

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

VANESSA ÉRICA DA SILVA SANTOS

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO MOMENTO DA SENTENÇA À LUZ DOS
JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA AMPLA
DEFESA.**

SOUSA

2014

VANESSA ÉRICA DA SILVA SANTOS

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO MOMENTO DA SENTENÇA À LUZ DOS
JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA AMPLA
DEFESA.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Monnizia Pereira Nóbrega.

VANESSA ÉRICA DA SILVA SANTOS

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO MOMENTO DA SENTENÇA À LUZ DOS
JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA AMPLA
DEFESA.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Monnázia Pereira Nóbrega.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 28 de março de 2014

Orientador: Prof. Monnázia Pereira Nóbrega.– UFCG
Professora Orientadora

Maria Marques Moreira Vieira

Cícero Marcelo Bezerra dos Santos

Dedico à Deus,
À minha Família,
Meu namorado e,
Meus amigos.

AGRADECIMENTOS

OBRIGADA! Aos meus tios (Dulcinete, Dulcielha, Dulcicléia, Dulcicleide, Anaelho) que não pouparam esforços para ver sua sobrinha vencer, principalmente, Tia Dulcicleide que infelizmente está no céu, mas compartilha no meu coração todas as minhas vitórias; Ao meu pai, familiares paternos e primos (Joatan, Diego, Mateus, Andressa, Walleska e Leonardo) que sempre se orgulharam de mim;

Mas eu realmente não seria nada sem meus avós (Dona Dulce e seu Cícero), e Mainha (Dona Neuma) que me propiciaram todos os meus sonhos, principalmente a minha avó, Dona Dulce, que me criou como uma filha e me apoiou em todas as minhas decisões; e Mainha que passou a vida inteira trabalhando para ver minha vitória. São elas que me encorajam a cada dia, e que são a razão do meu esforço e dedicação.

Ao meu namorado Clinton Medeiros, que me apoiou nos momentos mais difíceis do curso e sempre acreditou em meu potencial, assim como sua família.

Agradeço aos meus amigos de São Bento (Bia, Iara, Carlinha, Curica, Hiandra, Hidelândia, Joh, Renan, Jardel); ao Leo Clube; à Ritinha e sua família, a tia Arlete, aos meus professores, em especial à minha orientadora Monnizia Pereira, por ter me ajudado imensamente a fazer este trabalho e sempre esteve à disposição de me ensinar tudo que precisei. À UFCG e ao PRODIH, em especial à professora Edjane que me orientou no Projeto de Extensão e Pesquisa e me ensinou não só Direito, mas principalmente a vivenciar as mazelas decorrentes da má aplicabilidade do direito e à Tereza que sempre me ajudou nas oficinas do Projeto. À Dra Ivna, Enrico e Kaline que me ajudaram tanto no meu Estágio no 2º Juizado Especial, quanto na minha pesquisa sobre direito do consumidor. Aprendi muito com vocês, assim como aos demais servidores do 2º Juizado (Marlene, Peckson, Betinha, Aparecida e Diana) que sempre me ajudaram em tudo que precisei. À Dra Geralda que me ensinou muito sobre a prática advocatícia, aos membros da Justiça Federal que sempre me repassaram conhecimento enquanto fui conciliadora.

Aos meus amigos de Sousa, que compartilharam os melhores momentos da minha vida, e me propiciaram laços eternos, como o quinteto fantástico (Emilly, Myrah, Babi e Efigênia) e minhas irmãs de convivência (Maervelym, Ingredhy e Renata) que sempre estiveram comigo e me encorajaram a enfrentar os desafios,

que seguraram na minha mão quando eu mais precisei e que posso dizer que serão minhas amigas pra toda à vida, aos meus vizinhos (Keruak e o Fera), aos meus Ex vizinhos especialmente nas pessoas de Valdir e Everton, os quais temos boas histórias pra lembrar e contar, à Fortaleza, especialmente na pessoa do meu amigo Dadá, colegas de turma e projetos, aos meus amigos da chapa azul que me ensinaram A FORÇA DAS GRANDES IDEIAS, amigos de contábeis; enfim, agradeço à todos aqueles que me ajudaram a construir meu grande sonho. Já dizia Issac Newton: “Se enxerguei mais longe, foi porque estava sobre os ombros de gigantes.”

Encerro esses agradecimentos com a frase de Raul Seixas: “Sonho que se sonha só é só um sonho que se sonha só, mas sonho que se sonha junto é realidade.”

Mainha, vovó nós conseguimos!

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser,
mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las”.
Voltaire

RESUMO

A presente pesquisa tem por finalidade principal o estudo acerca do momento processual mais adequado para a aplicação da inversão do ônus da prova, disposto no art. 6º, VIII do CDC, mais especificamente, procura verificar qual o momento em que seria a correta aplicação da inversão do ônus da prova, para que não se torne um instrumento que viole o princípio da ampla defesa e possa não atender seu objetivo, qual seja, o de promover a isonomia, ou seja, a igualdade dos pólos na relação jurídica consumerista, tendo em vista que dependendo do momento processual aplicado, pode gerar um desnivelamento dos pólos da relação processual. Utilizando-se como método de abordagem o dedutivo, e como métodos de procedimento o histórico-evolutivo e o comparativo, verifica-se que o instituto da inversão do ônus da prova deve ser interpretado como uma regra de procedimento e não de julgamento, portanto, a aplicabilidade sempre deve ocorrer antes da sentença, tendo em vista que em regra ela será uma inversão ope judicis, cabendo ao magistrado avaliar se presentes um dos requisitos que ensejam a aplicação do referido instituto, já que a hipossuficiência não é presumida, esta precisa ser comprovada e decidida pelo juiz no curso do processo, pois caso venha a fazer apenas na oportunidade do julgamento restará cerceado a ampla defesa, diante do fato de não ter oportunizado ao demandado a possibilidade de desincumbir de seu ônus. Ademais, para a referida pesquisa usa-se como técnica de pesquisa a documentação direta e indireta, que demonstra a aplicabilidade prática do instituto ora estudado, tomando por base, a análise de decisões no 2º Juizado Especial Misto da cidade de Sousa-PB, bem como a aplicação de um questionário respondido pela magistrada que nele atua, abordando sobre a aplicação desse instituto em suas decisões, verificando-se que o instituto por várias vezes é aplicado na sentença e que a própria magistrada reconheceu que o momento da sentença não é o ideal, passando a acatar a sugestão e invertendo o ônus da prova na audiência de instrução. Por fim, chega-se ao resultado de que o momento mais adequado para a inversão do ônus da prova é após a apresentação da contestação, quando for iniciada a audiência de instrução, pois o promovido já inicia a fase instrutória com o ônus devido e, portanto, dando a oportunidade de produzir a sua defesa de forma satisfatória.

Palavras-chave: Prova. Inversão. Ônus. Momento processual.

ABSTRACT

This research has as its main purpose the study of the most suitable procedural moment for the application of reverse burden of proof provisions of article 6, VIII CDC, more specifically, demand check what time it would be the correct application of reverse burden of proof, in order to it does not become an instrument that violates the principle of defense and can not meet its goal, which is, to promote equality, in other words, equality of the poles in the consumerist legal relationship, considering that depending on the procedural moment applied, can generate a deflection of the poles of procedural relationship. Using the deductive method of approach, and the historical-evolutionary and comparative methods of procedure, It appears that the institution of the reverse burden of proof should be interpreted as a rule of procedure and not of judgment, therefore, the applicability should always occur before sentencing, given that it is generally a discretionary reversal, leaving the magistrate assess whether present one of the requirements that cause receivership application of this institute, since the downside is not presumed, it needs to be proven and decided by the judge during the proceedings, as if it would do just on the opportunity of the trial remains hamstrung the full defense because to the defendant was not given an opportunity to get rid of its burden. Moreover, for this work is used as a research technique direct and indirect documentation, which demonstrates the practical applicability of the institute sometimes studied, based on the analysis of decisions on the 2nd Joint Special Court of the city of Sousa-PB and the application of a questionnaire answered by the magistrate who acts on it, approaching on the application of this institute in their decisions, verifying that the institute is repeatedly applied to the judgment and the magistrate itself acknowledged that the time of sentencing is not ideal, going to accept the suggestion and reversing the burden of proof at the hearing of instruction. Finally, we arrive at the result that the most appropriate moment to reverse the burden of proof is the time after the submission of the defense when the instruction hearing starts, the defendant have already began the trial phase with the burden due and thus giving the opportunity to produce its defense satisfactorily.

Keywords: Proof. Inversion. Burden. Procedural time.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.- Artigo

ADCT- Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CDC- Código de Defesa do Consumidor

CF/88- Constituição Federal de 1988

CNJ- Conselho Nacional de Justiça

CPC- Código de Processo Civil

Inc.- Inciso

JEC's- Juizados Especiais Cíveis

MM Juíza- Meretíssima Juíza

REsp- Recurso Especial

STJ- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	15
2.1 Conceito e historicidade.....	16
2.2 Sujeitos da relação consumerista	19
2.3 A Vulnerabilidade nas relações de consumo	25
2.4 Análise jurídica da hipossuficiência nas relações de consumo.....	28
3- O ÔNUS DA PROVA NA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	31
3.1 Da Prova.....	31
3.2 O ônus da prova à luz do Código de Defesa do Consumidor	35
3.3 Momento processual para inversão do ônus da prova.....	43
4 DA APLICAÇÃO PRÁTICA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	49
4.1 Da problematização acerca da inversão do ônus da prova.	49
4.2 Da afronta ao princípio da ampla defesa.	55
4.3 A aplicabilidade da inversão do ônus da prova pelos Juizados Especiais Cíveis.	59
4.4 – A inversão do ônus da prova no 2º Juizado Especial Misto da Comarca de Sousa-PB.....	65
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS.....	76
ANEXO.....	80
APÊNDICE.....	82

1 INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor, em proteção aos direitos consumeristas, dispõe de mecanismos que propiciam a igualdade entre consumidor e fornecedor, tendo em vista uma nítida desigualdade nos pólos da relação jurídica. Como grande ferramenta prevista para “nivelar” os pólos da relação de consumo, facilitando o acesso e a defesa do consumidor em juízo, o Códex Consumerista dispõe do instituto da inversão do ônus da prova, com vistas a hipossuficiência do consumidor, zelando assim pelo princípio da igualdade.

Apesar do grande avanço legislativo em disciplinar a aplicação da inversão do ônus da prova, concedendo ao juiz a possibilidade de decidir pela citada inversão em favor do consumidor, desde que estejam presentes os requisitos da verossimilhança das alegações ou hipossuficiência, silenciou quanto ao instrumento procedimental apropriado para aplicar a referida medida, provocando divergências doutrinárias e judiciais na tentativa de suprir tal lacuna, fazendo decorrer a seguinte problemática: Há um momento processual adequado para a aplicabilidade da inversão do ônus da prova?

Assim justifica-se a presente temática, haja vista sua aplicabilidade ao Direito Consumerista, tendo em vista que a lacuna deixada pelo legislador resulta em aplicações destoantes, causando insegurança jurídica às relações de consumo, bem como, graves afrontas ao princípio da ampla defesa.

Portanto, terá como objetivo geral analisar o instituto da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, de forma a aplicar a melhor interpretação processualística a ser adotada, identificando qual o melhor momento processual. E como objetivos específicos, verificar a possibilidade de cerceamento de defesa e desigualdade de oportunidade em relação ao fornecedor nas relações de consumo, quando a inversão ocorrer no momento da sentença; examinar a aplicabilidade do instituto da inversão do ônus da prova na cidade de Sousa-PB, com pesquisa in loco, no 2º Juizado especial Misto; constatar a forma de aplicação e as possíveis soluções para a aplicação mais sensata do instituto.

Nesse diapasão, para que possa se alcançar os objetivos discriminados, se utilizará como método de abordagem o método dedutivo, partindo-se das várias

formas de aplicação do instituto ora estudado, nos tribunais do país e com as diferentes correntes doutrinárias, vindo a verificar qual o momento mais oportuno especificamente nos Juizados Especiais Cíveis.

Como métodos de procedimento, se fará uso do método histórico evolutivo, averiguando as influências históricas na aplicabilidade do instituto e verificando a sua influência na aplicabilidade atual; assim como o método comparativo tendo em vista que se analisará o paralelo entre a corrente doutrinária que defende a aplicabilidade da inversão do ônus da prova como regra de julgamento, e a que a apresenta como regra de procedimento, aplicando as referidas teorias aos julgados cotidianos e verificando a extensão da possível insegurança jurídica causada com a aplicabilidade concomitante das duas correntes citadas.

E, como técnica de pesquisa, se utilizará a documentação direta, que consistirá na confecção de um questionário dirigido à Magistrada que atua no 2º Juizado Especial Misto da Comarca de Sousa- PB, o qual se voltará a analisar em que momento é aplicada pela mesma a inversão do ônus da prova. Bem como, se utilizará da documentação indireta, por meio da análise de decisões judiciais, e a pesquisa bibliográfica, com vistas a doutrinas, artigos especializados, monografias e revistas.

Sendo assim, o presente trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro analisará as relações de consumo, abordando seu conceito e historicidade, os sujeitos da relação consumerista, bem como as características da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, de forma a embasar as demais problemáticas da pesquisa, haja vista que para a aplicação da inversão do ônus da prova deve restar comprovada a hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança das alegações.

No segundo capítulo, se estudará propriamente a inversão do ônus da prova, abordando a importância da prova no processo, e analisará qual o momento processual adequado para sua declaração, discorrendo ainda se o instituto em estudo constitui uma regra de procedimento ou de julgamento.

E por sua vez, o terceiro capítulo, se voltará ao estudo do momento correto para a aplicação da inversão do ônus da prova, bem como as críticas feitas as teorias adotadas no Brasil; assim como a possibilidade de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, caso venha ser aplicado no momento errado. Ressalta-se também a análise feita nos Juizados Especiais Cíveis, com destaque

para o 2º Juizado Especial Misto da cidade de Sousa-PB, com vistas a se abordar em que momento a inversão é aplicada.

Ante o exposto, a pesquisa proporá o momento processual adequado para aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, de forma a harmonizar a aplicação do referido instituto com a ampla defesa, visando apresentar soluções práticas para a aplicação do mesmo.

2 DA RELAÇÃO DE CONSUMO

As relações consumeristas se tornaram frequentes nas sociedades modernas, destoando diversos conflitos, principalmente pós segunda Guerra Mundial, na qual tornou-se frequente a padronização dos contratos em que se impossibilita a discussão das cláusulas contratuais, ganhando força o chamado contrato de adesão, no qual, verifica-se a redução do consentimento da parte contratante, consumidor, à mera adesão. Esse entendimento é defendido por Almeida (2009, p.02) que preleciona:

[...]De há muito as relações de consumo deixaram de ser pessoais e diretas, transformando-se, principalmente nos grandes centros urbanos, em operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato de não se ver ou conhecer o fornecedor. [...]Com a mecanização da agricultura a população rural migrou para a periferia das grandes cidades, causando inchaço populacional, a conturbação e a deteriorização dos serviços públicos essenciais. Os bens de consumo passaram a ser produzidos em série, para um número cada vez maior de consumidores. Os serviços se ampliaram em grande medida. O comércio experimentou extraordinário desenvolvimento, intensificando a utilização da publicidade como meio de divulgação dos produtos e atração de novos consumidores e usuários. [...]

Dessa forma, como bem concluiu o autor supracitado, com a produção em série dos produtos comercializados, começaram a surgir relações complexas, em que se verificava uma desproporcionalidade, pelo consumidor se encontrar em clara situação de inferioridade frente ao fornecedor. Frente a essa nova situação jurídica, o Direito teve que criar mecanismos, de forma a criar uma coerente e eficiente legislação que protegesse o consumidor hipossuficiente, equilibrando os pólos da relação jurídica.

Salienta-se a naturalidade da evolução das relações de consumo, acabando por refletir nas relações jurídicas, econômicas e sociais, sendo o Direito do Consumidor com seus mecanismos de proteção uma consequência direta da nova sistemática de contratação entre fornecedor e consumidor.

2.1 Conceito e historicidade

A relação de consumo é uma relação jurídica que envolve dois sujeitos, consumidor e fornecedor, dos quais celebram contrato entre si, gerando direitos e obrigações mútuos, mas opostos, visto que ambos tem direito ao recebimento de uma prestação, bem como tem o dever de cumprir uma obrigação.

