



**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

ANISIO CARRASCO

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC:
MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO**

BRASÍLIA

2010

ANISIO CARRASCO

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC:
MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Carolina Figueiró Longo.

**BRASÍLIA
2010**

RESUMO

A presente monografia tem por **escopo** o estudo da literatura nacional disponível quanto ao “momento processual adequado” para a inversão do ônus da prova, a ser apreciada pelo juiz nas causas envolvendo as relações de consumo, prevista no Código de Defesa do Consumidor, qual instituto é considerado como corolário deste. Trazer para a pesquisa as opiniões dos especialistas legislativos; dos professores; dos doutrinadores e da jurisprudência; sobre qual seria tal melhor momento processual para que o juiz firmasse os pontos controversos a serem dirimidos, que em certas circunstâncias, considerando a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor demandante, pudesse fazer uso desse instituto com vistas à promoção do reequilíbrio de condições entre as partes litigantes, e, por conseguinte, contribuir para maior eficácia da sentença. É inconteste que o CDC trouxe para o direito brasileiro uma mudança no eixo da responsabilidade, com a adoção do princípio norteador da responsabilidade objetiva. Em seu artigo 6, inciso VIII, adota a inversão do ônus probatório em favor do consumidor. O preceito contido nessa norma satisfaz a do art. 4º, inciso I, no qual é proclamada a **vulnerabilidade** deste frente às relações de consumo. Há, no entanto, condições restritivas para a aplicação do referido preceito, quais sejam: da **verossimilhança** das alegações ou da **hipossuficiência** do consumidor na demanda. Apesar desse balizamento instrumental que, sem dúvida, **mitigou** a aplicação do instituto do **ônus da prova**, a verdade é que a aplicação prática pelo julgador, ainda se encontra muito longe de um consenso. Portanto o presente trabalho visa à descoberta da conformação atual da questão posta.

Palavras-chave: Fornecedor. Consumidor. CDC. Prova. Ônus da Prova. Inversão do Ônus da Prova. Momento Processual Adequado.

SUMÁRIO

RESUMO.....	03
INTRODUÇÃO.....	06
CAPÍTULO 1	
DA CONSOLIDAÇÃO NA LEI CONSUMERISTA BRASILEIRA	
1.1 DA GENERALIDADE E DOS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO CDC..	13
1.2 DA INSTRUMENTALIZAÇÃO PREVISTA NO CDC.....	27
CAPÍTULO 2	
DAS PROVAS NO DIREITO BRASILEIRO	
— BREVES CONSIDERAÇÕES	
2.1 DO CONCEITO DE PROVA	34
2.2 DO OBJETO DA PROVA	36
2.3 DOS MEIOS DE PROVA	36
2.3.1 Do depoimento pessoal	37
2.3.2 Da confissão	38
2.3.3 Da exibição de documento ou coisa	38
2.3.4 Da prova documental	40
2.3.5 Da prova testemunhal	40
2.3.6 Da prova pericial	41
2.3.7 Da inspeção judicial	42
2.4 DO ÔNUS DA PROVA	43

CAPÍTULO 3

DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC

— DISCUSSÃO SOBRE O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO

3.1 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	46
3.1.1 Dos requisitos para a inversão do ônus da prova	50
3.1.1.1 Da verossimilhança	52
3.1.1.2 Da hipossuficiência	54
3.2 DO MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À INVERSÃO	56
3.2.1 Na doutrina dos autores nacionais	58
3.2.1.1 No despacho da inicial	60
3.2.1.2 No despacho saneador	62
3.2.1.3 Na sentença	67
3.2.2 Na jurisprudência dos Tribunais	70
3.2.2.1 No despacho da inicial	70
3.2.2.2 No despacho saneador	71
3.2.2.3 Na sentença	73
CONCLUSÃO	79
BIBLIOGRAFIA	82

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico é produto final de pesquisa jurídica acadêmico-científica, cujo tema abordado é “a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (CDC)”, levada a termo sob a orientação da Professora Doutora Ana Carolina Figueiró Longo.

Unísono viver-se hoje um mundo globalizado — apelidado pela grande mídia de “aldeia global” —, com a disposição de grande concentração de capital; investido por grandes grupos corporativos multinacionais. Dispõem estes de plantas (local de produção) em diversos países, na busca de mão de obra e de insumos mais baratos, assim como em economia de escala (grandes produções). A oferta desses produtos, às vezes, roda o mundo até encontrar a fonte de seu consumo.

Apenas com esse mínimo de informação já dá para se imaginar os problemas que advêm e, que certamente serão potencializados em curto período de tempo nessas relações de consumo. Fácil é, de se imaginar a dificuldade que um simples consumidor terá para garantir seus direitos frente a essas potências econômicas empresariais — sempre dispendo dos melhores corpos jurídicos, de trânsito livre ou facilitado com as autoridades administrativas e empresariais internas. Por consequência dessa globalização, e da ação desses grupos, é intuitivo supor sobre a necessidade das autoridades judiciárias tratarem com muita atenção quando da exegese das normas da lei consumerista, com a busca da extensão de seus preceitos para alcançar um mínimo de equilíbrio nas relações sob seu manto. Como ampliação desse mister, esforços deverão ser envidados visando a uma melhor adequação concernente aos **procedimentos instrutórios**, para garantir dentro desse quadro, mais efetividade na resolução das lides constituídas.

Vale salientar que o Código de Defesa do Consumidor – CDC, introduzido pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, cuja vigência de 20 anos será comemorada em 11 de março de 2011, encontra-se, hoje, em parte defasado, por consequência da rápida evolução tecnológica e de costumes, os quais modificaram sobremaneira as relações comerciais. Assim, para amenizar parte da vulnerabilidade advinda, o Estado tem editado algumas leis correlacionadas, com normas para suplementar a referida lei consumerista, sem, no entanto, prescindir esta da intervenção legislativa específica.

De outro prisma, considerando o histórico evolutivo da legislação pátria, assim como da posição dos Tribunais ao longo das prestações sobre as relações de consumo, obrigado de se reconhecer do grande salto conseguido nesse ínterim, principalmente, após a edição do Código de Defesa do Consumidor. Se a resposta à pergunta sobre a satisfação das prestações, tivesse como comparação a legislação passada em confrontação à atual, evidentemente, que o resultado poderia não ser tão incisivo: **reconhecendo ter havido melhora substancial.**

No entanto, a análise comparativa não serve de base para a aferição do nível de excelência dessa prestação jurisdicional. Veja-se, um estudo mais acurado do assunto deve levar em consideração de que em pleno século XXI, não pode o brasileiro balizar os seus conceitos de regularidade sobre a eficiência de determinados institutos a essa população, unicamente baseada nos parâmetros desenvolvimentistas de terceiro mundo, ordem em que o Brasil está classificado.

Primeiramente, se deve levar em conta que as transações comerciais entre países ricos e pobres, não dispensa estes da obrigação de responder pela qualidade de tais produtos e pelos riscos na sua utilização, tudo, hoje regulado por mecanismos internacionais. Internamente não se olvide que os impostos cobrados do contribuinte não são de terceiro mundo; os dispêndios do Estado Nacional na manutenção de seus políticos não são de terceiro mundo — e assim por diante. Em resumo: de qualquer ponto que se procure partir, o resultado é a de que o estudo da legislação; da doutrina e da jurisprudência, visando à detecção de deficiências e de vulnerabilidades, **é ação mais que justificada.**

Assim, a lei de consumo, a despeito de sua ampla proteção, está por exigir aprimoramentos, como exemplo: o das transações comerciais com “cartão de crédito”; com a preocupante situação de “superindividamento” dos consumidores; e do caso das transportadoras aéreas, com a prática nociva do “*overbooking*”.

