

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

ISTÉLIO SILVA NOGUEIRA

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO
E O MOMENTO OPORTUNO PARA A SUA APLICAÇÃO

SOUSA-PB

2014

ISTÉLIO SILVA NOGUEIRA

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO
E O MOMENTO OPORTUNO PARA A SUA APLICAÇÃO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA-PB

2014

ISTÉLIO SILVA NOGUEIRA

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO
E O MOMENTO OPORTUNO PARA A SUA APLICAÇÃO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior – UFCG
Professor Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

Aos meus pais, Raimundo e Estela, esta em especial, por terem me educado e guiado sempre no caminho do bem.

Aos meus irmãos, Euristela, Silvio, Cristina, Ismenia, Vasco, e Willian, por estarem sempre do meu lado em todos os momentos que necessitei.

A minha amada Wedja, por me proporcionar momentos nunca antes vividos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, por ter me proporcionado o dom da vida até os dias atuais e pela tua infinita misericórdia.

À minha mãe, mulher guerreira, humilde e honesta, por ter feito o impossível para me dar carinho e educação, e principalmente, por sua paciência comigo... minha mãe, a senhora é tudo para mim.

Ao meu pai, que mesmo com seu jeito de ser, não mediu esforços para suprir em todos os aspectos, não só a mim, mas toda a minha família... te amo meu muito pai.

Aos meus irmãos, juntamente com meus pais, pois são o alicerce que me mantém vivo.

A minha companheira, amiga, namorada, confidente, enfim, por ter me apoiado nos momentos difíceis, pela compreensão, pelo carinho, e em especial, pela paciência que tem me reservado, te amo infinitamente e que esse amor, seja eterno enquanto dure.

A todos os meus familiares, que muitos deles, mesmo distantes, tem espaço reservado em meu coração.

A todos os meus amigos de curso, principalmente os de Cajazeiras, que de alguma forma, me ajudaram e me apoiaram durante todo o período de curso.

A todos os meus amigos, sem distinção, que de alguma forma, me ajudaram durante todo o período de minha vida.

A todos os meus companheiros de farda, que são a minha segunda família.

Aos professores do CCJS, que compartilharam os mais lúdimos conhecimentos jurídicos, e que me proporcionaram grandes experiências durante o período do em que fiz parte desta instituição.

Ao meu orientador Admilson Almeida, pela contribuição e orientação nesta pesquisa, que não mediu esforços para garantir a realização deste trabalho.

Enfim, agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste sonho!

“Não podemos ser justos se não formos humanos”

(Luc de Clapiers Vauvenargues)

“Quando quiser doar alguma coisa, dê o que há de melhor em você”

(Mahatma Gandhi)

RESUMO

O instituto da inversão do ônus da prova constitui em uma ferramenta eficaz na proteção do consumidor em juízo, quando for verossímil as suas alegações ou for ele hipossuficiente. Tal instituto foi criado com o objetivo de garantir o equilíbrio na relação de consumo em face da reconhecida vulnerabilidade do consumidor, sendo viabilizada a inversão quando forem constatados requisitos legais da verossimilhança da alegação ou a condição hipossuficiente do consumidor, ficando a critério do juiz a análise desses pressupostos, não estabelecendo o legislador em qual fase processual deverá o magistrado proceder à verificação e aplicação da inversão do ônus probatório, momento este que vem gerando divergências doutrinárias e jurisprudenciais. O objetivo geral do presente estudo é compreender as relações de consumo frente aos mecanismos processuais de proteção ao consumidor. Já os objetivos específicos são: analisar os princípios fundamentais e a efetividade do cumprimento das garantias constitucionais nas relações de consumo; estudar a prova e os pressupostos de sua inversão e aplicação, para evitar o desequilíbrio nas relações consumeristas e identificar, com base nos princípios constitucionais, qual o momento processual para que o julgador aplique o princípio da inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Com vistas à alcançar os objetivos esquematizados neste estudo, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, de forma que o estudo partirá de leis e doutrinas mais abrangentes e posteriormente se afunilará no tema exposto. Será utilizado, ainda, o método de procedimento monográfico, vez que o estudo delimita-se a tema específico em todos os seus aspectos. A técnica de pesquisa a ser empregada será a documentação indireta através de leis, doutrinas, jurisprudências, artigos científicos e sites da internet. Com o estudo, chega-se a conclusão de que o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova é no despacho saneador, período este que antecede a fase instrutória até a decisão que saneia o feito.

Palavras-chave: Ônus da prova. Inversão. Hipossuficiência. Verossimilhança. Consumidor. Fornecedor. Relação de Consumo.

ABSTRACT

The institute of reverse burden of proof constitutes an effective tool for consumer protection in court, when their claims were verisimilar or insufficient. This institute was created with the goal of ensuring the balance of consumption relation in the face of consumer vulnerability, being made possible reversal when legal requirements of verisimilitude of the claim or an insufficient condition of the consumer are found, left to the judge's discretion to analyze these assumptions, not establishing, the legislator, in which procedural stage the magistrate shall proceed with the verification and application of reversing the burden of evidence, this moment, that is generating doctrinal and jurisprudential differences. The overall objective of this study is to understand consumer relations against procedural mechanisms of consumer's protect. The specific objectives are: to analyze the fundamental principles and effectiveness of compliance with constitutional guarantees in consumer relations; to study the evidence and assumptions of its inversion and application to avoid the imbalance in consumption relationship and identify in which procedural time, based on constitutional principles, the court shall apply the principle of reverse burden of proof in favor of the consumer. With a view to achieving the objectives outlined in this study will be used a deductive approach method, so that the study will begun in the laws and more comprehensive doctrines and later converge on the above theme. Method monograph procedure will be further used, since the study is delimited to a specific theme in all its aspects. The research technique to be employed will be indirectly through laws, doctrines, jurisprudence, scientific articles and websites documentation. With this study, we arrive at the conclusion that the right procedural moment to reverse the burden of proof is on the curative act, the period preceding the trial phase to the decision that the heals done.

Keywords: Burden of proof. Inversion. Failure. Verisimilar. Consumer. Supplier.Consumer relationship.

LISTA DE ABREVIATURAS

apud	–	Citado por
AgRg	–	Agravo Regimental
art.	–	Artigo
arts.	–	Artigos
CC	–	Código Civil
CDC	–	Código de Defesa do Consumidor
CPC	–	Código de Processo Civil
CF	–	Constituição Federal
DJ	–	Diário da Justiça
DF	–	Distrito Federal
ed.	–	Edição
EResp.	–	Embargos de Divergência em Recurso Especial
et al.	–	E outros
inc .	–	Inciso
Min.	–	Ministro
nº.	–	Número
p.	–	Página
REsp.	–	Recurso Especial
RISTJ	–	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
Rel.	–	Relator
RJ	–	Rio de Janeiro
RS	–	Rio Grande do Sul
SC	–	Santa Catarina
SG	–	São Paulo
TJ	–	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
2. TEORIA GERAL DA PROVA.....	15
2.1 A Origem da Prova e o seu Conceito.....	15
2.2 Meios de Prova.....	18
2.2.1 Depoimento Pessoal.....	20
2.2.2 Confissão.....	21
2.2.3 Prova Documental.....	22
2.2.4 Exibição de Documentos ou Coisas.....	23
2.2.5 Prova Testemunhal.....	24
2.2.6 Prova Pericial.....	25
2.2.7 Inspeção Judicial.....	26
2.3 Princípios Informadores da Prova.....	26
2.3.1 Princípio do Devido Processo Legal.....	28
2.3.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.....	29
2.3.3 Princípio da livre convicção motivada.....	31
2.4 Finalidade e Valoração das Provas no Processo.....	32
2.4.1 Finalidade.....	32
2.4.2 Valoração das Provas no Processo.....	34
3. AS RELAÇÕES DE CONSUMO E SUA CARACTERIZAÇÃO.....	35
3.1 O surgimento e a evolução dos direitos do consumidor.....	36
3.2 A proteção constitucional do consumidor.....	40
3.3 Elementos da Relação de Consumo.....	42
3.3.1 Consumidor.....	42
3.3.2 Fornecedor.....	45
3.3.3 Produtos e Serviços.....	46
3.4 A Relação Jurídica de Consumo.....	49
4. O ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A APLICAÇÃO DE SUA INVERSÃO.....	51
4.1 Ônus da Prova: Conceitos e Distinções.....	52
4.2 A Distribuição do Ônus da Prova entre as Partes.....	54

4.3 A inversão do ônus da prova nas relações de consumo	58
4.4 O momento processual da inversão do ônus da prova e o Código de Defesa do Consumidor	64
4.4.1 No Despacho Inicial	65
4.4.2 Na Sentença	68
4.4.3 No Despacho Saneador	73
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS	82
ANEXO A - Projeto de Lei nº. 5173/2005	89
ANEXO B - Projeto de Lei nº. 240/2011	91
ANEXO C - Projeto de Lei nº. 6371/2013	93

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por finalidade fazer uma análise do instituto processual da prova no direito brasileiro, evidenciando a distribuição do ônus da prova em face das relações de consumo e suas características, com particular atenção na inversão do *onus probandi* previsto no inc. VIII, do art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), tendo como objetivo principal, analisar as correntes doutrinárias que discorrem sobre o momento oportuno para o magistrado inverter o ônus probatório.

Devido ao acelerado desenvolvimento econômico em nosso país e as mais diversas transformações advindas desse crescimento, houve um aumento significativo nas relações de consumo, trazendo como consequências, conflitos nessas relações consumeristas.

É sabido que o princípio da igualdade é um direito fundamental basilar esculpido no artigo 5º, da Carta Magna Política Brasileira, cabendo ao Estado, a garantia da efetividade desse direito, bem como assegurar os meios necessários para tornarem efetivos os direitos do homem e da coletividade.

Nesse conceito, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, visando efetivar a garantia constitucional prenunciada no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal, instituiu uma série de direitos voltados às relações consumeristas, em especial aos consumidores, direitos estes tidos como básicos. Dentre esses direitos, fora criado o instituto da inversão do *onus probandi* (inciso VIII, art. 6º, CDC), com o objetivo de facilitar a efetivação dos direitos do consumidor em juízo, sendo a inversão materializada quando forem detectados requisitos legais, que é a verossimilhança da alegação ou a condição de hipossuficiência do consumidor, como medida de igualdade processual.

No entanto, a lei consumerista deixou à critério do magistrado a análise desses pressupostos, não estabelecendo a lei em qual fase do processo deveria o magistrado proceder à verificação e aplicação a inversão do *onus probandi*, gerando assim divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto a sua aplicação.

Desse modo, a doutrina se ocupou em redigir de maneira precisa, três teorias acerca do momento processual apropriado para a análise e aplicação da

inversão do ônus da prova, com a finalidade de esclarecer as dúvidas que circundam o tema em questão.

Com vistas a alcançar os objetivos pretendidos na presente pesquisa, será utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo do estudo de leis e doutrinas mais abrangentes, para identificar o momento processual adequando a estabelecer a inversão probatória, com a finalidade de solucionar o problema. Será utilizado o método de procedimento monográfico, vez que o estudo delimita-se ao tema específico em todos os seus aspectos. A técnica de pesquisa a ser empregada será a documentação indireta, sendo o estudo realizado através de leis, doutrinas, jurisprudências, artigos científicos e sites da internet.

O primeiro capítulo far-se-á uma abordagem sobre a teoria geral da prova, no qual descreverá um roteiro da sua origem e evolução no contexto social, demonstrando os tipos de provas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e os princípios processuais que lhe norteiam, bem como sua finalidade e valoração.

No segundo capítulo, tratar-se-á de uma exposição relacionada ao surgimento e evolução da lei do consumidor, no qual será explicado o seu caráter protetivo que foi consolidado pela Constituição Federal, caracterizando a relação jurídica de consumo e os elementos que fazem parte dessa relação.

Já no terceiro capítulo, far-se-á uma análise sobre a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, no qual será feito comentários acerca de seus conceitos doutrinários e da sua distribuição entre as partes que compõe a relação de consumo, explicando como ocorre a inversão do encargo probatório nessas relações, bem como fazendo uma interpretação das correntes doutrinárias que versam sobre o momento apropriado para a inversão do ônus da prova.

2. TEORIA GERAL DA PROVA

Fazer uma análise da história do Direito não é apenas pesquisar sobre datas, nomes e fatos ocorridos em tempos passados, mas também é explorar hábitos ocorridos na época em que se estuda, mesmo que tenham ocorrido transformações nas regulamentações que influenciaram o comportamento humano.

Para se chegar aos atuais conceitos, a prova passou por um processo de evolução durante todo o período da história da humanidade, chegando ao ponto de, em determinada época da história, invocar a divindade religiosa para auxiliar os julgadores na busca da verdade. Isso demonstra o quanto a religião influenciava as provas.

Com a evolução, o ordenamento jurídico brasileiro passou a regulamentar o direito a prova como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, cumpre destacar a caracterização da efetivação da garantia constitucional do direito a prova, através dos diversos meios de prova, dos princípios informadores, sua finalidade e sua valoração diante do processo.

2.1 A Origem da Prova e o seu Conceito

A prova no direito processual nasceu no Direito Romano com devida importância em fases distintas. Naquela época, existia um sistema processual extremamente formalista, preciso e sacramental, que esteve em vigor desde a fundação de Roma no período de 17 a.C., não existindo qualquer afirmação do estabelecimento do ônus probatório na fase instrumental.

Não há relatos técnicos que noticiam acerca do surgimento da prova na época da Pré-História. Os estudos sempre partem do sistema probatório na Idade Antiga. No Direito Romano, sentia-se a necessidade prática de estabelecer critérios para a distribuição do ônus da prova entre as partes. Entendia-se que, aquele que detinha o direito, tinha a incumbência de provar os fatos alegados, e em cima do direito de resposta, caberia ao réu refutar o alegado através do ônus *probandi*.

O sistema no Direito Romano era bastante primitivo, pois todas as provas necessárias eram possíveis de serem produzidas, uma vez que as decisões dos magistrados não eram motivadas.

Theodoro Júnior (2007, p. 14) descreve que “após a queda do Império Romano, houve, além da dominação militar e política dos povos germânicos, a imposição de seus costumes e de seu direito.” Devido os germânicos, também chamados de bárbaros, terem noções jurídicas bastante rudimentares, o direito processual sofreu um enorme retrocesso em relação a cultura jurídica romana. Theodoro Júnior ainda relata que:

Numa segunda etapa, houve enorme exacerbação do fanatismo religioso, levando os juízes a adotar absurdas práticas na administração da Justiça, como os “juízos de Deus”, os “duelos judiciais” e as “ordálias”. Acreditava-se, então, que a divindade participava dos julgamentos e revelava sua vontade por meio de métodos cabalísticos. (2007, p. 14)

A religião influenciava tanto nas provas dos fatos, que chegava ao ponto de utilizar a invocação da proteção divina para se buscar a verdade dos fatos. Existiam diversos métodos utilizados, entre eles incluíam-se as ordálias, o juramento e o duelo.

Lopes em sua obra explica um desses métodos utilizados pelos bárbaros:

As ordálias, também denominadas julgamentos ou juízos de Deus, foram utilizadas pelos germanos antigos e tinham por finalidade a descoberta da verdade mediante emprego de expedientes cruéis e até mortais, como a “prova pelo fogo”, a “prova das bebidas amargas”, a “prova das serpentes”, a prova da água fria” etc. (2002, p. 19)

Com a explicação, percebe-se claramente o quanto a religião influenciava em um julgamento, acreditando-se que a proteção divina auxiliava na busca da verdade, que tudo era protegido por Deus. Esses métodos cruéis consistiam em submeter às pessoas a prova, na esperança de que, se eles não fossem considerados como culpados, Deus os deixaria sobreviver. Lopes ainda descreve com detalhes esses meios cruéis utilizados na busca da verdade:

Na “Prova de fogo” o acusado era obrigado a tocar com a língua um ferro quente ou carregar uma barra de ferro embrasa ou, ainda, caminhar descalço sobre ferros quentes. A “prova das bebidas amargas” consistia em obrigar a mulher acusada de adultério a ingerir bebidas fortes e amargas: se mantivesse a naturalidade, seria considerada inocente; mas culpada, se contraísse o rosto e apresentasse os olhos injetados de sangue. Na “Prova das serpentes”, o acusado era lançado no meio delas e considerado culpado se fosse mordido pelos répteis. Já na “Prova da água fria” atirava-se o acusado num reservatório de água: se afundasse, seria tido como culpado; se flutuasse, como inocente. (2002, p. 20)

Os meios utilizados eram tão cruéis e absurdos que era praticamente impossível um ser humano conseguir provar a sua inocência.

Com a promulgação da *Lex Aebutia* em 146 a.C., estabeleceu-se o período formular, no qual as crenças religiosas foram afastadas e o ônus perdeu seu caráter formal, passando assim a se basear nos entendimentos emitidos pelo magistrados, de acordo com o livre convencimento. Às partes, cabia a formulação de suas afirmações e o fornecimento das provas necessárias.

