rumo, ensina o Professor José Roberto Bedaque (2000, p.67), com apoio em Ada Pellegrini Grinover, que "os princípios inerentes ao processo liberal não garantem um processo "justo" que só se verifica se, além da igualdade jurídica, houver também igualdade técnica e econômica", e discorre nesse sentido

afirmando que: "[...] vãs seriam as liberdades do indivíduo se não pudessem ser reivindicadas em juízo. Mas é necessário que o processo possibilite à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de seus limites, a produção de suas provas". Nesse ponto o ilustre professor discorre acerca do princípio da ampla defesa e do devido processo legal.

3.3.2 O Momento de Inversão do Ônus da Prova

Existe muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre o momento processual correto para o magistrado declarar a inversão do ônus da prova, consoante o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Isto posto, qual é o momento correto para fixação do ônus da prova?

Como a lei não deixa isto expresso, há quem defenda a declaração do ônus da prova seria uma regra de Juízo e não de procedimento, e por isso não exigiria um momento próprio, podendo ficar tal julgamento reservado para a sentença.

Porém, existe também posicionamento contrário, na defesa de que existe a obrigatoriedade prévia do Juiz inverter o ônus da prova, como decorrência do princípio do contraditório e da ampla defesa, para dar às partes condições de defesa dentro do processo.

Quem adota o primeiro entendimento, reforça argumentando que o Juiz não pode decidir antecipadamente a respeito porque a inversão do ônus probatório, no caso do artigo 6º, VIII, depende da verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, e na maioria dos casos essas circunstâncias dependem de análise das provas.

Nesse sentido destacamos os julgados a seguir, todos do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

[...] Todavia, penso que a inversão do ônus da prova deverá ser analisada apenas na sentença, quando o julgador avalia o conjunto probatório e vê quem faltou com seu dever de comprovar os fatos do processo e por isso ficou prejudicado por essa omissão. Ou seja, depende de todo o contexto probatório[...]

E ainda neste mesmo julgado, disciplina: "A dita inversão do ônus da prova

prevista no Código de Defesa do Consumidor se dá no momento do julgamento, quando o magistrado avalia quem deveria ter provado tal fato, em face do acesso à prova." (TJ PR, 2002).

Ou seja, o magistrado torna evidente que a parte que tem acesso às informações de teor relevante ao mérito é passível da inversão do ônus da prova. E esclarece ainda que: [...] Por fim, não se pode olvidar que a inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento a ser utilizada pelo juiz, se necessário e desde que presentes seus pressupostos, no momento da sentença [...].

A respeito do momento de inversão, na ótica do Relator do julgado em tela, esta deverá observar a presença de seus requisitos, e exarada no momento da sentença.

E ainda "[...] Isso significa que não pode a parte liberar-se antecipadamente do ônus que lhe cabe em fazer a prova do seu direito nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil." (TJ PR, 2002)

Em outro julgado do mesmo relator, determinando:

[...] não há que se falar em preclusão, uma vez que a matéria referente à inversão do ônus da prova pode ser examinada pelo juiz até a sentença, que, aliás, é o momento propício para utilização do instituto, já que se cuida de regra de julgamento e não de procedimento. (TJ PR, 2001)

Acerca desse mesmo assunto temos também o julgado do Relator Des. Jair Ramos Braga prolatado com o seguinte teor:

[...] Conquanto este Tribunal já tenha se pronunciado sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às operações bancárias, também já se tem assentado que a inversão do ônus da prova, ali prevista, é matéria a ser dirimida pelo juiz por ocasião da apreciação do mérito da causa [...] (TJ PR, 2001).

Já no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, foi exarado: "[...] IV- Não há vício em acolher-se a Inversão do ônus da prova por ocasião da decisão, quando já produzida a prova." (STJ, 2002)

Também é esta a posição adotada por Kazuo Watanabe (in: Grinover, 2001, p. 735), ao comentar:

Quanto ao *momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova*, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do *juízo da causa*. É que as regras de distribuição do ônus da prova são *regras de juízo*, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa.

Também nesta linha argumenta o professor Watanabe citando entendimento sustentado por Cecília Mattos defendido em trabalho acadêmico de sua autoria, prossegue no seu argumento:

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. (WATANABE, In grinover, 2001, p. 736)

Por outro lado, há aqueles que rejeitam o posicionamento explicitado nos julgados acima, afirmando que a permissibilidade de que a inversão do ônus da prova seja declarado somente na sentença, pode configurar uma verdadeira armadilha processual, ferindo o princípio do contraditório e da ampla defesa, deixando de dar às partes iguais condições de defesa dentro do processo.