Coelho (2002, p.165) esclarece o conceito de relações de consumo, expondo que:

A relação de consumo, tal como se pode concluir das definições contidas nos arts.2º e 3º do CDC. Configura o objeto da legislação protecionista do consumidor. Se o contrato envolve, de um lado, pessoa que se pode chamar de consumidora e, de outro, alguém que se pode ter por fornecedor o regime de disciplina do referido ato encontra-se no Código de Defesa do Consumidor. Caso não seja possível a identificação de ambos os conceitos (consumidor e fornecedor) nos pólos da relação jurídica, o assunto será estranho à incidência do regime consumerista. Isso em razão do Caráter relacional dos conceitos de consumidor e fornecedor: um não existe sem o outro.

A partir do conceito delimitado anteriormente, pode-se então dizer que as relações de consumo possuem três elementos caracterizadores, quais sejam: o consumidor, o fornecedor e o nexos de causalidade, que serão estudados de forma mais aprofundada mais adiante.

O estudo da História neste trabalho, busca ressaltar que os hábitos ocorridos no passado continuam ocorrendo e que até mesmo as regulamentações, mesmo tendo sofrido mudanças, influenciam o comportamento contemporâneo. O intuito da História do Direito é oferecer ao Direito atual a compreensão de sua retrospectiva, esclarecendo as suas dúvidas e levantando, passo a passo, a estrutura do seu ordenamento, seus institutos mais perenes, suas bases de fundo e suas características de forma, até chegar à razão de ser de seu significado e conteúdo.

Verifica-se ao longo da História uma evolução legislativa na busca da proteção consumerista, embora não fosse o objetivo específico de algumas leis, verificamos um início de proteção consumerista desde 1933, com o Decreto n. 22.626, que possuía como objetivo reprimir a Usura. Posteriormente, com a Constituição federal de 1934 corrobora-se a proteção constitucional á economia

popular em seus artigos 115 e 117 e quatro anos depois foi criado o Decreto –Lei n. 869 de novembro de 1938 e em seguida em setembro de 1946 o Decreto Lei de n.9.840, que trataram especificamente sobre os crimes de economia popular, sucedendo em 1951 a Lei de Economia Popular, vigente até a presente data.

Posteriormente veio a grande proteção ao instituto de defesa do consumidor com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por meios dos artigos 5º,XXXII; 24,VIII;170,V.Assim como, no art.48 do ADCT, anunciava a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que foi promulgado pela Lei n. 8.078/90.

A partir da criação do CDC, o consumidor ficou amplamente amparado de normas próprias, que objetivavam equilibrar as relações consumeristas. Saliente-se que o amparo normativo, nem sempre se verifica em eficácia, pelos diversos conflitos existentes no sistema administrativo, como bem preleciona Almeida (2009, p.11):

Pode-se adiantar que hoje o consumidor brasileiro está legislativamente bem equipado, mas ainda se ressentido de proteção efetiva, por falta de vontade política e de recursos técnicos e materiais. Mesmo Assim, há que se ter festejado o grande avanço experimentado nos últimos anos, que alcançou o País nessa área, e em termos legislativos pelo menos, no nível das nações mais avançadas do Planeta.

Após a implementação do CDC, inúmeras alterações legislativas aconteceram, a citar: Lei n. 8.656/93 (dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências); Lei n. 8.703/93 (dispõe sobre a conversão da MPV nº 341, de 1993. Acrescenta parágrafo único ao art. 57 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, e revoga o art. 3º da Lei nº 8.656, de 21 de maio de 1993); Lei n. 8.884/94 (dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências); Lei n.9.008/95 (Cria a estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal); Lei n.9.298/96 (Dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo grau e dá outras providências); Lei n.9.870/99 (Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências); Lei n.11.785/08 (Altera o § 3o do art. 54 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – CDC, para definir tamanho mínimo da fonte em contratos de adesão), bem como outros decretos-leis que aperfeiçoaram o Códex Consumerista, de forma

a atender todos os anseios dos consumidores.

Salienta Filomeno (2007, p.23) que :

Referida conquista, é mister salientar-se, deveu-se ao “movimento consumerista brasileiro”, apesar de sua inicial fragilidade, e sempre em franca ascensão, sobretudo após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, e da implementação do chamado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, além do fortalecimento e criação de novas entidades públicas não governamentais de relevo nessa área. Com efeito, esse movimento, desde a década de 1980, mediante a realização de encontros nacionais de entidades de defesa e proteção do consumidor, tem contribuído decisivamente para a implementação das diretrizes dessa defesa e proteção, no plano constitucional, inclusive.

Houve inúmeras contribuições significativas para implementação do texto constitucional, salientando por último a contribuição do Ministério Público Brasileiro, que em dois simpósios nacionais ofereceram teses, que posteriormente foram aprovadas por unanimidade que propunham a instituição de promotorias de justiça especializadas na proteção e defesa do consumidor.

Sobre as normas constitucionais aprovadas em defesa do consumidor, Filomeno (2007, p.24), traz uma importante observação acerca da amplitude de determinadas normas:

[...] destaque-se que as normas ora instituídas são de ordem pública e interesse social, o que equivale a dizer que são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, embora se admita a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial [...].

Assim, verifica-se a grande importância da inclusão da proteção constitucional ao Direito do Consumidor, garantido uma proteção de ordem pública, à interesses que antes eram protegidos sob a ótica do direito privado.

2.2 Sujeitos da relação consumerista

Nery Júnior, (2003, p.32) salienta que “o CDC fala de *relação de consumo*, termo que tem sentido mais amplo do que diversas outras expressões” (grifo do autor).

Vê-se portanto, que o Código Consumerista restringe a pessoa do consumidor àquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final, conforme dispõe o citado diploma legal no art.2º. E como bem explica Zanellato (2001), “a concentração fundamental do conceito, sem dúvida, repousa sobre a finalidade da aquisição ou da utilização: a destinação final.”

Por sua vez, Filomeno (2007, p.32), ao conceituar o consumidor, expõe que:

[...] abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, psicológica e outras, entendemos por “*consumidor*” qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.

O entendimento que se vem sedimentando na doutrina à exemplo de Filomeno (2007) e Almeida (2009) e nos Tribunais pátrios, é o de que a pessoa natural será considerada destinatária final e, *ipso facto*, consumidora, quando adquirir ou utilizar produto ou serviço para a satisfação de necessidades pessoais, de sua família ou de terceiros, de outro lado, a pessoa jurídica, para ser vista como destinatária final, deve adquirir ou utilizar produto ou serviço fora do âmbito de sua atividade produtiva, comercial, empresarial ou profissional.

Assevera Almeida (2009, p.38) que não é uma tarefa fácil apresentar um conceito do que seja consumidor, posto que:

[...] há certa tendência a aceitar a concepção econômica de consumidor, que nem sempre é transferida e acolhida pelo direito, já que considerações políticas podem interferir nesse conceito, restringindo-o ou ampliando-o, o que compromete a margem de precisão que uma definição jurídica deve ter.

Interessante ressalva traz Filomeno (2007,p.32), quando critica a inclusão da pessoa jurídica como consumidora, defendendo a tese de que para assim ser

considerada, também deve ser classificada como vulnerável, pois para o autor:

[...] discordamos da definição de “consumidor” concebida por Othon Sidou, quando também considera as *peças jurídicas* como tal para fins de proteção efetiva nos moldes atrás preconizados, ao menos no que tange à sua literal “proteção” ou “defesa” jurídica. E isto pela simples constatação de que dispõem as peças jurídicas de força suficiente para sua defesa, enquanto o consumidor, ou, ainda, a coletividade de consumidores ficam inteiramente desprotegidos e imobilizados pelos altos custos e morosidade crônica da justiça comum.[...] entendemos, contudo, mais racional que sejam consideradas aqui as peças jurídicas *equiparadas aos consumidores vulneráveis*, ou seja, as que não tenham fins lucrativos, mesmo porque, insista-se a conceituação é indissociável do aspecto da mencionada fragilidade.

Diante do exposto, verifica-se que há discordância quanto o caráter eminentemente econômico dado no CDC ao caracterizar o consumidor como aquele que é o destinatário final do produto, pois isso desvirtuaria a aplicabilidade da proteção consumerista que é dada em face do consumidor por presumir sua vulnerabilidade que não se verificaria em peças jurídicas. Com a permissa vênia e salvo melhor opinião, o CDC não presume que o consumidor seja hipossuficiente, no caso concreto as medidas protetivas serão aplicadas conforme o caso, como bem salientou o autor supramencionado, as medidas protetivas deverão ser instituídas em face do consumidor vulnerável, pois se assim não o for, os princípios ensejadores da proteção consumerista acabariam por restarem desvirtuados, entendimento que o próprio Filomeno (2007, p 34) discorre ao descrever as condições para que se considere uma peça jurídica como consumidora, veja-se:

Em primeiro lugar, o fato de que os bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital. Em segundo lugar, que haja entre fornecedor e consumidor um desequilíbrio que favoreça o primeiro. Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor não veio para revogar o Código Comercial ou o Código Civil no que diz respeito a relações jurídicas entre partes iguais, do ponto de vista econômico. Uma grande empresa oligopolista não pode valer-se do Código de Defesa do Consumidor da mesma forma que um microempresário.

Mais adiante se observará os requisitos da vulnerabilidade e hipossuficiência que são de extrema importância para caracterização da figura do consumidor.

Importa salientar que a expressão “destinatário final” no conceito de consumidor dá origem a duas correntes, a finalista e a maximalista. Abordando sobre as Teorias, consagradas e adotadas, que conceituam o consumidor, Marques (2002), preleciona que existem suas correntes dentro da Teoria Finalista, sendo uma moderada e a outra a Finalista pura, se diferenciam por esta última aceitar a hipossuficiência como variável determinante à equiparação de uma pessoa jurídica ao conceito de consumidor, a expressão “destinatário final” deve ser compreendida de acordo com a citada autora (2002, p.142) como:

Aquele destinatário fático e econômico do bem ou do serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Logo, segundo essa interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquirí-lo para revenda, não adquirí-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente objeto de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Nesse caso não haveria a exigida destinação final do produto.

A crítica que se faz a essa Teoria é o entrave que se faz em enquadrar a pessoa jurídica dentro do conceito de destinatário final do produto. Por outro lado, o Maximalismo (Teoria Maximalista ou Objetiva) abranda a aplicabilidade do CDC, que surgiu justamente diante da restrição preconizada pela Teoria Finalista, que conforme Marques (2002, p. 143) defendem o seguinte posicionamento:

Já os maximalistas vêem as normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, o qual instituiu normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível, segundo essa corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado.

Verifica-se ainda outra corrente, o Finalismo Aprofundado, o qual é o consumidor a parte vulnerável da relação de consumo, ainda que não destinatário fático e econômico do produto ou serviço adquirido ou utilizado. E conforme assevera Manassés (2013), verificou-se que:

[...] após 14 anos de discussões, em 2004, o STJ manifestou-se pelo finalismo e criou inclusive um finalismo aprofundado, baseado na utilização da noção maior de vulnerabilidade, exame in concreto e uso das equiparações a consumidor conhecidas pelo CDC.

Portanto, para parte da doutrina, mesmo não sendo o consumidor destinatário fático e econômico do produto, poderá ser verificada no caso em concreto a vulnerabilidade do consumidor, usando as equiparações salvaguardadas pelo Código Consumerista.

Por sua vez, tem-se por fornecedor, conforme preleciona o art.3º do CDC:

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

Analisando este dispositivo, chega-se a conclusão que fornecedor é o gênero e que as espécies são o construtor, importador, fabricante, produtor, exportador, distribuidor e o comerciante, podendo ser qualquer pessoa física ou jurídica. E diferentemente do conceito legal de consumidor, o de fornecedor é bem mais esclarecedor, pois, a princípio, verifica-se que não se inclui no referido conceito aquelas pessoas que praticarem atividades, transações, típicas de Direito Privado, sem o caráter de profissão ou atividade, fazendo-a, portanto, de forma não comercial.

A partir dessa análise, pode-se afirmar que a definição legal exauriu as formas de atuação no mercado consumerista, se englobando não só o produtor, fabricante ou industrial, mas também o vendedor dos produtos, ou seja, o comerciante. Outra diferença significativa está no fato de que é exigido do consumidor, que o mesmo seja destinatário final, diferentemente do fornecedor, que admite na conceituação o fabricante originário, o intermediário e inclusive o comerciante, conforme destacado anteriormente.

A respeito do fornecedor, salienta Almeida (2009, p.45) que “[...] tanto aquele que fornece bens e serviços ao consumidor como aquele que o faz para o intermediário ou comerciante, porquanto o produtor originário também deve ser

responsabilizado pelo produto que lança no mercado de consumo[...]”. Complementa Filomeno (2007, p.47), afirmando ser o fornecedor:

[...] qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual.

Portanto, pode-se aduzir que fornecedor é qualquer ente atuante no mercado consumerista, de forma habitual, produzindo, comercializando, exportando ou prestando serviços, com a finalidade de auferir lucros, mediante as contraprestações financeiras que recebem.

E como é peculiar em toda relação jurídica, tem-se o objeto, que consiste em um produto ou em um serviço. Assim, no que tange a relação de consumo, o art. 3º, §1º do Código Consumerista define o produto como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Como bem salienta Filomeno (2007, p.52) “[...] para fins do Código de Defesa do Consumidor, produto (entenda-se “bens”) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.”

Percebe-se assim, que o produto destina-se a satisfazer a necessidade do consumidor, desde que seja adquirido de forma onerosa, pois o Código não se destina a proteção de produtos adquiridos de forma gratuita. Importa ainda salientar que o § 2º do artigo supracitado, define também serviço como sendo “ qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Assim, o entendimento do que seja produto e serviço, dá suporte aos entendimentos dos sujeitos da relação consumerista, principalmente no que tange a conceituação de fornecedor, pois exclui, dentro do possível, as dúvidas ocasionadas, melhorando o entendimento de cada termo. A partir das definições devidamente embasadas, pouco se resta a debater, como bem preleciona Almeida (2009, p.46), para o qual :

A área que se refere a “produto” parece não comportar maiores

indagações, pois mesmo *grosso modo*, entende-se que fornecedor é todo aquele que “fornece” produtos, praticando uma das seguintes atividades: produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização. Dúvida poderia surgir no que tange a prestação de serviços, mas é importante ter sempre em mente que tal prestação será remunerada e não subordinada a vínculo trabalhista [...].

Depois de conceituados os elementos que compõem a relação de consumo, se faz necessário algumas ponderações sobre a mesma. Haja vista que a referida relação pode ser classificada de duas maneiras, a primeira delas trata-se da relação efetiva, que ocorre quando, por exemplo, se perfaz uma compra e venda de produto, no entanto, existe a segunda forma de classificação da relação de consumo, chamada de relação em potencial, que ocorre quando, por exemplo, se está diante de uma propaganda, pois para vislumbrar uma relação de consumo, não é necessário apenas a venda ou a prestação de serviço realizada, basta à oferta de produtos ou serviços aos consumidores e, por esta razão, há previsão pelo Código de Defesa do Consumidor da figura de consumidor equiparado, objetivando assim, proteger todos os consumidores expostos à oferta de produtos ou serviços.

Também é mister destacar-se que os serviços e produtos podem conter periculosidade e/ou nocividade, que são inclusive penalizados como condutas penais, dispostas nos arts.63 a 65 do CDC, de modo a proteger os direitos básicos do consumidor, acabando por servir de fundamento para as devidas e possíveis indenizações ao mesmo, como preleciona a garantia do rol previsto no art. 6º I e nos arts. 8º, 9º e 10º do Código Consumerista, os quais garantem entre outros, o direito a não exposição a produtos ou serviços perigosos pelo fabricante ou produtor, assim como, determina o dever do fabricante de efetuar a retirada do produto ou serviço nocivo ou perigoso.

Segundo Simões (2013) a periculosidade pode ser inerente, adquirida, ou exagerada. Será inerente quando estiver intrínseca a qualidade ou funcionamento de um produto ou serviço, o melhor exemplo seria a faca de cozinha. Por sua vez, a periculosidade adquirida ocorre quando o perigo de um determinado produto ou serviço é imprevisível para a saúde e a segurança do consumidor, como exemplo, um automóvel em que os freios não funcionam. E por fim, a periculosidade exagerada, também inerente ao produto ou serviço, é verificada quando mesmo havendo a informação ao consumidor dos riscos inerentes, estes não haverão de ser

diminuídos, pois são considerados defeitos por ficção, como exemplo os serviços de dedetização.

2.3 A Vulnerabilidade nas relações de consumo

Analisando o art.4º, I do CDC, verifica-se que o consumidor é considerado vulnerável, significando tratar-se da parte fraca da relação de consumo. Como bem salienta Marques (2002, p.87) a vulnerabilidade significa:

[...] uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção[...]