Posteriormente, se estabeleceu o período conhecido como *extraordinária cognitio*, que se iniciou com o principado de Otaviano Augusto, tendo como característica principal, a mudança do caráter privado do processo, transformando-o em um caráter público. Com essa mudança, os preceitos relativos ao ônus da prova tornaram-se mais complexos, passando a ser indispensável a prova dos fatos negativos, regulamentando também as provas admissíveis do processo, dando valor a prova documental.

Com o passar dos anos, a Legislação Brasileira passou a regulamentar o ônus da prova, sendo estabelecido como uma das garantias fundamentais a inafastabilidade do Poder Judiciário quando houver lesão ou ameaça a direito, assim descreve o inciso XXXV – “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Com o referido dispositivo entende-se que qualquer cidadão que tiver o seu direito lesado ou está na iminência de ser ameaçado, poderá recorrer ao Judiciário através do exercício de direito de ação, se baseando em provas, os quais seriam contestados pela outra parte. Desta forma, o magistrado aplicaria a norma jurídica de acordo com o caso concreto.

Para que o órgão jurisdicional se convença da veracidade das afirmações suscitadas pelos litigantes, é necessário que os fatos expostos sejam devidamente

comprovados. Essa comprovação fica a cargo do interessado na resolução do litígio, sendo ela realizada por diferentes formas, que são denominadas de provas.

Cintra et al. (2008, 373) descreve que a prova constitui como sendo o “[...] instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”. De forma sucinta, a prova é entendida como sendo um meio em que o magistrado se utiliza para formar a sua convicção no julgamento da lide.

Já Marinone et al. (2008, 264) em sua obra, de forma técnica, leciona que prova é “[...] todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.”

Nesse sentido, o termo prova significa a demonstração que se faz por meios legais e racionais da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual, se conclui por sua existência ou se firma pela certeza, a respeito da realidade do fato ou do ato demonstrado.

As peculiaridades de prova em Direito admitidas são normalmente especificadas na legislação pertinente, contudo, não a nada que proíba que sejam suscitados por outros meios para se chegar a verdade dos fatos alegados, sendo esses meios tidos como moralmente legítimos.

2.2 Meios de Prova

Os meios legais de prova são previstos nos artigos 342 e 343, do Código de Processo Civil, não permitindo a lei outros meios não especificados, desde que sejam moralmente legítimos, conforme prevê o artigo 332, do mesmo diploma legal, *in verbis*:

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

Os meios de prova moralmente legítimos são aqueles que não estão previstos na lei, podendo ser utilizados no processo por não violarem a moral e os

bons costumes. O ordenamento jurídico brasileiro prevê a utilização dos meios juridicamente idôneos, ou seja, dos meios legais de prova e dos meios moralmente legítimos.

Esses meios devem necessariamente ser obtidos de forma legal, devendo os mesmos ser resguardados dos princípios da moralidade e lealdade. Se caso as provas colhidas não possuírem os requisitos expostos, elas serão consideradas ilegítimas, e conseqüentemente, não serão aproveitadas no julgamento do mérito da ação, ou seja, não poderão ser tidas como base de fundamentação na sentença proferida pelo magistrado.

Parte da doutrina faz uma distinção entre fontes de prova e meios de prova. Para Didier et al. (2012, p. 48), as fontes de prova são as pessoas, as coisas e os fenômenos de onde provém a prova. Já os meios de prova “são as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte)”.

Os meios de prova variam de acordo com a natureza do ato, podendo um mesmo fato ser provados por vários meios de prova, com o objetivo de formar o convencimento do julgador. Rocha (2009, p. 232) leciona que os meios de prova “são uma metalinguagem sobre as afirmações das partes analisadas pelo julgador para formar seu convencimento sobre essas afirmações”.

O julgador se utiliza das afirmações apresentadas pelas partes através dos meios de prova para formar a sua convicção. Essas afirmações são apresentadas pela linguagem, sendo essa linguagem o único canal de acesso do ser humano à realidade. Wambier et al. (2007, p. 407) doutrina que os meios de prova são “as diversas modalidades pelas quais a constatação sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos chega até o juiz”.

Nesse sentido, entende-se que os meios de prova são instrumentos que permitem levar ao juiz os elementos necessários que lhe auxiliarão a formular seu entendimento acerca do caso. Através desses meios que é possível provar a verdade nas afirmações sobre a matéria de fato controvertida e importante para o julgamento da demanda.

Entre os meios de prova não há qualquer hierarquia, pois a legislação pátria adota o princípio do livre convencimento motivado do juiz, conforme rege o artigo 131, do Código de Processo Civil:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Conforme o dispositivo, não há prevalência de um meio de prova sobre o outro, podendo o juiz chegar a decisão da lide com base em qualquer uma das provas alegadas nos autos, independente do meio que ela for suscitada, desde que o julgador fundamente a sua decisão. Wambier et al. em sua obra ainda cita os meios de prova existentes:

Os meios de provas expressamente previstos são: depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial. Mas também são admissíveis meios atípicos de prova, isso é, meios que, embora não expressamente disciplinados na lei, permitem ao juiz a constatação da existência ou inexistência de fatos. Para tanto, basta que tais meios atípicos não sejam ilícitos nem moralmente inadmissíveis. (2007, p. 408)

O Código de Processo Civil enumera como meios de prova o depoimento pessoal (Art. 342 a 347), a confissão (Art. 348 a 354), a exibição de documentos ou coisa (Art. 355 a 363), a prova documental (Art. 364 a 399), a prova testemunhal (Art. 400 a 419), a prova pericial (Art. 420 a 439) e a inspeção judicial (Art. 440 a 443).

2.2.1 Depoimento Pessoal

Depoimento pessoal é o meio de prova pelo qual, o juiz toma conhecimento formalmente, através das informações trazidas pelas partes, dos fatos que ocasionaram o litígio.

Sobre o depoimento pessoal, Pontes de Miranda ensina que é:

“o conjunto de comunicações (julgamento de fato) da parte, autor ou réu, para dizer o que sabe a respeito do pedido, ou da defesa, ou das provas produzidas ou a serem produzidas, como esclarecimentos de que se sirva o juiz para seu convencimento”. (1999, p. 303)

Sucintamente, Wambier et al. (2007, p. 428) descreve que depoimento pessoal “é o meio de prova pelo qual o juiz conhece dos fatos litigiosos ouvindo-os diretamente das partes”. Nesse sentido, o depoimento pessoal é o meio de prova destinado a fazer o interrogatório das partes no curso do processo, com a finalidade de provocar a confissão da parte e esclarecer os fatos discutidos na causa.

Diante do sistema que trata da valoração da prova, é evidente a importância do depoimento pessoal, pois, ainda que uma confissão não seja alcançada através do depoimento pessoal, certamente alguma impressão pode ser extraída das declarações da parte, seja ele favorável ou não ao depoente.

O objetivo do depoimento pessoal é a busca da verdade, o que poderá estar na própria confissão dos fatos pelo depoente, ou na exposição de suas declarações de forma diferente da realidade, ou até mesmo negando-as. Contudo, é proibido forçar a confissão, visto que elas devem ser obtidas de livre vontade do depoente.

2.2.2 Confissão

A confissão está insculpida de forma clara no artigo 348, do CPC, descrevendo que “há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”.

A confissão é o meio de prova, pelo qual, é revelada ao juiz a verdade de um fato que tenha sido alegado por uma das partes e, embora contrariando o seu interesse, é admitido pelo confitente. A confissão deve conter o reconhecimento do fato alegado pela outra parte como sendo verdadeiro, deverá haver a voluntariedade desse reconhecimento e deverá ocasionar um prejuízo para o confitente, decorrente desse reconhecimento.

Qualquer uma das partes pode declarar expressamente como sendo verdadeiros os fatos, ou alguns desses fatos, alegados pelo adversário. O

reconhecimento dos fatos alegados feitos de forma livre e espontânea pelo adversário acaba o exonerado do ônus probatório.

Existe um elo entre a confissão e o depoimento pessoal. A confissão feita em juízo só pode ser realizada através de depoimento pessoal, sendo considerada a confissão provocada.

2.2.3 Prova Documental

Desde que o homem inventou a escrita, esta tem sido a forma de registrar os fatos ocorridos a milhares de anos. Esses registros foram idealizados através de documentos. Nesse sentido, Dinamarco (2003, p. 565) descreve que documento “é toda coisa na qual estejam inseridos símbolos que tenha aptidão para transmitir idéias ou demonstrar a ocorrência de fatos”.

A lei determina que as partes devem provar suas alegações levadas aos autos, através de diversos meios. Dentre esses meios, está a prova obtida através de documento. Wambier et al. esclarece com mais abrangência o conceito de documento:

[...] conceitua-se documento como todo objeto capaz de “cristalizar” um fato transeunte, tornando-o, sob certo aspecto, permanente. Tanto é documento o papel escrito como a fotografia, um mapa ou uma simples pedra com inscrições ou símbolos. Pouco importa o material que é utilizado – para caracterizar documento basta a existência de uma coisa que traga em si caracteres suficientes para atesta que um fato ocorreu. (2007, p. 439)

O Código de Processo Civil regra em seu artigo 283, a indispensabilidade de documentos na petição inicial para a propositura da ação, como também da apresentação da resposta do réu na contestação (art. 300).

Contudo, o art. 396, do mesmo diploma, se expressa em relação ao citado propósito, que “Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações”.

A lei, na maioria das vezes, exige que deve ser assumida a forma escrita para se provar um fato através de documentos (MONTENEGRO FILHO, 2008).

Nesse sentido, a prova documental é um registro material da ocorrência de um determinado fato.

Desta forma, entende-se como documento toda coisa que por força e uma atitude humana seja capaz de representar o fato existente. É uma representação idônea e permanente de um fato ocorrido.

Em algumas situações, a lei valoriza a prova documental em face da prova testemunhal, não sendo possível a produção de prova de outra natureza. Isso não quer dizer a que prova documental tem uma valorização maior do que a prova testemunhal, é que em alguns casos, dependendo da natureza de suas características, a existência dos fatos só podem ser provados através de uma comprovação material, que é o caso da prova documental.

2.2.4 Exibição de Documentos ou Coisas

Os documentos ou coisas de valor probatório que se encontram na posse de alguma das partes ou terceiros, é o meio de prova que pode servir para provar sobre fatos considerados relevantes na causa, devendo esses documentos ou coisas ser exibidos em juízo.

Incube as partes e aos terceiros, o dever de colaborar com o Poder Judiciário na busca da verdade real. O magistrado, tomando conhecimento que uma das partes ou terceiros, está de posse de documento ou coisa que sirva de meio de prova necessária à instrução processual, poderá determinar a quem detiver na posse, a exibição de tal documento ou coisa.

Wambier et al. (2007, 446) ressalta que a exibição de documento ou coisa “é o meio de prova pelo qual a produção se dá não por quem a prova aproveita, mas pela parte contrária ou por terceiros, ou ainda por iniciativa do juiz, no uso do poder que lhe assegura o art. 130”.

Se no decorrer do processo, o magistrado tiver conhecimento de que alguém está de posse de documento ou coisa que seja relevante para o julgamento da demais ou que possa esclarecer qualquer fato duvidoso, ele determinará a exibição desse documento ou coisa de ofício.

2.2.5 Prova Testemunhal

A prova testemunhal é tida como o meio de prova mais antiga de que se tem notícia. Na antiguidade, o valor do meio testemunhal era aumentado pela menor difusão da palavra escrita e pela natural dificuldade de lavrar documentos.

Desta forma, no período romano, o testemunho foi largamente empregado para a integração dos atos jurídicos, pois não havia as desconfiças surgidas posteriormente. O juiz apreciava livremente o resultado da prova, com a finalidade de formar o seu convencimento para julgar a lide. Já na atualidade, a apreciação dos fatos expostos pela testemunha fica ao prudente arbítrio do juiz.

Nas palavras de João Monteiro *apud* Dower (1997, p. 207), a testemunha “é a pessoa capaz e estranha ao feito, chamada ao juízo para depor o que sabe sobre o fato litigioso”.

A testemunha já foi chamada de “a prostituta das provas”. Wambier et al. (2007, p. 449) em sua obra faz um esclarecimento acerca desta intitulação, descrevendo que a testemunha recebeu essa denominação devido a mesma estar “sujeita a imprecisões, seja pela natural falibilidade da memória humana, seja porque, talvez até sem malícia, pode a testemunha deturpar os fatos com o fito de favorecer a parte”.

Com relação a prova testemunhal, Dower descreve que:

Prova testemunhal é a que se produz ou se forma pelo depoimento ou declarações de pessoas. Consiste no depoimento (declarações) de pessoas indicadas pelas partes ou pelo juízo e que vêm ao processo para atestar a existência ou a inexistência de fatos para o julgamento da controvérsia. São testemunhas as pessoas conhecedoras de fatos relevantes para o julgamento da ação. (1997, p. 207)

O prova testemunhal consiste em uma reprodução oral do que se tem guardado na memória daqueles que presenciaram os fatos, não podendo ser a testemunha as partes do litígio. O testemunho é o meio probatório por intermédio do qual o juiz obtém as versões sobre os fatos que são importantes para a solução e deslinde do litígio, sendo essas declarações realizadas por pessoas estranhas à lide.

2.2.6 Prova Pericial

Em algumas situações, a investigação dos fatos envolvidos na lide foge ao conhecimento jurídico do magistrado devido a sua complexidade, não podendo ser apurado por outros meios probatórios, como testemunhas ou documentos, sendo necessário ter um conhecimento técnico especializado para resolver tais situações.

Diante desta circunstância, o órgão jurisdicional se vale do meio de prova conhecido por prova pericial. Wambier et al. (2007, p. 457) descreve a prova pericial como “[...] o meio de prova destinado a esclarecer o juiz sobre circunstâncias relativas aos fatos conflituosos, que envolvem conhecimentos técnicos ou científicos”.

No entanto, Didier et al. demonstra com mais clareza que:

A prova pericial é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial – que poderá ser objeto de discussão pelas partes e seus assistentes técnicos. (2012, p. 227)

A utilização da perícia é admitida pelo Código de Processo Civil, em seu art. 145, descrevendo que “quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421”.

A prova pericial é produzida por meio de exames, vistorias ou avaliações (Art. 420, do CPC). É uma prova que somente pode ser produzida por uma pessoa que tenha conhecimento técnico científico (perito), com o objetivo de demonstrar a existência de fatos que necessitem de uma avaliação especializada.

A perícia não pode ser confundida com uma prova testemunhal. Wambier et al. (2007, p. 458) em sua obra relata que “[...] o perito não prova o fato, mas sim o esclarece”. Nesse mesmo sentido, corrobora Marinoni et al. (2005, p. 493), descrevendo que a “testemunha declara o que viu, enquanto o perito analisa (embora possa ter visto) para declarar”.

A testemunha é chamada ao processo para relatar fatos pretéritos no tocante a resolução da lide, já o perito é chamado ao processo para esclarecer determinado fato através de seu conhecimento técnico e científico, com a finalidade

de dirimir ou afastar dúvidas em que as partes, e até mesmo o magistrado, não detém de tal conhecimento.

2.2.7 Inspeção Judicial

A inspeção judicial é tida como um dos meios mais idôneos, tendo em vista que a mesma faz com que o juiz inspecione a situação através do exame ocular, podendo essa inspeção ser realizada em pessoas ou coisas, com o objetivo de esclarecer determinados fatos que interessem ao julgamento da lide.

Segundo Wambier et al. (2007, p. 465), a inspeção judicial “é o meio de prova pela qual o próprio juiz examina pessoas, coisas ou locais, sempre que os demais meios de prova se mostrarem insuficientes para o seu convencimento”. Com esta afirmação, percebe-se que a inspeção é utilizada de forma subsidiária em relação aos demais meios de provas, pois quando estes se mostram insuficientes no processo, o magistrado para formar o seu convencimento, determinará que seja realizado o exame nas pessoas, nas coisas ou nos locais.

Já para Rosemberg apud Santos (1994, p. 352), a inspeção judicial “é a percepção sensorial direta do juiz, a fim de esclarecer quanto ao fato, sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas”.

Desta forma, a inspeção judicial é o exame feito pelo próprio juiz, sem intermediário, que se desloca até o local onde se encontre a pessoa ou a coisa, devido a necessidade de uma melhor avaliação dos fatos alegados, quando a coisa ou a pessoa não puder ser apresentada ao magistrado.

2.3 Princípios Informadores da Prova

A relação jurídica processual é caracterizada por uma divergência de interesses, em que uma das partes alega em juízo a satisfação de um determinado direito. Já a outra parte, contradiz a pretensão ora alegada por meio de uma

contestação ou defesa, com o objetivo de anular a pretensão da parte contrária. Deste conflito, nasce o litígio, que é solucionado através do processo, que é o meio interventivo estatal apto a resolver o referido impasse das partes.