A parte deve ter o conhecimento prévio dos critérios de distribuição que serão utilizados pelo magistrado para direcionar sua sentença, para ter a oportunidade de provar suas alegações no momento ideal, e evitar ser ao final surpreendida por um provimento favorável ao seu adversário.

Sustenta-se que no momento em que o consumidor ingressa em juízo com sua pretensão, o magistrado diante das alegações carreadas, tem, desde já, todas as informações que lhe são necessárias para averiguar se estão presentes os requisitos legais que lhe permitem declarar a inversão do ônus da prova.

Ao passo em que se a inversão for aplicada somente na fase decisória, poderia ferir o princípio da ampla defesa porque a esta altura as partes não poderiam mais produzir novas provas, já que é na fase instrutória onde cabe produzir as provas que lhes interessam, dentro da sistemática processual da regra geral prevista no artigo 333 do Código Processual Civil.

Assim, desenvolvendo-se toda instrução probatória sobre a regra geral, estaria o juiz, na fase decisória, alterando as "regras do jogo", notadamente para o fornecedor que como parte é natural que tenha conduzido a sua defesa com base nas provas trazidas pelo consumidor.

O Dr. Miguel Kfoury Neto em sua obra sobre Culpa Médica e Ônus da Prova, ao citar o processualista alemão Schönke, escreve:

A questão acerca da parte a quem corresponde o ônus da prova não surge em muitos processos, porquanto, em regra, ambas as partes produzem prova sem prender-se ao ônus – e o Juiz acata a prova trazida por ambos os demandantes. Se tal prática conduz, *in casu*, a um resultado probatório correto, não se apresenta à questão do ônus da prova. Todavia, quando não se produz prova nenhuma para fatos significativos e discutidos, assume relevo a questão da carga da prova. Neste caso, a parte a quem incumbia dito ônus resulta prejudicada, pela não determinação de um fato que lhe competia provar. (2002, p.52).

Por este ensinamento podemos compreender que poderá sim haver cerceamento de defesa e prejuízo ao fornecedor, se a inversão do ônus da prova não ocorrer antes da produção da mesma.

Exemplificativamente citamos o julgado da 8ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, através do acórdão de número 298 de 27 de maio de 2002, onde se deu provimento a um recurso que se insurgira contra uma decisão de primeiro grau proferida em audiência de conciliação, que interferira o pedido de inversão do ônus da prova. Ora, isso diz respeito ao momento processual, pois a entender-se que este momento é só na sentença e que isso realmente não traz nenhum prejuízo às partes ou ao processo, não haveria razão de ser de uma decisão que dê provimento a um recurso para deferir esta inversão antes da produção da prova. Há também um outro julgado da 3ª. Câmara Cível do mesmo Tribunal, onde no Acórdão 22002 de 13 de Agosto de 2002, ao julgar um agravo de instrumento contra decisão interlocutória que deferiu a inversão do ônus da prova, foi indeferido o pedido e confirmada a decisão de primeiro grau.

Estas não são decisões isoladas, existem inúmeras outras decisões dos Tribunais que ao julgar recursos de decisões interlocutórias, deferem a inversão do ônus da prova quando este não foi invertido pelo juiz de primeiro grau, ou negam provimento a recurso contra decisão que inverteu o ônus da prova.

Da leitura dos trechos de julgados a seguir citados, poder-se-á vislumbrar que realmente existe uma tendência pela inversão do ônus da prova antes do término da instrução, o que torna-se mais coerente:

A inversão do ônus da prova, como exceção à regra geral do art. 333, do CPC, depende de decisão fundamentada do magistrado antes do término da instrução processual, sob pena de não poder ser adotada na sentença, o que incorreria em cerceio de defesa, devendo ser decidida, de preferência, no momento do saneador, podendo, todavia, ser decretada no despacho inicial, após especificação das provas, na audiência de conciliação ou em qualquer momento que se fizer necessária, desde que assegurados os princípios do contraditório e ampla defesa. (TJ MG, 2000).

Vejamos, pois que este julgado já difere dos citados anteriormente, que apresentavam como sendo na sentença o momento mais adequado para inversão, o que acreditamos não ser este o momento apropriado e sim, como explicita o acórdão, no despacho saneador. Em outro julgado do TJ SP, encontramos:

Considerando que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deva, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicitar quais serão objeto de inversão (TJ SP, 1999).