Infelizmente o que se verifica é a total submissão do consumidor aos desígnios das forças ilegítimas, as quais estimuladas pela falta de ação do Estado, sem admoestação, acabam por degradar as práticas sadias de comércio, colocando o **deus mercado**, acima dos interesses maiores da sociedade, a qual acaba por perambular sem rumo à procura de quem as defenda condignamente. Que são incontáveis os exemplos de abusos graves contra o consumidor, até por órgãos públicos que deveriam protegê-los, por obrigação institucional. Como exemplos têm-se os atendimentos via telefone 0-800, ou 0-300: ferramenta utilizada no chamado “comércio eletrônico”, os, hoje, já populares “estabelecimentos virtuais”.

Certamente que tais novos meios comerciais estão por merecer urgente regulamentação para a defesa efetiva dos consumidores, diante dos grandes grupos de empresas e fornecedores, os quais se utilizam de práticas inadmissíveis (fazendo uso de regras obsoletas, quando não evadidas de vício de origem), ao levar a termo uma mercancia selvagem, em desenfreada busca ao lucro fácil e descabido. Nesse afã, acabam por demitir grande quantidade de funcionários, ao fecharem suas lojas, ao restringirem, a final, o contato direto do cliente com os produtos e com seus negociantes.

Parece claro, que com essa atitude, além de provocar grandes malefícios do ponto de vista social, ainda, causa o desrespeito à legislação trabalhista, como por exemplo, na contratação indevida de serviços terceirizados. Que, por conseqüência, deixam de cumprir aos requisitos básicos nas relações de comércio admitidas; tais como: o bom atendimento, a resolução das questões surgidas nessas relações, a segurança e a saúde dos consumidores

Na esfera jurisdicional, as Cortes brasileiras já tiveram oportunidade de se manifestarem sobre a situação da legislação diante do mercado globalizado. O contido nesses acórdãos identifica a questão de desigualdade em desfavor dos consumidores em geral, diante da atual economia globalizada. Reconhece que diante de tal situação de fato,

há necessidade de maior expressão na exegese da legislação, visando à busca de equilíbrio nas relações comerciais. Citam as ações temerárias das empresas, cujos braços podem alcançar vários países, por meio de instalações de filiais [ou acordos entre grupos]. Citam igualmente as vendas pelo processo tecnológico da informática [hoje, uma tendência mundial acelerada] e do grande mercado nacional a sua disposição.

Reconhecem que o mercado consumidor encontra-se submetido a um “bombardeio” diuturno por imensa e hábil propaganda, que induz ao consumo, principalmente de produtos sofisticados de procedência estrangeira, muitas vezes se utilizando do prestígio de marcas mundialmente reconhecidas. Em síntese, determinam que se as empresas nacionais comercializam esses produtos estrangeiros, então devem responder diante do consumidor pelas conseqüências advindas de sua obtenção.

Portanto, evidenciado fica tratar-se de tema atual e de vasta discussão, que diz respeito não só aos operadores do direito, mas também à sociedade como um todo, considerando que sobre esta recaem as conseqüências das prestações oferecidas. Igualmente, claro fica, quanto à necessidade de evolução das normas respeitantes, assim como de aperfeiçoamento dos procedimentos instrumentais no processo.

É inegável que merece aplausos o legislador ao prever a inversão do *onus probandi* em favor do consumidor, nas normas do CDC; porém, foi infeliz ao omitir-se quanto ao momento processual em que o juiz deveria analisar tal questão, com pronunciamento sobre o cabimento ou não da mencionada inversão.

Daí, que passado vinte anos da aplicação do CDC, tanto o desenvolvimento da literatura doutrinária, quanto a formação da jurisprudência dos Tribunais, apontam para uma acentuada dissensão sobre a inversão do ônus da prova, **seja quanto ao cabimento em si (se incidirá sempre, por ação cogente da norma, ou se estará sujeita à discricionariedade do magistrado), seja quanto ao momento oportuno da apreciação pelo juiz.**

Da compreensão dos fatores acima relatados, tomou-se a decisão da produção do presente trabalho e **elencar-se**, inicialmente, **como hipótese**, a possibilidade de que a problemática verificada advém da omissão da lei em relação ao momento processual adequado para o magistrado declarar ou não a inversão do *onus probandi*.

Portanto, no objetivo de melhor compreender essa situação de descompasso doutrinário e jurisprudencial criada, e, com o desejo de prestar alguma contribuição no caminho de alcançar a solução adequada à situação de perplexidade reinante, é que se desenvolverá o presente trabalho. Nesse mister, o foco primeiro deste será o de demonstrar o posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao importante e inovador instituto da **inversão do ônus da prova nas lides sobre as relações de consumo**, e, fundamentalmente, **sobre o momento mais adequado de o magistrado se manifestar sobre tal imputação**.

Serão envidados esforços para trazer a lume a realidade vivida hoje pelos institutos mais utilizados pela lei de consumo. Será estudada a doutrina procurando buscar pontos de consenso, ou de dissenso acentuados, visando a compreender os motivos ou argumentos de cada posição. Daí, confrontar tais posições para sopesar a aparente substância de cada uma delas.

Igualmente, será pesquisado e discutido sobre a sua aplicação prática pelo judiciário nos contraditórios surgidos no dia-a-dia das Cortes nacional, com atenção para as questões que tratam sobre os casos em que seriam cabíveis e necessárias tais medidas protetivas excepcionais — com intuito de proteger o hipossuficiente, que, no mais das vezes, assim se apresenta o consumidor.

Em fim, como chegada, os objetivos do presente estudo é buscar elementos de convicção, visando à tomada de posição quanto à eventual necessidade de proposição de aprimoramento da legislação, em primeiro plano, **das práticas processuais quanto à questão posta — o momento adequado para a inversão do ônus da prova**. Nessa busca, perscrutar sobre se a intenção do referido instituto no CDC foi a de **imposição**,

condicionada apenas à verossimilhança, uma vez que a hipossuficiência seria reconhecida, por força da lei. Valeria a dizer: seria reconhecida automaticamente. Para tanto, serão colecionadas as propostas dos especialistas, contidas nas diferentes obras, assim como a posição dos tribunais a respeito do assunto, com os mesmos propósitos.

Como alerta, não se deve olvidar de que o escopo de uma monografia de Pós-Graduação *lato sensu* não é a de **ser propositiva**: situação que deixa o pesquisador de certo ponto inibido e cuidadoso em externar opinião própria; assim, a premissa deste, nessas circunstâncias, será a de trazer para sua apresentação a posição real dos especialistas — evidentemente —, isto, se seus conhecimentos acadêmicos e empíricos permitirem abstrair de referidas leituras seus autênticos significados ideológicos e práticos.

Na busca de proposto desiderato, o tipo de pesquisa será dogmático-instrumental, com investigação também sobre a evolução da legislação pátria, assim como da situação jurisprudencial formada a partir dos julgados dos Tribunais. Terá como ponto de partida as normas postas, e como ponto de chegada a solução que vem sendo proposta pelos doutrinadores, bem como, dada pelos executores do direito ao caso concreto.

O tipo de pesquisa escolhido é o que melhor cumpre aos propósitos estabelecidos como meta do presente trabalho, qual seja: a busca, nos meios discriminados no parágrafo anterior, de elementos suficientes a um juízo de valor estático (sem as considerações sobre a evolução histórico-social do instituto, nem das conseqüências advindas) **da situação do instituto da Inversão do Ônus da Prova**. Por suposto, visa à confirmação da problemática, hoje, propalada, sobre a falta de consenso na aplicação de referido instituto **quanto ao Momento Processual Adequado** para que o juiz decida sobre a aplicação deste ao caso em julgamento; uma vez que a sua aplicação não se faz de forma automática (há controvérsia a respeito). Tal decisão interlocutória deve confrontar os paradigmas circunscritos no inciso VIII do art. 6º do CDC, com a situação real que se apresentar em cada uma das lides colocadas à confrontação das partes.