No entanto, não basta apenas uma das partes alegar o direito, ela deve provar suas alegações através de elementos que comprovem a veracidade dos fatos alegados. Assim, os meios de prova servem para concretizar as explicações formuladas por uma parte e as contestadas pela outra, para servir de fundamentação na formação do convencimento do magistrado acerca dos fatos apresentados no processo.

Para o magistrado formar com clareza o seu convencimento acerca das provas alegadas no processo, existem princípios processuais constitucionais, que são admitidos pela doutrina majoritária em quase sua totalidade, estando os mesmos assegurados no art. 5º, da Constituição Federal.

De acordo com essa relevância, Montenegro Filho descreve em sua obra a importância que os princípios desempenham no ordenamento jurídico:

Partindo da premissa de que os princípios apresentam-se como vigas do ordenamento jurídico, em torno das quais e sobre as quais são edificadas todas as normas legais, necessário que se dê especial destaque aos principais princípios – constitucionais e processuais – aplicáveis à prova em específico, conferindo-se a eles o status de premissas, gerando todas as conclusões daí advindas. (2005, p. 473)

Os princípios processuais consolidados no texto constitucional são o devido processo legal, a isonomia, o contraditório, a ampla defesa, a jurisdição, o juiz natural, a motivação das decisões, a publicidade dos atos processuais, o duplo grau de jurisdição, a proibição da prova ilícita e a razoável duração do processo.

De todos os princípios citados, o presente estudo terá uma atenção maior em relação a três deles, dada a sua grande relevância para o tema da inversão do ônus da prova no código de Defesa do Consumidor, bem como pelo fato de nortearem todo o direito processual e os demais princípios que o informam. Os princípios processuais são: o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, e por último, o princípio da livre convicção motivada.

2.3.1 Princípio do Devido Processo Legal

A Carta Magna Política Brasileira de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV, determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou seja, toda pessoa terá direito a um processo justo, democrático e com regras pré-definidas.

No entendimento de Wambier et al., isso significa dizer:

[...] que toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha o conjunto de garantias constitucionais fundamentais. (2007, p. 70)

Nesse prisma, o princípio do devido processo legal nasceu com a preocupação de garantir a todo cidadão um processo justo e ordenado, se preocupando também com a adequação substantiva do direito em debate, dando dignidade e igualdade entre as partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas. Em última análise, ninguém pode ser privado da sua vida, liberdade ou patrimônio sem a prévia realização de um processo, a ser desenvolvido de acordo com as formas estabelecidas em lei.

A Constituição Federal além de garantir o devido processo legal, garante também que este processo, tramite dentro de um espaço de tempo que, ao ser proferida a sentença, esta realmente alcance os objetivos pretendidos desde o início do processo, garantindo assim a sua eficácia. Desta forma, de nada adiantaria ao cidadão ter direito ao processo, se este não for eficaz, célere e principalmente, justo. Cintra et al. (2008, p. 88) descreve que o devido processo legal é um “[...] conjunto de garantias constitucionais, que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.

A ideia básica é que ninguém pode ser sentenciado sem ter a oportunidade de apresentar uma defesa, porque não seria prudente a eventual aplicação de uma sanção jurídica sem a realização anterior de um processo, cuja finalidade é procurar conhecer os fatos antes mesmo de aplicar uma sentença, situação esta ilegal no ordenamento jurídico brasileiro.

O devido processo legal não é concretizado somente com o direito, de todo e qualquer cidadão, ter acesso gratuito ao Poder Judiciário, mas que este acesso ocorra por meio de um processo justo e regular, regido por regras processuais normatizadas, desenvolvido em contraditório, onde seja dada a oportunidade às partes de sustentar a suas alegações através da ampla defesa, bem como a produção de provas destinadas a influenciar o entendimento do magistrado, para este chegar ao seu livre convencimento.

2.3.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa é uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, inc. LV, da Constituição Federal de 1988, o qual proporciona as partes, a oportunidade de se defenderem das acusações que lhes são impostas em juízo.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A referida garantia significa dizer que no processo, se exige que as partes tomem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante todo o seu curso, podendo ainda as partes se manifestar sobre tais acontecimentos.

Na prática, quando se é proposta uma ação, deve o réu ser citado, informando-o acerca da existência de um processo em que ele ocupa o polo passivo, para que ele possa oferecer uma defesa. Da mesma forma, se no decorrer do processo alguma das partes peticionar aos autos qualquer documento, é preciso informar a parte contrária, para que ela tome conhecimento acerca da existência do documento, e posteriormente possa se manifestar acerca de tal documento.

Com relação a garantia constitucional insculpida no inciso LV, art. 5º, da CF, Gonçalves evidencia que:

[...] é preciso dar ciência ao réu da existência do processo, e às partes, dos atos que neles são praticados, permitindo-lhes reagir àqueles que lhes sejam desfavoráveis. As partes têm o direito de ser ouvidas e de expor ao julgador os argumentos que pretendem serem acolhidos. (2005, p. 30)

As partes tem um tratamento igualitário dentro do processo, admitindo a ambas o direito de ter conhecimento prévio de todos os atos processuais praticados no decorrer da instrução, garantindo-lhes também o pleno direito de defesa e contestação no momento oportuno, de acordo com o caso. Nesse mesmo prisma da garantia constitucional, leciona Wambier et al. que:

[...] é preciso dar ao réu possibilidade de saber da existência de pedido, em juízo, contra si, dar ciência dos atos processuais subsequentes, às partes (autor e réu), aos terceiros e aos assistentes, e garantir a possível reação contra decisões, sempre que desfavoráveis. (2007, p. 70-71)

Com esta brilhante explicação, percebe-se claramente que esse princípio está profundamente ligado ao princípio da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, pois garante as partes que os mesmos tenham o direito de conhecer todos os atos processuais, como a possibilidade de produzir provas em face dos mesmos, e ainda da possibilidade de reagir, através de recursos, contra decisões que julguem de forma contrária ao interesse a demanda.

Wambier et al. (2007, p. 71) ainda salienta que no processo “[...] o próprio juiz deve, ele mesmo, observar o contraditório.” Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão intimamente unidos, e até se confundem, dada a função que exercem no processo, uma vez que a garantia da ampla defesa é derivada do exercício do contraditório.

Para Grinover (1998, p. 39) “as garantias da defesa e do contraditório são intimamente ligadas, porque da defesa brota o contraditório e, pela informação que se dá pelo contraditório, faz-se possível a defesa”.

O princípio do contraditório deriva do princípio do devido processo legal, sendo o contraditório, uma exigência da estrutura dialética do processo, pois diz respeito às relações entre as partes. Já a ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas com características próprias.

Nesse sentido, o contraditório se efetiva no momento em se toma conhecimento dos atos e termos do processo, e a ampla defesa se efetiva no

momento em que a parte exerce seu direito de defesa, se utilizando de todos os meios de recurso. A observância do princípio na produção de provas é de grande relevância, pois uma vez cerceado, pode trazer prejuízos irreparáveis à parte, o que poderá causar a nulidade processual.

Pelo princípio do contraditório, não deve somente conceder à parte a oportunidade de se contrapor sobre as alegações expostas pela parte adversa, deve-se também lhe dar a oportunidade de se fazer prova em sentido contrário. No decurso do processo, o juiz deve agir com muita cautela e imparcialidade, para que não haja cerceamento de defesa, e não prive as partes de fazerem uso deste princípio tão necessário e importante para o esclarecimento da verdade.

2.3.3 Princípio da livre convicção motivada

O princípio da livre convicção motivada está expresso no art. 131, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Sobre o princípio em análise, Cintra et al. (2008, p. 73) descreve o princípio “regula a apreciação e avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da prova legal e o julgamento *secundum conscientiam*”. Quando as provas apresentadas no processo são frágeis, o magistrado pode proferir sentença se baseando na persuasão racional, de acordo como caso concreto. Essa sua livre convicção se dá com a análise das provas existentes dentro do processo.

Para se chegar a um convencimento, o “[...] juiz deve ler os autos, analisar os elementos colhidos e formar livremente o seu convencimento”. (GONÇALVES, 2005, p. 40). No entanto, o magistrado deve fundamentar o seu livre convencimento motivado nas provas contidas nos autos, devendo esta motivação

esta motivação ser claramente exposta no teor sentencial, respeitando assim de forma prudente, os princípios processuais.

Necessário se faz mencionar o entendimento do ilustre Didier et al., que preconiza, *in verbis*:

Não obstante apreciar as provas livremente, o juiz não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas; a convicção está na consciência formada pelas provas. (2012, p. 40)

Desse modo, fazendo uma análise deste princípio, observa-se que o magistrado tem a faculdade de apreciar as provas livremente, e por meio delas, formar o seu livre convencimento, no entanto, deve sempre fundamentar suas decisões.

2.4 Finalidade e Valoração das Provas no Processo

A prova tem por objetivo a reconstrução dos fatos, que servirão de base para a o magistrado resolver de forma justa a contenda. Ocorre que o julgamento, às vezes, não consegue buscar a verdade real com base nos fatos apurados. Mesmo assim o magistrado tem que resolver a contenda.

Nesse sentido, a prova no processo tem a finalidade de suprir a convicção do magistrado no julgamento da demanda, devendo agir sempre com coerência em relação à valoração das provas obtidas durante a instrução processual.

2.4.1 Finalidade

O magistrado, por meio do processo, procura elucidar os conflitos. Para Theodoro Júnior, o Juiz busca a solução desses conflitos, por meio da verdade real, que consta no processo, lecionando que:

O processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade real e é, na Prova dos autos, que o Juiz busca localizar essa verdade. Como, todavia, o processo não pode deixar de prestar a tutela jurisdicional, isto é, não pode deixar de dar solução jurídica à lide, muitas vezes esta solução, na prática, não corresponde à verdade real. (2007, p.468)

É através das provas carreadas nos autos do processo que o magistrado busca dar uma solução favorável nos litígios. Muitas das vezes, o julgamento não condiz com a verdade real dos fatos apurados, mas mesmo que não atinja o seu objetivo, que é uma sentença justa, não se pode o magistrado deixar de prestar a sua tutela jurisdicional na resolução dos litígios, sendo essa a finalidade principal em questão.

Percebe-se, no entanto, que a finalidade da prova é de persuadir o juiz a julgar o litígio em favor de quem merece um provimento judicial favorável, através de uma sentença justa, sempre respeitando a sua livre convicção. Assevera ainda Theodoro Júnior (2007, p.468) que “[...] se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a justiça pura, que, sem dúvida, é a aspiração das partes e do próprio Estado”.

Em harmonia ao exposto, competem as partes a produção das provas, oferecendo ao juiz condições de proferir uma sentença justa, não podendo o magistrado julgar além do que restou evidenciado nos autos.

Didier et al. relata em sua obra que a finalidade da prova é “permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa”. (2012, p.75). De acordo com esta explicação, entende-se que a finalidade da prova é de instruir a convicção do magistrado, motivando no seu livre convencimento, na composição do litígio.

Na mesma linha de raciocínio, Greco Filho (2003, p. 82) preleciona que “no processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz”.

Assim sendo, a finalidade da prova no processo é formar a convicção do juiz quanto à existência dos fatos alegados na lide, devendo o magistrado julgar de acordo com o que ficou demonstrado no processo.

Ademais, a função da prova é formar a convicção do juiz na apuração da verdade para convencê-lo de quem tem razão no litígio, sendo ele o destinatário principal e direto da prova. Já as partes, são consideradas como sendo os

destinatários indiretos, pois elas também precisam se convencer da verdade, para que recebam a decisão com mais racionalidade.

2.4.2 Valoração das Provas no Processo

O julgador também deve agir com racionalidade com relação as provas descritas nos autos processuais. Nesse sentido, tem-se que a valoração da prova está compreendida na confrontação das afirmações alegadas pelas partes no processo, verificando através dos meios necessários de prova, que justifiquem a veracidade dos fatos alegados na demanda, sendo esta, a atividade desenvolvida pelo magistrado (ROCHA, 2009).

Conforme à valoração da prova pelo juiz, destacam-se três sistemas: Sistema da prova Legal, o Sistema do Livre Convencimento e o Sistema da Persuasão Racional.

No sistema da prova legal, ao magistrado era proibido valorar as provas de acordo com o seu convencimento, ficando o mesmo atrelado às regras estabelecidas nas leis.

Com relação ao sistema do livre convencimento, o juiz era soberano e tinha o livre arbítrio de formar a sua convicção sobre os fatos expostos na demanda, devendo fundamentar sempre a sua motivação. Este sistema também era chamado de livre apreciação da prova. Nesse sistema, a decisão do magistrado não era obrigatoriamente atrelada às provas produzidas, mas na ideia de que os fatos realmente existiram. Essa medida era um tanto arriscada, porque poderiam ocorrer eventuais arbitrariedades no julgamento das demandas.

Em relação à persuasão racional no sistema do devido processo legal, Cintra et al. (2008, p. 377) descreve que é o “convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão”.

Atualmente, o que vigora no ordenamento jurídico brasileiro é o sistema da persuasão racional do juiz, tendo em vista o magistrado gozar de plena liberdade

para apreciar o valor da prova. Este sistema é considerado um sistema misto, pois o mesmo aproveita elementos dos outros dois sistemas. O material da valoração da prova encontra-se contidos nos autos do processo, no qual o julgador tem o dever de justificá-lo e motivar a sua decisão.

Desta forma, parece ser mais justo o sistema de persuasão racional adotada pela lei brasileira, pois nela o magistrado ao prolatar uma sentença ou uma decisão, deve fundamentar seu entendimento com base nas provas contidas nos autos.

3. AS RELAÇÕES DE CONSUMO E SUA CARACTERIZAÇÃO

No contexto social, a má distribuição de renda e as diferenças socioeconômicas existentes definem o perfil do consumidor. A distribuição irregular da renda acaba deixando a grande massa de uma sociedade, ou seja, as classes sociais mais necessitadas, reféns de um mundo capitalista capitaneado por uma pequena quantidade de grandes empresas.

Com o avanço tecnológico promovido por tais organizações, o cidadão, que não possui as mínimas condições econômicas necessárias, mesmo sobrevivendo com uma baixa renda, não deixa de consumir os produtos oferecidos por essas empresas. Muito desses consumidores, por serem desinformados, acabam consumindo produtos que não são essenciais para a sua vida cotidiana.

E é nessa desinformação que surgem os conflitos nas relações de consumo, devido a uma situação de desvantagem em que se encontram perante as empresas.

Visando o equilíbrio nas relações de consumo, a Constituição Federal em art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, promoveu a proteção do consumidor, sendo esta proteção a cargo da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, considerada como a Lei do Consumidor, sendo instituída com o objetivo de garantir e assegurar o equilíbrio das relações de consumo e garantir uma prestação jurisdicional justa.

Desta maneira, insta estabelecer, neste momento inicial, o real sentido de relação jurídica de consumo, com todas as suas características.

3.1 O surgimento e a evolução dos direitos do consumidor

No passado, devido a evolução das relações de consumo, surgiram muitos conflitos que necessitavam de solução por parte do poder Estatal. Esses conflitos refletiam diretamente nas relações sociais, econômicas e jurídicas.

Em referência a esse entendimento, Almeida afirma que:

A proteção do consumidor é consequência direta das modificações havidas nos últimos tempos nas relações de consumo, representando reação ao avanço rápido do fenômeno, que deixou o consumidor desprotegido ante as novas situações decorrentes do desenvolvimento. (2009, p. 03)

As primeiras manifestações acerca da proteção do consumidor ocorreram na antiga Mesopotâmia, através do Código de Hamurabi, aproximadamente em 1700 a.C., que fixava certas regras, que indiretamente, visavam proteger o consumidor.

No referido código, por exemplo, as punições eram aplicadas ao construtor que edificasse uma obra sem a devida solidez, ao arquiteto que construísse uma casa cujas paredes se revelassem deficientes, ao construtor de barcos que estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural em um prazo de um ano, ao cirurgião que operasse com imperícia utilizando um bisturi de bronze, inclusive, com a pena de morte no caso de vítimas fatais, como prescrevia a lei de Talião.

Na Índia, no século XIII a.C., o Código de Manu previa multa e punição, além de obrigação de indenizar àquele que adulterasse gênero, ou entregasse coisa de espécie inferior àquela acertada, ou vendesse bens de igual natureza por valores diferentes.

Filomeno (2010, p. 03) descreve que na “[...] Grécia, conforme a lição extraída da Constituição de Atenas, de Aristóteles, também havia essa preocupação latente com a defesa do consumidor”.

Naquela época, existiam os cargos de fiscais de mercado e fiscais de medida, que eram designados para fiscalizar possíveis adulterações nas mercadorias e os pesos e medidas dos produtos comercializados. Existiam também os guardiões do trigo, que tinham a função de vigiar a venda honesta do grão, farinha e outros cereais.