Convém lembrar que não há necessidade de ser requerido a inversão no pedido inicial, pois é matéria de ordem pública a qual compete ao juiz declarar de ofício, quando atendidos os pressupostos legais.

Por isso, há ainda quem defenda o entendimento no sentido de que o momento adequado seria ao receber a inicial, de forma que quando o réu fosse citado para defender-se, já poderia ser também intimado da decisão que inverteu o ônus probante, ficando desde logo muito claras as regras e com isso, pode e deve o fornecedor defender-se de forma mais ampla possível.

Em uma tendência que se aproxima deste posicionamento, localizamos o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que ao contrário dos outros

julgados do mesmo tribunal, adotou a tese de que o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova, estaria situado entre o pedido inicial e o saneador:

"[...] Por outro lado, o momento processual mais adequado para decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador." (Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Saraiva, pg. 126).(TJ PR, 2001)

A nosso ver tudo isso vem a demonstrar que, na prática, ao serem julgados os casos concretos, têm-se vislumbrado a necessidade de que a inversão do ônus da prova seja declarada antes de encerrada a instrução, quando ainda não esteja preclusa a nenhuma das partes a produção de prova que esteja sob o seu ônus.

E pode-se ir ainda mais adiante, a realidade tem mostrado que há casos em que a inversão do ônus da prova, se não declarada antes da produção das provas, pode causar sério prejuízo ao fornecedor, pois se o consumidor deixar de produzir a prova por falta de capacidade econômica para arcar com os seus custos, e ao final, na sentença, o juiz inverter o ônus, o fornecedor que não a produziu porque até aquele momento o processo estava sendo regido pela norma genérica do Art. 333 do Código de Processo Civil, e, portanto, o ônus daquela prova específica estava com o consumidor, o fornecedor pode ser surpreendido com uma condenação sem ter tido a oportunidade de defender-se adequadamente. Parece que é necessário admitir-se que este entendimento de que é na sentença o momento adequado para o juiz decidir sobre a inversão do ônus da prova, causa tumulto ao processo e pode provocar a surpreendente preclusão para uma das partes de produzir prova que até aquele momento não era dela o ônus de fazê-lo.

Há uma enorme diferença quando se discute este tema no campo teórico, somente no mundo abstrato, de quando se discute com base na observação do que vem acontecendo no campo prático, no mundo concreto.

Um outro fator ainda a contribuir para o argumento de que não pode o magistrado pronunciar-se sobre a inversão do ônus da prova somente na sentença, é a necessidade de definir quem deverá arcar com as despesas para a produção da prova, notadamente quando o caso concreto demanda a produção de uma prova pericial requerida de ofício pelo juízo.

Embora existam defensores do posicionamento de que a inversão do ônus da prova não afeta o ônus pelo adiantamento das custas com produção de prova, este entendimento também não é pacífico e são muitos os julgados que consideram que as duas coisas são em verdade uma só, e que a inversão do ônus da prova transfere também o ônus pelo adiantamento da prova que precisa ser produzida.

Se existe dúvida e discussão sobre isso, mais um motivo para que o magistrado se manifeste antes da produção das provas.

Apesar de haver opiniões em sentido contrário, o entendimento que parece ser mais apropriado a atender não só os princípios norteadores da tutela do consumidor, como também os princípios de efetividade processual, de economia processual, da segurança jurídica e da ampla defesa é o de que o magistrado deve se pronunciar sobre a inversão do ônus da prova até o despacho saneador.

Realmente parece muito mais acertado a admissão de que a regra de distribuição do ônus da prova é regra de juízo, e a lei ao conferi-la ao magistrado mencionou os requisitos que devem estar presentes, entretanto, não estabeleceu de forma objetiva o critério pelo qual se considera que estejam estes requisitos presentes, e deixou para o bom senso do magistrado determinar isso. Ora, se a própria lei diz que é segundo as regras ordinárias de experiência do magistrado que ele deve verificar se estão presentes os requisitos de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor, não há como defender a tese de que o magistrado precisa aguardar toda a instrução probatória para entender se estão ou não presentes os requisitos. Se assim quisesse a Lei, teria dito algo como "mediante as provas produzidas pelas partes" e não haveria razão alguma para explicitar que é segundo as regras ordinárias de experiência.