Portanto, a vulnerabilidade detecta o sujeito da relação jurídica que figura no pólo mais frágil, conseqüentemente merecendo cuidados mais aprofundados para garantir o princípio da isonomia nas relações jurídicas. É mister salientar que apenas em situações concretas é que pode-se verificar se há vulnerabilidade em uma das partes, sendo por isso que o STJ (2005), em julgamento do REsp. 476428- SC, já defendeu o finalismo aprofundado, conforme se vê na decisão abaixo:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.- A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.- Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a

jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.- São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.- Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n.º 476428-SC, j. 19/04/2005, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma).

Para o referido Tribunal (2000), em julgamento do Agravo Regimental no Agravo de instrumento n.º 296516, há presunção segundo a qual pessoa física é vulnerável, assim, “tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e pessoa física, é de se concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Aplicável, pois, o CDC”, salientando que esta presunção não é absoluta, admitindo prova em contrário. O raciocínio é bem simplório, a pessoa física presumidamente adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final ressalvado o caso concreto em que se demonstre o contrário, se mostrando sempre vulnerável, por ser todo consumidor presumidamente vulnerável, no entanto, se tratar-se de pessoa jurídica que adquire ou utiliza o serviço, sempre se verificará no caso concreto se trata de destinatário final, não havendo presunções, pois é preciso comprovar sua vulnerabilidade para aplicação do CDC.

Analisando os entendimentos postos, mais ponderável seria a adoção do finalismo como regra geral, mitigado pelo finalismo aprofundado, desde que verificado pelo magistrado no caso concreto a vulnerabilidade de uma das partes. Netto (2011, p.48) ressalta a importância de se verificar no caso concreto a vulnerabilidade, sob pena de estar aplicando o CDC em uma relação que não é consumerista. Veja-se:

[...] Embora a vulnerabilidade seja absoluta (todo consumidor é vulnerável, segundo presunção legal), é possível analisar a existência ou não de vulnerabilidade para fins de determinar a aplicação do CDC. Ou seja, ausente a vulnerabilidade, pode ser que estejamos diante de uma relação empresarial, e não diante de uma relação de consumo. É a análise da vulnerabilidade que permite superar [...] a distinção entre as teorias maximalista e minimalista, protegendo os mais fracos naquelas relações desprovidas de

paridade, buscando estabelecer o equilíbrio material entre as prestações[...]

Manassés (2013), complementa afirmando que:

No Brasil [...], a situação de vulnerabilidade da pessoa física (consumidora) é presumida, ao passo em que a vulnerabilidade da pessoa jurídica (consumidora) deverá ser demonstrada no caso concreto. Isso não colide com a afirmação que fizemos de que todos os consumidores são vulneráveis. Se a vulnerabilidade da pessoa jurídica não for demonstrada, pode ser que estejamos diante de uma relação empresarial, e não de consumo.

Ainda, se faz necessário analisar as diversas formas de vulnerabilidade, pois conforme Marques (2002), existem quatro espécies de vulnerabilidade, são elas: a vulnerabilidade informacional, sendo claro o sua deficiência de informações do produto, por não conhecer suas complexidades, sendo facilmente manipulado, tornando-se assim necessário a proteção consumerista; a vulnerabilidade técnica, pois em tese o consumidor é leigo em especificidades do bem, que caracterizam sua utilidade e conseqüentemente são facilmente enganados pelo fornecedor que detêm todos esses conhecimentos e podem facilmente manipulá-los a seu favor . Assim, o consumidor fica restrito á boa-fé do fornecedor, justificando a tutela protecionista em face do consumidor..

Por sua vez, a vulnerabilidade jurídica, ou científica, consiste na falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia, ressaltando que essa vulnerabilidade deve ser presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física, enquanto que, aos profissionais e às pessoas jurídicas, vale a presunção em contrário, pois a estas não se verifica a necessidade da referida presunção, é preciso a produção de provas. Apresentando-se a vulnerabilidade fática ou socioeconômica como aquela na qual se vislumbra grande poderio econômico do fornecedor, exercendo este aspecto para manipular os consumidores, causando-lhes prejuízo.

Para Nunes (2011) o reconhecimento da vulnerabilidade seria uma das primeiras medidas de realização da igualdade jurídica garantida na Constituição Federal, tendo em vista que o consumidor é a parte mais fraca da relação jurídica de consumo, sendo esse aspecto decorrente: de ordem técnica e de cunho econômico. Conforme preleciona o citado autor (2011, p. 174):

O primeiro está ligado aos meios de produção cujo conhecimento é monopólio do fornecedor [...] o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira de produzir, de sorte que o consumidor está a mercê daquilo que é produzido. É por isso que quando se fala em escolha do consumidor, ela já nasce 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, diz respeito à maior capacidade econômica que por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor.

Por sua vez, Nery Júnior (2003), 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”(NERY JÚNIOR, 2003, p.32), posto que a igualdade deve ser verificada no caso concreto, de forma a equilibrar os pólos da relação e promover a mais lúdima justiça.

2.4 Análise jurídica da hipossuficiência nas relações de consumo.

Grande questão do Direito do Consumidor está em diferenciar a vulnerabilidade da hipossuficiência, pois pode-se dizer que todo consumidor possui a vulnerabilidade, mas nem sempre ele é hipossuficiente. Tartuce(2013, p.34), discorre sobre a importância de apreciar a hipossuficiência no caso concreto, para o qual:

[...] Trata-se de “um conceito fático e não jurídico, fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto.[...] o conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões pobre ou sem recursos, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual. O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento[...].

Segundo o ordenamento jurídico pátrio, existem duas principais hipóteses de hipossuficiência. Primeiramente cumpre-se destacar a aplicação da Lei nº1.060/50 em seu art.4º, mais conhecida como Lei da Assistência Judiciária, que concede o benefício da justiça gratuita, a quem alega pobreza na forma da lei, sendo nesse caso hipossuficiente. A segunda noção é a mais importante para este trabalho monográfico, pois, relaciona-se com a inversão do ônus da prova, com previsão legal no art. 6º, VIII, do CDC, destacando-se de logo que o referido instituto não está restritamente relacionado à condição financeira dos sujeitos da relação consumerista. Assim, a hipossuficiência é de caráter processual, pois é quando o indivíduo demonstra no caso concreto estar em situação desprivilegiada e, portanto, carece de mecanismos que visam igualar os pólos da relação jurídica consumerista.

No mesmo sentido, Netto (2011, p.48) diz que: “[...] a hipossuficiência diz respeito[...] ao direito processual, ao passo que a vulnerabilidade diz respeito ao direito material”. Assim, há uma interpretação diversa da vulnerabilidade, pois em uma relação processual, implica o envolvimento de três sujeitos (autor, réu e Estado). Bem como, se diferenciam nas suas consequências, pois a hipossuficiência traz consequências exclusivamente processuais, ao passo que a vulnerabilidade influencia em consequências de per si na aplicabilidade de uma norma consumerista, pois é fundamental essa característica para qualificar determinada pessoa como consumidora e conseqüentemente ampará-la com a proteção consumerista.

Ante o exposto, a hipossuficiência deve ser entendida a partir da finalidade da norma, que é a de tornar mais fácil, no campo específico da instrução probatória, a defesa dos direitos do consumidor. Conforme se vê pela decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2011), no julgamento da Apelação Cível nº2006.039109-5:

A prova da não-contratação alegada pelo consumidor é impossível, conhecida também como “prova diabólica”, cabendo à editora da revista fazer a prova da existência da contratação correspondente aos descontos efetuados diretamente na conta do cartão de crédito. Não se pode impor que o agravante prove que não contratou os serviços da empresa-jornalística, uma vez que esta determinação se constituiria na denominada prova negativa. Precedentes do STJ (TJ-RS, Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano). (Apelação Cível n. 2004.028590-9, de Itajaí, Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa

Ritta, julgado em 24/07/2007). (TJSC, Apelação Cível n. 2006.039109-5, Relatora: Desa. Subst. Denise Volpato, julgado em 09/03/2011).

Aliás, com relação à hipossuficiência faz-se necessário destacar que abrange o aspecto técnico e também o econômico, ou seja, 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.

Ensina Nunes (2011, p. 842) 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”. [...] “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.[...]

Dessa forma, é que se verifica o grande questionamento de a hipossuficiência ser presumida ou não. Entende-se que o melhor posicionamento é acerca de verificar *in concreto* se o consumidor atende aos requisitos, pois caso contrário o ônus da prova seria invertido injustamente, trazendo prejuízos irreparáveis ao fornecedor.

3- O ÔNUS DA PROVA NA RELAÇÃO DE CONSUMO

No Código de Processo Civil verifica-se uma regra de distribuição geral do ônus probatório, na qual preleciona que ao autor cabe a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, modificativo ou impeditivo, de acordo com o art. 333 da citada lei.

No entanto, verifica-se que as relações consumeristas, necessitavam de uma ferramenta processual que garantisse a igualdade nos pólos da relação jurídica em face da hipossuficiência do Consumidor, que corriqueiramente não possuíam meios de produzir a prova adequada para a instrução do processo. Assim, surgiu com o Código de Defesa do Consumidor o instituto da inversão do ônus da Prova, disposto no art. 6º, VIII, o qual preleciona que verificado a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança das alegações se impõe a aplicação do referido instituto.

Portanto, esse instrumento processual protege o consumidor quando verificada a impossibilidade de produção de prova por parte deste, incumbindo a prova a quem tem possibilidade de produzi-la, buscando-se a verdade real dos fatos.

3.1 Da Prova

A conceituação da prova é amplamente discutida, seja no próprio direito material cível, quanto nos meios processuais. Analisando a origem da palavra prova, tem-se que se origina do latim *proba*, de *probare* que significa demonstrar, reconhecer, formar juízo de alguma coisa.

Dispõe Oliveira (2008) que entre os doutrinadores, a natureza jurídica da prova não é unânime, pois alguns consideram de natureza processual, ao contrário os que pensam tratar de direito material, no entanto, no ordenamento jurídico brasileiro a prova está disciplinada quase que totalmente no Código de Processo Civil, o que cabe a conclusão de que a prova prescinde mais de um cunho processual. Tratando dessa celeuma, Oliveira (2008, p.33), diz que:

Dado ser a prova, como dito, tema de interesse tanto do direito substancial quanto processual, põe-se a difícil tarefa de delimitar qual, exatamente, o campo de regramento próprio de cada um deles. Sobre a matéria não há consenso na doutrina.[...] Sendo o processo, por seu turno, atividade meramente instrumental, voltada a afirmação e implementação da vontade do direito material, ao direito processual cabe disciplinar, sobretudo os aspectos que digam respeito diretamente à própria atividade judicial, vale dizer, a produção da prova em juízo, respeitando no mais os critérios de prova já fixados pelo direito substancial. Estabelecida essa separação inicial, percebe-se que o direito material, em sua esfera própria, busca por vezes estabelecer determinada forma como necessária à constituição válida de certos atos jurídicos.

Partindo do conceito literal e aplicando ao sentido jurídico, entende-se por prova o meio de obtenção da verdade dos fatos no processo. Portanto, a prova seria o instrumento por meio do qual o magistrado se utilizaria para encontrar a verdade dos fatos que ensejaram a lide, dando possibilidade ao magistrado de formar sua convicção para proferir o julgamento. Dessa forma, verifica-se que apenas através de uma análise sobre o fato jurídico trago ao magistrado é que se concede a possibilidade de uma interpretação do direito, precisando neste caso, que as partes produzam provas de suas alegações.

Conforme os ensinamentos de Chiovenda (2002), 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 preclue-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 Código de Processo Civil elenca como meios de prova o depoimento pessoal (art. 342 a 347), exibição de documentos ou coisa (art. 355 a 363), prova documental (art. 364 a 399), confissão (art. 348 a 354), prova testemunhal (art. 400 a 419), inspeção judicial (art. 440 a 443) e prova pericial (art. 420 a 439). No entanto,

como bem deixa claro o citado Código não se esgotam as provas no artigo, sendo um rol meramente exemplificativo, conclusão traga a partir da leitura do art. 332, o qual menciona que: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Registre-se que as provas devem sempre estar de acordo com os princípios da moralidade e da lealdade, pois caso assim não se procedam, e verificada a má-fé a prova pode ser anulada. Entendimento reforçado por Santos (2008 *apud* OLIVEIRA, 2008, p.32) que dispõe: “na prova judiciária, os meios precisam ser juridicamente idôneos. Por outras palavras, a prova dos fatos, em juízo, faz-se por meios pelo direito considerados idôneos para fixá-los no processo.” Entendimento que se verifica em consonância com a Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, LVI segundo o qual: “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Silva (2002) ressalta que, no ramo da Ciência Jurídica, nem sempre a prova de um fato demonstrará, necessariamente, a veracidade de sua existência, tendo em vista que 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.

Interessante posicionamento traz Nicolau (2007, p.33), para o qual:

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.

Analisando no âmbito geral o conceito de prova, percebe-se que a prova por diversas vezes não é apresentada como meio de obtenção da verdade e sim como instrumento para a formação de um raciocínio jurídico.

Interessante ainda demonstrar a importância da prova nos casos em que há presunção relativa da verdade (*júris tantum*), pois nesses casos a prova é

imprescindível para a o réu, pois o juiz admite a prova em contrário, para formar sua cognição; diferentemente a presunção absoluta (*jure et de jure*), na qual não adianta a prova em contrário para a demonstração de inocência, haja vista que o fato ocorrido já apresenta a ficção legal de verdade, e portanto, nesse caso o fato não constitui o objeto da prova.

No que concerne à valoração da prova o sistema adotado pelo Brasil é o Sistema da Persuasão Racional do juiz, que preleciona o livre convencimento do magistrado, no entanto, desde que seja racional a partir da análise probatória apresentada nos autos do processo ora analisado. Assim, de acordo com o artigo 131 do CPC: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” Portanto, o material que deve ser levado em conta para a valoração probatória, obrigatoriamente deve estar contida nos autos, pois é nessas provas que o juiz deve procurar a motivação de suas decisões.

A prova também deve ser pertinente, ou seja, não são todos os fatos que devem ser provados, apenas os que tenham relevância para a resolução do conflito, como bem asseverou Gonçalves (2005, p. 420):

O Juiz não deverá deferir a produção de provas quando elas não tenham qualquer repercussão para o julgamento da causa. São irrelevantes, os fatos que não têm nenhuma importância, que não influenciarão o julgamento do pedido ou que não guardam pertinência com a questão litigiosa.

É importante salientar que as provas não possuem valor fixado, pois são analisadas no referido contexto, sendo essa valoração apreciada exclusivamente pelo juiz. Ressalte-se ainda que a produção de provas só é necessária quando a lide for sobre matérias fáticas e de direito, pois se a questão for meramente de direito, não se verifica necessidade de prova, pois há a presunção que o magistrado conhece da matéria de direito, sem violação ao princípio da ampla defesa, observando o artigo 337 do CPC, que traz a exceção, que a parte deve provar a incidência de matéria municipal, estadual e consuetudinário.

A partir da complexidade da análise das provas, verifica-se que o auferimento do ônus probatório a determinada parte, assegura ao Juiz uma solução

jurídica para o proferimento de sua decisão quando impelido por uma dúvida consistente. Assim, o ônus de provar trata-se de regra processual, que não obriga a determinada parte o dever de provar, mas atribui um encargo pela falta de prova. Portanto, o ônus soluciona a questão de responsabilizar alguém pela ausência de provas para provar determinado fato.

Nesse diapasão, passa-se a verificar a importância da prova obtida no processo, pois em caso de dúvida, o que comumente acontece, o juiz analisará de quem era a incumbência de provar a existência ou não do fato apresentado na lide, apresentando a sentença com a solução jurídica possível. Assim, caso o ônus seja distribuído de forma equivocada, o processo terá um deslinde errôneo ou no mínimo prejudicando a uma das partes.

Saliente-se que na produção de provas, os meios de obtenção devem ser formalmente corretos, idôneos e adequados; pois caso não se observe a legalidade, as mesmas não podem servir para apreciação do mérito da demanda.

3.2 O ônus da prova à luz do Código de Defesa do Consumidor

Para melhor compreensão, faz-se necessário relembrar a autonomia do Direito do Consumidor, que mais especificamente, está introduzida no sistema jurídico brasileiro no CDC, objetivando regular as relações de consumo, tendo em vista a necessidade imperiosa de regulamentar uma relação jurídica que estava consubstanciada em diversas afrontas ao princípio da isonomia, tendo em vista a desigualdade dos pólos na relação processual.