Já na França e Espanha, àqueles que adulterassem gêneros alimentícios, sofriam penas vexatórias. Sobre tal imposição, Rolemberg apud Filomeno (2010, p. 03) descreve que “Na França, em 1481, o rei Luís XI baixou um édito que punia com banho escaldante quem vendesse manteiga com pedra no seu interior para aumentar o peso, ou leite com água para inchar o volume”.

No período pós-Revolução Industrial, houve um aumento significativo no consumo de bens oferecidos pelos comerciantes, após o crescimento das cidades. Com esse aumento, a indústria se viu na necessidade de aumentar a produção de bens para atender a demanda. Nunes, em sua obra, explica como foi esse processo:

Com o crescimento populacional das metrópoles, que gerava aumento de demanda e, portanto, uma possibilidade de aumento da oferta, a indústria em geral passou a querer produzir mais, para vender para mais pessoas (o que era e é legítimo). Passou-se então a pensar num modelo capaz de entregar, para um maior número de pessoas, mais produtos e mais serviços. Para isso, criou-se a chamada produção em série, a “standardização” da produção, a homogeneização da produção. (2011, p. 41)

Este novo processo de produção conseguiu baratear o custo final do produto e possibilitou aos consumidores, a aquisição desses produtos por um valor mais acessível. Desta forma, as pequenas oficinas deram lugar às grandes indústrias e o trabalho realizado pelos pequenos artesãos, foi praticamente extinto.

Com a Primeira e Segunda Guerra Mundial, esse processo se aperfeiçoou e se solidificou, crescendo a níveis extraordinários, se fortalecendo com o auxílio da tecnologia, da informatização e das telecomunicações.

Em relação a essa evolução, Nunes (2011, p. 41) descreve que “A partir da segunda metade do século XX, esse sistema passa a avançar sobre todo o globo terrestre, de tal modo que permitiu que nos últimos anos se pudesse implementar a ideia de globalização”.

Com o aumento da produção em massa de bens pelas indústrias, para atender um maior número de consumidores, surgiu a necessidade de um modelo

contratual igualmente rápido e eficiente, que garantisse um padrão nas negociações de massa.

Esse tipo de contrato veio a ser chamado de Contrato de Adesão, quando foi instituído pela Lei 8.078, de 11/11/90 - Código de Defesa do Consumidor, sendo insculpido no artigo 54.

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Como o próprio nome já diz, contrato de adesão é aquele o fornecedor elabora o contrato como um todo, e o consumidor, sendo a parte vulnerável do negócio, pode apenas aceitar este contrato ou não, sem poder questionar ou reformular de imediato qualquer cláusula, desde que não seja abusiva, sendo que o ato de aceitá-lo é representado através da sua adesão ao contrato.

Nunes (2011, p. 42) explica que contrato de adesão é aquele que “por uma característica evidente e lógica: o consumidor só pode aderir. Ele não discute cláusula alguma”.

A partir desse novo modelo de mercado consumerista, ocorre uma mudança substancial nas relações políticas, econômicas e sociais. Com isso, capitalismo toma força. O aumento na produção era cada vez maior.

Para suprir essa demanda, os donos das indústrias passavam a cobrar mais de seus empregados, aumentando a carga horária de trabalho e diminuindo salários, com o objetivo de aumentar a produção e auferir mais lucro. O aumento da produção em larga escala ocasionou uma queda na qualidade dos produtos, aumentando assim o risco dos consumidores na aquisição desses produtos.

Esses avanços também tiveram consequências negativas. As indústrias, visualizando a diminuição dos gastos com os empregados, passou a substituir o trabalho manual pelo trabalho mecanizado, o que ocasionou a demissão de milhares de empregados. Sem ter onde trabalhar, os desempregados se aglomeravam nas periferias das grandes metrópoles.

Desse modo, surgiram os primeiros movimentos reivindicatórios que reuniam interesses trabalhistas e consumeristas, buscando a defesa dos interesses dos trabalhadores através da ampliação das normas existentes e da intervenção

estatal. Ocorreram diversos movimentos reivindicatórios, iniciando-se nos Estados Unidos com os movimentos dos frigoríficos de Chicago.

O marco histórico do movimento consumerista foi a declaração do então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, ocorrida no dia 15 de março de 1962. O presidente encaminhou uma mensagem ao congresso dos Estados Unidos que tratava de assuntos pertinentes à proteção dos interesses dos consumidores, sintetizando os principais direitos dos consumidores. Essa data entrou para a história, passando a ser comemorada como sendo o Dia Mundial do Consumidor.

A partir de então, o consumidor passa a ser reconhecido como sujeito de direitos específicos e merecedor de tutela diferenciada por parte do Estado, surgindo assim um novo Ramo do Direito, o Direito do Consumidor.

Anos depois, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas reconheceu a saúde, a segurança, a integridade física, a intimidade, a honra, a informação e o respeito à dignidade humana, como garantias básicas dos consumidores. No mesmo ano, foi formulada a Carta de Proteção do Consumidor, que traçou diretrizes de prevenção e reparação de danos causados aos consumidores.

Posteriormente, a Assembleia Geral da ONU editou a Resolução 39/2483, que fixou normas internacionais de proteção do consumidor, que servirem de orientação para outros países, em especial àqueles em desenvolvimento.

Sobre a referida Resolução, Filomeno em sua obra ensina:

Nela, basicamente, encontrava-se a preocupação fundamental de: *proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança, fomentar e proteger seus interesses econômicos, fornecer-lhe informações adequadas para capacitá-lo a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais, educá-lo, criar possibilidades de real ressarcimento, garantir a liberdade para formação de grupos de consumidores e outras organizações de relevância, e oportunidade para que essas organizações possam intervir nos processos decisórios a elas referentes* (2010, p. 06).

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a proteção dos interesses dos só passou a ter relevância jurídica. Na Carta Magna, em seu art. 5º, inc. XXXII, estabeleceu a defesa do consumidor por parte do Estado como direito fundamental. Anos depois, com o objetivo de efetivar a garantia constitucional de defesa do consumidor prescrita na Constituição Federal, foi sancionada em 11 de

setembro de 1990, a Lei nº 8.078, denominada de Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, pelo então Presidente da República, Fernando Collor de Mello.

3.2 A proteção constitucional do consumidor

Pode-se afirmar com toda certeza que o Direito do Consumidor brasileiro teve origem primordialmente na Constituição Federal de 1988, a qual inseriu em diversos dispositivos a obrigatoriedade de defesa e proteção ao consumidor. A Carta Magna Política de 1988, foi o único diploma constitucional que trouxe expressamente em seu texto, dispositivo sobre a proteção que deve ser reconhecida ao consumidor e acerca da criação de um Código de Defesa do Consumidor.

Na Carta Magna, em seu art. 5º, inc. XXXII, o legislador constituinte deixou positivado como garantia constitucional que o consumidor merece uma proteção especial, tanto é que determinou que o próprio Estado promovesse a defesa do consumidor, *in verbis*:

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

Já no art. 170, inc. V, do texto Constitucional, a defesa do consumidor foi elevada a princípio da ordem econômica, *in verbis*:

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

Com a elevação da defesa do consumidor à princípio da Ordem Econômica, o mercado brasileiro torna-se livre, dando liberdade para explorar o mercado da melhor forma possível, não podendo explorá-lo de forma aleatória, pois há normas que deverão ser respeitadas.

A Constituição Federal também destacou no inciso “V”, do art. 24, a atribuição da competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, para legislar sobre responsabilidade por dano causado a consumidor, *in verbis*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
[...]
V - produção e consumo;

A vontade do Legislador Constituinte em criar, o quanto antes, uma lei consumeirista era tamanha, que no próprio texto Constitucional, na parte que trata do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, especificamente no artigo 48, o legislador determinou ao Congresso Nacional que dentro de um prazo de 120 dias da promulgação da Constituição, deveria elaborar um Código de Defesa do Consumidor, dispondo a determinação da seguinte forma:

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

No entanto, o referido prazo de 180 dias não foi cumprido pelo Congresso Nacional. Em 11 de setembro de 1990, foi sancionada a Lei nº 8.078, denominada de Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, pelo então Presidente da República, Fernando Collor de Melo, com o objetivo de efetivar a garantia constitucional de defesa do consumidor prescrita na Constituição Federal.

A referida Lei veio para resguardar os direitos de proteção dos consumidores por parte do Estado, previsto constitucionalmente como direito fundamental e princípio da ordem econômica, sendo considerada a legislação mais avançada do mundo em termo de proteção ao consumidor.

É a defesa através do Estado àqueles que se acham ou estão totalmente impotentes, face ao poder econômico das grandes empresas existentes na sociedade capitalista. Foi um marco de uma nova era, em que a proteção do consumidor, devido a sua vulnerabilidade, passa a ser um direito fundamental de qualquer cidadão brasileiro.

3.3 Elementos da Relação de Consumo

O Código de Defesa do Consumidor incide em toda a relação que puder ser caracterizada como de consumo. As relações de consumo tem sua origem estritamente ligada às transações de natureza comercial e ao comércio propriamente dito, surgindo naturalmente à luz deste.

No entanto, para aferir com precisão a existência de uma relação de consumo, é indispensável ter conhecimento prévio dos elementos da relação jurídica específica de consumo, em que figurem subjetivamente de um lado, o fornecedor, e de outro lado, o consumidor, tendo por objeto o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços, sendo todos necessários para identificar tal relação.

3.3.1 Consumidor

A conceituação de consumidor é dada pelos art. 2º, *caput* e seu parágrafo único, sendo este conceito completado por outros dois artigos, sendo eles os arts. 17 e 29, todos do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

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

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

[...]

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

[...]

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

A lei consumerista estabelece que o consumidor pode ser tanto uma pessoa física quanto jurídica, desde que o mesmo adquira um produto ou um serviço como destinatário final.

No entanto, com relação ao destinatário final, a doutrina diverge quanto a sua caracterização, havendo, desta forma, três teorias que tentam dirimir esta divergência, que são: maximalista, finalista e mista.

Em defesa a teoria maximalista, Almeida assevera que para ser caracterizada a figura do consumidor, basta que o sujeito que adquiriu o produto ou serviço, seja destinatário final, independentemente da finalidade para a qual o adquiriu (2003).

Desta feita, esta teoria entende que o consumidor é aquele que retira o produto ou serviço do mercado para se tornar um destinatário fático, pouco importando a finalidade para a qual o produto ou serviço foi adquirido, seja para consumo pessoal ou para emprego em outra atividade profissional.

De acordo com essa corrente, o conceito de consumidor dado pela lei consumerista deve ser interpretado da forma mais ampla possível, de modo a abranger toda a sociedade de consumo.

Para a teoria finalista defendida por Marques, a mesma leciona que:

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

Nesse sentido, o conceito de consumidor se baseia na ideia de destinatário final, sendo àquela pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou contrata o serviço para consumo próprio ou de outrem, de forma que satisfaça uma necessidade privada, e que não haja, de maneira alguma, a utilização desse produto ou desse serviço, com o objetivo de desenvolver atividade comercial ou profissional com a finalidade de auferir lucro, nem tampouco de reintroduzi-lo novamente no mercado de consumo.

De acordo com essa teoria, o objetivo da lei consumerista é tutelar a parte da relação de consumo juridicamente mais fraca, ou seja, a proteger a vulnerabilidade do adquirente do produto ou do serviço. Entretanto, as pessoas jurídicas e os profissionais que adquirirem produtos ou serviços com finalidade de auferir lucros, não podem ser considerados consumidores vulneráveis.

Já a teoria mista, denominada também de teoria finalista moderada ou mitigada, surgiu da jurisprudência, principalmente do STJ, que em seus julgados,

entendem que o consumidor como destinatário final seria àquela pessoa que adquire o produto ou o serviço para o uso particular, admitindo-se a utilização do produto ou serviço no desenvolvimento de uma atividade comercial ou profissional, desde que seja comprovada a vulnerabilidade desta pessoa física ou jurídica que está adquirindo o produto ou contratando o serviço.

Nesse sentido, quando ficar evidenciado, no caso concreto, a vulnerabilidade da pessoa jurídica ou do profissional consumidor, tanto no aspecto técnico, jurídico ou fático, deve se orientar pela interpretação da norma consumerista.

Atualmente, o entendimento do STJ é firme em adotar o conceito elaborado pela teoria mista, de acordo como se pode verificar no julgado, *in verbis*:

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. (REsp 476428/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 390)

Todas as três teorias visam estabelecer uma definição mais adequada para o conceito de consumidor, sendo todas capazes de demonstrar argumentos suficientes para se chegar a um convencimento.

No entanto, verifica-se que a teoria mista ou finalista moderada, parece ser a teoria mais adequada a atender os anseios normativos expressos na lei consumerista, no tocante a proteção da parte mais vulnerável da relação de consumo, sem excluir do seu seio normativo, a pessoa jurídica, quando esta, de

acordo com o caso concreto, se encontra na condição de parte mais vulnerável da relação.

3.3.2 Fornecedor

Entende-se por fornecedor qualquer pessoa que disponibilize bens ou serviços no mercado em geral, de forma profissional, para a satisfação das necessidades alheias, com o propósito de auferir lucro em troca dessa satisfação.

O Código de Defesa do Consumidor, é seu art. 3º, outorga também uma conceituação legal sobre o termo fornecedor, sendo:

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

O texto de lei amplia o conceito de fornecedor, abrangendo em seu teor tanto pessoa física, jurídica, pública, privada, nacional ou estrangeira e os entes despersonalizados. A definição legal insculpida pelo CDC, praticamente, “[...] esgotou todas as formas de atuação no mercado de consumo”. (ALMEIDA, 2009, p. 45)

Sobre as atividades desenvolvidas, Almeida descreve que fornecedor não é:

[...] apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanal, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos-de-venda espalhados por todo o território. (2009, p. 45)

O legislador buscou ampliar ao máximo o conceito de fornecedor, com a finalidade de englobar todos os entes em um só dispositivo. Andrade cita em sua obra a explicação da ilustre Teresa Alvim, relatando que a lei consumerista:

Novamente busca o legislador a conceituação de outra figura fundamental, integrante das relações de consumo, usando técnica heterodoxa, visto não ser usual que o direito positivo estabeleça conceituações, pelo risco da eventual insuficiência, excesso ou inadequação de suas previsões.

Neste art. 3º, tenciona-se estabelecer a maior abrangência possível para o conceito de “fornecedor”, ou seja, o sujeito de direitos que atua no polo oposto ao do consumidor, ou, que integra o conjunto de pessoas que compõem ou podem compor este polo oposto.

Assim, dado este objetivo, poder-se-ia dizer, sinteticamente, que fornecedor é todo ente que provisione o mercado de consumo. (2006, p. 29)

Diante da amplitude conceitual, entende-se simplificada que o fornecedor é aquele que coloca produtos ou serviços à disposição no mercado de consumo, desde que de forma habitual.

3.3.3 Produtos e Serviços

Após serem Analisados os elementos subjetivos constitutivos da relação jurídica de consumo, sendo o consumidor e o fornecedor, cabe agora caracterizar o objeto da prestação que une ambos os elementos que concretizam o vínculo jurídico obrigacional de uma relação de consumo, consubstanciado no fornecimento de um produto ou na prestação de um serviço, conforme prescreve os parágrafos 1º e 2º, do art. 3º, da lei consumerista:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Nunes (2001, p. 135) descreve que o conceito de produto “é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas”.

Com relação a produto, percebe-se pelo termo “qualquer” um caráter amplo, que abrange todos aqueles bens que, pela ação do homem, são postos à disposição no comércio a fim de satisfazer uma necessidade do consumidor como destinatário final.

O legislador na lei consumerista definiu que produto seria “qualquer bem”, sendo este “móvel ou imóvel”, e ainda “material ou imaterial”. A característica que trata do bem como sendo “móvel ou imóvel”, nos remete ao conceito tradicional advindo do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.

Em se tratando de bens materiais, não existem problemas de conceituação, pois são coisas corpóreas, palpáveis, que ocupam espaço no mundo físico. Em uma definição simples, bens materiais são aqueles que nós podemos ver e tocar, como por exemplo, uma caneta, um livro, ou um sapato.

Já os bens imateriais são as coisas incorpóreas, sendo consideradas aquelas que o ser humano não pode sentir fisicamente. Os bens imateriais não ocupam lugar no meio físico, sendo, desse modo, produtos abstratos, a exemplo, os vários produtos oferecidos pelas instituições bancárias, como aplicação de renda física, mútuo e caução, ou mesmo produtos oferecidos por outras instituições, como a energia elétrica.

A partir da definição de produto, ocorre a necessidade de fazer uma interpretação sistemática do CDC, que, deste modo, faz surgir “[...] também a hipótese de fixação do produto como durável e não durável, por previsão no art. 26 (acontecerá o mesmo no que tange aos serviços)”. (NUNES, 2011, p. 136)

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:
I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;
II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

O dispositivo trata do direito de um consumidor reclamar por vícios aparentes ou de fácil constatação de produtos adquiridos em uma relação jurídica de consumo, demonstrando indiretamente uma previsão do tempo de durabilidade desses produtos, ou seja, estipulando um prazo de validade para esses produtos.