Dizer que o magistrado que inverte o ônus da prova antes de instruir o processo corre risco de um prejulgamento, parcial e prematuro, é negar que os magistrados tenham condições de se amparar nas tais "regras ordinárias de experiência", devendo sempre amparar suas decisões no conjunto probatório já produzido. Parece mais correto entender que o Legislador ao autorizar o magistrado a tomar uma decisão importante "segundo regras ordinárias de experiência", entendeu que a facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo é tão importante que em seu nome, pode-se correr o pequeno risco deste "prejulgamento".

Ademais a prática tem revelado que nos casos concretos a situação de o magistrado deixar para declarar a inversão do ônus da prova somente na sentença, pode causar cerceamento de defesa não só ao fornecedor, pelas razões já expostas anteriormente neste texto, como também ao consumidor, que poderia ter sido beneficiado com a inversão do ônus da prova antes da produção delas, e assim ter evitado dispêndios financeiros que às vezes, de tão onerosos, impedem que a prova possa ser produzida pelo consumidor. Tanto é assim que extraímos outro julgado do Tribunal de Justiça do Paraná, que por seu teor reforça esta argumentação.

Este julgado anulou uma sentença por entender que houve cerceamento de defesa do consumidor quando o juízo *ad quo* não inverteu o ônus da prova antes da produção da prova, de forma que por dificuldades financeiras o consumidor não pode depositar o valor dos honorários periciais e a prova não foi produzida.

No caso em tela, a exigência da antecipação das custas da perícia pelo agravante, redundou em sérios prejuízos ao mesmo, que não pôde produzir a prova pretendida, em ofensa ao art. 6º, VIII, do Código citado. Dessa forma, resta configurada a hipótese de cerceamento da defesa, impondo-se a anulação da sentença e a inversão do ônus da prova, para que seja realizada a perícia requerida pelo agravante, devendo o banco arcar com a antecipação dos honorários do perito. Anulada a sentença de primeiro grau, resta prejudicado o julgamento das apelações cíveis interpostas por ambas as partes. (TJ PR, 2002)

E sobre o argumento de que o magistrado só pode declarar a inversão do ônus da prova na sentença porque ele precisará fazer uma análise e valoração das provas, para formar o seu convencimento sobre a presença dos requisitos que lhe autorizam a fazer tal inversão (da verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor), é preciso considerar que se fosse realmente essa a vontade do legislador, não haveria a menor razão para fixar que o critério seria "segundo as regras ordinárias de experiência", pois totalmente desnecessário seria mencionar qual o critério, se fosse para o magistrado agir normalmente como faz com qualquer outra decisão já admitida normalmente pela lei processual normal. Parece que ao se permitir ao magistrado tomar uma decisão processual "segundo regras ordinárias de experiência", o que se pretende é justamente dar ao juiz um parâmetro para que tome uma decisão antes do momento em que é normal fazê-lo em todo processo.

Por todos estes argumentos, parece ser muito claro que a vontade do legislador foi de autorizar o juiz a inverter o ônus da prova antes da sentença, liberando-o de precisar valorar as provas para esta providência, e que quando o magistrado o faz somente na sentença, está deixando de utilizar uma possibilidade que a lei lhe concedeu, que seria de analisar a presença dos requisitos de verossimilhança e hipossuficiência com base em regras ordinárias de experiência, para analisar com base em valoração de provas, e com isso, além de não fazer o que a lei lhe permite, o magistrado, em alguns casos concretos, acaba por reduzir a segurança jurídica e as possibilidades de defesa da parte desfavorecida com esta decisão.

3.3.3 A inversão do ônus da prova no direito do consumidor e despesas processuais

Um aspecto de grande relevância da questão da inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor é sua relação com a responsabilidade de pagamento de despesas e encargos processuais.

A prestação da tutela jurisdicional é, indubitavelmente, uma atividade dispendiosa, por movimentar uma intrincada organização composta de milhares de agentes públicos e dezenas de órgãos e tribunais voltados para esse fim.

Esses altos custos, todavia, não são inteiramente suportados pelo Estado, cabendo às partes, em regra, prover as despesas dos atos que realizem ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento em todo o seu curso, a teor do que dispõe o *caput* do art. 19 do Código de Ritos.

Esse adiantamento deve ser realizado antes da realização de cada ato (art. 19, § 1º CPC) pelo litigante que requer sua consecução, que assume a "*responsabilidade provisória pelas despesas processuais*".