A técnica de pesquisa a ser utilizada será a bibliográfica, de documentação indireta, colhidas em consultas a inúmeras obras doutrinárias; em artigos publicados em revistas jurídicas; em literaturas dispostas na internet; assim como em levantamentos dos julgados dos Tribunais, sobre referido tema.

A metodologia de abordagem a ser utilizada na presente pesquisa monográfica será a dedutiva, a qual consiste em análise do tema a partir de enunciados de conteúdos mais gerais, para chegar a uma conclusão particular ou menos geral. Vale a dizer: o estudo partirá do CDC — a inversão do ônus da prova —, prosseguindo este na Doutrina e na Jurisprudência, até chegar-se a situação de aspecto mais particular.

Com vistas a uma melhor compreensão do assunto, este trabalho monográfico/dogmático foi dividido em três capítulos, conforme segue:

O primeiro capítulo trata de breve menção às primeiras leis de cunho protetivo às transações comerciais em geral; dos princípios constitucionais que informaram o espírito do Código de Defesa do Consumidor (com ênfase sobre os preceitos instituídos como baluartes no reequilíbrio de forças e na segurança das relações de consumo), assim como da estrutura e a instrumentalização a disposição do cidadão referente às relações de consumo, tudo fundado nas normas de referido Código, mormente aos direitos básicos determinados neste.

O segundo capítulo trata de considerações sobre a prova no processo judicial e suas peculiaridades; apresentando e discutindo sobre os meios previstos para a sua obtenção dentro da sistemática processual vigente em nosso país.

Finalmente, o terceiro capítulo versa sobre o tema central do presente trabalho, qual seja: “o momento processual adequado (conseguir maior eficácia) para se aplicar o Instituto da Inversão do Ônus da Prova”. Vale a dizer: o melhor momento pelo qual o magistrado deverá declarar invertido o ônus da prova, à luz dos requisitos de verossimilhança ou hipossuficiência. Nesse intento será trazida a lume a literatura nacional legislativa, doutrinária e jurisprudencial, demonstrando a substancial falta de consenso sobre tal assunto relevante para a pacificação dos conflitos de consumo, em níveis aceitáveis.

CAPÍTULO 1

DA CONSOLIDAÇÃO NA LEI CONSUMERISTA BRASILEIRA

1.1 DA GENERALIDADE E DOS PRINCÍPIOS INSERTOS NO CDC

É incontestável que a relação de consumo está presente na vida do ser humano desde o nascimento até o desaparecimento. Que o ato de consumir pelo indivíduo independe de sua classe social ou de faixa de renda. Que os motivos para o consumo vão desde a satisfação das necessidades mais básicas, como a sobrevivência, até o consumo pelo simples deleite. Que as relações de consumo são bilaterais, o que pressupõem dois lados contrapostos. De um lado o fornecedor de produtos e/ou serviços, e do outro o consumidor, subordinado às condições e aos interesses dos titulares do fornecimento desses produtos ou serviços. Que as relações de consumo são dinâmicas, atreladas à evolução humana, representa o momento vívido da sociedade. (ALMEIDA, 2009, p. 1).

Não há olvidar-se estar diante do tema mais importante para a humanidade. A economia de modo geral é quem ditam as regras do jogo (regime político, regulação dos mercados etc), na maioria das comunidades socializadas, senão em sua totalidade. Em assim sendo, fica clara a necessidade de uma regulamentação eficiente, acompanhada de fiscalização eficaz (seja esta, prioritariamente, pelos órgãos de Estado, constituídos para tal finalidade, seja por setores organizados da sociedade civil), a fim de propiciar um equilíbrio nessas relações entre o produtor-fornecedor e os adquirentes-consumidores.

Assim, com a evolução da sociedade puxada pelo desenvolvimento industrial aumentou-se a produção e a diversidade de bens, quanto à prestação de serviços. Junto do progresso, no entanto, provocou, também, um proporcional aumento do número e variedades de fraudes intentadas contra os consumidores. Em virtude da situação insatisfatória, somada à grande reclamação popular, o Estado viu-se pressionado

à criação de normas que viessem a regulamentar as relações comerciais e, por conseguinte, criminalizar as práticas fraudulentas cometidas pelos empresários e comerciantes nessas relações face os consumidores.

O autor Leite disserta que **desde a época** das normas constantes nas Ordenações Filipinas [promulgadas pela Coroa portuguesa, em 1603, as quais tiveram vigência no Brasil até a proclamação da independência, em 1822 (Portugal, à época da edição das ordenações, pertencia ao reino espanhol)], **era criminalizada** a prática de **adulteração dos conteúdos ou dos pesos das mercadorias posta no comércio**, segundo normas inscritas no Livro V, Títulos LVII e LVIII. Que as ações ali previstas tinham sua fonte de inspiração no antigo direito romano, nas figuras da *actio redhibitoria*, a qual se destinava à rejeição da coisa viciada ou defeituosa, e da *actio aestimatoria* ou *actio quanti minoris*, esta usada para o reclamo de abatimento do preço da coisa imperfeita em relação ao compromissado na transação (LEITE, 2002, p. 36-37).

Segundo a literatura de Giacomini Filho (apud Roberto Simões. “O marketing no Brasil: evolução histórica”. *Marketing*, São Paulo, Ref., 14 v., n. 85, p. 26, dez. 1980), os primeiros esforços no caminho de proteção ao consumidor, de modo geral, a que se tem conhecimento, data desse terceiro quartel do século XVIII, marcado pela edição de Medidas Repressivas, levadas a termo pela Câmara de São Paulo, em 12 de dezembro de 1770. Como exemplo de perturbação do comércio, é citado o caso dos ciganos à época; quando muitos deles praticavam a **mascateação**, e parte considerável abusava da ingenuidade e da boa-fé das donas de casa, mormente na ausência de seus maridos (GIACOMINI FILHO, 2008, p. 29).

O autor comenta, ainda, que outra iniciativa no propósito de regulação nas relações comerciais [tratadas por ele como raízes do consumerismo brasileiro], adveio na metade do século XIX, com a promulgação do Código Comercial Brasileiro [introduzido pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, o qual definiu por completo a figura do comerciante, hoje, chamado genericamente de empresário: industrial ou comercial, e de todos quantos interviessem habitualmente nas transações comerciais]. Esse avanço foi instruído com as normas do art. 210 daquele diploma, conforme transcrição:

Art. 210 – O vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos da coisa vendida, que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o seu valor, que o comprador, se os conhecesse, ou a não comprara, ou teria dado por ela muito menor preço.

Essa foi uma das normas retiradas do quase bicentenário Código Comercial, hoje, constante do CDC, reconhecida como uma das principais armas na proteção do consumidor, ao resguardar seus direitos em face de vícios redibitórios dos produtos ou serviços.

Nesse caminho outro passo foi dado na segunda década do século XX, a quase 30 anos após a proclamação da República; com o advento do primeiro Código Civil Brasileiro, introduzido pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1917 (só revogado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que introduziu novo ordenamento, cuja vigência iniciou-se um ano após sua publicação). O assunto de interesse dos consumidores foi sobre a condição da remuneração de juros moratórios nos empréstimos, conforme consta dos arts. 1.062, 1.063 e 1.262, *in verbis*:

Art. 1.062. A taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6º (seis por cento) ao ano.

Art. 1.063. Serão também de 6º (seis por cento) ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes se convencionarem sem taxa estipulada.

Art. 1.262. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis.

Na intenção de avançar nas questões de remuneração do capital em regime de mútuos diversos, foi editada a denominada, informalmente, — Lei da Usura —, introduzida por meio do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, o qual dispunha sobre regras quanto à remuneração do capital em diversos tipos de contratos (entre outras providências respeitantes ao tema). **É considerada por muitos, como o primeiro diploma, que efetivamente trouxe contribuição prática na defesa do consumidor** — num específico ramo das relações consumerista, qual seja: as taxas de juros nos contratos de mútuos, em diferentes situações de financiamentos.