Contudo, no texto normativo não está especificado uma relação de produtos que são agraciadas com o prazo de validade, apenas especifica os prazos determinados para qualquer tipo de produto, seja ele o durável e o não durável.

O produto não durável é aquele que após o seu uso, deixa de existir, esgotando assim a sua substância. Durável é aquele produto que leva um determinado tempo para se desgastar. No entanto, Nunes (2011, p. 137) adverte descrevendo que “nenhum produto é eterno”.

Deste modo, entende-se que todo produto durável, tende-se a se acabar um dia, perdendo assim a sua finalidade para a qual se destinou, ou até mesmo, com o desgaste natural venha a ocorrer a diminuição da sua capacidade de funcionamento, sua eficiência. Esse desgaste natural não pode ser considerado como vício do produto, pois não existe previsão legal para essa alegação.

Já o produto não durável é aquele que se acaba com o seu uso. É aquele bem que se extingue ou vai se esgotando com a sua utilização.

Com relação aos serviços, em poucas palavras, Nunes (2011, p. 140) explica sucintamente que serviço é “qualquer atividade fornecida ou, melhor dizendo, prestada no mercado de consumo”.

Essa atividade pode ser entendida como àquela atividade fornecida no mercado de consumo, mediante uma remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Já Cavaliere Filho (2010, p. 70) descreve que os serviços “podem ser de natureza material, financeira ou intelectual, podendo ser prestados por entidades públicas ou privadas, desde que remunerados, seja de forma direta ou indireta”.

Nesse sentido, percebe-se que o conceito de serviço é entendido como toda atividade remunerada colocada à disposição do público no mercado de consumo, com a finalidade de satisfazer uma necessidade humana, desde que esta finalidade não constitua relação trabalhista.

3.4 A Relação Jurídica de Consumo

Ao contrário do que fez o Código de Defesa do Consumidor com os elementos da relação jurídica, como o consumidor, o fornecedor, produtos e serviços, a lei não estabeleceu nenhum conceito legal acerca da relação de consumo, sendo tal conceito suprido pela doutrina.

Sobre tal percepção, Andrade em sua obra, faz menção a excelente explicação do renomado doutrinador Newton de Lucca, descrevendo:

Não me parece que, ao contrário do que ocorreu com o conceito de relação jurídica, tenha se esboçado uma construção científica da relação jurídica de consumo. Poucas são aliás, as noções existentes a respeito dela, conforme iremos verificar.

O próprio Código de Defesa do Consumidor – que tanto se esmerou em fornecer numerosas definições ao longo de seu texto – não se arriscou a ministrá-la, relativamente à relação jurídica de consumo, contentando-se com as noções de consumidor, de fornecedor, de produto e de serviço.

Muitos autores sequer se detiveram numa tentativa de conceituar uma fórmula precisa. Na maioria dos casos, alude-se à relação jurídica de consumo como se tratasse de uma noção absolutamente consabida, sem uma investigação cuidadosa das consequências possíveis de sua adoção. (2006, p. 48)

O legislador achou por bem não definir um conceito próprio à relação de consumo como o fez para os elementos da relação, pois isso poderia gerar problemas de interpretação, podendo até correr o risco de delimitar o termo, ficando a cargo dessa conceituação a doutrina e a jurisprudência.

Andrade (2006, p. 47), em sua opinião, descreve que relação de consumo é a “relação jurídica havida entre consumidor e fornecedor envolvendo a aquisição, por esse último, de qualquer produto ou serviço para consumo final”.

Dessa forma, haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar o consumidor em um dos polos da relação, e do outro lado, o fornecedor,

ambos transacionando produtos e serviços, tendo como finalidade o consumo de bens ou serviços.

Já Savigny *apud* Cavalieri Filho (2010, p. 52-53) relata um conceito clássico sobre relações de consumo, descrevendo que é “[...] um vínculo entre pessoas, em virtude do que uma delas pode pretender algo a que a outra está obrigada, sendo o elemento material a relação social e o elemento formal a norma jurídica incidente”.

Esse vínculo é entendido como um elo que une dois polos distintos, com finalidades diferentes, se encontrando em um dos polos o fornecedor de produtos e serviços, que tem a obrigação de satisfazer uma necessidade privada, e do outro, o consumidor, que se arrisca e se submete ao poder e as condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

Em uma conceituação mais doutrinária, Filomeno *apud* Efig leciona que:

[...] relação de consumo configura-se em relação jurídica por excelência, pressupondo sempre três elementos, quais sejam, dois pólos de interesses (consumidor e fornecedor) e a coisa – objeto desses interesses – que representa o terceiro elemento, e consoante ao CDC, abrange produtos e serviços. (2007, p. 45)

Destarte, a relação jurídica será de consumo quando nos polos figurarem um fornecedor e um consumidor atuando no mercado de consumo, tendo por objeto serviço, produto ou qualquer outra atuação no mercado de consumo.

Em relação a este entendimento, Andrade informa que:

[...] em se tratando de relação de consumo, as regras normativas de outros diplomas legais somente serão aplicadas de forma subsidiária, significando isso dizer que normas jurídicas exógenas ao microsistema só terão aplicabilidade caso inexista norma endógena aplicável. (2006, p. 49)

De acordo com esse conceito, entende-se que a relação jurídica será de consumo quando seus elementos subjetivos e objetivos estiverem presentes, caso em que serão regulados basicamente os preceitos instituídos pelo Código de Defesa do Consumidor.

O Grupo Técnico nº. 07, da Comissão de Comércio do Mercosul, editou a Resolução nº. 123/1996, a qual recomenda o que seria uma relação de consumo, *in verbis*:

Relação de Consumo é vínculo que se estabelece entre o fornecedor que, a título oneroso, fornece um produto ou presta um serviço e quem o adquire ou utiliza como destinatário final.

Equipara-se a esta o fornecimento de produtos e a prestação de serviços a título gratuito, quando se realizem em função de uma eventual relação de consumo.

Essa conceituação editada pela Comissão de Comércio do Mercosul veio com o objetivo de outorgar uma maior segurança na conceituação legal para a relação de consumo, facilitando assim um melhor enquadramento de uma relação jurídica, obedecendo os ditames prescritos no Código de Defesa do Consumidor.

4. O ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A APLICAÇÃO DE SUA INVERSÃO

A relação jurídica processual é caracterizada por uma divergência de interesses, em que uma das partes alega, em juízo, ter direito sobre determinada coisa. Já a outra parte desse mesmo conflito, contrapõe a alegação por meio de sua defesa ou contestação, com a finalidade de anular a pretensão da parte contrária da relação, surgindo assim o litígio.

Entretanto, não basta apenas a parte alegar a pretensão do direito, ela deve provar o que foi alegado através de elementos que comprovem a veracidade de tais afirmações. Ao autor da ação, cabe comprovar através dos pressupostos o nascimento de seu direito. Já do outro lado, estará o réu na incumbência de comprovar que existe algum fato na demanda que impeça, modifique ou extinga o provável direito do autor.

Como já dito anteriormente, essa comprovação fica a cargo da parte que motivou o início ao litígio, sendo tal comprovação realizada através de diferentes formas, sendo essas formas denominadas de provas. Para se inverter o ônus da prova, o julgador tem que analisar se são verossímeis as alegações do autor e se o mesmo se encontra na condição de hipossuficiência na relação de consumo.

Tendo em visto o legislador não ter deixado plenamente explícito na lei do consumidor em qual momento processual poderia ser invertido o ônus probatório, criou-se uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno do tema em análise.

4.1 Ônus da Prova: Conceitos e Distinções

O ônus de prova é um termo utilizado no direito para atribuir a um sujeito a responsabilidade de provar a pretensão de um direito por ele suscitado em uma demanda judicial. Essas alegações precisam de sustentação, para ser levadas em consideração.

Wambier et al. com maestria conceitua o ônus:

O ônus consiste na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito. Ou seja, prescreve-se ao onerado uma conduta a adotar, pela qual ele poderá obter uma vantagem ou impedir uma situação que lhe seja desfavorável". (2007, p. 415).

Na relação jurídica de consumo, sabe-se que o autor da demanda é sempre a parte que, de alguma forma, fora prejudicada na relação de consumo. O encargo do ônus de provar o que está sendo alegado é um benefício em favor do próprio autor da demanda, tanto do ponto de vista se favorecer na resolução do litígio, quanto de se livrar de uma situação cuja não é de sua responsabilidade.

Rocha (2009, p. 233) leciona que o ônus "deve ser entendido como a necessidade de ter uma conduta no próprio interesse, enquanto o dever importa conduta no interesse de outrem, nisso consistindo a diferença entre ônus e dever ou obrigação".

Nesse sentido, entende-se por ônus como se ocorresse uma subordinação de um interesse próprio sob outro interesse também próprio. Contudo, a obrigação é a subordinação de um interesse próprio sob outro interesse alheio. Didier et al. (2012. P. 76) de forma sintética, leciona que ônus "[...] é o encargo atribuído à parte e jamais a uma obrigação".

A obrigação requer que uma das partes tome uma determinada conduta, cujo cumprimento desta conduta, beneficie à parte contrária da relação jurídica. Se

caso esta obrigação não seja cumprida, poderá a parte incumbida de cumprir a obrigação ser coagida a cumpri-la contra a sua vontade. Já com relação ao ônus, se a parte deixar de fazer, ele mesmo sofrerá as consequências em função do seu descumprimento.

Com relação a essa explicação, Rocha (2009, p. 233) de forma sublime explica que “a não-observância do ônus não implica ilicitude, senão perda da vantagem que se obteria com seu cumprimento, ao passo que a não-satisfação do dever constitui ilícito, porque prejudica o terceiro em favor de quem existe o dever.”

Desse modo, quem tem o dever de cumprir determinada obrigação, pode estar sujeito a sofrer sanções de qualquer sentido, podendo ser até mesmo forçada a cumprir o objeto da obrigação. Já em relação ao ônus, o seu não cumprimento não significa um cometimento de ilícito, mas ocasiona apenas prejuízo a uma vantagem a que se tinha um pretense direito.

Arruda Alvim (2005, p. 408) descreve que existe “[...] outra distinção importante que cabe fazer entre ônus e obrigação é a circunstância de esta última ter um valor e poder, assim, ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus”. No exemplo explicado pelo autor, a diferença diz respeito a uma obrigação referente a uma ideia de valor ou poder, entendida como cunho financeiro. Já o ônus, diz respeito à capacidade que uma pessoa tem para se realizar alguma coisa.

Arruda Alvim (2005, p. 408) ainda em sua obra trás a figura do dever, descrevendo que “há, ainda, uma terceira figura, a do dever (stricto sensu). Além de não ser conversível em pecúnia, tem como característica básica a ‘perpetuidade’, ao contrário do ônus e da obrigação que se esgotam com o seu cumprimento”.

Destarte, sempre que a norma jurídica impõe um dever a alguém, em verdade está obrigando ao cumprimento, o que gera ao polo oposto da relação jurídica o direito de exigir o comportamento do obrigado. Com relação ao ônus, nada disso ocorre, o que implica tão somente em uma consequência processual no caso de descumprimento. Todavia, Wambier et al. descreve a figura do dever, fazendo uma distinção entre o ônus e o dever:

O ônus e o dever são figuras jurídicas distintas em pelo menos dois aspectos: (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus é estabelecido no interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de uma situação melhor. (2007, p. 415)

Nesse sentido, observa que o ônus e a obrigação são institutos distintos. A parte que fizer determinada coisa cuja era de sua obrigação, o beneficiário desse cumprimento será a parte contrária da relação, e caso não cumpra essa obrigação, poderá a parte ser impelida a cumprir essa obrigação coercitivamente. Já com relação ao ônus, o interesse é da própria pessoa, e o seu cumprimento reverte em benefício dela mesma.

4.2 A Distribuição do Ônus da Prova entre as Partes

O ônus de provar o que está sendo alegado fica a cargo de cada uma das partes, conforme a distribuição do encargo probatório, para depois servir de auxílio ao magistrado no momento de proferir a sentença, de acordo com o rito processual. Em consonância, Cintra et al. (2008, p. 376) descreve que o ônus da prova “[...] consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa”.

Contudo, Wambier et al. (2007, p. 415) conceitua que o ônus da prova é “[...] a atribuição, à parte, da incumbência de comprovar determinados fatos que lhe são favoráveis no processo”. Nesse sentido, ônus é o encargo imputado ao seu titular de provar a veracidade do que está sendo alegado.

Com relação a distribuição do ônus da prova, Cintra et al. (2008, p. 376) descreve que “[...] uma vez produzida a prova, torna-se irrelevante indagar quem a produziu, sendo importante apenas verificar se os fatos relevantes foram cumpridamente provados”.

Nesse entendimento, o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Quando os fatos forem provados, o juiz tão somente os adequará o caso à norma jurídica pertinente. Mas quando no caso não

há provas suficientes, é necessário o magistrado chegar à solução da demanda através de critérios estabelecidos no sistema processual.

O Juiz não pode se eximir de decidir a lide com base apenas que não conseguiu formar o seu convencimento sobre os fatos expostos no caso. Em dado momento, o processo tem que chegar ao seu fim, tendo o magistrado ter que sentenciar, mesmo não tendo formado o seu convencimento.

Devido a essas situações que a lei fixou regras sobre a distribuição do ônus da prova. Essas regras servem para nortear a atividade do julgador, sistematizando o procedimento probatório com intuito de evitar que sejam realizadas diligências desnecessárias e indesejáveis.

O art. 333, do Código de Processo Civil, descreve a incumbência do ônus da prova, *in verbis*:

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

Com relação ao dispositivo processual, Wambier et al. leciona o seguinte:

É que o Código de Processo Civil, no art. 333, distribui o ônus da prova conforme a posição processual que a parte assume. Se ela está no polo ativo, compete-lhe provar apenas o fato constitutivo de seu pretense direito. Se no polo passivo, somente lhe caberá provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor. Não recai ônus da prova sobre o réu quando ele não alega fato modificativo, impeditivo ou extintivo, mas apenas nega o fato constitutivo do direito alegado pelo autor. (2007, p. 416)

Como se pode verificar no dispositivo processual, cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu, os fatos que possa impedir, modificar ou extinguir tal direito. É através do ônus da prova que surgem os elementos necessários ao convencimento do juiz, na resolução da lide a favor de quem lhe aprouver.

Quanto aos fatos constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo de direito, cabe trazer ao conhecimento os ensinamentos de Wambier et al., que em sua obra descrevem o seguinte:

Fato constitutivo é aquele que tem o condão de gerar o direito postulado pelo autor e que, se demonstrado, leva à procedência do pedido. Fato impeditivo, modificativo ou extintivo é todo aquele que leva ao não reconhecimento do direito alegado pelo autor. Impeditivo, porque obsta um ou alguns dos efeitos que naturalmente ocorreriam da relação jurídica. Modificativo, porque implica a alteração (diminuição ou mudança de natureza) do direito que derivaria do fato constitutivo. Extintivo, porque fulminam no todo o direito invocado pelo autor, fazendo cessar a relação jurídica original. (2007, p. 416)

Nesse entendimento, quando o réu apenas nega a versão apresentada pelo autor em relação ao fato, o encargo de provar a veracidade das alegações cabe somente ao autor, pois conforme preceitua o inciso I, do art. 333, do CPC, o ônus de comprovar o fato constitutivo de direito pertence ao autor da demanda.

No entanto, quando o réu contesta a versão aduzida pelo autor, demonstrando fatos capazes de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor, o encargo do ônus da prova passa a ser do réu, cabendo ao mesmo demonstrar a veracidade de tais fatos, pois, afinal, é de seu interesse que o direito alegado pelo autor não seja reconhecido.

Desta forma, o magistrado não tem uma plena liberdade no momento de julgar a lide, pois o ordenamento brasileiro adota o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, pelo qual o magistrado é livre na formação da sua convicção de acordo com as provas colhidas na instrução processual, devendo construir a sua decisão motivada nas provas existentes nos autos.

Assim é o que estabelece o art. 131, do Código de Processo Civil, descrevendo que “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”.

O julgamento deve ser de acordo com o que está contido no processo, sendo o magistrado livre para apreciar as provas, mas sempre motivando, de forma fundamentada, o processo de construção da sua convicção, para, assim, evitar que essas decisões sejam arbitrárias.