Podemos classificar essa imposição legal como um verdadeiro ônus processual, cujo descumprimento implicará na não realização do ato requerido, podendo advir daí possíveis conseqüências desagradáveis para quem o requereu e não adiantou as despesas.

Isso se aplica, evidentemente, também quanto à realização da atividade probatória, cabendo à parte requerente o recolhimento antecipado das despesas referentes a diárias de testemunhas, remuneração de assistente técnico e perito,

dentre outros.

Surge daí a questão: uma vez operada a inversão do ônus da prova nas lides de consumo, a quem cabe o ônus de antecipação de despesas nos casos de atos probatórios requeridos pelo consumidor, determinadas de ofício pelo juiz ou requeridas por ambas as partes?

Nestas hipóteses, entendemos não haver qualquer exceção às regras gerais estabelecidas no Código de Processo Civil, pelo simples fato de não se poder identificar o ônus de provar com o ônus financeiro de realização dos atos probatórios.

Em nosso estudo, já observamos que as normas do Código de Defesa do Consumidor que prevêm a inversão do ônus da prova servem como meio de possibilitar a introdução do princípio da vulnerabilidade do consumidor em um sistema processual clássico de repartição do ônus probatório pautado pela premissa de igualdade das partes.

As normas consumeristas, pois, constituem exceção ao art. 333 do Código de Processo Civil, que trata do ônus subjetivo da prova, e não das normas do art. 19 e seguintes, que tratam do ônus financeiro da produção dos atos processuais.

Entendimento contrário parece advir de uma aceção errônea de hipossuficiência como sinônimo de insuficiência econômica, baseada nos critérios estabelecidos no art. 2º, parágrafo único da Lei n. 1.060/50.

Assim, cabe ao consumidor arcar com os ônus financeiros de atos probatórios por ele requeridos, devendo arcar ainda, se for o autor da demanda, com as despesas prévias de atos ordenados de ofício pelo juiz ou pelo Ministério Público (art. 19, §2º. CPC) ou com as despesas de perícia requerida por si ou por ambos os litigantes (art. 33 CPC).

Sobre o tema, assim pronunciaram-se os tribunais pátrios, *in verbis*:

Ementa – Agravo de Instrumento. Honorários de perito. Depósito prévio.

Inversão do ônus da prova. Aplicação do CDC. (...) Não há como se confundir, entretanto, a inversão do ônus da prova previsto no art. 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor, que diz com o preceito do art. 333 do Código de Processo Civil, com a responsabilidade pelo adiantamento do pagamento dos encargos referentes à produção das provas requeridas pelas respectivas partes... (TJ RS, 1999)

Ementa – Processual Civil. Consumidor. Inversão do ônus da prova. Interpretação. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor diz respeito às conseqüências da não produção da provas, não à responsabilidade pelo não pagamento de despesas relativas a estas... (TJ DF, 2000)

Esse posicionamento, ao contrário do que possa transparecer à primeira vista, não implica em dissonância com a orientação do Código de Defesa do Consumidor em facilitar a atividade processual do consumidor em juízo.

Isso porque caso seja o consumidor economicamente hipossuficiente, dispõe o mesmo da possibilidade de requerer a assistência judiciária prevista em nosso ordenamento pela já mencionada Lei 1.060/50, que serve de exceção legal aos ditames processuais referentes ao ônus financeiro de realização dos atos probatórios (art. 19, *caput* CPC).

Ademais, vimos que o fenômeno do ônus da prova pode ser focado como regra de julgamento (ônus objetivo da prova), que consiste, em síntese, na imputação de conseqüências desfavoráveis ao detentor do ônus da prova quando restar a mesma inexistente ou deficiente para formar o convencimento do julgador.

Nestes termos, tomando, por exemplo, uma ação revisional de cláusulas contratuais, podemos concluir que a não realização de perícia contábil requerida pelo consumidor, em razão de não ter sido depositado o valor dos honorários periciais, não implicará em qualquer prejuízo para o mesmo.

Isso porque, uma vez invertido o ônus da prova, caberia ao fornecedor a produção de elementos probatórios que ensejassem a convicção do julgador pela não abusividade das cláusulas que se almeja anular. É o fornecedor, portanto, que arcará com o risco da prova frustrada, quando do julgamento, de acordo com a aceção objetiva de repartição do ônus probatório.