As regras de distribuição probatória nas relações consumeristas, norteiam basicamente a necessidade de promover uma igualdade das partes, assegurando um processo sem vícios e com a devida distribuição do ônus para quem tem a capacidade de produzi-lo. Entendimento corroborado por Theodoro Júnior (2009, p.217) quando discorre que: “a legislação protetiva do consumidor parte da constatação genérica de sua vulnerabilidade no mercado de consumo. Sua *ratio essendi* é, portanto, a busca do reequilíbrio da relação de consumo [...]”.

O Códex Consumerista, tornou os direitos do consumidor como um subsistema autônomo em atendimento aos preceitos constitucionais que asseguram às relações consumeristas a proteção devida, para que o consumidor possa usufruir da isonomia quando participa da relação de consumo, não ficando em desvantagem frente ao fornecedor. É portanto, o referido diploma legal, segundo Nunes (2011, p.110):

[...] uma Lei principiológica, modelo até então inexistente no Sistema Jurídico Nacional.[...]. E mais e principalmente: o caráter principiológico específico do CDC é apenas e tão somente um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes desde 5 de outubro de 1988 como cláusulas pétreas, não podendo, pois, ser alterados.

Diante dessa proteção legal, quis o legislador tutelar as relações que configurassem um fornecedor que mantém superioridade ao seu consumidor, visto serem em massa sua distribuição, fazendo-se, portanto, necessária uma tutela diferenciada das relações civis. A interpretação do CDC deve respaldar as desigualdades, tentando proporcionar um nivelamento das partes, conforme assevera Nunes, (2011, p.114):

[...] Assim, consigne-se que, para interpretar adequadamente o CDC, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado, que faz com que se deva privilegiar o coletivo e o difuso, bem como que se leve em consideração que as relações jurídicas são fixadas de antemão e unilateralmente por uma das partes- o fornecedor-, vinculando de uma só vez milhares de consumidores. Há um Claro rompimento com o direito privado tradicional.

Percebe-se que o citado Código trouxe diversas medidas que possibilitam a concretização da proteção ao consumidor. Assim, como regra geral, adotou a responsabilidade objetiva, tal como prescreve os arts. 12 e 14 da mencionada lei. Para tanto, basta provar o dano e o nexo de causalidade para gerar a obrigatoriedade de reparar o dano, sem analisar a culpa do agente. Diferentemente, em relação aos profissionais liberais, onde estabeleceu a responsabilidade civil subjetiva, mediante a verificação de culpa, tal como dispõe seu art. 14, §4º.

De maneira protecionista e pautada na vulnerabilidade informacional e jurídica do consumidor, o Codex Consumerista, no art. 51, VI, impôs a proibição de

cláusula contratual que contenha o encargo probatório em prejuízo do consumidor. Assim, como em relação à publicidade, atribuindo a distribuição da carga probatória quanto à veracidade e correção de informação ou comunicação publicitária ao patrocinador, conforme dispõe em seu art. 38 bem como, o diploma legal em estudo, incluiu 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 seu artigo 6º, VIII.

Merece destaque nesse estudo, a análise em relação ao termo inversão do ônus da prova, quando o termo mais apropriado seria modificação, pois sendo analisado mais aprofundadamente vê-se que não ocorre a inversão, tendo em vista que se assim fosse, caberia ao réu o ônus da prova dos fatos constitutivos e ao autor, a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos aduzidos pelo réu em seu desfavor, o que não ocorre na realidade. Acontece apenas uma modificação da regra processual, quando o juiz verifica uma instrução processual insuficiente, que não lhe dar condições de convencê-lo, nesse caso, apenas transfere o encargo de produzir a prova a quem tem mais condição de fazê-la, afastando a obscuridade, e finalmente dando os subsídios necessários ao julgamento.

Diante do referido esclarecimento, e a partir da possibilidade de inversão do ônus probatório, é necessário se fazer a seguinte pergunta: o Código de Defesa do Consumidor alterou as regras do ônus da prova estabelecido no art. 333 do Código de Processo Civil? De logo, a resposta será negativa, haja vista que compete ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, e 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 se verá 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 matriz os direitos substanciais reconhecidos no CDC, embora este seja um microssistema, autônomo e independente, mas, instrumentalmente se socorre às regras e princípios gerais que norteiam o CPC, exceto quando diferentemente regule, tal como nos casos de intervenção de terceiro, coisa julgada.

Imperioso destacar que o juiz deve interpretar as regras do Códex Consumerista, para inverter o ônus da prova, compatibilizando-a com os princípios norteadores do Processo (devido processo legal, ampla defesa), vendo a inversão

como medida excepcional e não automática. Portanto, a inversão não é compulsória, tratando-se de mera faculdade judicial a ser concedida pelo juiz. Cabe esclarecer, que esse instrumento é devido quando fica evidenciado a verossimilhança da alegação do consumidor, ou se verifique a sua hipossuficiência, tratando-se portanto de medida excepcional, não sendo a regra, devendo está subordinada aos requisitos legais e sendo sua determinação proferida mediante decisão interlocutória, devidamente fundamentada, conforme dispõe o art.93, IX, da Constituição Federal, fundamentando neste caso na hipossuficiência ou na verossimilhança das alegações.

Acerca da problemática posta, é salutar que se faça a devida distinção entre o consumidor vulnerável e o hipossuficiente. Haja vista que, conforme expõe Grinover (2007, p. 382):

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores. A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII).

A partir do entendimento supracitado, verifica-se que o instrumento da inversão do ônus da prova não é compulsório, ficando a critério do juízo verificar a necessidade de aplicá-la e fazê-la de maneira que objetive buscar a verdade real dos fatos na fase instrutória, impondo aquele que detêm os meios probatórios adequados, a apresentá-los para provar ou não sua culpa. Aqui se verifica medida excepcional, pois a regra nas relações processuais é a corroborada pelo art. 333 do CPC, no qual norteia que cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, e ao réu, a do fato impeditivo ou extintivo do direito do autor. A respeito, assevera Theodoro Júnior (2009, p. 215):

Sem basear-se na verossimilhança das alegações do consumidor ou na sua hipossuficiência, a faculdade judicial não pode ser manejada em favor do consumidor, sob pena de configura-se ato abusivo, com quebra do devido processo

legal. Se trata de medida de exceção, subordinada a pressupostos expressamente elencados na lei, sua adoção *in concreto* somente pode ocorrer mediante decisão interlocutória em que o magistrado assente sua deliberação.

Ora, o citado autor trata de um aspecto importante da relação de consumo, qual seja, de obedecer o princípio do devido processo legal, tendo em vista que a aplicação da inversão do ônus da prova, se feita em momento inoportuno, pode acabar por cercear a defesa do fornecedor e assim ferir o princípio do devido processo legal, o que se configuraria um conflito aparente entre os princípios.

Assim como já dito anteriormente, a inversão do ônus da prova é um instrumento que visa o reequilíbrio das relações de consumo, portanto, é necessário que quando o Magistrado aplique essa medida, também promova a oportunidade de que a parte que agora possui o ônus da prova possa promover os meios necessários à sua ampla defesa. Caso não seja observado esse aspecto, se estaria a desequilibrar novamente a relação de consumo, trazendo agora o consumidor em vantagem ao fornecedor, desvirtuando a intenção trazida pelo Estatuto Consumerista. Como bem preleciona Theodoro Júnior (2009, p. 217), para o qual:

O mecanismo da inversão do ônus da prova se insere nessa política tutelar do consumidor e deve ser aplicado até quando seja necessário para separar a vulnerabilidade do consumidor e estabelecer seu equilíbrio processual em face do fornecedor . Não pode, evidentemente, ser um meio de impor um novo desequilíbrio na relação entre as partes, a tal ponto de atribuir ao fornecedor um encargo absurdo e insuscetível de desempenho. Dentro do espírito de harmonização de interesses revelado pelo inciso III do art. 4º do CDC, a proteção ao consumidor não pode transformar-se numa “cruzada antiempresa” [...].

Ressalte-se que se o consumidor embora seja presumidamente vulnerável, não é presumidamente hipossuficiente, portanto, caso se trate de pessoa bem esclarecida, que possui inclusive conhecimentos técnicos do produto e que nitidamente não tenha desigualdade na relação jurídica não lhe será deferido o benefício da inversão do ônus probatório, pois se assim o fosse o instituto acabaria por ser desvirtuado. Corroborando desse entendimento, Theodoro Júnior (2009, p. 216) preleciona que:

[...] quando o consumidor seja pessoa esclarecida e bem informada, quando tenha ciência do defeito do produto ou da causa do prejuízo, tenha acesso aos meios de prova necessários à demonstração do fato que alega, não haverá razão para desobrigá-lo do ônus da prova do fato constitutivo de seu direito[...]

O ônus da prova, no dizer de Grinover (2007, 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 consequências desfavoráveis. A incumbência de provar determinado fato deve seguir os ditames legais e quando ausentes os requisitos, a inversão não deve ser realizada, pois se assim o fosse a empresa estaria suportando um ônus que novamente desequilibraria a relação jurídica. Interessante opinião traz Theodoro Júnior (2009, p.217):

O mecanismo da inversão do ônus da prova se insere nessa política tutelar do consumidor e deve ser aplicado até quando seja necessário para superar a vulnerabilidade do consumidor e estabelecer seu equilíbrio processual em face do fornecedor. Não pode, evidentemente, ser um meio de impor um novo desequilíbrio na relação entre as partes, a tal ponto de atribuir ao fornecedor um encargo absurdo e insuscetível de desempenho. [...] a proteção ao consumidor não pode transformar-se numa “cruzada antiempresa” e tem de ser vista, isto sim, como “uma forma de aperfeiçoamento do sistema empresarial [...]”.

É resultado lógico 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, assim para que determinada parte produza uma prova que venha a lhe prejudicar é necessária a expressa determinação judicial.

Importante salientar que a prova a que se desincumbe o autor tenha possibilidade de ser produzida pelo réu, pois não seria razoável inverter o ônus probatório para a produção de uma prova impossível, pois estaria se violando diversos princípios norteadores do sistema jurídico pátrio. Conforme bem asseverou Theodoro Júnior (2009, p. 220): “inconcebível, que a inversão do ônus da prova, quando autorizada por lei, seja utilizada como instrumento de transferência para o réu do encargo da prova de fato arguido pelo autor que se revela, intrinsecamente,

insuscetível de prova.” Assim, o instituto da inversão do ônus da prova pressupõe que o consumidor não possa provar o devido fato, mas não a impossibilidade absoluta de prova, esta deve ser possível de ser realizada pelo fornecedor.

Assim, pode-se concluir do raciocínio anterior, que caso o juiz defira a inversão do ônus da prova sem se basear na verossimilhança das alegações ou na hipossuficiência, estaria proferindo um ato abusivo e ferindo o devido processo legal, conforme preleciona Theodoro Júnior (2009, p.215), pois:

Sem basear-se na verossimilhança das alegações do consumidor ou na sua hipossuficiência, a faculdade judicial não pode ser manejada em favor do consumidor, sob pena de configura-se ato abusivo, com quebra do devido processo legal.

Para melhor entender a motivação necessária para tal instituto, é válido relembrar os requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência. A primeira, como bem assevera Theodoro Júnior (2009, p.215), “é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feitiço indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor”. A averiguação de tal requisito é disciplinada pelo CDC em seu art. 6º, VIII, o qual dispõe que deve ser realizado de acordo com as regras ordinárias de experiência. Por outro lado, a hipossuficiência se verifica quando há uma impotência do consumidor para comprovar o dano que lhe fora causado, sendo concretamente demonstrado que o consumidor não pode desincumbir de seu ônus natural de provar suas alegações, seja, por questões econômicas, informacionais, jurídicas e etc.

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). Assim, a inversão do ônus da prova deve ser deferida 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.

Em sede de responsabilidade civil, o Código Consumerista (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. Esse

mecanismo foi criado para que, sendo o consumidor hipossuficiente em relação aos conhecimentos técnicos do produto ou da prestação de serviço, e possuindo ele alegações verossímeis, o juiz possa determinar a inversão.

Ressalte-se que a inversão *ope judicis*, prevista no CDC, não se resume a hipóteses taxativas pois o referido diploma prevê a possibilidade do juiz inverter esse ônus, quando julgar cabível, desde que presentes os pressupostos necessários para a aplicação dessa medida. A regra é clara e precisa, constatada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, o juiz deverá inverter o ônus da prova.

Nesse momento se apresenta um questionamento interessante: há necessidade de se verificar a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor? Ou se verificado um dos requisitos o Juiz pode inverter? A respeito discorreu Nicolau (2007, p.43) 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.

O entendimento supramencionado não está em consonância com os ditames da proteção consumerista, pois conforme verifica-se no inc. VIII do art. 6.º é cristalina ao prever a presença de apenas um dos requisitos, porque, se assim não fosse, o legislador, teria utilizado a conjunção aditiva "e".

No mesmo diapasão, na dúvida, decide-se favoravelmente à parte mais fraca, utilizando-se o princípio *in dubio pro misero*, proclamando, nas relações de consumo, o *in dubio pro consumidor*. Não se pode esquecer que as regras do diploma legal aqui analisado têm natureza de ordem pública. No caso in concreto, pode acontecer que um consumidor hipossuficiente apresente uma alegação não necessariamente verossímil, mas, apesar disso, e até por isso, necessite ser confirmada. .

Assim, no final da instrução probatória, com as provas constantes nos autos,

o juiz formará o seu convencimento. No caso de possuir provas suficientes ao seu convencimento de certeza dos fatos narrados na lide, o juiz proferirá o julgamento sem importar a quem possuía o ônus da prova. No entanto, o problema se configura quando a dúvida persiste, momento este em que o juiz deverá analisar a quem possuía o encargo de provar os fatos.

Importante discussão se esbarra nos princípios da inércia e da imparcialidade do juiz, pois analisando a problemática sob a ótica da doutrina tradicional e o Estado Liberal, a atuação do magistrado seria altamente restringida, devendo o mesmo esperar pelo momento adequado para julgar, aguardando a produção de provas suficientes. O que certamente acarretaria prejuízo diante daquelas provas que precisam ser colhidas no momento propício. No entanto, o processo civil passou a instituir medidas visando assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, intensificando desse modo a participação ativa do juiz.

Percebe-se que, a neutralidade do magistrado começa a dar espaço à procura de algo mais importante no processo: a isonomia das partes, permitindo da medida do possível, que se apresentem com as mesmas oportunidades, proporcionando dessa forma que as partes venham em juízo em paridade de armas, justificando assim o aumento dos poderes instrutórios do juiz, com o intuito de equilibrar as partes dentro do processo.

3.3 Momento processual para inversão do ônus da prova

De início cabe a elucidação quanto à omissão legislativa do Código Consumerista quanto ao momento processual adequado para ocorrer a inversão. Veja-se que o legislador não disciplinou em que momento o magistrado deveria analisar o contexto fático e conseqüentemente verificar se há necessidade de inversão do ônus probatório, deixando à margem da interpretação doutrinária e jurisprudencial, conduzindo assim a entendimentos divergentes.

Interessante ressaltar que a inversão do ônus da prova é judicial e não legal, como bem preceitua o art. 6º VIII do CDC, cabendo ao juiz inverter o ônus da prova quando se configurar os requisitos legais. A respeito da inversão do ônus da prova

em meio judicial, Dallasta (2013), assevera que não se pode esquecer das inversões legais, dispostas pelo Código Consumerista. É importante registrar que existem algumas situações em que o CDC aplicou a inversão legal do ônus da prova, quais sejam: defeitos do produto (art. 12, §3º, II) e de serviços (art.14, §3ºI), no entanto, para as demais situações a inversão será judicial, cabendo ao juiz verificar os requisitos necessários e aplicar a referida medida.

Assim, apesar de instituir a inversão judicial, o Citado diploma legal silenciou quanto ao momento propício para sua aplicação, ficando ao critério do julgador. Este por sua vez possui a discricionariedade de seguir uma das duas correntes que discorrem quanto ao momento oportuno. Haja vista que, para alguns, a citar Nunes (2011) adotam como medida cabível a inversão no momento do despacho inicial, no entanto, boa parte da doutrina, a citar Grinover (2007), sustenta que a aplicação deve ser realizada no momento da sentença. Acerca das citadas teorias, Theodoro Júnior (2009, p.222) assevera que:

[...] as duas posições nos parecem extremadas e injustificáveis. Antes da contestação, nem mesmo se sabe quais fatos serão controvertidos e terão, por isso, de se submeter à prova. Torna-se, então, prematuro o expediente do art. 6º, VIII do CDC. No momento da sentença, a inversão seria medida tardia, porque já encerrada a atividade instrutória.