A lei processual ainda permite a utilização de todos os meios legais de prova, sendo esses meios já explicados anteriormente. Com relação às provas obtidas por meio ilícito, a Constituição Federal de 1988, proíbe a utilização desse tipo de prova, descrevendo em seu inc. LVI, do art. 5º, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O objetivo dessa proibição é de proteger, no momento da busca de uma prova, a violação de alguns direitos materiais insculpidos na lei máxima, tais como a inviolabilidade da intimidade, o direito de imagem, de domicílio, de liberdade, entre outros expressos no art. 5º, da norma constitucional. Grinover, com relação ao seu entendimento sobre prova ilícita, se posiciona afirmando que :

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

Todavia, por se tratar de um direito constitucional fundamental e, portanto, equivalente a princípio jurídico, a proibição da utilização das provas obtidas de forma ilícita no processo, em determinados casos, deve se curvar diante do conflito com outros princípios igualmente valorados.

Quando há um conflito entre dois ou mais princípios, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade de acordo com o caso concreto, com a finalidade de dar precedência àquele princípio que se apresente de forma mais valorosa com relação aos outros princípios. Não significa dizer que os outros princípios percam a validade perante o princípio mais relevante, pois os mesmos continuam válidos, só que no caso concreto, esses princípios cedem diante de outro princípio por ter menor peso de valoração.

Com relação à aceitação da prova ilícita no processo, Wambier et al., de forma magnífica explica:

Sempre que a prova for obtida pro meio ilícito, deve ser tratada com reservas. Mas se o direito em debate for relevante, envolvendo questões de alta carga valorativa, é admissível reconhecer-se eficácia a tal prova. Pode-se exemplificar essas duas situações com temas costumeiros em direito de família. A conversa telefônica clandestina não serve de prova na separação judicial, mas sim, eventualmente, para a disputa sobre a guarda de filhos. (2007, p. 418)

O autor descreve que a prova concebida por meio ilícito não pode ser descartada de imediato. Ela deverá ser previamente analisada para verificar se merece aceitabilidade no processo. Assim, a prova ilícita, dependendo da relevância

do objetivo para a qual fora concebida, como também de seu valor probatório, poderá ser admitida.

4.3 A inversão do ônus da prova nas relações de consumo

No processo civil, como já explicado anteriormente, cada uma das partes da relação jurídica tem o ônus de provar as suas alegações através de pressupostos fáticos do direito pretendido, para que o magistrado, convicto dessas alegações, atue na solução do litígio. Ao autor cabe demonstrar os pressupostos que façam nascer o seu direito, ao passo que ao réu incumbe comprovar a existência de algum fato que impeça, modifique ou extinga o pretense direito do autor.

Essa distribuição do ônus probatório servirá de auxílio ao magistrado na prolação de sua sentença, não podendo o julgador se abster de julgar por insuficiência de provas, quando houver fatos apresentados, mas não comprovados pelas partes. Dessa maneira, o magistrado identificará, de acordo com o caso concreto, a quem incumbe o ônus da prova.

O ônus probatório no processo judicial sempre gerou divergências por parte da doutrina e jurisprudência. Com a instituição da lei que trata do ramo do direito do consumidor, os embates dessas divergências se intensificaram, devido à referida lei ter um caráter protetivo e principiológico, centrando-se essa discussão acerca do direito básico à inversão do ônus da prova, previsto no art. 6º, inc. VIII, especificamente nas hipóteses de cabimento e nos momentos processuais adequados em que será executada a inversão do *onus probandi*.

O art. 6º, inc. VIII, da lei consumerista, cuja finalidade é de garantir e assegurar o equilíbrio das relações de consumo e garantir uma prestação jurisdicional justa, trata o seguinte:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

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

O instituto da inversão do *onus probandi* fora criado com o objetivo de facilitar a efetivação dos direitos do consumidor em juízo, sendo a inversão materializada quando forem detectados requisitos legais, que é a verossimilhança da alegação ou a condição de hipossuficiência do consumidor, como medida de igualdade processual.

Contudo, diante da latente desigualdade entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços, o ônus probatório deve ser invertido em favor da parte mais vulnerável da relação consumerista, a fim de igualar as partes, em reverência ao princípio da isonomia e também por ser a lei do consumidor uma norma de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição Federal e do art. 48 de suas Disposições Transitórias, conforme prescrito no art. 1º, do CDC, facilitando, pois, a defesa dos direitos do consumidor em juízo.

É cediço que os dois polos da relação de consumo, consumidor e fornecedor, são compostos por partes desiguais. O fornecedor é detentor do conhecimento técnico especializado do processo de produção e fabricação de produtos, como também tem um poder econômico superior ao consumidor.

Gonçalves (2010, p. 30) descreve que “[...] o consumidor é a parte vulnerável das relações de consumo [...]”. A vulnerabilidade do consumidor é evidente, devido a sua falta de conhecimento técnico ou até mesmo pela ignorância por falta de informação, o que o prejudica no momento de provar qualquer vício ou defeito no produto adquirido, deixando-o em desvantagem na relação de consumo. Nesse sentido, Cavalieri Filho explana que:

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

A inversão do *onus probandi* como um direito básico do consumidor não ofende de maneira alguma a igualdade entre as partes. Pelo contrário, a inversão do

ônus probatório é um instrumento processual cuja finalidade é de impedir o desequilíbrio da relação jurídica.

A sua previsão amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais (consumidor e fornecedor), sendo essa desigualdade reconhecida pela própria lei consumerista.

Seguindo este entendimento, Montenegro Filho explica que:

A regra da inversão do ônus da prova não infringe o princípio da isonomia processual, visto que trata desigualmente pessoas que se encontram em situações (técnica ou financeira) também desiguais, uma em posição privilegiada, se comparada à da outra. O princípio constitucional da isonomia exige o tratamento igualitário de pessoas que se encontram igualmente situadas na relação processual. (2008, p. 458)

Nessa mesma linha, o egrégio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou quanto a não violação do princípio da isonomia:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISPENSA DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PELO MENOS HÁ UM ANO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA. [...] A regra contida no art. 6º/VII do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se.[...] Recurso não conhecido. (REsp 140097/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2000, DJ 11/09/2000, p. 252)

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Prova. Inversão do ônus da prova. Perícia. Honorários. Construção civil. SFH. - O CDC assegura ao consumidor hipossuficiente o direito de exercer sua defesa em juízo. As regras legais que procuram efetivar esse princípio não criam privilégio a seu favor, apenas procuram estabelecer alguma igualdade entre as partes. [...] Recurso conhecido e provido em parte. (REsp 347632/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2003, DJ 01/09/2003, p. 291)

Com os referidos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, percebe-se claramente que legislador efetivou o princípio constitucional da isonomia, no momento em que o mesmo incluiu a inversão do ônus da prova, dentro dos direitos básicos do consumidor. Com a inclusão, o legislador buscou o equilíbrio processual entre partes naturalmente desiguais, respeitando assim princípio da isonomia.

A inversão do ônus da prova é um direito conferido ao consumidor, e a sua aplicação fica a critério do juiz, desde que seja verossímil a alegação do consumidor, ou quando este for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Dessa forma, quando estiver “Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova”. (NUNES, 2011, p. 841)

Nesse mesma interpretação, concorda Didier et al. asseverando:

Em ambos os casos, a inversão é sempre um critério do juiz, que deverá considerar as peculiaridades de cada caso concreto. Aqui, a inversão se opera *ope iudicis*, cabendo ao magistrado verificar se estão presentes os pressupostos legais necessários para que a determine. Mas basta que um dos pressupostos esteja presente, tendo em vista que o próprio legislador colocou entre eles a conjunção alternativa “ou”. Não são pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos.

Com relação a esse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já tem se posicionado:

Serviços de mecânica. Código de Defesa do Consumidor. Artigos 6º, VI, e 39, VI. Precedentes. 1. A inversão do ônus da prova, como já decidiu a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências' (art. 6º, VIII). [...] 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp 332869/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 184)

Em sentido contrário ao exposto, Cavalieri Filho entende que quando for constatada a verossimilhança das alegações, dispensa-se qualquer outro requisito, o que não ocorre nas hipóteses de hipossuficiência, entendendo o respeitável jurista que a hipossuficiência deve vir acompanhada da aceitabilidade das alegações, ou seja, da verossimilhança em si, pois seria desproporcional a inversão do ônus da prova diante de uma alegação sem a menor probabilidade de ser verdadeira, apenas pela constatação da hipossuficiência do consumidor (2010).

Nessa acepção, seria necessário que ambos os requisitos estejam presentes no caso concreto para que ocorra a inversão, ainda que a lei utilize a conjunção “ou”, dada a fragilidade dos requisitos quando são analisados separadamente, sendo este um entendimento doutrinário minoritário.

A lei consumerista não instituiu que a inversão do ônus probatório seria estabelecida através de uma faculdade do magistrado, nem tampouco seria pelo

poder discricionário, ou até mesmo de forma automática. A sua aplicação ficou a “critério do juiz”, o que significa dizer que “o juiz verificará no caso concreto a existência dos requisitos para a inversão do ônus probatório”. (ANDRADE, 2006, p. 513)

O Superior Tribunal de Justiça vem mantendo o mesmo entendimento em seus julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO-DENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS. [...] 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstância concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da "facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. [...] 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 122505/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/1998, DJ 24/08/1998, p. 71)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. ART. 130 DO CPC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. [...] 3. A inversão do ônus da prova se submete ao critério do julgador mediante análise das circunstâncias fáticas, cujo reexame é vedado em sede especial. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1295342/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 26/03/2013)

Se os pressupostos da inversão do ônus da prova não forem identificados no processo, o juiz não poderá inverter o *onus probandi* em favor do consumidor. Nesse sentido, adverte Theodoro Júnior:

Sem basear-se na verossimilhança das alegações do consumidor ou na sua hipossuficiência, a faculdade judicial não poder ser manejada em favor do consumidor, sob pena de configurar-se ato abusivo, com quebra do devido processo legal. (2009, p. 214)

Desse modo, para que ocorra a inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII, do art. 6º, da lei do consumidor, basta que esteja configurado, no caso concreto, um dos requisitos legais, que é a verossimilhança das alegações feitas pelo consumidor ou a sua condição de hipossuficiência perante a relação de consumo.

Para Theodoro Júnior (2009, p. 215), a verossimilhança é o “juízo de probabilidade extraída de material probatório de feito indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor”.

A verossimilhança significa a razoabilidade das alegações trazidas em juízo com coerência lógica dos fatos, de forma que não deixem dúvidas acerca de sua veracidade. Nesse mesmo sentido, Nunes (2011, p. 841) descreve que “é necessário que da narrativa decorra verossimilhança tal que naquele momento da leitura se possa aferir, desde logo, forte conteúdo persuasivo”.

As alegações trazidas na inicial pelo autor tem que estar alicerçadas na realidade dos fatos. Nas alegações, o autor tem que demonstrar o mínimo de verossimilhança em relação a realidade em questão. Andrade (2006, p. 514), sucintamente explica que alegação verossímil é “a que parece ser verdadeira ou plausível de ser verdadeira”.

Isto não quer dizer que as alegações devam vir já provadas desde a sua apresentação, mas que elas estejam, no mínimo, revestidas de um aspecto de verdade, com indícios mínimos de veracidade do que está sendo alegado.

Com relação à hipossuficiência do consumidor, Nunes descreve que:

[...] 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, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc. (2011, p. 482).

A hipossuficiência não está ligada a condição financeira ou situação econômica do consumidor, mas sim de vulnerabilidade com relação à falta de informação ou conhecimento técnico do produto, não podendo assim “[...] confundir hipossuficiência econômica com hipossuficiência tecnológica e de informação”. (ANDRADE, 2006, p. 516).

Nunes explica de forma clara que:

[...] o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais “pobre”. Ou, em outras palavras, não é por ser “pobre” que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material. (2011, p. 842)

Desta forma, ao analisar a situação caso e constatando que se encontra presente qualquer um dos requisitos legais para a inversão do ônus probatório (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), o magistrado, segundo as suas regras de experiência, determinará a sua inversão em favor do consumidor, tirando deste o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, transferindo ao fornecedor o ônus de produzir a contraprova do alegado pelo consumidor.

Essas regras de experiência são juízos de valor baseado no que ordinariamente acontece. O termo “segundo as regras ordinárias de experiências”, prescrito no inciso VIII, do art. 6º, do Código de Consumidor, significa dizer que o magistrado se utiliza da experiência adquirida pela sua formação profissional e de seu prudente arbítrio, para observar o fato em questão, levando em consideração o que ordinariamente acontece, para assim chegar à presunção da verdade.

4.4 O momento processual da inversão do ônus da prova e o Código de Defesa do Consumidor

De acordo com o que foi explicado anteriormente, chega-se a conclusão de que o magistrado quando for analisar a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, o fará segundo as regras ordinárias de experiências, de acordo com o caso concreto. Quando verificado que estão presentes um ou dois dos requisitos, o julgador inverterá o *onus probandi* em favor do consumidor.

Tendo em vista que a lei consumerista não deixou plenamente determinado em qual fase processual seria invertido o ônus probatório, criou-se uma polêmica acerca do tema em questão. Essa controvérsia gira em torno do momento adequado para o magistrado decidir a respeito da inversão.

Esse questionamento tem sido alvo de discussão e serve de problemática para o presente estudo. Há muitas discussões sobre o tema. Tendo em vista o legislador não ter estabelecido o momento processual adequado para inverter o

ônus da prova, a doutrina e jurisprudência se encarregaram de formular teorias na tentativa de achar uma solução pacífica quanto esta divergência.

A resolução pacífica em relação a essa problemática ainda não ocorreu, mas vem evoluindo, pois existem projetos de lei tramitando no Congresso Nacional Brasileiro com intuito de solucionar em definitivo, esta divergência.

Partindo deste questionamento, existem três correntes doutrinárias que debatem sobre o tema: a primeira corrente entende que a aplicação da inversão do ônus da prova deve ser realizada logo no despacho inicial; a segunda corrente discorre que tal inversão se dará no momento em que for proferida a sentença e a terceira se posiciona pela aplicação da inversão do ônus probatório deve anteceder o início da instrução, ou seja, será na fase de saneamento do processo.

A partir de agora, parte-se para uma análise detalhada de cada uma das teorias acima referenciadas, para, ao final, após ser demonstrado as vantagens e desvantagens de cada uma, chegar a conclusão sobre qual teoria acolhe de forma satisfatória aos princípios processuais constitucionais norteadores do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

4.4.1 No Despacho Inicial

Na primeira corrente, sendo esta a minoritária, se baseia na ideia de que a aplicação da inversão do ônus da prova deve ser realizada logo no despacho inicial. Poucos são os doutrinadores que saem em defesa desta corrente, sendo uma delas, a jurista Tânia Nogueira, que em sua obra, doutrina que:

O autor consumidor deverá na inicial requerer a inversão do ônus, e desta forma o juiz deverá se manifestar sobre a questão no ato do primeiro despacho, que não se trata de mero despacho determinante da citação, mas de decisão de decisão interlocutório, passível de recurso de agravo. (1994, p. 59)

De acordo com o entendimento da jurista, o magistrado, com base nos elementos probatórios carreados pelo autor na peça inicial, deverá deferir a inversão

do ônus da prova já no próprio despacho inicial, aconselhando as partes quanto ao encargo probatório que deverão se desobrigar na fase de instrução.

Ocorre que esse despacho não seria apenas citatório, mas uma decisão interlocutória. Dessa decisão interlocutória, em caso de denegação, caberia agravo de instrumento, conforme nova redação do art. 522, do Código de Processo Civil, dada pela Lei 11.187/2005:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

No entanto, o autor ao impetrar a ação, logo de início, deverá solicitar a inversão do ônus probatório, devendo o magistrado decidir se caberá a inversão logo no despacho inicial. Após receber a inicial, o magistrado a examinará e verificará se um ou os dois requisitos que dão origem a inversão do *onus probandi* estariam presentes.

Se caso os requisitos estiverem presentes, o julgador determinaria a inversão e ordenaria a citação do réu, com a finalidade de o mesmo efetivar o contraditório e a ampla defesa, advertindo-o de seu ônus de se desobrigar das alegações imputadas pelo autor.

A autora Sônia Mello também defende esta mesma corrente, que, de acordo com o exposto, leciona o seguinte:

[...] é no início do processo que deverá o juiz decidir sobre a aplicação ou não deste benefício do consumidor, de ofício ou a requerimento da parte, sempre dando ciência ao réu, o fornecedor, para que este não sofra de cerceamento de defesa. (1998, p. 121)

Contudo, muitos doutrinadores censuram o entendimento desta corrente. Theodoro Júnior (2009, p. 222) critica essa teoria afirmando que a sua posição é extremada e injustificada, pois “antes da contestação, nem mesmo se sabe quais fatos serão controvertidos e terão, por isso, de se submeter à prova”.