Ressalte-se, por fim, a aplicabilidade de tal entendimento a todas às hipóteses legais de inversão do ônus probatório previstas no Código de Defesa do Consumidor, sejam elas judiciais (art. 6o, VIII) ou legais (art. 12, § 3o; art. 14, § 3o; art 38).

3.3.4 Oportunidade processual para juiz declarar invertido o ônus da prova nas relações de consumo

Inicialmente, antes de adentrarmos no objeto principal deste tópico, indispensável é identificar a razão da existência das normas de distribuição do ônus da prova.

Partindo deste ponto, a parte deve ter o conhecimento prévio dos critérios de distribuição que serão utilizados pelo magistrado para direcionar sua sentença, sob pena de não ter a oportunidade de provar suas alegações no momento ideal, bem como, por conseqüência, ser ao final surpreendido por um provimento favorável ao seu adversário.

Nesse sentido, admitir que as partes somente possam ter conhecimento das regras de distribuição do ônus da prova no momento em que o juiz for prolatar sua sentença, ou seja, após toda a instrução probatória ter sido precluída, consideramos como um afronto ao princípio da ampla defesa, pois, não obstante, a parte já não poderá mais, na sistemática processual vigente, produzir novas provas, salvo nos termos do artigo 303 do Código de Processo Civil.

Em que pesem os respeitáveis posicionamentos contrários, ousamos divergir, sustentando que no momento em que o consumidor ingressa em juízo com sua pretensão, o magistrado diante das alegações carreadas, dispõe, desde já, com a possibilidade de aplicar a inversão, quando preenchidos os requisitos legais, ou seja, verossimilhança da alegação, que exerce através de um juízo de probabilidade, ou a hipossuficiência, facilmente constatada, pelas condições educacionais, sociais e econômicas.

Destarte, permitir que seja aplicada a inversão somente na fase decisória, constitui um verdadeiro atentado ao princípio da ampla defesa, já que para as partes, enquanto não se dispuser do contrário, competirá produzir as provas que lhes interessam, dentro da sistemática processual da regra geral prevista no artigo 333 do Código Processual Civil. Assim, desenvolvendo-se toda instrução probatória sobre a regra geral, não poderá o juiz, agora na fase decisória, alterar as "regras do jogo", pois, não obstante, será indiscutivelmente pego de surpresa o fornecedor o qual mobilizou toda a sua defensiva com base nas provas trazidas pelo consumidor.

Ciente agora que o magistrado não poderá declarar invertido o ônus da prova na sentença, sob pena de violar o princípio da ampla defesa, causando cerceamento de defesa, mister se faz identificar o momento adequado para

declará-lo.

É indubitoso que a inversão aqui tratada seja de grande utilidade para o consumidor, libertando-o de provar, por exemplo, a colocação de produto e serviço no mercado e o nexo causal entre o defeito e o dano, encargos que passam aos ombros do fornecedor.

Com efeito, tratando-se de direito básico do consumidor, não há necessidade de ser requerido à inversão no pedido inicial, pois é matéria de ordem pública a qual compete ao juiz declarar de ofício, quando atendidos os pressupostos legais.

Ao receber a inicial, e esta estando em termos, o magistrado determina a citação do réu, oportunidade em que por intermédio de uma decisão interlocutória, concede a inversão sobre o ônus da prova. Assim, quando o réu é citado para defender-se, é também intimado da decisão que inverteu o ônus probante, iniciando-se, por conseguinte, o prazo de dez dias para apresentar agravo, na forma de instrumento ou retido, o qual ficará prejudicado caso não haja defesa em tempo hábil (revelia).

Busca-se com esta exigência manter inabalável o princípio da concentração da defesa ou da eventualidade, visto que o fornecedor poderá elidir a sua culpa através de prova documental; caso em que se declarada a inversão em outra oportunidade, não poderá utilizar deste poderoso meio de prova, cerceando, em conseqüência, sua defesa.

Conclui-se, portanto, que o melhor momento pelo qual o magistrado deverá declarar invertido o ônus de prova é na ocasião da determinação da citação, à luz dos requisitos de verossimilhança da alegação de hipossuficiência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que cada parte deve se desincumbir do ônus da prova de acordo com seu interesse em vencer a demanda ou demonstrar uma situação jurídica favorável.

Se o fornecedor tem interesse em que o consumidor perca a demanda, deve trazer as provas que detém e os elementos técnicos de que dispõe para prosperar a improcedência do pedido.