Merece grande respaldo o entendimento anterior, tendo em vista que antes de tudo o magistrado deve primar pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assim, no despacho inicial, antes da contestação, o magistrado nem sempre contém elementos suficientes para impor um ônus a parte ré, podendo incidir em injusta incumbência, pois não ocorreu ainda o contraditório das informações. E por sua vez no momento da sentença, haveria uma tardia decisão, importando ao réu um ônus impossível de suprir, visto que já se passara a fase instrutória, acabando por cercear a ampla defesa e o contraditório.

Diante de tal celeuma, é necessário esmiuçar melhor os posicionamentos ora apresentados. Assim, para aqueles que entendem ser antes da sentença o momento adequado, julgam a inversão como uma regra de procedimento.

Assim, alguns doutrinadores a citar Grinover (2007) defendem que as regras da inversão do ônus da prova são de julgamento, pois somente após a instrução do

feito, quando realizada a valoração do conjunto probatório, o juiz estaria habilitado para informar se há ou não situação de *non liquet*, estando portanto, apto a inverter ou não o ônus da prova.

Posto que, conforme dispõe Grinover (2007, p.736):

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.

Na mesma linha de pensamento, prelecionando que o ônus da prova é regra de juízo, sendo a sentença o momento correto para sua inversão, têm-se Nery (2003 p. 696), o qual afirma que:

A parte que teve contra si invertido o ônus da prova [...] não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo *non liquet* quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova.

Assim, os autores supracitados, ainda entendem que se o juiz se manifestar anteriormente à sentença sobre o ônus da prova poderia incorrer em um pré-julgamento, parcial e prematuro, o que seria inadmissível sob a ótica do Direito.

Em contrapartida, há uma parte da doutrina a citar Nunes (2011) que rechaça a tese apresentada anteriormente, sob o argumento de que se a inversão for declarada apenas na sentença, estaria se configurando uma espécie de armadilha processual, confrontando os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a relação processual estaria desequilibrada por não permitir que a parte que possui o ônus de provar possa desincumbir de tal encargo.

Posto que, entende-se que seria mais razoável e consoante com os princípios constitucionais apregoados pela Carta Magna, haja vista que a parte deve conhecer previamente a quem está incumbido de provar determinados fatos, para ter a oportunidade de provar suas alegações no momento mais propício, sem prejudicar a si mesmo, e ao final sem ser surpreendida por um provimento favorável ao adversário.

Theodoro Júnior (2009, p.222), defendendo a impossibilidade da inversão no momento da sentença, expõe que:

[...] pela garantia do contraditório e ampla defesa, as partes desde o início da fase instrutória, têm de conhecer quais são as regras que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre a qual se assentará, no fim do processo, a solução da lide. [...]. A não ser assim, ter-se-ia uma surpresa intolerável e irremediável, em franca oposição aos princípios de segurança e lealdade imprescindíveis à cooperação de todos os sujeitos do processo na busca e construção da justa solução do litígio.

Ressalte-se que outro questionamento que se entende ser mal interpretado, é o entendimento de julgamento prematuro da lide, quando se profere uma decisão de inversão do ônus da prova na fase instrutória. Note-se que o magistrado têm a faculdade de inverter o ônus probatório, desde que observados os requisitos legais, e que essa averiguação não adentre no mérito da lide, pois para verificar a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor é necessário uma apreciação específica e de certa forma superficial, levando em consideração a interpretação do julgador com base nas regras ordinárias de experiência, como bem preceitua o art. 6º, VIII do Código Consumerista.

Imperioso destacar a fragilidade desse argumento, pois tanto a inversão do ônus da prova antes da sentença, quanto a produção antecipada de provas ou concessão de tutela antecipada por si só, não podem ser suscitadas como suspeição do magistrado, tampouco como pré-julgamento, pois todas constituem garantia legal daquele proferir determinadas decisões interlocutórias, para garantir a isonomia no processo, não adentrando no mérito da demanda.

Importa ainda rechaçar o argumento que o fornecedor não poderia alegar cerceamento de defesa, pois sabia da possibilidade de inversão do ônus da prova na sentença, portanto, conheceria as regras do jogo. Não merece acolhimento tal argumento, pois a inversão não deriva exclusivamente da lei, tendo em vista que esta prevê a mera possibilidade de inversão, ficando a cargo do juiz verificar a possibilidade de inverter ou não o ônus da prova. Portanto, logicamente, a inversão para ser justa deve oportunizar a outra parte a oportunidade de defesa, e por conseguinte seria regra de instrução, conforme explicitou Moreira (2002, p.22):

As normas de repartição do ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes. Se lhe foi transferido um ônus – que para ele não existiria antes da adoção da medida – obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar a efetiva oportunidade de dele se desincumbir.

A partir dos entendimentos mencionados anteriormente, caso o juiz inverta o ônus da prova apenas na sentença, não dará oportunidade do réu reagir e desincumbir do ônus que lhe fora imposto, sendo uma ofensa à bilateralidade da audiência, já que o réu não teria produzido suas provas.

A inversão do ônus da prova não pode ser tratada como regra, posto ser uma exceção. Devendo ser aplicada em decisão fundamentada, se presentes os requisitos estabelecidos no artigo 6º, VIII do CDC. Ademais, verificando a necessidade da referida inversão nos termos do referido dispositivo legal, cabe ao juiz no procedimento ordinário determiná-la no despacho saneador, a fim de garantir às partes a ampla defesa e o contraditório, configurando, pois, a inversão do ônus da prova regra de procedimento, sendo, portanto, matéria de instrução, cuja finalidade é de possibilitar que as partes saibam se conduzir no processo, especialmente para que produzam as provas de acordo com o ônus a que foram impostas.

Esse entendimento merece total guarida, com as referidas ressalvas que serão analisadas no procedimento do Juizado, tendo em vista que durante a instrução do processo, as partes têm a oportunidade de levar ao conhecimento do Judiciário os meios de prova através dos quais pretendem demonstrar a veracidade das suas alegações acerca dos pontos controvertidos do processo, a partir disso cada uma irá fazer prova daqueles fatos cujo ônus probatório lhe é atribuído. Por consequência, não é razoável que no momento da sentença, sejam modificadas as regras de distribuição do ônus da prova. Isso porque, se já encerrada a fase probatória, não terá o fornecedor a oportunidade de esclarecer os pontos controvertidos do processo cujo ônus da prova passou a lhe ser atribuído.

A respeito tem-se o julgamento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (2007), onde resta clara a impossibilidade da realização da inversão do ônus da prova na sentença. Veja-se:

INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO, NO MOMENTO DA SENTENÇA – PRETENDIDA REFORMA – ACOLHIMENTO – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.- A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.- O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes.- Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.(REsp 881.651/BA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 10.04.2007, DJ 21.05.2007 p. 592).

Existe clareza e razoabilidade no presente julgamento, importando em evitar que os fornecedores da relação de consumo, sofra um desnivelamento processual, quando aplicada a inversão do ônus da prova apenas no momento da sentença, configurando um claro cerceamento de defesa.

É de bom alvitre salientar que se deve conceder à parte a quem foi atribuído o ônus da prova, a oportunidade de se desincumbir de tal encargo. Vale ressaltar que conforme o julgado supracitado, entende-se que é necessária a prévia intimação de determinação da inversão, para a qual se impôs o ônus, para que este venha provar a controvérsia questionada. A inversão, sem esta cautela processual, implicará em surpresa e cerceamento de defesa, por isso, é razoável a aplicação da inversão do ônus da prova, quando cabível, seja antes do início da fase probatória, logo após a fase postulatória.

4 DA APLICAÇÃO PRÁTICA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Diante das teorias já abordadas, se faz necessário a reflexão sobre qual a mais coerente no aspecto prático. Fundamental a avaliação da lacuna deixada pelo legislador quanto ao momento adequado para a inversão do ônus da prova, para que sua aplicação prática não venha ferir o princípio da ampla defesa.

Importante ainda direcionar a referida pesquisa para a aplicação do instituto ora estudado nos Juizados Especiais Cíveis, pois neles são distribuídos a maioria dos casos de aplicação do Direito Consumerista, tendo em vista o baixo valor da causa e a assistência judiciária, que permite a litigância sem advogado até vinte salários mínimos.

A partir disso se faz necessário evidenciar qual seria o momento adequado para a inversão do ônus da prova no procedimento sumaríssimo, visto que há diminuição de fases processuais, de forma a garantir o princípio da celeridade; por outro lado, imperioso se faz procurar a harmonização desse princípio com o da ampla defesa, pois, estes últimos moldam o processo em todo ordenamento jurídico, devendo ser respeitados sob qualquer circunstância.

4.1 Da problematização acerca da inversão do ônus da prova

Diante da lacuna deixada pelo legislador quanto ao momento processual adequado para a inversão do ônus da prova nas relações consumeristas e ainda pela forte proteção que se vêm dando ao consumidor, verifica-se na atualidade, a aplicação do referido instituto como medida cabível em todos os processos em que o litígio gira em torno de relações de consumo, utilizando-se ainda da inversão apenas no momento da sentença, por entenderem tratar-se de regra de julgamento, o que causa grandes discussões acerca do possível cerceamento de defesa e violação ao princípio do devido processo legal.

Assim, faz-se decorrer a seguinte problematização: Em uma demanda, a regra trazida pelo art. 333 do CPC, preleciona que cabe ao autor a prova do fato

constitutivo do seu direito, dessa forma, o réu presumidamente irá defender-se do que a parte autora alegar, não vindo a produzir provas contrárias a si mesmo. Agora veja-se numa relação de consumo em que se passa a fase postulatória, saneadora e o juiz inverte o ônus da prova apenas na sentença, como o réu poderá se defender? Note que a regra é que o autor prove os fatos alegados, só vindo a inverter o ônus a partir de uma decisão do magistrado quando verificado os requisitos do art. 6º , VIII do CDC.

Não cabe a presunção de hipossuficiência do consumidor, tendo em vista que decorre de inversão judicial, salvo as hipóteses previstas no próprio CDC (art.12, §3º,II e art.14,§3º,I). Ressalte-se que se sendo a inversão do ônus regra de julgamento poderia incorrer no caso de passar toda a instrução sem as partes saberem a quem cabe provar o que, o promovido subentendendo se enquadrar na regrageral do CPC, ante a ausência de determinação de inversão do ônus, e o promovente, que é consumidor, supor que estaria respaldado pela inversão do ônus probatório, o que, conforme os princípios anteriormente expostos estaria desconforme, ao modelo de processo civil constitucional vigente. Assim, verifica-se que a inversão do ônus da prova no momento da sentença, acarreta o cerceamento de defesa à parte ré, pois não terá a possibilidade de desincumbir do ônus a que fora atribuído.

Após a análise das duas correntes apresentada no capítulo anterior, cabe a verificação que as mesmas são de tal sorte extremadas, pois, entender que a inversão possa ocorrer no início da instrução probatória, no momento do despacho inicial pode se argumentar que é uma forma prematura de verificar o conjunto probatório, pois a parte contrária se quer apresentou seus argumentos, não sabendo quais são os pontos controvertidos da demanda para que se veja qual seria a necessidade de produção de prova. De outro lado, aos que defendem a inversão no momento da sentença, também não merecem guarida, pois encerrada a fase instrutória, não daria chance ao réu de provar o novo ônus a que fora imposto, burlando assim a ampla defesa e o contraditório. Portanto, verifica-se a necessidade de encontrar um meio termo razoável, que equilibrasse a relação processual e o instituto da inversão do ônus da prova de fora que este seja aplicado de forma coerente.

Ora, o mais cabível seria que, entre o lapso temporal do despacho saneador até o término da instrução probatória, o juiz apreciasse as provas após a

apresentação da contestação e verificasse a necessidade ou não de inversão, proferindo uma decisão interlocutória. Já no caso de encerrada a instrução, o juiz poderia inverter o ônus desde que oportunizasse à defesa a outra parte para produzir as provas cabíveis antes de proferir a sentença. Entendimento corroborado por Theodoro Júnior (2009, p. 223) para o qual:

Se o juiz convencer-se da necessidade de inverter o ônus da prova depois de já encerrada a instrução da causa, terá de reabrir a fase probatória, a fim de que o fornecedor tenha oportunidade de produzir a prova que julgar conveniente para liberar-se do novo ônus.

Por fim, após a análise das doutrinas pertinentes quanto à inversão do ônus da prova, conclui-se em princípio que é incabível a inversão de forma sumária, no momento do despacho da petição inicial, pois verifica-se prematuridade para o juízo de verossimilhança das alegações discorridas pelo autor, pois ausentes os contra argumentos. Ademais, necessária a demonstração de hipossuficiência bem fundamentada. Saliente-se que se torna nula a inversão que não tenha constituído uma fundamentação sustentável.

Para garantia do contraditório e da ampla defesa não se pode permitir surpresas, sob pena de retirar a segurança jurídica do ordenamento. Dessa forma, se for adotado que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento seria coadunar com a possibilidade de uma surpresa na sentença, conforme expõe Rebouças (2006, p.79) para o qual:

A ausência de uma ou algumas dessas garantias que, em verdade, enfeixam o *due process of law*, implica a nulidade do feito ou pelo menos dos atos que lhe são imediatamente correlatos, o que significa dizer que o processo, sem essas prévias e públicas garantias é instrumento imprestável para a obtenção do bem jurídico pretendido. Com justa razão. Como conceber que possam os litigantes ter as regras do jogo reveladas a cada instante? E como ter-se a garantia de que estas regras não venham, dirigidamente, com o propósito de causar prejuízos ou favorecimentos? Como saber, ao certo, depois de proposta ou contestada a ação, a quem incumbe o ônus de carrear as provas dos fatos articulados?

É de extrema importância a observância dos princípios constitucionais para realizar a inversão do ônus da prova *ope Judicis*, pois caso seja realizada de forma

equivocada estaria atingindo os pilares constitucionais do ordenamento jurídico.

Verificam-se amplamente nos Tribunais, dissonâncias quanto a aplicação do instituto em análise, gerando insegurança jurídica nas relações de consumo, pois o fornecedor não pode ficar a mercê de uma possível inversão em um momento ao qual não pode mais se defender. É importante verificar que as partes defendem seus interesses próprios e que o juiz deve equiparar as partes de maneira a zelar para o devido processo legal, oferecendo igual oportunidade de provas, foi para isso que se instituiu a inversão do ônus.

Ocorre que, o objetivo de inverter para equiparar encontra-se graves equívocos na aplicação prática, tendo em vista a lacuna deixada pelo legislador, quanto ao momento processual correto de aplica-la. Os magistrados tratam de forma corrente como regra de julgamento, pois não fazem uma análise prévia da situação, vindo a analisar profundamente o processo apenas no momento de sentenciar, causando grande prejuízo ao inverter o ônus da prova, apenas nesse momento, pois o fornecedor é surpreendido com um ônus que não lhe fora imposto no momento em que podia se defender.

É importante reafirmar que os Tribunais não podem tratar a inversão do ônus como regra presumida, pois nem sempre estão presentes os pressupostos que a lei assegura, devendo o magistrado zelar pela correta aplicação do instituto, fazendo-a no despacho saneador, pois caso o faça apenas na sentença, importa em desnivelar as partes, colocando o consumidor acima do fornecedor, o que não parece o mais correto, visto que o instituto foi criado, para igualar as partes na relação de consumo.

E por ser uma exceção, deve ser medida a ser aplicada em decisão fundamentada, se presentes os requisitos estabelecidos no artigo 6º, VIII do CDC. Configura-se, pois, como regra de procedimento, sendo, portanto, matéria de instrução, cuja finalidade é de possibilitar que as partes saibam se conduzir no processo, especialmente para que produzam as provas de acordo com o ônus a que foram impostas.

Ao discorrer sobre esse tema Sachini (2012), afirma que o projeto do Novo Código de Processo Civil, traz novidades no tema ônus da prova. Além da regra geral prevista no Código atual traz um artigo que trata da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Veja-se a transcrição dos referidos dispositivos do Projeto que tratam sobre a inversão do ônus da prova:

Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:
I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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

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

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

Os grifos no referido artigo, salientam o poder do magistrado para distribuir o ônus da prova de forma diversa quando comprovada a necessidade, sendo feita de forma fundamentada, e principalmente oportunizando o contraditório e a ampla defesa a quem for incumbido o novo ônus. Assim verifica-se que a proposta para o novo CPC, caso permaneça com o texto do seu projeto, sanou a dúvida que ora prevalece no Códex Consumerista, pois de maneira expressa observou o processo com os princípios constitucionais, determinando que sempre que ocorrer a inversão do ônus, dê a outra parte a oportunidade de produzir as provas para desincumbir de tal ônus.