Com esta afirmação, é evidente que só com a contestação é que se poderá aferir se existe ou não, entre as partes, qualquer divergência quanto ao fato alegado na inicial. Outra crítica relevante feita sobre este posicionamento é a de

Moreira, que também se contrapõe a essa teoria afirmando que quando for necessária, a inversão deverá ser ordenada, mas se por algum motivo o fato restar incontroverso, não haverá a necessidade da inversão, pois é somente com a contestação que se pode reconhecer que existe discordância nas versões apresentadas pelas partes e em relação ao fato. (1997)

No mesmo sentido, Araújo Filho critica este posicionamento que entende que posição de inverter o ônus da prova no despacho inicial se mostra precipitada, pois neste momento ainda não era possível saber quais fatos se tornariam controvertidos, tendo em vista o réu ainda não ter apresentado a sua contestação. (2009)

Assim, como o magistrado ainda não conhece os pontos em desarmonia no processo, tal entendimento não poderia ser acolhido, pois tais pontos só iriam ser concretizados quando o réu apresentasse as suas alegações, o que lhe impossibilita um juízo de valor sobre a questão.

Também com relação ao entendimento adotado por essa corrente, Montenegro Filho (2008, p. 458) adverte que “[...] a inversão sem a demonstração da hipossuficiência da parte autora ou da verossimilhança da alegação por ela sustentada é medida manifestamente ilegal”.

Percebe-se claramente que decisão de inverter o encargo probatório no despacho inicial é um pouco prematura, pois neste momento, não há, sequer, qualquer manifestação do demandado, estando ainda desconhecidos os pontos controvertidos do processo sobre os quais recairá a atividade probatória das partes.

Quando a análise e a inversão são realizadas no início do feito, é impossível prever a dimensão da resposta do demandado e, por conseguinte, o objeto da controvérsia. Quando isso ocorre, provoca uma situação de desequilíbrio na relação jurídica, pois favorece um dos litigantes, que no caso é o produtor ou fornecedor, em detrimento justamente daquele que a lei consumerista quis proteger, que é o consumidor, chegando ao ponto de ferir o princípio da isonomia tratado nas relações de consumo.

Com essas explicações, vê-se que essa teoria tem muito mais críticas do que posicionamento favoráveis, e é uma teoria sem muita credibilidade, pois não há precedentes jurisprudenciais conhecidos que tenham acolhido tal entendimento. Razão pela qual, passa-se a analisar a outra teoria que trata do momento adequado

para a inversão do ônus da prova, que defende que a inversão ocorrerá no momento da sentença.

4.4.2 Na Sentença

A segunda corrente se posiciona pela aplicação da norma prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC, deve somente ocorrer na ocasião em que for proferida a sentença. Cecília Matos, em defesa a esta corrente, descreve categoricamente o seguinte:

“[...] a posição de que o momento processual para a análise da necessidade da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova e sua inversão é por ocasião do julgamento da demanda e jamais quando do recebimento da petição inicial, na decisão saneadora ou no curso da instrução probatória.” (1994, p. 167)

Esta corrente vinha prevalecendo nos tribunais superiores brasileiros, tendo como fundamento a premissa de que as regras sobre ônus da prova têm um caráter objetivo, o que serve de instrumento ao magistrado na prolação da sentença. Didier et al. (2012, p. 77) descreve que o ônus objetivo “é regra de julgamento dirigida ao órgão jurisdicional em caso de insuficiência das provas produzidas – o último refúgio para evitar o *non liquet*”.

Nas situações em que o conjunto probatório esteja insuficiente de provas para demonstrar a veracidade das alegações das partes, o magistrado deve se socorrer as referidas regras de julgamento com a finalidade de dar uma solução à lide, em razão da proibição do *non liquet*.

O jurista Watanabe também é um defensor desta teoria, o qual descreve que:

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

Ademais, essa teoria considera que a inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento e não de procedimento. Seguindo este pensamento, a aplicação da inversão do *onus probandi* é no momento da sentença, após o magistrado analisar as qualidades das provas obtidas, constatando se existe alguma fenda na atividade probatória das partes que conduzem à dúvida.

Concordando com o exposto supracitado e em defesa a esta corrente, Lopes (2002, p. 51) afirma que “o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente”.

Também em defesa a esta corrente, Cavalieri Filho comunga com este mesmo pensamento:

Temos assim como correta a posição daqueles que entendem ser o momento da sentença o mais adequado à inversão do ônus da prova. Tal critério, além de aplicável em qualquer tipo de procedimento – ordinário, especial, sumário e juizados especiais -, coloca em destaque a verdadeira natureza das regras de distribuição do ônus da prova – são regras de julgamento e não de procedimento. (2010, p. 328)

No entanto, ocorrem algumas críticas a esta corrente, sendo uma delas a de Didier et al. (2012, p. 88), a qual descreve que “reservar a inversão do ônus da prova ao momento da sentença representa uma ruptura com o sistema do *devido processo legal*, ofendendo a garantia do contraditório.”

Dessa maneira, se a inversão da prova for concedida no momento em que ocorrer a sentença, a parte que ficou na incumbência de provar, no caso o réu, ficou prejudicada, pois já se encerrou a fase de instrução. Situação essa que fere não apenas o contraditório, mas fere também a ampla defesa e o devido processo legal, tendo em vista que o réu não terá mais a possibilidade de controverter as afirmações dadas pelo autor da demanda.

Theodoro Júnior também é contra ao posicionamento adotado por essa teoria, o qual descreve que:

No momento da sentença, a inversão seria medida tardia, porque já encerrada a atividade instrutória. É certo que a boa doutrina entende que as regras sobre o ônus da prova se impõem para solucionar questões examináveis no momento de sentenciar. Mas, 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. (2009, p. 222)

Nesse sentido, o argumento de que se a inversão for somente decretada na sentença, estará prejudicando a parte contra quem o ônus fora invertido, pois àquela parte não terá mais a oportunidade de se desincumbir de tal encargo, tendo em vista que já se exauriu a fase instrutória, o que prejudica a produção de mais provas.

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

Corroborando com esse entendimento, Andrade leciona:

O CDC não define o momento em que o juiz deve declarar a inversão do ônus da prova, portanto, poderá ser feita até a prolação da sentença, devendo o juiz cientificar a parte contrária de tal inversão, pois o fornecedor não pode ser surpreendido com a decisão de inversão sem que tenha tido tempo de produzir, ou seja, o fornecedor tem de ser cientificado de que terá um ônus que ordinariamente não lhe competiria, mas ao consumidor. (2006, p. 516)

Desta forma, o magistrado deve oportunizar à parte em desfavor de quem foi decretada a inversão probatória, a possibilidade de produzir a contraprova com a finalidade de desconstituir as alegações apresentadas na inicial.

Andrade ainda orienta descrevendo:

O que o juiz não pode fazer é declarar na sentença que inverteu o ônus da prova e julgar a demanda contra o fornecedor sem lhe outorgar a oportunidade de produzir a prova cujo ônus não lhe competia, pois se isso ocorrer estaremos diante de flagrante caso de cerceamento de defesa. (2006, p. 517)

Assim, a norma deve ser vista sob a luz da CF, de forma a assegurar a efetividade dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não podendo fechar os olhos quando alguns desses princípios forem cerceados.

No mesmo entendimento, Gidi descreve que:

[..] se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia. (1995, p. 38)

Apesar das críticas à teoria da aplicação da inversão probatória no momento da sentença, o Superior Tribunal de Justiça vinha aplicando nesse sentido, conforme julgados abaixo transcritos:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA – SIMILITUDE FÁTICA – INEXISTÊNCIA. [...] III - A inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do artigo 6.º da Lei n.º 8.078/90 não é obrigatória, mas regra de julgamento, ope judicis, desde que o consumidor seja hipossuficiente ou seja verossímil sua alegação. Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia. (REsp 241831/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2002, DJ 03/02/2003, p. 314)

Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. inversão do ônus da prova em favor do consumidor. regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6.º, VIII, do CDC. - Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória. Recurso especial não conhecido. (REsp 422.778/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 220)

O Superior Tribunal de Justiça vinha mantendo os seus julgados no sentido de considerar a regra da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC, como regra de julgamento, com aplicabilidade, portanto, no momento em que for proferida a sentença.

No entanto, em razão da modernização do direito processual, essa linha de pensamento vem perdendo força gradativamente, tanto é que o próprio Tribunal

Superior já se posicionou em contrário aos seus julgados anteriores, como se pode ver a seguir:

RECURSO ESPECIAL. CDC. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ENUNCIADO N. 297 DA SÚMULA DO STJ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC). MOMENTO PROCESSUAL. FASE INSTRUTÓRIA. POSSIBILIDADE. [...] 2. O Tribunal de origem determinou, porém, que a inversão fosse apreciada somente na sentença, porquanto consubstanciaria verdadeira "regra de julgamento". 3. Mesmo que controverso o tema, dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória - momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes -, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal, conforme precedentes. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, provido. (REsp 662.608/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 242)

Não só a Corte Superior vem se posicionando desta forma, as Cortes Estaduais também vêm se alinhando ao mesmo sentido, a exemplo dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Rio Grande do Sul, proferindo decisão com a mesma acepção:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL -INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA –DANO MORAL - INSCRIÇÃO NO SERASA - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA - FALSIFICAÇÃO - NOTA PROMISSÓRIA. I - Apesar de não previsto no Código de Defesa do Consumidor, prevalece o entendimento de que o decreto de inversão do ônus da prova deve anteceder a sentença, para não surpreender a parte e permitir a produção das provas que entende necessárias para refutar as alegações do demandante. [...] IV - Recurso conhecido e parcialmente provido. Unânime. (Acórdão n.215875, 20000110168685APC, Relator: HAYDEVALDA SAMPAIO, Revisor: DÁCIO VIEIRA, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/04/2005, Publicado no DJU SECAO 3: 16/06/2005. Pág.: 65)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. REVISIONAL DE CONTRATO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE PROCEDIMENTO. A Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) é aplicável aos contratos bancários. Súmula n. 297 do STJ. De regra, o momento processual adequado à análise da inversão do ônus probatório é aquele anterior à prolação da sentença, sob pena de surpreender as partes, em afronta ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.” (Agravado de Instrumento Nº 70033466160, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em 31/03/2010)

Como se pode perceber, a jurisprudência brasileira vem mudando aos poucos, o seu posicionamento no que diz respeito ao momento processual adequado para a inversão do encargo probatório nas relações de consumo,

deixando de lado o seu posicionamento clássico para assumir um posicionamento mais atual.

Assim, passa-se agora a analisar terceira corrente, a qual entende o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova é na fase do despacho saneador, período este anterior ao início da instrução.

4.4.3 No Despacho Saneador

Passa-se agora a analisar a terceira e última corrente que entende que o momento processual oportuno para a inversão do ônus da prova será o instante anterior ao início da instrução, que é no despacho saneador. Em defesa a esta corrente, tem-se o Araújo Filho (2009, p. 23) descrevendo que “[...] deverá o juiz inverter o ônus da prova, no procedimento ordinário, na fase de saneamento do processo”.

Moreira, também em defesa a esta corrente, aduz que quando não houver a inversão do ônus da prova, prevalecem as regras previstas no art. 333, do CPC, que atribui ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu, prova a existência de fato que impeça, modifique ou extinga o direito pretendido pelo autor.

Com a decretação da inversão, será oportunizado ao réu a possibilidade de produzir prova contra fato, cujo a obrigação não era inicialmente de sua incumbência, sendo o momento adequado para tanto, o que antecede o início da instrução. (1997)

Dessa forma, entende-se que o momento adequado para a inversão do ônus probatório deve anteceder ao início da instrução, na fase de saneamento, pois neste momento, o magistrado fixaria os pontos controvertidos presentes nas alegações expostas na inicial e na defesa do réu, verificaria se estavam presentes os pressupostos da inversão, e aplicaria ou não a inversão. Dessa forma, o juiz estabelecerá as provas necessárias ao deslinde do litígio.

Nesse posicionamento, Moreira descreve o seguinte:

“[...] como a inversão do ônus probatório, prevista no Código de Defesa do Consumidor, se dará com maior freqüência naqueles casos em que a prova técnica se faz imprescindível, segue-se que o juiz, ao indicar os “pontos controvertidos”, deverá, também se a hipótese comportar a medida, promover a inversão, da qual as partes serão intimadas na própria audiência de conciliação. Assim, já no início da fase instrutória saberão as partes não só quais são os fatos sobre os quais recairá a prova, mas também a qual delas toca o respectivo ônus. Preserva-se, com isso, a garantia constitucional da ampla defesa.” (1997, p. 147)

Destarte, o magistrado, quando da fase de saneamento e após verificar a presença de algum dos requisitos da inversão do encargo probatório, deverá citar as partes que está invertendo o ônus da prova, para que elas se organizem da melhor forma para o início da fase de instrução, de acordo com a incumbência probatória de cada uma.

Coadunando com o posicionamento dessa teoria, Nunes descreve que:

[...] o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento. (2011, p. 845)

Dessa forma, percebe-se que o instante mais oportuno para se determinar a inversão do encargo probatório é por ocasião do saneamento do processo. A inversão determinada nessa fase, não tem a impressão de antecipar o julgamento da demanda, nem tão pouco de tornar o julgador parcial, uma vez que a referida fase tem a finalidade de dar solução a questões incidentais, tendo como exemplo a apreciação das preliminares, correção de irregularidades de caráter processual, fixação de pontos divergentes, entre outros.

Ademais, não se pode comparar a regra de julgamento prescrita no art. 333, do CPC, com a regra de inversão prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC, tendo em vista que naquela, os ônus processuais das duas partes já estão predeterminados, sendo distribuídos no próprio texto do dispositivo, e já nesta, depende previamente de um provimento judicial que inverta o *onus probandi*, baseado na livre convicção do magistrado atendendo requisitos preestabelecidos.

Em relação a explicação, Didier et al. leciona de forma magnífica que:

A regra de inversão dos ônus da prova é regra de processo, que autoriza o desvio de rota; não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim, deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado de desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento. [...] Um coisa é a regra *que se inverte*, (a regra do ônus), outra é a regra *que inverte* (a da inversão do ônus). (2012, p. 85)

Nessa direção, a manifestação do magistrado a respeito da inversão do *onus probandi* deve ocorrer no momento processual em que alcance o objetivo teleológico do regramento, que é a facilitação da garantia protetiva judicial do consumidor que está em condição de vulnerabilidade, como também que respeite os princípios norteadores da relação de consumo, que é o devido processo legal, unido ao contraditório e à ampla defesa.

Gidi assevera com propriedade que:

[...] sendo o ônus da prova invertido para o fornecedor, isto não significa que este passe a ser responsável pela produção de prova cabal da inexistência do direito do consumidor. Basta-lhe demonstrar a real inverossimilhança da afirmação do autor para que o magistrado reinverta o ônus da prova, e julgue o pedido improcedente. Para a procedência do pedido do consumidor é preciso, pois, que a verossimilhança do alegado persista até o momento da prolatação da sentença (1995, p. 39).

Além disso, caso os requisitos da inversão só restem demonstrados depois do fim da colheita das provas na fase decisória, nada impede de o magistrado determinar a sua inversão. Caso isso ocorra, respeitando os princípios processuais constitucionais, o magistrado deve suspender o julgamento e reabrir a fase de instrução, devendo também dar a oportunidade ao fornecedor de produzir outras provas contra as afirmações alegadas pelo consumidor, em atenção ao contraditório.

Nesse caso, se o fornecedor, com as suas alegações, conseguir derrubar a verossimilhança da versão apresentada pelo consumidor, mesmo após de ter sido invertido o ônus em seu favor, cabe ao magistrado restaurar o regramento previsto no art. 333, do CPC, voltando para o consumidor o encargo de comprovar as alegações que constituem o seu direito.

Desse modo, o instante adequado é no momento que antecede ao início da fase de instrução (que é do ajuizamento da demanda até a decisão que saneia o feito), na qual o julgador, provavelmente, já dispõe dos elementos necessários que

consubstancie o seu livre convencimento na aferição da possibilidade da inversão e que, se for decretada, a fase instrutória já inicia com os encargos probatórios pré-distribuídos entre as partes.

Com relação a esse sentido, a jurisprudência brasileira vem evoluindo, tanto é que o próprio STJ já vem tendo o mesmo entendimento:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. [...] A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). [...] A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 802832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. 1. [...] Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que diverjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada. [...] Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexos causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade" (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). 5. Embargos de divergência a que se dá provimento. (EREsp 422778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012)

Percebe-se claramente pelos entendimentos jurisprudenciais da Corte Superior, que a interpretação da regra prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC, vinha se

direcionando não só para a regra de julgamento, mas também para a regra de procedimento, chegando ao ponto de tornarem motivo de decisões divergentes entre as Turmas Superiores.

As decisões divergentes entre as Turmas Superiores eram tantas, que através do Informativo nº. 0492, a segunda Seção o STJ editou a seguinte decisão:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO.

A Seção, por maioria, decidiu que a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, VIII, do CDC é regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos. EREsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012.

Com a decisão, o SJT definiu que a inversão do ônus da prova é regra de instrução, devendo o momento processual adequado para a sua inversão ser preferencialmente na fase de saneamento, ou pelo menos, deve ser resguardada à parte, a qual não incumbia inicialmente o encargo probatório, de se manifestar sobre a inversão.