Não se nega a possibilidade da inversão do ônus da prova ser utilizada irregularmente. É possível que uma pretensão, apesar de verossímil, traga em si o objeto de desmoralizar o produto do fornecedor-demandado, traduzindo um conluio reprovável de seus concorrentes, obrigando-o a desenvolver toda atividade probatória para não correr o risco de sofrer uma sentença desfavorável. Porém, acreditamos que a posição aqui adotada garante maior efetividade processual, sem falar na agilidade processual que pode trazer.

Crê-se que, em alguns anos, será possível avaliar os resultados da inversão do ônus da prova e a posição aqui defendida representa a expectativa de que o virtual cerceamento de defesa do fornecedor não supere os reais benefícios advindos da efetiva proteção dos direitos do consumidor.

O CDC (lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990) veio a ser a primeira lei voltada exclusivamente ao consumidor, funcionando como uma atividade de proteção através da divulgação, de informação sobre a qualidade dos bens e serviços, assim pressionando entidades públicas, objetivando a total defesa dos consumidores.

A defesa do consumidor veio para coibir os abusos a tanto existentes nas relações de consumo, também para impedir a impunidade estabelecendo a responsabilidade civil de forma aberta, fazendo com que a reparação do dano causado ao consumidor tivesse efeito indiscutível.

Enfocamos sobre o momento processual mais adequado à inversão do ônus da prova no direito do consumidor que permite avaliar o desenvolvimento de princípios até hoje adotados no cenário atual, firmando um entendimento maior do que um simples conceito.

Ressaltamos o ônus da prova e sua inversão nas relações de consumo, discorrendo acerca da controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre o momento processual correto

para o magistrado declarar a inversão do ônus da prova, consoante o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que no nosso entendimento o que parece ser mais acertado no momento do despacho saneador, dos requisitos à inversão, outrora explicitados, mas que merecem destaque, sendo estes a verossimilhança das alegações do autor do pedido de inversão, bem como a hipossuficiência do consumidor, em face aos fornecedores de bens e serviços.

Todavia o fornecedor tem o direito de ser previamente informado do ônus que lhe cabe por ocasião do deferimento da inversão, para que possa exercer amplamente seu direito de defesa na fase instrutória do processo. Até mesmo porque pode insurgir-se contra a decisão interlocutória que aplica a inversão do ônus da prova através do recurso de agravo.

Enfim, existem divergências doutrinárias sobre o momento adequado da aplicação da inversão do ônus da prova. Nosso ponto de vista já foi exposto, porém será necessário amadurecimento por parte dos operadores do direito, neste aspecto para que haja uma consolidação desta norma no sistema processual civil. Provavelmente, quando chegarmos a um entendimento pacífico sobre o adequado momento da inversão a norma será melhor aceita e utilizada por todos, assim como foi observado neste trabalho.

Pois a força de um cidadão consciente e informado é muito maior quando reunido com seus pares na luta pelos seus direitos. O sistema educacional e os meios de comunicação quando educam das crianças ao adulto revolucionam o comportamento da sociedade. O resultado é paulatinamente sentido. Os reflexos dos 16 anos que se passaram são vistos no Judiciário em números de processos e de varas especializadas no direito do consumidor. Tudo isso reflete também no processo na busca da efetiva proteção dos direitos do consumidor, e a inversão do ônus da prova é mais um mecanismo para a efetivação desses direitos.

Desta forma, concluo que este trabalho serviu para meu conhecimento a respeito do instituto da inversão do ônus da prova, algumas peculiaridades do processo do consumidor, e com certeza servirá de fonte de conhecimento e instrução, em face da linguagem utilizada, que propicia um fácil entendimento, tanto no campo jurídico quanto no campo dos leigos. Facilitando, pois, as condições de defesa da parte hipossuficiente no processo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do direito do consumidor*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVIM, Arruda, ALVIM, Thereza, ALVIM, Eduardo Arruda, MARINS, James. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BANDEIRA, Alexandre Domingues Martins. *In Revista consultor jurídico*, São Paulo, 9 de abril de 2003
- BEDAQUE, José Roberto. In CÂNDIDO DINAMARCO, *A reforma do código de processo civil*, 2º ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- BENJAMIM, Antonio Herman V.. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRASIL, STJ – Ac. RESP 203225/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DJ 05.08.2002
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Antonio Carlos Ferreira. 1 ed, São Paulo: Lejus, 1999.
- CARREIRA ALVIM. *CPC Reformado*, 3 ed, Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, 3 ed, São Paulo: c.s.salmi, 2002.
- COUTURE, Eduardo José. *Introdução ao estudo do processo civil - discursos, ensaios e conferências*. 3 ed, São Paulo: Líder, 2003.
- DISTRITO FEDERAL, TJDF. 2ª. Turma Cível. AGI nº 2000.0020014250. Re. Getulio Moraes Oliveira, DJ 20.09.2000, p. 14.
- ECHANDIA. In GRINOVER, Ada Pellegrine e outros. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed., São Paulo: Forense, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estudo de direito do consumidor*, 2 ed, São Paulo: Lúmen Júris, 2005.