Outro diploma que também veio a fortalecer o legislativo na área das relações comerciais foi o Código Penal, introduzido pela Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, no qual passou a criminalizar diversos tipos de atos fraudulentos cometidos pelos comerciantes contra os adquirentes de mercadorias em geral ou o consumidor em especial. Tais normas foram instituídas pelo art. 175, conforme segue transcrito:

Art. 175 - Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:

I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

II - entregando uma mercadoria por outra:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

(...).

Segundo Giacomini Filho, as respostas iniciais do governo aos anseios dos consumidores, que viviam descontentes com as ações predatórias dos empresários-fornecedores, foram dadas com as edições do Código Civil, de 1916; a Lei da Usura, de 1933 e o Código Penal, de 1940 [todas acima relatadas] (GIACOMINI FILHO, 2008, p. 37-38).

Mais recentemente, a partir do início de 1985, com a restauração do regime democrático pleno no Brasil, uma nova Carta Política se fazia necessário. Assim foi, que, em 5 de outubro de 1988, a Assembléia Nacional Constituinte, formada para tal mister, promulgou a nova Constituição da República. Nesse diploma maior, entre tantos temas novos e importantes a serem tratados, foi alçada a condição de direitos fundamentais do cidadão, **a proteção ao consumidor**, cuja materialização foi dada pelo inciso XXXII do art. 5º (LEITE, 2002, p. 40).

Com esse princípio-comando editado na Constituição Federal, manifestou-se de forma explícita e definitiva a preocupação do Estado na defesa do consumidor. Tal importante comando supremo, para se tornar viável e efetivo necessitava de regulamentação por meio de legislação competente. Essa realidade veio com a edição da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que introduziu no mundo jurídico o Código de Defesa do Consumidor – CDC.

CAMINHO NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CONSUMERISTAS

Após o pretérito introito, e antes de se adentrar propriamente o assunto da consolidação das normas no CDC, primeiramente, há registrar-se a definição formal de “código”, com utilização das palavras do autor Leite, o qual diz que a origem se funda no latim *caudex*, ‘tabuinha de escrever’, por *codex*, ajuntamento de tabuinhas enceradas sobre as quais os antigos escreviam. Daí evoluiu no século III, para *códice*, e, que atualmente código “*significa o conjunto metódico e sistemático de normas legais atinentes à determinada disciplina jurídica*”. Vale a dizer, constituído em uma única lei formal, a qual se incumbe de sistematizar, organizar e coordenar todas as normas referentes a uma determinada área ou parte do direito em vigor, ou de uma determinada disciplina jurídica (LEITE, 2002, p. 56-57).

Também de valia, a definição de fornecedor, dada pelo CDC, em seu art. 3º, o qual versa o assunto nos seguintes termos:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (LEITE, 2002, p. 43).

Igualmente, sobre a definição de “consumidor”, para uma melhor compreensão dos institutos. Na conceituação deste, muitas folhas já foram escritas, sem que um consenso fosse alcançado, porém, a própria norma do art. 2º do CDC, colocou um ponto final na discussão, com a promoção de sua definição, nos seguintes termos: “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.” (LEITE, 2002, p. 49).

Ao iniciar-se o tema específico do presente subitem, importante colacionar, ainda, a opinião do autor Leite, para quem, apesar de toda a legislação construída até a edição do CDC, o consumidor, ainda, não estava devidamente amparado. Isto porque, em primazia, quase todas as leis abordavam matéria, ora de natureza criminal; ora,

contábil; ora, econômica; ou, ainda, financeira. De sorte que tais normas, pouca utilidade efetiva apresentavam para resguardar os interesses diretos dos consumidores em geral; fossem estes no tocante à qualidade, à quantidade ou aos preços dos produtos e serviços adquiridos.

A segunda causa mencionada para o abandono do setor era a de que a legislação criminal mostrava-se igualmente ineficaz na área cível e comercial. Não existindo nesse seguimento um sistema normativo convenientemente ordenado e eficiente. Em terceiro lugar, havia o problema cultural, qual fosse, a mentalidade individualista, e a busca irresponsável e irrefreável pela vantagem pessoal, sem levar em conta os custos sociais. E, em complemento do quadro caótico, não existia qualquer programa destinado ao esclarecimento do cidadão-consumidor a respeito de seus direitos nessa qualidade. (LEITE, 2002, p. 38-39).

Portanto, segundo o autor, “a conjugação desses fatores – falta de legislação adequada e articulada, mentalidade individualista e ausência de projetos didáticos – resultava no quase completo desamparo do consumidor”. Essa situação caracterizava um total desrespeito à população brasileira, uma vez estar irremediavelmente desprotegida juridicamente (LEITE, 2002, p. 39).

A despeito da ineficácia prática na aplicação das leis então vigentes, não significa dizer que tais regulatórios não se prestassem ao aproveitamento de seus princípios e comandos diretos no mister de uma consolidação para formação de uma norma especializada em salvaguardar as relações de consumo. Esse é um aspecto que precisa ser evidenciado: O Código de Defesa do Consumidor é uma consolidação de preceitos, princípios e normas, postas de maneira esparsas em diversas leis; agora compiladas e agregadas a novos princípios e novas normas, compondo um todo harmônico, com capacidade de atender a contento os desígnios ideológicos de sua criação. Segundo Gonçalves, o balizamento dado por esse novo ordenamento, não é o da prevalência da igualdade formal entre partes; antes, porém, é fundada na premissa constitucional do princípio da vulnerabilidade processual do consumidor (GONÇALVES, 2002, p. 30).

Além do aproveitamento das normas internas, importantes contribuições foram abstraídas de deferentes legislações exôgenas. A respeito do tema têm-se as declarações da coordenadora do anteprojeto do CDC, Grinover, na informação de que os princípios básicos do consumidor, constantes no CDC, tiveram origem na Resolução nº 39/248, de 9 de abril de 1985, de autoria da Assembleia Geral da ONU. Cita, no entanto, que a maior influência sofrida pelo Código Nacional veio do *Projet de Code de la Consommation*, da França. Que também foram importantes as contribuições das leis gerais da Espanha (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios*, Lei nº 26/1984), de Portugal (Lei nº 29/81, de 22 de agosto), do México (*Lei Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976) e de Quebec (*Loi sur la Protection du Consommateur*), de 1979. De modo geral, considerando o trato de algumas matérias específicas, o CDC abeberou-se no direito comunitário europeu, mormente nos instrumentos regulamentares (GRINOVER, 2007, p. 10).

Não se olvide, ainda, que a Res. nº 39/248 da ONU, foi inspirada no direito consumerista americano, do qual transplantou princípios e normas. Além dessa lembrança, vejam-se, ainda, as declarações de Grinover, para quem a participação do direito americano se deu tanto de forma direta quanto indireta. Menciona que, indiretamente, ao terem sido usadas as regras européias mais modernas de tutela do consumidor, uma vez terem sido estas inspiradas nos *cases* e *statutes* americanos. Que, diretamente, quando de análise aprofundada do sistema legal de proteção do consumidor daquele país. Para tanto faz citação dos diplomas mais influentes, tais como o *Federal Trade Commission Act*, o *Consumer Product Safety Act*, o *Truth in Lending Act*, o *Fair Credit Reporting Act* e o *Fair Debt Collection Practices Act* (GRINOVER, 2007, p. 10).

Encontra-se no comando do inciso XXXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o fundamento e a motivação para a criação do CDC, cuja determinação para sua efetivação encontra-se nas normas do art. 48 do Ato das Disposições Transitórias. Referido comando determina prazo ao Congresso Nacional, de 120 (cento e vinte) dias, a contar da promulgação da Constituição, para elaborar um código de defesa do consumidor (LEITE, 2002, p. 41).