É de bom alvitre salientar que esse novo dispositivo não quebra a teoria clássica, mas adiciona uma exceção, a ser usada em casos singulares, para que as partes colaborem na busca da verdade processual. Observe-se que por ser uma situação pontual, o juiz deve estabelecer de forma fundamentada em que pontos o ônus não obedecerá a regra geral, importando apenas em quem tem condições de produzir a prova alegada.

Interessante a ideia de Theodoro Júnior (2009, p. 488) o qual demonstra a possibilidade de distribuição do ônus da prova de forma dinâmica no modelo de processo atual, se utilizando o juiz do art. 331, §2º do CPC:

Fala-se em distribuição dinâmica do ônus probatório, por meio da qual seria, no caso concreto, conforme a evolução do processo, atribuído pelo juiz o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos

discutidos na causa, ou, simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração. Com isso, a parte encarregada de esclarecer os fatos controvertidos poderia não ser aquela que, em regra, teria de fazê-lo. É necessário, todavia, que os elementos já disponíveis no processo tornem verossímil a versão afirmada por um dos contendores e que o juiz, na fase de saneamento, ao determinar as provas necessárias (art. 331, §2º), defina também a nova responsabilidade pela perspectiva produção.

Atualmente não parece tão viável a aplicabilidade da teoria apresentada pelo renomado autor, diante da regra geral apregoada pelo atual CPC, se configurando uma forma de desvio no processo, no entanto, indica claramente o curso que o processo está fluindo em direção à dinâmica do ônus da prova. Assim, pode-se concluir a partir dos posicionamentos apresentados, que deve haver momento propício para produzir o contraditório quando houver decisão de inversão do ônus probatório, coadunando com a ideia de que a distribuição do ônus seja feita antes do final da instrução processual, para oportunizar a ampla defesa e consequentemente promover segurança jurídica nas relações consumeristas.

Ante o exposto, entende-se, que o momento processual adequado para se inverter o ônus da prova é após a apresentação da contestação, durante toda a fase saneadora e instrutória do processo, de acordo com o caso concreto e com a verificação dos elementos ensejadores da inversão, devendo em qualquer momento que for aplicado o referido instituto reabrir a oportunidade ao réu para provar o que antes não era seu encargo, posto que se vier a inverter o ônus apenas no momento da sentença, terá cerceado a defesa daquele que antes não tinha a incumbência de provar os fatos alegados, importando em uma clara ofensa ao princípio da ampla defesa.

4.2 Da afronta ao princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa está intimamente ligado ao do contraditório, visto serem garantias fundamentais, apregoadas pela Constituição Federal de 1988, ao passo que são corolários do devido processo legal. Necessário, portanto, particularizar o entendimento sobre o que seria efetivamente o contraditório no processo civil para se fazer a análise acerca da sua ligação com o princípio da ampla defesa e a sua aplicabilidade no instituto da inversão do ônus da prova.

O princípio do contraditório está disposto no art.5º, LV da Constituição Federal de 1988, sobre o qual aponta o direito de apresentar sua defesa a qualquer acusação que lhe seja feita, oportunizando que o mesmo seja ouvido antes de qualquer decisão. Interessante argumento traz Donizetti (2010), quando preleciona que o princípio do contraditório apresenta duas dimensões. Para o citado autor (2010), em um sentido formal, o contraditório seria o direito de participar do processo, portanto, de ser ouvido; no entanto, ele assevera que deve haver o lado substancial do contraditório, que a participação da outra parte no processo deve ser efetiva, capaz de influenciar o convencimento do magistrado, assim, afirma Donizetti (2010, p.83), “não adianta simplesmente ouvir a parte; a manifestação há de ser capaz de influenciar na formação da decisão.”

Corroborando com o mesmo entendimento, aduz Grinover (2009, p.61) que:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese* em um processo dialético.(grifos do autor).

A partir dos entendimentos supracitados verifica-se uma verdadeira colaboração das partes no processo, para que ele venha a se desenvolver com as garantias constitucionais de cada parte.

Para Grinover (2009), o contraditório não admite exceções, pois deve ser resguardado até mesmo nos casos de urgência, em que o juiz para evitar o *periculum in mora*, provê *inaudita altera parte*. Segundo a citada autora (2009, p.63), mesmo quando o juiz age dessa forma, “o demandado poderá desenvolver

sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo.” Assim, verifica-se que até mesmo em decisões em que podem ser tomadas antes da manifestação da outra parte, deve-se assegurar o contraditório, para antes do provimento final.

Necessário se faz ressaltar a ressalva feita por Donizetti (2009), o qual assevera que o princípio do contraditório não é absoluto, quando diz respeito às matérias de ordem pública. Como se verifica nos artigos 131 e 462 do CPC, permite-se que o juiz conheça e leve em consideração para o julgamento de determinada causa, circunstância fática não alegada pelas partes, bem como no art. 267,§3º do mesmo diploma legal, o qual prevê o conhecimento também de ofício das questões de ordem pública, quais sejam as condições da ação e pressupostos processuais.

Salienta Donizetti (2009, p.84) que:

Ao lado do princípio do contraditório, há o interesse público (superior e indisponível, portanto) na correta formação e desenvolvimento do processo. A coletividade tem interesse em evitar a realização de atos desnecessários (princípio da economia processual), em resolver de forma célere demandas estéreis, que não preenchem os requisitos necessários à obtenção da tutela jurisdicional (princípio da celeridade processual).

Assim, vislumbra-se uma mitigação do princípio da ampla defesa apenas quando se trate de matéria de ordem pública, de forma a harmonizar os princípios.

Analisando o contraditório, passa-se a ter uma base para a compreensão do princípio da ampla defesa, também previsto no art. 5º, LV, da CF/88, correspondendo esta a uma dimensão significativa do contraditório. Portanto, tem-se que, o contraditório e ampla defesa são decorrentes do princípio do devido processo legal, o qual preconiza a utilização de todos os meios de defesa admitidas pelo Direito. Na seara processual, quando trata-se dos meios de prova, esse princípio se verifica quando se oportuniza aos litigantes a produção de provas, bem como, de participarem de sua realização ou até mesmo quando impugnam seu resultado.

Para Donizetti (2009, p.85) a ampla defesa:

[...] representa, assim, o direito de participar efetivamente na formação do convencimento do julgador ou, em outras palavras, o acesso “aos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei”. Essa garantia não é conferida

apenas ao réu, mas também ao autor, daí se falar em amplitude do direito de ação. Cerceamento do direito de produzir provas pode cercear o direito à ampla defesa, se a prova foi requerida pelo réu para contrapor afirmações do autor [...].

Assim, a ampla defesa engloba o contraditório, de forma a garantir a isonomia processual das partes, promovendo a igualdade dos pólos na relação jurídica, de forma que a duas partes tenham as mesmas oportunidades de provar seu direito.

Necessário citar a nova vertente da constitucionalização do Direito Processual Civil, e neste momento se verifica o princípio da cooperação processual, que apregoa a junção dos princípios do contraditório, ampla defesa, juntamente com o da boa-fé processual.

Nessa nova visão processual, o órgão jurisdicional se relaciona de forma diferente com as partes, prezando pela efetiva participação das mesmas no deslinde do processo, reacendendo o princípio do contraditório e da ampla defesa, e por conseguinte influenciando diretamente na decisão final do juízo.

Conforme dispõe Donnizetti (2009, p.87) o princípio da cooperação processual é:

[...] dirigido especificamente ao juiz, o princípio da cooperação constitui verdadeira limitação às prerrogativas e poderes conferidos ao magistrado. No processo, o juiz não pode agir como mero fiscal da lei, devendo se portar como agente colaborador do processo, participante ativo do contraditório.[...] o princípio da cooperação, então, orientará o agir do juiz, trazendo consigo três deveres: de esclarecimento, de consulta e de prevenção.

Segundo o autor supracitado, o dever de esclarecimento, consistiria na obrigação do juiz em esclarecer as partes acerca de dúvidas sobre alegações ou pedidos em juízo. Quanto ao dever de consultar, representaria a obrigação do magistrado ouvir previamente questões de fato ou de direito que influenciarão o julgamento da causa, e por último, estaria o dever de prevenir, que teria por objetivo mostrar as partes as deficiências de suas postulações, de forma a serem supridas.

A partir desse entendimento, pode-se afirmar que a referida cooperação fortalece o processo, visto que está se observando os preceitos constitucionais, oportunizando que as partes participem efetivamente de todos os momentos processuais, influenciando de maneira eficaz no julgamento, por conseguinte acaba

por efetivar o devido processo legal de forma unitária, englobando todo o ordenamento jurídico e forma harmônica, acabando por democratizar o processo.

Ante o exposto, tendo em vista os princípios constitucionais a serem adotados durante o processo no estudo da inversão do ônus da prova, têm-se claramente que o princípio do contraditório estaria violado no momento em que existiria a dúvida durante a instrução processual em que não se saberia a quem está com o ônus de provar o fato constitutivo, pois ao adotar a inversão do ônus da prova como regra de julgamento, no momento da instrução, ainda não teria sido decidido se haveria inversão, ou não. Corrobora com esse entendimento Bueno (2007 *apud* SACHINI, 2012) para o qual:

A melhor interpretação para o dispositivo é que a inversão nele admitida – e a orientação vale para quaisquer outras hipóteses de inversão legal do ônus da prova – deve ser sempre previamente comunicada às partes para que elas possam, adequadamente, desincumbir-se de seu ônus em atenção ao dispositivo legal. Embora o tema renda ensejo a acesa polêmica em sede de doutrina e de jurisprudência, o entendimento aqui sustentado parece se afinar melhor ao “modelo constitucional do processo civil”, em especial no que diz respeito ao “princípio do contraditório” que, em última análise, impõe a criação de amplas oportunidades de participação das partes ao longo do processo.

É necessário ressaltar que esses princípios não podem ser restringidos em prevalência dos princípios consumeristas, pois aqueles garantem o próprio Estado Democrático de Direito. Portanto, há a necessidade de harmonização em garantir o princípio da hipossuficiência do consumidor e a garantia da igualdade processual juntamente com os demais princípios que norteiam todo o ordenamento, garantido a ambas as partes um processo justo.

Depois dos devidos esclarecimentos, parece mais evidente que o momento correto para inversão do ônus probatório seja aquele que proporcione segurança jurídica, assegurando a efetivação de todos os princípios decorrentes do devido processo legal. Partindo dessa perspectiva, entende-se mais adequado, como já exposto anteriormente, ser a inversão do ônus da prova *ope Judicis*, uma regra de procedimento, pois só antes do julgamento é que se pode assegurar uma maneira de desincumbir do ônus, e portanto, efetivando o contraditório e a ampla defesa.

Analisando todos os princípios e comparando com os procedimentos, resta clara a conclusão que a inversão deve ocorrer durante o procedimento e não no seu

término. Note que esse entendimento é amparado pelo princípio da cooperação processual, pois dessa maneira as partes são informadas de seus ônus e assim podem colaborar de forma mais eficiente na instrução processual.

Importante lembrar que a decisão de inversão do ônus da prova antes do julgamento, não se configura um “pré-julgamento”, é tão somente uma redistribuição do encargo probatório, incumbindo àquele que têm melhores condições de instruir o processo a fazê-lo, amparada na cooperação processual para que com as devidas orientações do juízo possam produzir o contexto probatório.

4.3 A aplicabilidade da inversão do ônus da prova pelos Juizados Especiais Cíveis

A defesa do consumidor encontra-se diretamente conectada com os Juizados Especiais, tendo em vista ser a maneira mais eficaz de exercer a defesa dos direitos consumeristas. Isso decorre dos princípios que regem os JEC's, como a celeridade e a informalidade, que tornam o instrumento mais eficaz para a efetivação da legislação do consumidor, devido a tutela precisar de uma duração razoável do processo e proporcionar um amplo acesso direto do consumidor ao órgão jurisdicional.

Os Juizados são organizados de maneira peculiar, por instituir a figura do Juiz Leigo que assim como o conciliadores são auxiliares da Justiça, e juntamente com o Juiz togado proporcionam um dinamismo ao procedimento, visto que descentraliza parte do trabalho do juiz togado. Nessa composição, possui competência para executar a conciliação, o julgamento e a execução de processos cíveis de menor complexidade, momento em que se vislumbra a facilidade para o consumidor resolver seus litígios. Ressalte-se que o procedimento Sumaríssimo, atrelado à oralidade, eficiência, acessibilidade e efetividade dos Juizados, objetiva amparar perfeitamente a legislação consumerista para dar uma solução rápida ao consumidor, no entanto, o que se vivencia na prática diuturnamente é bem diferente.

Diante desse contexto, deve-se refinar o estudo para verificar então, qual seria o momento da aplicação da inversão do ônus probatório no procedimento sumaríssimo, que é o adotado pelos juizados, em especial o da cidade de Sousa-PB, tendo em vista que devem obedecer à celeridade e a informalidade, mas

também devem aplicar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Fazendo-se necessário uma perfeita harmonização de tais premissas para que não sejam suprimidos alguns direitos indisponíveis, em face da celeridade dos juizados.

Assim, tomando por base as correntes doutrinárias acerca da temática posta, aparentemente, não se vislumbra na doutrina grandes discussões teóricas acerca do tema, em contrapartida na vida prática, verifica-se ampla discordância entre os magistrados que aplicam de maneira diferente os institutos Brasil afora, gerando grande insegurança jurídica, pois o advogado que atua em determinada cidade têm o ônus invertido de forma inicial e expressa e ao chegar na cidade vizinha verifica a aplicabilidade de forma divergente.

Note-se que nos Juizados Especiais por ter a adoção do procedimento sumaríssimo, a admissibilidade e a produção de provas ocorrem quase que instantaneamente. Assim, tem-se a possibilidade de inversão do ônus da prova na oportunidade de deferimento de alguma liminar, como por exemplo, ao apreciar uma tutela antecipada, o magistrado pode juntamente analisar se cabível a inversão do ônus, assim as partes já adentrariam na audiência de instrução com a incumbência do ônus.

Não acontecendo nenhuma oportunidade como a citada anteriormente, só há o momento da audiência de instrução para realizá-la, lembrando de oportunizar o contraditório. Essas duas hipóteses se encaixam nos que defendem a inversão do ônus da prova como uma regra de procedimento. Afora esses momentos, só restaria o momento de proferimento da sentença, a qual se filiaría a corrente que entende ser uma regra de julgamento, a qual não é defendida por este trabalho.

Interessante argumento trouxe o Juiz leigo Vianna (2005), discorrendo que o momento adequado para a inversão do ônus da prova seria após renovada a proposta de conciliação, quando infrutífera. Assim, ao se iniciar a instrução seria o momento ideal. Veja-se suas palavras:

[...]Face às características e princípios que regem o Juizado Especial – oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º da Lei nº 9.099/95), praticamente confundem-se em um só momento as etapas de proposição, admissibilidade e produção da prova. Por essa razão considera-se haver um único momento indicado para a determinação da inversão do ônus da prova: na audiência de instrução, quando, após ser renovada a proposta de conciliação, inexistente essa, é recebida a

contestação e delimitado o objeto da prova. Esse momento antes de iniciar a instrução é, certamente, o momento ideal para que o Juiz inverta o ônus da prova e determine ao fornecedor a produção de provas que originalmente não lhe competiriam. Feito isso, nesse momento, não haverá prejuízo à defesa do fornecedor, pois o juízo estará dando ao demandado a oportunidade de desincumbir-se do seu ônus durante a instrução processual. Ademais, para evitar cerceamento de defesa é necessário que essa determinação do Juiz seja feita formalmente para que de forma inequívoca o fornecedor tenha ciência do encargo probatório que lhe é atribuído no feito, não sendo admissível que o Juiz apenas "previna", como querem alguns doutrinadores, que "poderá" inverter o ônus quando do julgamento.

Assim, para o referido juiz (2005) seria necessária a decisão fundamentada de inversão antes do início da instrução, e não a mera advertência de possibilidade de inversão. Continua seu entendimento com os seguintes argumentos:

[...] admite-se, também, a exemplo da Justiça Comum, que caso a inversão não tenha-se dado antes de iniciada a instrução e, no decorrer dessa, ou mesmo após, e até mesmo em outro grau de jurisdição, venha a se verificar a necessidade de que tivesse ocorrido, que seja então determinada. Nesse caso, deverá ser oportunizado ao fornecedor nova oportunidade de produzir prova, até mesmo reabrindo-se a instrução se já encerrada.