GIDI, Antônio. In GRINOVER, Ada Pellegrine e outros. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed., São Paulo: Forense, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; FINK, Daniel Roberto. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HEELMANN, Siegmund. In COUTURE, Eduardo José. *Introdução ao estudo do processo civil - discursos, ensaios e conferências*. 3. ed, São Paulo: Líder, 2003.

KFOURI NETO, Miguel, *Culpa médica e ônus da prova*, 1. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCENA, Socorro; BRITO, Adjalmira (orgs). *Regras de Metodologia de trabalhos científicos para graduação*. João Pessoa: UNIPÊ, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo - interesses difusos e coletivos*. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATOS, Cecília. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*, n. 11, São Paulo: Revista do Consumidor, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.*, 5. ed, São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3 ed, São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*, RePro 86.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Bê-a-bá do consumidor - dicas para compras e reclamações*. 1. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso prático de direito do consumidor*, 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Otávio Augusto de Freitas Barcellos, J. 09.12.1998. No sentido oposto, AGI nº 599262300, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, J. 11.08.1999.

PARANÁ, TJ-PR, Ac. 19245, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Sydney Zappa, DJ 21.09.2001

PARANÁ, TJ-PR, Ac. 20115, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Sydney Zappa, DJ 20.03.2002

PARANÁ, TJ-PR, Ac. 20723, 4ª. Câmara Cível, Rel. Dr. Paulo Roberto Vasconcelos, DJ 29.05.02

PARANÁ, TJ-PR, Ac. 7233, 5ª. Câmara Cível, Rel. Des. Bonejos Demchuk, DJ 29.06.2001

PARANÁ, TJ-PR, Ac. 7994, 6ª. Câmara Cível, Rel. Des. Jair Ramos Braga, DJ 08.11.2001

1 PARANÁ, TJ-PR, Consulta Jurisprudência, In: Site do Tribunal de Justiça do Paraná [Internet], Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/juris/>. Acessado em: 10, de maio de 2007.

1 PARANÁ, TJ-PR, Notícias, Publicação de 20.07.2003, In: Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo [Internet], Disponível em: <http://www.tj.sp.gov/noticia/noticia.asp> Acessado em: 12, de maio de 2007.

PARANÁ, TJ-PR, Ac. 8319, 5ª. Câmara Cível, Rel. Des. Domingos Ramina, DJ 26.03.2002

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, 2. ed, São Paulo, Forense, 2005.

RIO GRANDE DO SUL, TJRS. 15ª Câmara Cível. AGI nº 598347417. Rel. Des.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judicial no civil e comercial vol. v*, 3. ed, , Max Limonad, 1968.

1 SÃO PAULO, TJSP, AC 256.357-4. . In: www.portal.tj.sp.gov.br, 2006

1 SÃO PAULO, TJSP, AC 288.432-2. In: www.portal.tj.sp.gov.br, 2006

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TJSP - Ap. 772.447-6 sentença de 25.05.1998 , Rel Maia da Cunha, AI 150.230-4/SP,j. 09.05.2000, v.u.

TJSP, 9.ª Câm. Cív., AC 240.757-2/Presidente Prudente, rel. Des. Debatin Cardoso,j. 22.09.1994, V.u., *IUIS*.

1 TJ-SP, Notícias, Publicação de 20.09.2002, In: Site do Tribunal de Justiça do Paraná [Internet], <http://www.tj.pr.gov/noticia/noticia.asp> [Capturado 20.Set.2006]
Tribunal de Justiça de São Paulo, 6ª. Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº121.979-4, Outubro de 1999.

VADEMECUM São Paulo, SARAIVA, 23. ed, Saraiva, , 2006

WATANABE, Kazuo. In GRINOVER, Ada Pelegrine e outros. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed., p. 735, Forense, São Paulo, 2001.