Como soe acontecer, o prazo constitucional não foi obedecido, e assim, o CDC acabou promulgado em 11 de setembro de 1990, com a edição da Lei nº 8.078, que introduziu o Código de Defesa do Consumidor, cuja vigência deu-se em 11 de março de 1991. De qualquer sorte, em pouco mais de 2 (dois) anos a lei consumerista foi implantada no Brasil. Sobre o processo legislativo de análise e de votação do CDC, faz-se proveitoso os comentários de Grinover, coordenadora da Comissão que elaborou o anteprojeto do código consumerista (GRINOVER, 2007, p. 5-6):

O Projeto do Congresso Nacional sofreu nada menos que 42 vetos. Alguns foram o resultado de *lobbies* que não haviam conseguido sensibilizar a Comissão Mista e que, vencidos nas audiências públicas, voltaram à carga na instância governamental. Outros parecem trair a pouca familiaridade dos assessores com as técnicas de proteção do consumidor. Outros, ainda, recaíram em pontos verdadeiramente polêmicos, sendo até certo ponto justificáveis.

(...) À doutrina e à jurisprudência caberá o trabalho de construção em torno do verdadeiro alcance dos vetos. Mas, seja como for, o Código de Defesa do Consumidor está aí, a significar um indispensável avanço, graças ao qual o Brasil passa a ocupar um lugar de destaque entre os países que legislaram ou estão legislando sobre a matéria.

Ainda sobre a criação do CDC, faz-se importante a seguinte pergunta: seria ele de fato e de direito um verdadeiro “Código”, ou seria apenas uma lei geral a regular assunto específico? Vejam-se as justificativas da coordenadora do anteprojeto, Grinover, a respeito da controvérsia (GRINOVER, 2007, p. 8-9):

Não resta a menor dúvida de que o texto constitucional, expressamente, reconheceu que o consumidor não pode se protegido — pelo menos adequadamente — com base apenas em um modelo privado ou em leis esparsas, muitas vezes contraditórias ou lacunosas. O constituinte, claramente, adotou a concepção da codificação, nos passos da melhor doutrina estrangeira, admitindo a necessidade da promulgação de um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo.

Ora, se a Constituição optou por um Código, é exatamente o que temos hoje. A dissimulação daquilo que era Código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o *lobby* dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas casas, buscou, por meio de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por ser Código, necessário era respeitar um iter legislativo extremamente formal, o que, naquele caso, não tinha sido observado. **A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era.**

E, dessa forma, o Código foi votado com outra qualidade, transformando-se na Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Mas repita-se, não obstante a nova denominação, estamos, verdadeiramente, diante de um Código, seja pelo mandamento constitucional, seja pelo caráter sistemático.**

Tanto isso é certo que o Congresso nacional sequer se deu ao trabalho de extirpar do corpo legal as menções ao vocábulo Código (arts. 1º, 7º, 28, 37, 44, 51 etc.) – (grifos do monografista).

A decisão de abordar sobre as vicissitudes sofridas no trâmite e aprovação do CDC tem como escopo a busca de compreensão sobre os rumos que tomaram a doutrina e a jurisprudência no trato com a disciplina. A ilação mais consentânea é a de que a Comissão Mista formada para tal mister tinha um propósito normativo mais abrangente e incisivo na salvaguarda dos direitos dos consumidores, mas que, em parte, esse propósito acabou tolhido, em consequência dos vetos ao projeto, impingido por influência e ação direta dos *lobbies* empresariais atuantes. O resultado pode ter sido mais desastroso que a sugestão da coordenadora, no sentido da quebra da sistematização do diploma, com a descaracterização de seu sentido axiológico-social, e/ou diminuição da força coercitiva intentada.

Continuando, de importância trazer a lume que para a confecção de um código que atendesse à nova ordem a ser estabelecida na área das relações comerciais de consumo, vários outros comandos foram insertos na Constituição Federal em diferentes capítulos, todos na percepção de harmonização entre os interesses da evolução econômica em consonância ao direito garantido aos vulneráveis da relação — os consumidores. Assim, serão transcritos cada um desses principais comandos, e comentários posteriores de expertos, sobre alguns deles, conforme segue:

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;

(...).

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...).

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – (...);

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...).

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...);

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

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;

(...).

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...);

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - (...);

II - os direitos dos usuários;

(...).

Art. 48. [Ato das Disposições Constitucionais Transitórias] O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Assim, Almeida disserta sobre o inciso XXXII do art. 5º da CF/88, observando que a tutela do consumidor foi alçada a direito básico fundamental, tanto na esfera individual, quanto coletiva, com a inscrição na Carta Maior, em face de sua inclusão

no Capítulo I — Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Que referida garantia, agora, de forma expressa, passou a ser um direito de cidadania, informado por outros direitos basilares complementares, como o direito à liberdade, à propriedade, à segurança e à vida. Que, por conseguinte, assume o Estado a postura de tutor legal desses direitos. Que, em suma, à luz dos preceitos referidos no inciso XXXII, a defesa do consumidor passou a ser um direito do cidadão e, em contrapartida, um dever do Estado garanti-la (ALMEIDA, 2009, p. 74-75).

Quanto ao comando inscrito no inciso VIII do art. 24, segundo, ainda, Almeida, o constituinte desejou dar a tutela estabelecida pela norma um sentido nacional. O que vale a dizer, que os deveres de proteção instituídos nesta, é imposto a todos os poderes do Estado, em seus três níveis de governo: Federal, Estadual e municipal. Quanto à competência legislativa é dividida por áreas de interesse e forma de atuação, explicitadas. Cita, em trecho contíguo, ser o CDC um microsistema na medida em que possui normas reguladoras de todos os aspectos da proteção do consumidor.

Segue o autor, que a coordenação destas entre si, compõe uma visão de conjunto dessas relações, prescindindo, assim, de regras de outros ramos do direito (os quais serão utilizados supletivamente, se compatíveis, em caso de lacunas do CDC). Que o legislador optou por tratar diretamente no Código das questões de natureza civil, a deixar tal aspecto a uma incerta alteração do Código Civil (que só veio a ocorrer 12 anos mais tarde). Quanto à multidisciplinariedade do CDC, o qual abrange todas as áreas do direito, necessárias ao fechamento do sistema do Código, vejam-se as palavras do autor (ALMEIDA, 2009, p. 75-77):

O microsistema codificado, por força de seu caráter inter-disciplinar, outorgou tutelas específicas ao consumidor nos campos civil (arts. 8º a 54), administrativo (arts. 55 a 60, 105 e 106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts. 81-104).

Sobre esse aspecto tem-se a preleção de Filomeno, no sentido da desmitificação de que o CDC seja *uma panacéia* para todos os males que afligem os consumidores. Cita que as leis relativas às relações de consumo, existentes nos Códigos civil, comercial, penal etc, continuam em vigência, assim como a legislação esparsa, com derrogação ou revogação, somente quando incompatíveis com os princípios e/ou

comandos do CDC; o que vale a dizer, que segue os princípios gerais de substituição das leis no tempo (FILOMENO, 2007, p.18).

Continuando os comentários sobre os comandos inscritos da Constituição que informam as diretrizes a serem cobertas pelo CDC, Filomeno esclarece a respeito do conteúdo do art. 170 da Carta Maior. Para o autor, as normas, ali inscritas, têm como escopo a proteção da “ordem econômica”, a qual deve fundar-se na **valorização do trabalho humano** e na **livre iniciativa**, na finalidade maior de assegurar a todos, indistintamente, vida digna, pautada nos ideais de justiça social. Afirma o autor que esses desideratos deverão primar pela observação dos princípios fundamentais transportados ao CDC, entre eles, com prevalência o da “defesa do consumidor”.