Interessante observação se faz na análise da citação anterior, pois o entendimento de que em qualquer outro momento que se verifique a necessidade da inversão, essa possa ocorrer, desde que oportunizada à outra parte a produzir a referida prova, inclusive reabrindo a instrução caso encerrada se encaixa perfeitamente com a garantia do contraditório, mas esbarra no princípio da celeridade dos julgados, pois daria ao processo uma morosidade incompatível com o rito adotado pelos Juizados Especiais, causando assim, um conflito aparente de princípios, ou seja, a garantia do contraditório face a celeridade processual.

Ora, se os Juizados são competentes para julgar causas de baixa complexidade, não há que visualizar uma complexidade da aplicação do instituto da inversão do ônus da prova. Medidas simples, como a análise substancial do magistrado antes de iniciar a audiência de instrução, põe fim a problemática da maioria dos processos, pois daria facilmente para verificar a necessidade ou não de se inverter o ônus da prova.

No entanto, o Judiciário se depara com inúmeros processos e audiências

cada vez mais sucintas, chegando a ser realizadas audiências com termos pré-prontos e às vezes até sem a presença do Juiz, isso é a realidade. Dessa forma, impossível se torna a averiguação do ônus da prova antes de iniciada a instrução, pois a grande maioria dos magistrados só analisam os processos no momento de proferir as sentenças, justificando essa atitude no grande acúmulo de serviço que sofre o Judiciário..

A respeito, exemplifica, Estrela (2013):

[...] suponha-se uma relação de consumo pela aquisição (compra) de produto exposto em sítio eletrônico da internet. O consumidor adquiriu um computador notebook na cor rosa, conforme a ilustração da página eletrônica. Porém, o fornecedor entrega um notebook na cor rosa “pink”. Na inicial são acostadas fotos do produto adquirido e principalmente a página virtual impressa com o produto exposto para venda. Questiona-se: um dos pressupostos do art.6º, VIII do CDC está presente? Pois bem, a prima facie pela comparação do produto entregue e o ofertado há indícios de cores diferentes (“regras de experiência comum” subministradas pela observação do que ordinariamente acontece). Portanto, existe a probabilidade (aproximação da verdade) da cor do produto entregue não é a mesma do ofertado, isso significa, a verossimilhança da alegação. Por conseguinte, a inversão do ônus é medida (direito) que se impõe (cogente). Da praxis decorrem duas situações concretas: a primeira (e por ser a primeira) é a ordinária ou o senso comum teórico, define como momento ideal para inversão do ônus probandi o início da audiência de instrução, logo após o recebimento da contestação, quando inexistente a renovação da proposta conciliatória.

Analisando o exemplo supracitado, verifica-se evidente a necessidade de aplicação da inversão do ônus da prova de maneira imediata, pois de logo o magistrado consegue visualizar que o consumidor não pode produzir a prova negativa. No entanto, o questionamento prático que se dá é a possibilidade de má-fé ao utilizar o contraditório, tendo em vista que o réu pode pedir a dilatação do prazo apenas de maneira protelatória para provar tal ônus. Pelo exemplo supracitado, é necessário que o fornecedor prove que entregou corretamente o produto, nesse momento, o Juiz deve oportunizar um prazo mínimo para que o réu possa trazer a prova, pois caso não o faça seria um cerceamento de defesa. A partir disso, como bem salienta Estrela (2013), esse prazo na maioria das vezes é apenas protelatório, e usado apenas para prejudicar o consumidor:

A consequência (da consequência) é que o momento da prova poderá ser diferido, ou seja, restará estabelecido o “contraditório diferido”, posto que se for do interesse (por vezes protelatório) ao fornecedor em produzi-la, certamente requisitará o prazo oportunizado. Ou em caso de “ciência” da inversão em audiência e delimitada a prova que detém por razão técnicas, científicas ou econômicas, manifestará a pretensão da produção da prova aos auspícios da ampla defesa. Tanto uma, como a outra forma, a maioria das vezes o prazo é inutilizado.

No entanto, mesmo com a devida crítica, é necessário primar pela regra geral, pois não é sempre que o fornecedor age de má-fé. A boa-fé deve ser a presunção das relações jurídicas e o Juiz assim deve proceder, mesmo acarretando certo prejuízo a alguns consumidores. Haja vista que, não se pode cercear um direito constitucional, pois assim seria desigualar a relação jurídica sobre a premissa que o fornecedor estaria sempre de má-fé.

Na hipótese de se verificar os requisitos para a inversão do ônus probatório apenas no final da instrução processual, deve-se garantir o contraditório e a ampla defesa, dilatando o prazo para o demandado desincumbir do ônus, o que não acarretaria o descumprimento do rito processual dos Juizados a favor do fornecedor, mas sim a sua adequação.

Posto que, hodiernamente nos Juizados Especiais Cíveis analisam-se diversas ações com pedidos cautelares, nesse momento, verifica-se uma ótima oportunidade para que o juiz, ao analisar o conjunto probatório apresentado para deferir a cautelar, aprecie também se há os requisitos de hipossuficiência ou verossimilhança das alegações para inverter o ônus da prova, assim as partes já iriam para a audiência de instrução com a incumbência de produzir todas as provas possíveis, sem necessidade de reabertura do prazo para desincumbência do ônus.

A prática supracitada é realizada diuturnamente, conforme pode-se observar com o julgamento do Agravo de Instrumento Nº 70008708356, Décima Nona Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2004):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1)VEDAÇÃO DA INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. Reveste constrangimento inadmissível a inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes enquanto pendente ação revisional do contrato que deu origem aos créditos. Jurisprudência dominante. 2) **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TUTELA ANTECIPATIVA.** Versando a revisão de contratos bancários matéria sujeita às regras de proteção ao consumidor,

cabível a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, inc. VIII) para determinar ao credor a exibição de documentos de interesse comum, pretensão que encontra amparo igualmente nas normas processuais civis (CPC, art. 355 e seguintes e art. 844).3) PROIBIÇÃO DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO DE TÍTULOS. Descabimento do pedido genérico, fundado só fato do ajuizamento da revisão contratual, em respeito aos princípios que regem a circulação dos títulos de crédito.4) DÉBITO EM CONTA CORRENTE. Privilégio potestativo atribuído ao credor que enfrenta vedação legal por abusividade.” (Agravo de Instrumento Nº 70008708356, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leoberto Narciso Brancher, Julgado em 07/05/2004).

A partir da decisão acima, é perfeitamente cabível a incidência do art. 6º, inc. VIII do CDC para a inversão do ônus da prova juntamente com decisão de deferimento de cautelar. Outra incidência prática poderia ser realizada na audiência de conciliação. Em algumas comarcas se usa a audiência “una”, em que a conciliação e instrução são realizadas no mesmo momento. Já em outras comarcas são realizadas audiências de conciliação e apenas quando infrutífera se designa a audiência de instrução.

No caso da audiência de conciliação prevista no art. 22 da Lei 9.099/95, geralmente é presidida por um Conciliador que são bacharéis ou estudantes de Direito, os quais notadamente não possuem a competência de julgar, e portanto, a priori não poderiam analisar os requisitos da inversão do ônus da prova. No entanto, o conciliador é orientado pelo Juiz togado, pois este é quem homologa todas as decisões proferidas pelo conciliador. Assim, nenhum empecilho haveria em analisar pedidos de inversão do ônus da prova, e o princípio da celeridade seria mantido, e a audiência de instrução seria iniciada com os devidos encargos às partes, sem necessidade de dilatação de prazo.

Corroborando esse entendimento, Estrela (2013) preleciona que não é retirada do magistrado a exclusividade de análise do ônus da prova, sendo o Conciliador apenas um elo entre o Juiz e o caso concreto. Veja-se suas palavras:

Nota-se que o critério para inversão continuará sendo de exclusividade do juiz, que por sua vez, caberia por dever legal analisar o direito a inversão do consumidor. O conciliador seria apenas um “canal” ou “elo” entre o juiz e o caso concreto, desempenhando assim a função pública que lhe foi conferida no art.7º da lei especial[...]

Diante das soluções apresentadas, têm-se a dispensa do contraditório diferido, que seria o entrave para a aplicabilidade da inversão do ônus da prova por ser contrário à celeridade dos Juizados. Assim, note-se que ao se inverter o ônus antes da audiência de instrução, as partes possuem tempo razoável para produção de suas provas, sem a necessidade de dilatação de prazo.

Forçosa a conclusão de que a inversão do ônus probatório sempre será uma regra de procedimento, no entanto, não existe apenas um momento específico e adequado para aplicação do referido instituto, mas vários momentos, a depender do caso concreto, desde que assegurada às partes ampla defesa, e desde que se verifique antes do proferimento da sentença.

É notório que na prática forense existem diversas artimanhas para obstaculizar a produção de provas, e exatamente por isso cabe ao magistrado desde cedo primar para que as partes sejam leais à produção da prova, devendo sempre que possível analisar o processo de forma pormenorizada a fim de que tome soluções que proporcionem a agilidade e efetividade das normas consumeristas.

Assim, os magistrados que atuam no âmbito dos Juizados precisam de maior observância à aplicabilidade dos institutos consumeristas de forma eficaz, devendo sempre analisar a causa desde o início, de maneira a averiguar de pronto os requisitos necessários para a inversão na fase de instrução processual, evitando decretá-la apenas após o seu término, e assim incorrer no contraditório diferido.

4.4 – A inversão do ônus da prova no 2º Juizado Especial Misto da Comarca de Sousa-PB

De início cabe o esclarecimento que este trabalho monográfico surgiu da discordância da aplicabilidade do instituto da inversão do ônus da prova no 2º Juizado na cidade de Sousa-PB. Partindo de um contexto maior, como já estudado toda a problemática apresentada nos Juizados Especiais, passa-se agora a analisar sob o âmbito local, utilizando para as conclusões desse trabalho, um questionário que versa acerca da aplicação do instituto ora estudado, sendo respondido pela Juíza de Direito do 2º Juizado Especial Misto, Dra Ivna Mozart Bezerra Soares

Moura, que acaba por corroborar a tese defendida por esse trabalho, proporcionando soluções práticas e eficazes a serem utilizadas no dia a dia dos Tribunais. Ademais, também foram coletados dados informados pelo CNJ sobre a produtividade dos juizados; decisões proferidas pela Juíza citada anteriormente, bem como pela Juíza Leiga, Kaline Lima Moreira, que também atua no mesmo Juizado.

Verificou-se que naquele Juizado a aplicabilidade da inversão do ônus da prova era realizado em dois momentos: quando do deferimento de alguma liminar ou no momento da sentença. Como já estudado anteriormente, diante da celeridade processual e do procedimento utilizado pelos Juizados, a primeira análise de fato realizado pelo Juiz se dá com a apreciação de alguma liminar, e nesse momento, a MM Juíza entende que já seria cabível a aplicação do referido instituto, conforme decisão proferida no processo nº 30001518420148150371, no ano de 2014:

[...] Por se tratar de relação de consumo, DE OFÍCIO DETERMINO A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (EREsp 422.778/SP), desde já, com fulcro no artigo 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, visto que, no caso em cotejo, ao menos em tese, o consumidor encontra-se em situação de extrema desvantagem. A manutenção do sistema probatório tradicional poderá levar ao completo insucesso de sua pretensão [...].

Diante do entendimento supracitado, verifica-se a possibilidade de oferecer às partes uma forma de já adentrar na instrução processual com as regras já postas, sem a possibilidade de causar qualquer surpresa processual. Saliente-se que conforme já apresentado nesse trabalho, essa forma de decisão encontra críticas àqueles que defendem ser uma decisão prematura, pois a parte promovida ainda não teria apresentado resposta à petição inicial, e portanto, o contraditório estaria também violado.

Na aplicabilidade prática do Direito consumerista, se verifica uma solução palpável, visto que nesse momento já é possível a verificação dos requisitos para a aplicação do instituto. No entanto, entende-se que existem soluções ainda mais acertadas acerca do momento processual mais propício, conforme se verificou ao longo desse trabalho, no caso, a audiência de instrução, que será analisada posteriormente.

Quando da aplicação da inversão do ônus da prova no deferimento de liminar a referida Juíza Leiga proferiu nos autos do processo nº 3002081-

11.2012.815.0371^a seguinte decisão:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CONTRATUAL, REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – Empréstimos consignados. Contratos fraudulentos. Equiparação da vítima ao consumidor. Prática atentatória aos direitos de personalidade. Dano moral devido. Procedência em parte do pedido.[...] Quando da decisão de antecipação de tutela (evento 5) este juízo cuidou em determinar a inversão do ônus probatório, nos termos do artigo 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, considerando a situação de extrema desvantagem da consumidora equiparada. In casu, a empresa ré não logrou êxito em cumprir com o seu ônus, nada trazendo ao processo para comprovar que, de fato, pactuou com a autora nos contratos apontados por esta [...].(grifos nossos)

Note, que no momento de proferir tal decisão, a Juíza tomou por base o fato do réu não ter desincumbido de seu ônus que fora anteriormente imposto na decisão liminar. Dessa forma, apenas fundamentou a decisão no fato de não ter produzido a prova necessária para lograr êxito. No entanto, quando não for verificada a inversão no curso do processo, a mesma também entende cabível a inversão do ônus da prova no momento da sentença, conforme decisão constante no Processo nº: 0372009932419-8 *in verbis*:

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS – Compra em cartão de crédito. Transação fraudulenta. Consumidor equiparado. Verossimilhança das alegações da vítima, parte hipossuficiente da relação negocial. Inversão do ônus da prova. Cadastramento indevido em órgão de restrição ao crédito. Demais negativas também contestadas judicialmente decorrentes de fraudes. Dano moral IN RE IPSA. Obrigação de indenizar. Procedência em parte do pedido.

No mesmo sentido, tem-se o Processo nº: 0372009950865-9:

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS – Contrato fraudulento. Consumidor equiparado. Verossimilhança das alegações da vítima, parte hipossuficiente da relação negocial. Inversão do ônus da prova. Cadastramento indevido em órgão de restrição ao crédito. Dano moral IN RE IPSA. Obrigação de indenizar. Procedência em parte do pedido.

Assim, verifica-se que no 2º Juizado Especial da Comarca de Sousa-PB, tanto nas sentenças proferidas pela Juíza Leiga, quanto pela Juíza Togada, demonstram a possibilidade de inversão do ônus da prova no deferimento de alguma liminar ou no momento de aplicar a sentença.

A respeito da aplicabilidade do instituto ora estudado, perguntou-se no questionário (em anexo) direcionado a MM Juíza do 2º Juizado, como era aplicação da inversão do ônus da provas em suas decisões, se eram realizadas através de decisões interlocutórias no curso do processo ou se seriam realizadas no momento da sentença. Tendo como resposta a seguinte explicação:

Sempre que possível procuro aplicar em decisões interlocutórias. Como nos juizados o procedimento é sumaríssimo, o primeiro contato com o processo é no deferimento de alguma liminar. Dessa forma, sempre que analiso o processo para deferir ou não uma antecipação de tutela, aproveito a oportunidade para verificar a possibilidade de inversão do ônus da prova, proferindo, dessa forma, uma decisão interlocutória. No entanto, na prática não há como pré analisar todos os processos distribuídos nos quais contenha requerimento de inversão do ônus da prova, pois há significativa demanda, que culmina com acúmulo processual (no ano de 2013, foram cerca de 645 processos distribuídos) que impede o magistrado de analisar de forma pormenorizada cada processo na fase inicial. Dessa forma, por uma questão estrutural, em alguns casos, só tenho condições de enfrentar a questão por ocasião da sentença.

Interessante a explanação da MM Juíza, que corrobora o entendimento que a celeridade do Juizado, atrelado a grade quantidade de processos, inviabilizaria de certa forma a aplicação do instituto no curso do processo, vindo muitas vezes a ter a oportunidade de aplicá-lo apenas na sentença, por não ter conhecido da matéria fática anteriormente. No entanto, entende-se que o Judiciário não pode aplicar o instituto de forma a prevalecer o princípio da celeridade em detrimento do contraditório, esses devem estar sempre equiparados. Assim, é necessário que se programe medidas estruturais de servidores, para proporcionar a aplicação de maneira satisfatória do Códex Consumerista.