Nessa senda, compreende-se claramente que existe uma intenção de dar maior celeridade ao processo, de acordo com os ditames prescritos no texto constitucional, dando assim uma maior valorização aos princípios constitucionais, em especial ao contraditório, à ampla defesa e o devido processo legal.

A intenção é tanta, que o Anteprojeto do Código de Processo Civil, está modificando seu texto, na intenção de resolver a lacuna em estudo, conforme segue descrito abaixo:

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

Constata-se no dispositivo que, ao relacionar a distribuição do ônus da prova de acordo disponibilizando as partes a oportunidade de desempenhar adequadamente a produção de suas provas de acordo com a distribuição do ônus, se assemelha à regra de inversão do ônus probatório disposto no art. 6º, inc. VIII, do CDC. E o mais importante, é que o dispositivo garante à parte contra quem o ônus fora invertido, a possibilidade de se desincumbir adequadamente.

Com essa nova mudança, torna-se impossível a decretação da inversão no *onus probandi* no momento da sentença, dada a nitidez compreendida do texto da norma.

Desde a criação do CDC, existem Projetos de Lei tramitando na Câmara Federal com o objetivo de resolver esta divergência doutrinária, e até então, jurisprudencial. Inicialmente, teve o Projeto de Lei nº. 5173, do ano de 2005, proposto pelo Deputado Federal Celso Russomano, com o objetivo de alterar o texto normativo do inc. VIII, do art. 6º, do CDC.

No referido projeto, o legislador alterou o teor texto do inciso VIII, do art. 6º. Ele excluiu os requisitos necessários da inversão do ônus da prova e adicionou algumas situações em que deveria ser invertido o ônus da prova. O legislador ainda justificou a aprovação de seu projeto alegando que a inversão do ônus da prova era um direito básico e incondicional do consumidor.

Ocorre que, com esta alteração, o objetivo do instituto da inversão do ônus probatório que foi criado para facilitar a defesa do consumidor na relação de consumo, fora prejudicado, ficando o alcance de seu benefício delimitado a algumas situações elencadas no inciso. Tal projeto não prosperou, sendo o mesmo arquivado com fundamento nos termos do art. 105, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federais.

No ano de 2011, o Deputado Federal Sandes Junior, propôs o Projeto de Lei nº. 240, também com o mesmo objetivo. O projeto apresentado é uma cópia fiel (*ipsis litteris*) do projeto anteriormente citado. Com relação a este Projeto de Lei, o mesmo também foi arquivado com fundamento nos termos do art. 133, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federais.

Já no ano de 2013, o Deputado Federal Eli Correa Filho, do Estado de São Paulo, propôs outro Projeto de Lei, sendo o PL nº. 6371, também com o objetivo de resolver a lacuna existente no inc. VIII, do art. 6º, do CDC, mas este projeto,

diferente dos outros, acrescenta um novo artigo à lei do consumidor, que é o “art. 6º A”.

O referido projeto justifica a sua criação se baseando nas divergências doutrinárias e jurisprudenciais no tocante ao momento processual adequado para a inversão do ônus probatório. Com a criação do novo artigo, acabaria de vez com esta divergência.

O referido projeto ainda está em tramitação na Câmara Federal. Com esses projetos, percebe-se claramente que a intenção dos legisladores é de resolver de uma vez por todas, a questão do impasse entre a doutrina e até então, a jurisprudência, em relação momento processual adequado para a inversão do encargo probatório nas relações de consumo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Legislação Brasileira regulamentou o ônus da prova, quando estabeleceu a lesão ou ameaça ao direito, como uma das garantias fundamentais da inafastabilidade do Poder Judiciário, assim descreve o inciso XXXV – “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, chegou-se a conclusão de que qualquer cidadão, quando tiver o seu direito lesado ou está na iminência de ser ameaçado, poderá recorrer ao Judiciário através do exercício de direito de ação, baseando-se em provas, as quais seriam contestadas pela outra parte. Quando isso ocorrer, o magistrado vai aplicar a norma jurídica de acordo com o caso concreto.

Quando a CF estabeleceu que o Estado tinha o dever de proteger os consumidores, fixou-lhe também a obrigação de regulamentar esse direito, o que aconteceu quando da promulgação da Lei n. 8.078/90, que recebeu a denominação de Código de Defesa do Consumidor. A interpretação da lei infraconstitucional deve respeitar os preceitos constitucionais, em atenção à sua supremacia dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

O CDC compôs a relação jurídica de consumo, colocando em uma dos lados da relação, o fornecedor, e do outro lado, o consumidor, dispendo como objeto

dessa relação os produtos e os serviços. Por natureza, o fornecedor assumiu o lado mais forte da relação, devido a sua posição dentro do mercado de consumo, ficando o consumidor do lado mais frágil dessa relação.

O legislador com a finalidade de equilibrar as partes naturalmente desiguais da relação consumerista, criou o instituto da inversão do ônus da prova, para que o consumidor, devido a sua vulnerabilidade em face do fornecedor, ficasse em uma condição de igualdade dentro da relação. Essa medida protetiva criada pelo legislador foi com o objetivo de manter uma harmonia dentro da relação jurídica de consumo, respeitando assim o princípio da isonomia.

No entanto, a inversão do ônus probatório não é regra processual, ficando a sua provisão a cargo do magistrado, quando, ao seu critério, e após analisar a verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua hipossuficiência dentro da relação, sendo estes os requisitos pré-estabelecidos na referida norma especial, poderá o julgador determinar a sua inversão.

A inversão do *onus probandi* deve ser analisada com reservas, por se tratar de medida de exceção, já que a mesma é condicionada aos pressupostos da verossimilhança e da hipossuficiência, não podendo o juiz determinar a inversão de acordo com a sua discricionariedade, tendo em vista ser um direito básico do consumidor.

A regra geral do ônus da prova tem previsão legal no art. 333, do CPC, e a inversão tem previsão no inc. VIII, do art. 6º, do CDC. Quando as provas produzidas no processo forem insuficientes, o juiz não pode se abster de sentenciar, eis que é seu dever dar uma solução a lide, em razão do *non liquet*.

Por ser a inversão probatória um direito básico do consumidor, quando os requisitos, sendo estes alternativos, forem constatados dentro do litígio que envolva a relação jurídica de consumo, deve o magistrado inverter o ônus da prova em favor do consumidor, devido a garantia constitucional de sua defesa, caso contrário, deverá o magistrado se utilizar da regra geral do ônus da prova no julgamento do litígio.

No entanto, a previsão legal referente ao momento processual adequado para se inverter o ônus da prova ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência, que até o momento, vem gerando polêmica no seio jurídico brasileiro, chegando ao ponto de existir três correntes doutrinárias que defendem com fundamentos o momento oportuno para a inversão. A controvérsia em questão é tamanha, que

existem projetos de lei tramitando no Congresso Nacional com o objetivo de tentar resolver o problema.

Nesse diapasão, conclui-se que o momento processual mais apropriado e oportuno para que seja ordenada da inversão do ônus probatório, com vistas a garantir os princípios do contraditório e da ampla defesa, respeitando também o devido processo legal, é por ocasião do despacho saneador. A decisão sobre a inversão do ônus da prova deve acontecer no momento posterior à resposta do réu e anterior ao início da fase instrutória.

Ademais, a medida da inversão adotada nessa fase, permitirá às partes uma melhor organização das suas atividades probatórias, em especial ao fornecedor, pois o mesmo será informado do ônus que lhe sobreveio devido a inversão, lhe oportunizando o direito de exercer com plenitude a ampla defesa, respeitando assim os princípios do contraditório e do devido processo legal.

Com relação a inversão do ônus da prova logo no despacho inicial, esse posicionamento é prematuro, tendo em vista que ainda não existe previsão do contraditório, condição esta que impossibilita a apreciação dos pressupostos da inversão. No mesmo sentido, a decretação da inversão probatório no momento da sentença, é um tanto imprópria, pois impede a parte ré de desempenhar a sua defesa, devido a decretação da inversão ser após a fase de instrução.

Além disso, o próprio STJ, devido as divergências entre os Tribunais e as Turmas da Corte Superior, já decidiu que a inversão probatória é regra de instrução, devendo ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo.

Desta forma, a inversão do ônus da prova tem a finalidade de manter o equilíbrio entre as partes na relação jurídica de consumo, protegendo o consumidor, dada a sua condição de vulnerabilidade em face do fornecedor, na busca de uma pacífica justiça social, por meio de um processo justo, célere e imparcial, situações estas próprias de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Manole, 2006.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Câmara Federal. **Projeto de Lei nº. 240**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Brasília. DF. 18/09/2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=837988&filename=Tramitacao-PL+240/2011>. Acesso em: 06 fev 2011.

_____. Câmara Federal. **Projeto de Lei nº. 5173**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Brasília. DF. 18/09/2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=304490&filename=Tramitacao-PL+5173/2005>. Acesso em: 06 fev 2011.

_____. Câmara Federal. **Projeto de Lei nº. 6371**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. DF. 18/09/2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1137157&filename=Tramitacao-PL+6371/2013>. Acesso em: 06 fev 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 21 set 2013.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 21 set 2013.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 21 set 2013.

_____. Senado Federal. **Ato do Presidente do Senado Federal nº. 379**. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília. DF. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 05 fev 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 1295342/MG**. Terceira Turma. Ministro Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 21/03/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 23 fev 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 122505/SP**. Terceira Turma. Ministro Relator: Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 04/06/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 23 fev 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 140097/SP**. Quarta Turma. Ministro Relator: Cesar Asfor Rocha, julgado em 04/05/2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 22 fev 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 241831/RJ**. Terceira Turma. Ministro Relator: Castro Filho, julgado em 20/08/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 24 fev 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 332869/RJ**. Terceira Turma. Ministro Relator: Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 24/06/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 23 fev 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 347632/SP**. Quarta Turma. Ministro Relator: Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 24/06/2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 22 fev 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 422778/SP**. Terceira Turma. Ministro Relator: Castro Filho. Ministra Relatora para Acórdão: Nancy Andrighi, julgado em 19/06/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 24 fev 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 476428/SC**. Terceira Turma. Ministra Relatora: Nancy Andrighi, julgado em 19/04/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 18 fev 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 662608/SP**. Quarta Turma. Ministro Relator: Hélio Guaglia Barbosa, julgado em 12/12/2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 24 fev 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 802832/MG**. Segunda Turma. Ministro Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 13/04/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 24 fev 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão nº. 215875**. 5ª Turma Civil. Relator: Haydevalda Sampaio, julgado em 11/04/2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null%29&t=s&pesq=ementario.>>> Acesso em: 25 fev 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº. 70033466160**. Segunda Câmara Especial Cível. Relator: Marco Antonio Angelo, julgado em 31/03/2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70033466160&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>> Acesso em: 25 fev 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER. Ada Pelegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

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

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarna. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 2**. 7 ed. Bahia: JusPODIVM, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso Básico de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Nelpa, 1997.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2 ed. São Paulo: Juruá, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

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

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: RT, 2005.

_____, Luiz Guilherme. _____, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil – Volume 2. Processo de Conhecimento**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

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

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

MERCOSUL. **Resolução nº. 123/1996**. Defesa Do Consumidor – Conceitos. Portal do Mercosul: Recomendação. Disponível em: <
http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/96123.pdf>
Acesso em: 20 fev 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários do Código de Processo Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em benefício do Consumidor**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Anotações sobre o título “Da Prova” do novo Código Civil**. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Salvador: Edições JusPODIVM, 2006.

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

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. **Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraíva, 2011.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de Defesa do Consumidor: Anotado e Comentado, Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. Portal de e-governo. [S.l]: E-GOV. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/princ%C3%ADpio-do-livre-convencimento>>. Acesso em: 22 jan 2014. 03:05hs

PRINCÍPIOS DE PROCESSO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Jus Navigandi. [S.l]: Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/771/principios-de-processo-civil-na-constituicao-federal/1>>. Acesso em: 23 jan 2014. 00:33

PROVA DOCUMENTAL. Conteúdo Jurídico. [S.l]: Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,prova-documental,35498.html>>. Acesso em: 06 jan 2014. 23:45hs

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

TEORIA GERAL DA PROVA. Jus Navigandi. [S.l]: Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23414/teoria-geral-da-prova>>. Acesso em: 16 jan 2014. 01:22hs

TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO. DireitoNet. [S.l]: DireitoNet. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1390/Teoria-Geral-da-Prova-no-Processo-Civil>>. Acesso em: 15 jan 2014. 02:15hs

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 46^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flavio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil V 1**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ANEXO A - Projeto de Lei nº. 5173/2005

PROJETO DE LEI Nº , DE 2005
(Do Sr. Celso Russomanno)

Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 2º O inciso VIII, do art. 6º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 6º

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a pedido do consumidor este se sentir em condição de desvantagem por não ter recebido orçamento, pedido, contrato, manual de instrução em língua portuguesa e rotulagem, certificado de garantia, recibo, nota fiscal ou documento equivalente de fornecimento de produtos ou prestação de serviços;

..... “

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O art. 6º do Código de Defesa do Consumidor trata dos direitos básicos do consumidor e, entre eles, encontra-se a possibilidade de o consumidor ter a defesa de seus direitos facilitada pela inversão do ônus da prova no processo civil. Isto é o que determina a primeira parte do inciso VIII do dispositivo sob comento.

No entanto, a redação final da norma em análise, condiciona o direito do consumidor à discricionariedade do juiz que deverá aferir a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do consumidor. Nossa proposta é de ser incondicional o direito de inversão do ônus da prova no processo civil, especialmente nos casos do consumidor por não ter recebido, como ocorre muitas vezes, orçamento, contrato ou recibo dos produtos e serviços que lhe são ofertados e vendidos.

A inversão do ônus da prova é, ao nosso ver, um direito básico e incondicional, não devendo ficar brechas na lei para que se torne apenas uma expectativa e não um direito consagrado pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Ante o exposto, pedimos o apoio dos nobres pares para aprovação desta proposta que visa a consolidação de importante direito para o consumidor brasileiro.

Sala das Sessões, em de de 2005.

Deputado Celso Russomanno

ANEXO B - Projeto de Lei nº. 240/2011

PROJETO DE LEI Nº , DE 2011**(Do Sr. Sandes Junior)**

Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990
– Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 2º O inciso VIII, do art. 6º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 6º

.....

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a pedido do consumidor este se sentir em condição de desvantagem por não ter recebido orçamento, pedido, contrato, manual de instrução em língua portuguesa e rotulagem, certificado de garantia, recibo, nota fiscal ou documento equivalente de fornecimento de produtos ou prestação de serviços;

..... “

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O art. 6º do Código de Defesa do Consumidor trata dos direitos básicos do consumidor e, entre eles, encontra-se a possibilidade de o consumidor ter a defesa de seus direitos facilitada pela inversão do ônus da prova no processo

civil. Isto é o que determina a primeira parte do inciso VIII do dispositivo sob comento.

No entanto, a redação final da norma em análise, condiciona o direito do consumidor à discricionariedade do juiz que deverá aferir a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do consumidor.

Nossa proposta é de ser incondicional o direito de inversão do ônus da prova no processo civil, especialmente nos casos do consumidor por não ter recebido, como ocorre muitas vezes, orçamento, contrato ou recibo dos produtos e serviços que lhe são ofertados e vendidos. A inversão do ônus da prova é, ao nosso ver, um direito básico e incondicional, não devendo ficar brechas na lei para que se torne apenas uma expectativa e não um direito consagrado pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Ante o exposto, pedimos o apoio dos nobres pares para aprovação desta proposta que visa a consolidação de importante direito para o consumidor brasileiro.

Sala das Sessões, em de de 2011.

Deputado Sandes Junior

ANEXO C - Projeto de Lei nº. 6371/2013

Projeto de Lei nº de 2013.

Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art . 1º - Acrescenta-se o art. 6º A à Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor:

“Art. 6º A – a inversão do ônus da prova dar-se-á no mesmo despacho que designar a audiência de instrução e julgamento”.

Art. 2º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário.

Justificação

Estabelece o art. 6º, VIII, do CDC que constitui direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos seus direitos em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Questão que tem mobilizado a doutrina e a jurisprudência é a relativa ao momento em que deve o juiz se pronunciar pela inversão do ônus da prova.

Juristas têm defendido o entendimento de que a norma em comento constitui regra de procedimento, porque imporia ao juízo indicar previamente, no processo, seu entendimento em prol da inversão, para

possibilitar ao fornecedor de produtos ou serviços a oportunidade de se desincumbir do ônus que então lhe está sendo entregue.

A jurisprudência, todavia, nem sempre tem seguido esse alvitre. Não são poucos os julgados, principalmente no juizado especial cível, que tem operado a inversão do ônus da prova na própria sentença.

O projeto de lei que apresento tem como objetivo acabar com o impasse do momento oportuno da inversão da prova.

Sala das Sessões,

Deputado Eli Corrêa Filho