Suas afirmações até este ponto apenas afirmam o conteúdo expresso na norma, porém, em acréscimo, evidencia que da observância desses princípios advém ao Estado regular e fiscalizar sobre vários aspectos das atividades comerciais, tais como: a racionalização dos serviços públicos, visando à coibição de abusos como a *concorrência desleal* nas práticas comerciais; o estudo constante da modificação diuturna do mercado de consumo; à educação, tanto de fornecedores, quanto de consumidores, em face de seus direitos e obrigações (FILOMENO, 2007, p. 22).

O autor, ainda, em finalizando o bloco de comandos, disserta sobre o art. 48 das Disposições Transitórias, citando, também como vários outros autores sobre o descumprimento do prazo na promulgação do CDC. De original comenta dos esforços despendidos pela sociedade na busca da produção da lei consumerista, desde a década de 1980, seja pela sociedade civil organizada, seja por intermédio dos órgãos estatais. O autor cita o caso da sexta reunião de várias entidades, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, em 1985, em que foram aprovadas **moções concretas** no sentido de inclusão no texto constitucional então em vigor (EC nº 1 de 1969), dispositivos que contemplassem a preocupação do Estado na questão de defesa do consumidor (FILOMENO, 2007, p. 23-24).

De igual, afirma, ainda, o autor, foram os esforços quando da formação da Assembléia Nacional Constituinte em 1987, com a apresentação de novas propostas sobre o tema. Na área afeta às entidades estatais, são citados dois importantes eventos

levados a termo pelo Ministério Público brasileiro, constantes de dois simpósios nacionais; quais fossem, o VI Congresso Nacional de São Paulo, em junho de 1985, e o VII, em Belo Horizonte, em março de 1987. Nesses eventos foram oferecidas teses — com aprovação à unanimidade —, propugnando além da criação de Promotorias de Justiça especializada na proteção e defesa do consumidor, também a consagração no texto constitucional daquelas preocupações condensadas (FILOMENO, 2007, p. 23-24).

Ainda sobre o primado concreto e ideológico dos princípios e normas inscritas no CDC, de natureza cogente imediata, tem-se a acrescentar um de seus mais caros objetivos a serem alcançados, mediatemente, qual seja: o estabelecimento de diretrizes para formação e aglutinação de órgãos estatais nos três níveis de governo, e de organizações privadas, no dispêndio conjugado de esforços visando à efetividade das Políticas de consumo. A esse respeito tem-se a opinião, ainda, de Filomeno, para quem:

(...) o novo Código *vale muito mais pela perspectiva e diretrizes* que fixa para a efetiva defesa ou proteção do consumidor, bem como pelo devido equacionamento da harmonia buscada, do que pela exaustão das normas que tendem a esses objetivos, como já visto, apontando ainda para a *utilização de certos instrumentos*. (FILOMENO, 2007, p.18) – (grifos do autor).

Os instrumentos mencionados pelo autor são os diferentes órgãos de atuação, sejam estatais ou de iniciativa privada, cada um com atuação em determinados setores. Como exemplo pode-se citar o caso dos PROCONs — assunto a ser abordado logo mais adiante.

Continuando na dissertação sobre as características do CDC, é de proveito, ainda, a colação dos comentários de Cavaliere Filho sobre os princípios normativos circunscritos no CDC, em face de seus nascedouros direto da Constituição, *in verbis*:

Em virtude da origem constitucional do mandamento de defesa do consumidor, o art. 1º desse novo diploma legal, auto define suas normas como sendo de ordem pública e de interesse social, vale dizer, de aplicação necessária e observância obrigatória, pois como de todos sabidos, as normas de ordem pública são aquelas que positivam os valores básicos de uma sociedade (CAVALIERE FILHO, 2002, p. 34).

Quanto à abrangência do CDC respeitante ao seu alcance em favor do cidadão na condição de consumidor, sua incidência é de grande penetração pela natureza de sua fonte original e sua motivação ideológica. Para imprimir credibilidade ao dissertado transcreve-se as palavras de Nunes, na seguinte dicção (NUNES, 2002, p. 374):

(...) normas de ordem pública e interesse social e por isso abrangem a sociedade como um todo, a coletividade de pessoas indeterminadas, nas suas relações, e afetam todos os membros dessa sociedade; estão destinadas à defesa da pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço, consubstanciado numa relação de consumo.

Nesse contexto, Moraes disserta sobre os objetivos do CDC, **para quem suas normas se justificam no fundamento essencial do princípio da vulnerabilidade do consumidor**. Segundo o autor, essa vulnerabilidade tem causas diversas e assim não deve o Estado prover sua proteção em apenas algumas das facetas dessas relações, antes, porém, deve ser esta sistemática, dinâmica, abrangente e integral. Não deve buscar uma tutela tibia do consumidor. Assim, o que se requer é um regramento eficiente que cubra todos os aspectos da relação de consumo, tanto daqueles concernentes aos próprios produtos e serviços ofertados, quanto aos instrumentos de controle e fiscalização na cadeia produtiva e comercial desses bens e serviços (MORAES, 2002, p. 89).

1.2 DA INSTRUMENTALIZAÇÃO PREVISTA NO CDC

Início da Instrumentação do Sistema de Defesa do Consumidor

A primeira atitude específica na instrumentalização da política econômica visando à harmonização das relações de consumo foi a criação do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor – CNDC, por meio do Decreto Federal nº 91.469, de 24 de julho de 1985 (a mesma data da Lei nº 7.347, que criou a Ação Civil Pública), alterado pelo Dec. nº 94.508, de 23 de junho de 1987, cuja função principal era auxiliar o Presidente da República na formulação e condução da política de defesa do consumidor. [Referido órgão foi de vital importância na elaboração e defesa para a aprovação do futuro CDC, uma vez terem sido seus integrantes os responsáveis pelo anteprojeto deste] (ALMEIDA, 2009, p. 193-195).

Segundo, ainda, Almeida, a reforma administrativa levada a termo no início do governo Collor, atingiu o órgão, o qual foi extinto por meio da Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, havendo, assim, a substituição do órgão colegiado por um de composição singular: o Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC. Com subordinação à Secretaria Nacional do Direito Econômico, na estrutura do Ministério da Justiça. Mais tarde, com a edição do Decreto nº 861, de 9 de julho de 1993 (revogado pelo Dec. nº 2.181, de 20/03/1997), teve suas competências atuais definitivas, incumbido que foi da execução de parte da política de consumo imputada à SNDE; ambos na estrutura do Ministério da Justiça (2009, p. 193-195).

Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC

A instrumentalização prevista no CDC, já conta, hoje, com a participação de diversos órgãos públicos e entidades privadas, para a realização da Política de Consumo. Na visão de operacionalizar os comandos programáticos do Código de consumo, o executivo criou um dos principais órgãos de gestão e execução nesse mister. Trata-se do denominado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC. O órgão ganhou vida com a edição do Decreto nº 861, de 9 de julho de 1993 (revogado pelo Dec. nº 2.181, de 20 de março de 1997). Referido colegiado representa a

conjugação de esforços do Estado, nas diversas unidades da Federação, para a implementação efetiva no resguardo dos direitos do consumidor, e reflexamente ao respeito à pessoa humana nas relações de consumo. Nos Estados-Membros, existem órgãos similares, denominados SISTECOMs, os quais são responsáveis pela política de relações de consumo, cujos órgãos de consecução objetiva são representados pelos PROCONs.

Conforme instituído no CDC, o SNDC é composto pela Secretaria de Direito Econômico – SDE (criada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), do Ministério da Justiça, por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, e dos demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e entidades civis de defesa do consumidor. O DPDC (substituto do CNDC) é o organismo de coordenação da política do SNDC e tem como atribuições principais coordenar a política e ações deste, assim como atuar concretamente nos casos de relevância nacional e nos assuntos de maior interesse para a classe consumidora, além de desenvolver ações voltadas ao aperfeiçoamento do sistema; à educação para o consumo; bem assim para melhor informação e orientação dos consumidores.