Mais adiante, indagou-se se uma vez verificada uma das hipóteses de inversão do ônus da prova (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), e esta fosse determinada, se seria aberto algum prazo para que o réu se desincumbisse de seu ônus, e caso a resposta fosse negativa, qual seria a

justificativa para não ferir o contraditório e a ampla defesa. Tendo como resposta que:

Nos casos em que determino a inversão do ônus na prova em decisão no início do processo, não há necessidade de abertura de prazo para manifestação do promovido, pois o mesmo virá para a audiência já com a incumbência de produzir determinada prova e acaba sendo cientificado da inversão já quando toma ciência da concessão da antecipação de tutela. Por outro lado, quando não aprecio a inversão do ônus da prova no bojo de uma decisão interlocutória prévia, deixo para apreciá-la na fase de julgamento, portanto, não abrindo o contraditório diferido, pois seria inaplicável, ante a celeridade preconizada pelos juizados. Até hoje ainda não verifiquei prejuízo à Ampla Defesa, pois as provas a serem produzidas seriam de fácil elaboração pela parte promovida, e usando do princípio da cooperação processual, na audiência Una (conciliação e instrução) estas deveriam apresentá-las nesse momento. No entanto, concordo que a sentença não é o melhor momento de aplicação do instituto, pois se partirmos para uma causa hipotética mais complexa, em que o promovido tenha que demandar um esforço maior, ou até de alto custo econômico, o mesmo não o faria de forma voluntária, esperando por uma decisão do magistrado, e caso fosse impelido o ônus apenas na sentença, teria uma surpresa processual, o que não pode ocorrer, pois entendo ferir o contraditório. Inclusive, na turma recursal, na qual atuo, sempre que há a aplicabilidade da inversão do ônus da prova na sentença eu verifico se houve prejuízo para o promovido. Em caso positivo eu determino a baixa do processo para a nova produção de provas. Em suma, quando inverto o ônus na fase de julgamento, não abro prazo para o promovido produzir provas, por uma questão pragmática (necessidade de se conferir rapidez à tramitação das causas atinentes ao Juizado), cônica de que, caso haja prejuízo para a defesa, esta terá como alegá-la em fase recursal.

A partir da resposta supracitada, vê-se que apesar da MM Juíza aplicar o instituto da inversão do ônus da prova na sentença, não entende que seja este o melhor momento, pois caso surgisse, mesmo que hipoteticamente, uma causa mais complexa em que demandasse mais esforço para produção de provas, as duas partes estariam esperando de quem seria o ônus para produzi-la, e caso fosse aplicado apenas na sentença, causaria verdadeira insegurança jurídica.

Vale ressaltar que a referida magistrada, faz parte da Turma Recursal que funciona na Comarca de Sousa-PB, e a mesma discorre que quando verifica que a inversão na sentença causou prejuízo ao demandado, determina a “baixa do processo para a nova produção de provas”. Assim, verifica-se que quando o juiz opta por utilizar o instituto ora analisado como regra de julgamento, acaba por oportunizar

o contraditório apenas na fase recursal, o que causa grande prejuízo para as partes, pois acabariam por postergar a demanda, já que haveria nulidade processual e novamente a fase instrutória. Conclui-se então, que embora seja necessária celeridade na tramitação nas causas do Juizado, não seria a aplicação da inversão do ônus da prova na sentença a melhor solução, visto que possivelmente o processo poderia ser anulado por cerceamento de defesa, e assim, restariam violados a ampla defesa e a celeridade processual.

Saliente-se ainda a explicação que a referida magistrada faz em relação à aplicação da inversão do ônus da prova na fase liminar, em que a mesma aplica o princípio da Cooperação processual, para que as partes levem em audiência todas as provas as quais possuem o ônus, tendo em vista, que já fora imposto anteriormente por ocasião de liminar, e portanto, restaria resguardado o princípio do contraditório. Entende ainda ser incabível a aplicação do contraditório diferido, pois a dilatação do prazo para a produção de provas, não seria compatível com o procedimento dos Juizados Especiais.

Na terceira e última indagação do questionário, procurou-se saber da MM Juíza, se haveria efetividade prática na aplicação da inversão do ônus da prova em audiência de instrução ou na de conciliação, e segundo a Juíza, tem-se que:

Na sistemática atual da organização judiciária fica muito difícil, também por questões estruturais, pois, diante da quantidade de audiências diárias ficaria impossível a análise processual para proferir essas decisões interlocutórias. No juizado no qual atuo, verifica-se o procedimento de audiência una, portanto, tento primeiro conciliar as partes para caso a conciliação seja infrutífera, iniciar a instrução processual. Dessa forma, os horários não permitem uma maior delonga na audiência, justamente pela grande quantidade não se têm condições de fazer essa análise minuciosa sobre a hipossuficiência ou verossimilhança das alegações nesse momento. Entretanto, de logo esclareço que tentarei estudar uma sistemática que me permita adotar esse padrão: decidir acerca do requerimento de inversão do ônus da prova logo após a tentativa frustrada de conciliação. Saliento, que hoje o juiz acumula várias funções, vindo a ser uma espécie de gestor, já que cuida de audiência, sentenças, despachos, expedições de ofícios, alvarás e etc. É necessário um aumento do número de assessores e de estrutura, para que se possibilitasse a inversão do ônus da prova na audiência ou até mesmo no despacho inicial.

Analisado a argumentação posta, verifica-se mais uma vez a justificativa sobre a estrutura desproporcional do Judiciário, argumentando que pelo tempo que

dura cada audiência não teria como ser aplicada a inversão no momento processual.

De grande valia foi a última indagação do questionário aplicado, tendo em vista que a MM Juíza, passou a analisar a possibilidade de inversão do ônus da prova logo após frustrada a tentativa de conciliação, e vislumbrando sua aplicação no Juizado ao qual atua, passando a aplicar o instituto ora estudado no início da instrução processual, garantindo a ampla defesa e o contraditório das partes sem deixar de primar pela celeridade processual.

Corroborando com a solução apresentada por este trabalho monográfico, tendo em vista que a própria magistrada entendeu palpável uma melhor solução para a aplicação da inversão do ônus da prova na audiência de instrução.

Tanto é que, no dia 13 de Fevereiro de 2014, verificou-se a primeira aplicação da inversão do ônus da prova no momento da instrução, pela Juíza acima citada, a qual acatou a sugestão da tese apresentada pela presente pesquisa, conforme se vê pela decisão abaixo, proferida em sede do processo nº3001218-91.2013.815.0371, cujo termo de audiência segue em anexo:

Aberta a audiência, constatou-se a presença das partes promovente e promovida, devidamente acompanhadas de seu respectivos advogados. Realizada a proposta de conciliação, sem êxito. Requerida a juntada da carta de preposição, o que foi de logo deferido. Contestação sem preliminares juntados previamente. **Dada a Palavra a MM Juíza assim se pronunciou: Inquirido por esta magistrada sobre qual seria a destinação do bem de consumo adquirido, a esta foi dito que se tratava de “caixa de ferramentas” para uso no estabelecimento comercial, o qual, por sua vez, tem como objeto social o comércio de roupas e acessórios .Por esta razão se afigura presente relação de consumo entabulada entre as partes, haja vista ser o demandante o consumidor final do bem de consumo. Posto isso, aplica-se o microssistema consumerista à espécie e determino a inversão do ônus da prova. Prosseguindo**, as partes foram questionadas acerca de outras provas a serem produzidas nesta oportunidade, tendo declinado não haver mais qualquer prova a produzir. Renovada a proposta de conciliação, sem êxito. Ato contínuo, pela **MM juíza foi dito: Venham-me os autos conclusos para sentença**. Nada mais havendo a tratar, mandou a MM.^a Juíza encerrar o presente termo que vai devidamente assinado por todos os presentes. Eu, _____, Vanessa Érica da Silva Santos, Estagiária, o digitei e assino.(grifos nossos).

Verifica-se pois plena possibilidade de aplicação do ônus da prova na audiência una(conciliação e instrução), tendo em vista que após a tentativa de

conciliação e apresentada a contestação, o juiz tem elementos suficientes para determinar a inversão e conseqüentemente incumbir o ônus a quem tem melhor oportunidade de produção. Ademais, a aplicação também é revestida de simplicidade, coadunando-se perfeitamente com os Juizados Especiais.

Portanto, tem-se que o melhor momento para a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova é após a apresentação da contestação, quando iniciada a instrução processual, sendo assim uma regra de procedimento, a qual garante uma perfeita harmonia entre os princípios do contraditório e da ampla defesa, com vistas a celeridade e a informalidade, peculiaridades dos Juizados.

5 CONCLUSÃO

Este estudo abordou a importância de se inverter o ônus da prova no momento adequado, tendo em vista que por causa da omissão legislativa em disciplinar sua aplicação, os Tribunais passaram a proferir decisões destoantes, causando grave insegurança jurídica e por diversas vezes afrontando o princípio da ampla defesa, quando invertido apenas na sentença, já que não oportunizava ao promovido a oportunidade de desincumbir de seu ônus.

No primeiro capítulo, analisou-se a relação de consumo, sob o aspecto de conceituação, sujeitos, historicidade e a diferenciação entre vulnerabilidade e hipossuficiência, destacando-se a importância de se averiguar quando o consumidor é hipossuficiente, visto que apenas nesse caso é possível a inversão do ônus da prova. No segundo capítulo, se estudou a prova sob aspecto geral e propriamente a inversão do ônus da prova, bem como, o momento processual adequado, concluindo-se que o referido instituto deve ser tratado como regra de procedimento e não de julgamento, pois o último viola claramente a ampla defesa.

Por último, no terceiro capítulo, se verificou a aplicação prática nos Juizados Especiais, confirmando todo o entendimento anterior, visto que se verificou que o melhor momento de aplicação do instituto era no início da audiência de instrução. Assim, ao longo da pesquisa alcançou-se os objetivos previamente traçados, posto que, pode-se evidenciar que a inversão do ônus da prova na sentença viola o princípio da ampla defesa, chegando a conclusão que o melhor momento de aplicação do instituto mencionado seria antes de iniciar a audiência de instrução. No caso de aplicação nos Juizados Especiais, seria após frustrada a conciliação, quando apresentada a contestação, o Juiz deveria inverter o ônus da prova, de forma a assegurar o contraditório e ampla defesa.

Para o tanto, fez-se do método dedutivo como método de abordagem, e do histórico- evolutivo e do comparativo, enquanto métodos de procedimento, nos quais verificou-se as influências históricas na aplicabilidade do instituto, bem como se confrontou a doutrina que concorda com aplicabilidade da inversão do ônus da prova como regra de julgamento, e a doutrina que a defende como regra de procedimento, chegando a conclusão de que a melhor forma de interpretação do referido instituto é trata-lo como regra de procedimento, invertendo-o sempre antes da sentença, pois é

necessário sempre preservar pela garantia dos princípios constitucionais, e verificou-se que quando o referido instituto era tratado como regra de julgamento acabava por ferir o princípio da ampla defesa.

Utilizando-se como técnica de pesquisa a documentação indireta e a direta. Analisou-se os pontos controvertidos pela doutrina, análises de decisões proferidas no 2º Juizado Especial Misto da Cidade de Sousa-PB, chegou-se ao resultado de que a inversão do ônus da prova era realizado sempre conjuntamente com o deferimento de alguma liminar ou apenas da oportunidade da sentença, o que acabava por configurar sempre o cerceamento da defesa, tendo em vista que em nenhum momento a defesa era ouvida para o proferimento da decisão. Realizou-se também a aplicação de um questionário, dirigida à magistrada do 2º Juizado Especial Misto, que corroborou o entendimento da pesquisa na documentação indireta e ao ser indagada sobre a forma de aplicação do instituto, passou também a questionar sobre qual seria o melhor momento para a aplicação do referido instituto

Como resultado, se obteve a aplicação prática da tese defendida por este estudo, qual seja a de se inverter o ônus da prova após a apresentação da contestação, quando iniciada a audiência de instrução, conforme se verifica com a decisão do termo de audiência em anexo. Tendo em vista que a sentença não é o momento adequado para a inversão do ônus da prova. Ressalta-se também a efetivação no 2º Juizado Especial Misto, da cidade de Sousa-PB, a aplicação mais coerente do instituto, oportunizando ao demandado o momento de desincumbir de seu ônus, e portanto, preservando o princípio da ampla defesa.

Portanto, verifica-se que no caso da inversão *ope judicis*, deve ser analisado o contexto probatório e decidido fundamentadamente e informado às partes de preferência após a apresentação da contestação, na fase de saneamento do processo, quando trata-se de procedimento comum. No entanto, entende-se de que por ser esse momento nos Juizados Especiais um espaço mitigado pelos princípios da celeridade e da informalidade, vindo os juízes a analisar melhor o processo apenas na instrução probatória, se conclui que a inversão deve ser realizada no momento da instrução do processo, após a apresentação da contestação.

Posto que, se a aplicação ocorrer no momento da sentença, enquanto regra de julgamento, não oportunizará a desincumbência do ônus, afrontando claramente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, gerando

insegurança jurídica, o que prejudica demasiadamente as partes, e não pode ser admitido no Estado Democrático atual.

Dessa forma, sempre que o ônus da prova for invertido na sentença, estará violado o princípio da ampla defesa. Portanto, a melhor solução foi a defendida por este trabalho e adotada pela MM Juíza do 2º Juizado Especial Misto da cidade de Sousa-PB, que passou a aplicar o instituto estudado antes de iniciar a audiência de instrução, harmonizando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com as garantias do Códex Consumerista e o princípio da celeridade dos juizados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. **Inversão do ônus da prova. Tutela antecipativa**. AI nº 70008708356, Rel. Leoberto Narciso Brancher, Décima nona Câmara Cível, julgado em 07.05.2004. Disponível em < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9046> Acesso em: 02 de setembro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista**. REsp nº 476428-SC, Rel. Nancy Adrighi, Terceira Turma, julgado em 19.04.2005. Disponível em < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/103241/recurso-especial-resp-476428-sc-2002-0145624-5> > Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. **Inversão do ônus da prova. Momento oportuno**. REsp 881.651/BA, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 21.05.2007 Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/55397559/djmt-11-06-2013-pg-92>> Acesso em: 02 de setembro de 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. **Prova Diabólica**. AC nº 2006.039109-5, Rel. Denise Volpato, julgado em 09.03.2011. Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/61537834/djpe-11-11-2013-pg-1490>> Acesso em: 22 de Novembro de 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALLASTA, Viviane Ceolin. **Momento processual para a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/consumidor/inversao-prova-cdc.htm>>. Acesso em: 20.08.2013.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 13ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

ESTRELA, Eduardo Caldeira, **O Momento (adequado) da Inversão do Ônus da Prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor sob o prisma do Juizado Especial Cível**. Disponível em :< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9046. Acesso em: 18 Jan 2013.

FILOMENO, José Geraldo Brito (autor). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. v 1. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini(org.); *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANASSÉS, Diogo Rodrigues. **Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova: notas para uma diferenciação**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 17 jun. 2013. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43983&seo=1>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

NICOLAU, Alex Martins. **Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor – CDC**. .67 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Campina Grande , Sousa-PB, 2007.

NUNES, Luis Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Civil Extravagante**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 6 ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2011.

OLIVEIRA, Fátima das Dores Wiggers. **Prova no Processo Civil**. 2008.116 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade do Vale do Itajaí, Tijucas-SC, 2008.

REBOUÇAS, André Bonelli. **Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SACHINI, Marcel Sampaio. **A garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório e o momento processual da aplicação da inversão do ônus da prova no CDC**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3198, 3 abr. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21419>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

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

SIMÕES, Fabiane. **Conceito de Consumidor, Fornecedor, Relação de Consumo, Produtos, Serviços e Produtos Perigosos**. Disponível em: <http://www.fwg.com.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=56:conceito-de-consumidor-fornecedor-relacao-de-consumo-produtos-servicos-e-produtos-perigosos&catid=29:conteudo&Itemid=2>. Acesso em: 25 jan. 2014.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013.

VIANNA, Mario Cesar Portinho. **A Inversão do ônus da prova prevista no CDC e Juizado Especial Cível**. Revista dos Juizados Especiais, edição nº 44, ano 2005. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 08 Dez. 2013.

ZANELATO , Marco Antonio. **Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor**. Disponível em:
https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mpes.gov.br%2Fanexos%2Fcentros_apoio%2Farquivos%2F12_21461657421762008_Considera%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520sobre%2520Conceito%2520Jur%25C3%25ADdico%2520doConsumidor2.doc&ei=3SXkUsfgJ8_JkAevrIFw&usg=AFQjCNHTO-yw29Wx5xZBGq1uFZnyvbHPiw>.
Acesso em: 25 jan. 2014.

ANEXO

APÊNDICE