Tem, ainda, em sentido programático, a missão de incentivar políticas de proteção do consumo, como a criação de órgãos públicos nas áreas estaduais e municipais, bem como de associações de cunho privado. Para tal desiderato, está autorizado a despender recursos monetários e compor parcerias nas diferentes esferas de governo na visão da conformação de um aparato multifário, apto à proteção eficaz do consumidor. Na área do direito administrativo, estabeleceu as sanções a serem aplicadas diante do cometimento de diferentes infrações ou fraudes nas relações de consumo (FINK, 2007, p. 986-987).

Na cadeia que compõe o sistema de proteção consumerista, outro instrumento importante dessa política, são os PROCONs. Estes, conforme diretrizes do CDC, tanto podem ser instituições em nível estadual, quanto, municipal. Portanto, são órgãos estaduais ou municipais de defesa do consumidor, criados, na forma da lei, especificamente, com essa finalidade. Suas competências são exequíveis no âmbito de suas jurisdições respectivas. Suas imputações estão programadas tanto no CDC (de

forma mais programática), quanto no Decreto nº 2.181/97 (determinativa), e, obviamente, que seu principal foco é a defesa dos consumidores. Verifica-se, desta forma, que as competências são concorrentes entre União, Estados e Municípios, com as ressalvas já anotadas. Isso vale a dizer que não há uma relação de subordinação (hierarquia) entre o DPDC e os PROCONs ou entre PROCONs, propriamente.

Nessa perspectiva, os PROCONs são órgãos oficiais de atuação direta junto à comunidade, presta atendimento direto aos consumidores, o que caracteriza papel fundamental na complementação da atuação do SNDC. Outro aspecto de importância na atuação dos PROCONs é sua ampla gama de cometimento legal, na representação dos papéis de elaboração, coordenação e execução da política local de defesa do consumidor; em cujo bojo encontra-se o poder-dever de orientar e educar os consumidores, entre tantos outros cometimentos.

Podem-se juntar a esse aparato instrumental de proteção do consumidor as Delegacias Especializadas no delito contra as relações de consumo. São as Delegacias de Ordem Econômica. O autor Filomeno dá conta da existência desses órgãos policiais especiais em vários Estados. Cita que suas atribuições estão voltadas com mais vagar na apuração dos crimes contra a economia popular, bem como a outros delitos correlacionados. Consta das informações do autor que o Estado de São Paulo já dispunha de um órgão policial especializado na apuração de crimes contra o consumidor desde março de 1983, com a criação do Departamento Estadual de Polícia do Consumidor – DECON, cujos órgãos de execução eram duas divisões especializadas: a Divisão de Investigações de Infrações Contra a Saúde Pública, e a Divisão de Investigações de Infrações Contra a Economia Popular. Cita com pesar a sua extinção em 1999, após 16 anos de experiência bem sucedida (FILOMENO, 2007, p. 125-126).

Segundo um dos autores do anteprojeto do CDC, Filomeno, o primeiro órgão administrativo de defesa do consumidor foi criado, em nível estadual, pelo Estado de São Paulo, por meio do Decreto Estadual nº 7.890, de 6 de maio de 1976, mais tarde, para maior segurança jurídica, consubstanciado na Lei Estadual nº 1.903, de 20 de dezembro de 1978. Referido diploma introduziu no mundo jurídico-administrativo o

Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, o qual prevê em sua estrutura, como órgãos centrais, o **Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor** e o **Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor**, subordinado à Secretaria de Economia e Planejamento.

Segundo o autor, o novo órgão, logo, passou a ser chamado de PROCON [Na realidade, o PROCON é órgão de execução da política do SISTECOM; e não que o órgão tenha mudado de nome], influenciando, posteriormente, na denominação dos futuros institutos de proteção ao consumidor de outros Estados e Municípios do País. Cita o autor que o PROCON paulista, por força da Lei Estadual nº 9.192, de 23 de novembro de 1995, foi transformado em uma fundação de Direito Público, situação que certamente lhe deve ter conferido mais autonomia para desempenho das funções precípuas (FILOMENO, 2007, p. 70-72).

O autor Leite disserta que o primeiro órgão de proteção do consumidor era, até os anos 1980, o Programa de Defesa do Consumidor — PRODECON, hoje, designado de SISTECOM, o qual era ligado ao executivo. [Essa informação, a despeito de sua redação um pouco divergente daquela do parágrafo anterior, certamente trata do mesmo fato] (LEITE, 2002, p. 38).

Atualmente, o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor — SISTECOM, em nível estadual, guarda similitude de funções com o SNDC, em nível nacional; fazendo parte da estrutura administrativa dos Estados-membros.

A sigla PROCON é, na atualidade, um tipo de logomarca dos institutos estaduais incumbidos da proteção do consumidor, os quais receberam com pequenas variações, em cada Estado-membro, os seguintes nomes: Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor; Programa Estadual de Proteção e Orientação ao Consumidor; Programa Estadual de Orientação e Proteção do Consumidor; Programa Estadual de Defesa do Consumidor etc. Informações colhidas no site do PROCON/SP dão conta da existência de um total de 664 desses órgãos, espalhados por todo território nacional.

Outro Órgão de Estado importante na instrumentalização do CDC é o Ministério Público. O autor Filomeno dá conta do exercício das incumbências do Ministério Público [ao que concerne a sua atuação na área de defesa do consumidor, cometidas pelos incisos II e III do art. 129 da CF/88, as quais serviram de fundamento para o comando do inciso II do art. 5º do CDC], já, na maioria dos Estados-Membros, por meio das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor. Cita, ainda, que a atuação do MP nesse ramo se dá, no plano individual, junto aos PROCONs ou em outros órgãos oficiais congêneres, ou, ainda, nos juizados especiais de Conciliação ou de Pequenas Causas, ou mesmo em casos excepcionais quando haja promotores de justiça designados para atendimento ao público, circunstância em que sua atuação abrange obviamente outras áreas de relação (FILOMENO, 2007, p. 115).

Sobre a participação do Ministério Público como instrumento auxiliar na execução da Política Nacional de Consumo, conforme inscrito no inciso II do art. 5º do CDC, as palavras de Almeida dão testemunho da importância da atuação desse Órgão de Estado, independente, nesse mister. Sobre sua estrutura na área consumerista, indica que, em nível nacional, existe a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão, centralizada em Brasília, com representantes regionais nos Estados. Que tal estrutura, não detém a exclusividade de atuação, assim a propositura de ações poderá ser feita por qualquer Procurador da República, na capital e nos municípios que possuam Varas da Justiça Federal. Que, em nível estadual, existem as Curadorias ou Coordenadorias de Defesa do Consumidor do Ministério Público, sediadas nas capitais, as quais coordenam e orientam os Promotores de Justiça nas Comarcas (ALMEIDA, 2009, p. 67-68).

No seguimento da iniciativa privada, tem-se a fundação do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, em São Paulo, no ano de 1987. Este, juridicamente, é uma associação de consumidores, sem fins lucrativos, com mais de 40.000 mil sócios. Também não possui qualquer vínculo com empresas, governos ou partidos políticos. Seus recursos financeiros para custeio do exercício de suas atividades são originados das anuidades recolhidas de seus associados; das vendas de assinaturas da

Revista do Idec e outras publicações; além da realização de cursos na área. Recebe, ainda, recursos financeiros internacionais, originados de agências destinadas a prestar ajuda a entidades da sociedade civil. Suas contas são auditadas por auditorias independentes.

Para melhor cumprir seu papel de vanguarda na defesa do consumidor, entre as entidades civis, o IDEC celebrou diversos convênios ou outras formas de cooperação, com entidades afins, tanto nacionais, quanto internacionais, tais como: a *Consumers International*, uma federação que congrega mais de 250 associações de consumidores que operam no mundo todo; faz parte do Fórum Nacional das Entidades Civis de Defesa do Consumidor – FNECDC, criado para fortalecer o movimento dos consumidores em todo o País; da Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais; ABONG, sociedade civil, que procura ser um instrumento de promoção em âmbito nacional e internacional das contribuições das ONGs, frente ao desafio do desenvolvimento e superação da pobreza; e da BRASILCON, uma associação civil de âmbito nacional, multidisciplinar, de caráter científico, técnico e pedagógico que busca promover o desenvolvimento da Política e do Direito do Consumidor e incentivar a cooperação internacional na área de proteção do consumidor. Disponível em <http://www.idec.org.br/oq_idec.asp>. Acesso em 27/10/2010.

Essas foram as considerações possíveis na proposição do presente Capítulo 1. Recordar-se que neste foi apresentada pequena panorâmica sobre as primeiras leis de cunho voltado às relações de consumo em geral, com abordagem evolutiva do direito brasileiro. Mais detidamente, foram dissertados sobre os princípios que informaram o CDC, sendo que parte desses são translações de regulatórios antigos, elevados pela constituição como balizadores para a composição de uma lei consumerista mais consentânea à realidade presente. Igualmente foram citadas as intervenções dos componentes da Comissão de Elaboração do anteprojeto de Código do Consumidor, resultando na edição da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, com a instituição do Código de Defesa do Consumidor. Não se olvide dos esforços em apresentar todo o

arcabouço que compõem a estrutura montada como suporte para garantir a política de proteção ao consumidor, representado pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor SNDC.

Assim, espera-se que as abordagens levadas a termo neste tenham conseguido delinear, mesmo que, de forma panorâmica, o arcabouço jurídico-instrumental composto pelo CDC e por outros órgãos que o robustece e suplementa; cuja nobre missão precípua é a de garantir a harmonização nas relações de consumo, patrocinando, assim a desejada paz social.

No Capítulo 2, será dissertado acerca das provas no sistema jurídico brasileiro. A motivação de tais perquirições visa ao melhor preparo na compreensão do tema foco da presente monografia.

CAPÍTULO 2

DAS PROVAS NO DIREITO BRASILEIRO

— BREVES CONSIDERAÇÕES

2.1 DO CONCEITO DE PROVA

Prova em definição sintética pode ser considerada como um instituto processual hábil a comprovação de um fato. Os doutrinadores têm definido a prova processual de diferentes formas; na escrita, porém, seu caráter funcional se evidencia na opinião manifestada por cada um dos autores pesquisados. Tem-se a seguir a definição de alguns desses doutrinadores:

Para Theodoro Júnior:

(...) Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.); b) e outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 456).

Para Wambier:

(...) Assim, conceitua-se prova como o instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional (WAMBIER, 2006/2007, v. 1, p. 407).

Para Marinoni:

(...) é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juíz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo. (MARINONI, 2007, v. 2, p. 260).

Para Carnelutti:

Prova em sentido jurídico é demonstrar a verdade formal dos fatos discutidos, mediante procedimentos determinados, ou seja, através de meios legais (legítimos). Provar, então, é evidenciar, fazer ver a exatidão e autenticidade (fidelidade) dos fatos que estão sob debate (CARNELUTTI, 2001, p. 72-73).

O instituto da prova tem grande importância na sistemática processual, uma vez ser ela imprescindível para se chegar à solução dos conflitos de interesses, seja qual for sua natureza. Será a prova o instrumento processual idôneo a confirmar ou a refutar a verdade sobre os fatos afirmados pela(s) parte(s).

Vale dizer que como forma de garantia das próprias partes, só é lícito o julgamento, segundo o alegado e provado nos autos, isto é, aquilo que não se encontra no processo para o julgador não deve existir, daí afirmar-se que o direito processual se contenta com a “verdade processual”, qual seja, aquela que aparenta ser a realidade segundo os elementos do processo.

Marinoni adverte que a palavra “prova” também pode assumir outras acepções, com utilização em outras áreas das ciências. Pode, assim, figurar como instrumento de que se serve o magistrado para formar convicção sobre fatos a ele submetidos, como o caso da prova documental, da prova pericial etc. De outro lado, a prova pode ser tida como atividade lógica, vivenciada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos e possibilitar a decisão. (MARINONI, 2006, v. 2, p. 258).

Sob outro prisma, o conceito de prova é ligado à idéia de reconstrução de um fato, que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter certeza sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer a sua função com maior clareza, e da melhor forma, aproximar-se ao máximo do justo.

Em fim, o conceito tradicional de prova adotado, ou pelo menos repetido por boa parte da doutrina jurídica, é, com algumas variantes, admitido como o meio de obtenção da verdade dos fatos no processo.

2.2 DO OBJETO DA PROVA

É sabido que toda prova deve ter um **objeto**, uma **finalidade**, um **destinatário**, não podendo se esquecer, também, que a prova judiciária deve ser obtida mediante meios e métodos determinados. Daí, que a prova tem como “objeto” **os fatos que fundamentam a pretensão das partes no processo**, cuja finalidade precípua é a formação de convicção do juiz sobre as alegações apresentadas pelas partes no contencioso (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 457).

No tocante à finalidade da prova judiciária, não se pode olvidar que o processo moderno busca solucionar os litígios à luz da verdade real e, que é na prova juntada aos autos, que o juiz busca localizar essa verdade. Dessarte, torna-se de suma importância o esmero na produção da prova, em quaisquer dos meios legais e idôneos aceitos pelo direito.

2.3 DOS MEIOS DE PROVA

A legislação processual civil trata do assunto: “meios de prova”, no caput do art. 332 do CPC, *in verbis*: “*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*”.

Theodoro Júnior cita que o Código de 1973, tomou atitude muito mais flexível em relação aos diferentes meios de prova, elencando uma série delas, além de genericamente indicar serem também admitidas provas obtidas por meios “moralmente legítimos”. Que essa atitude liberal é mais consentânea com as novas tendências que dominam as ciências processuais, em que se abandona o puro sentido formal da prova (chamado formalismo), para buscar atender aos anseios de justiça ideal, orientada na busca da realidade material (fática), que possa afinal cumprir seu desiderato institucional-ideológico. (THEODORO JÚNIOR, 2006, 1 v., p. 465).

O texto de lei é claro e preciso para o presente estudo, no entanto, em análise aprofundada, por certo se abre um imenso campo de debate acerca do que configura **meio legal e/ou legítimo**. Todavia, o trabalho em pauta não adentrará o tema com minúcias, porém, envidará esforços para trazer ao presente trabalho um resumo sucinto sobre a opinião de alguns autores — em cada modalidade, nos próximos itens.

2.3.1 Do depoimento pessoal

O depoimento pessoal é o primeiro meio de prova a ser regulado pelo CPC. Sua previsão consta nos artigos 342 e 343, cuja transcrição segue:

Art. 342. O juiz pode de ofício em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra,

§ 1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou comparecendo, se recuse a depor.

§ 2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.

Assim, como afirma Marques, o depoimento é então, “*o ato instrutório em que o juiz ouve as partes sobre as questões de fato do litígio ou da causa*”. É a prova requerida pela parte adversa ou pelo magistrado, visando à obtenção da confissão sobre os fatos controversos (MARQUES, 2003, p. 199).

Para Nery Júnior, o **depoimento pessoal** é meio de prova, cuja finalidade primeira é a busca da confissão da parte contrária àquela que a promoveu, seja de maneira espontânea ou provocada, sobre fatos que influenciem a resolução da lide (NERY JÚNIOR, 2006, p. 540).

Deve-se salientar que a parte poderá manter sigilo sobre fatos criminosos ou torpes a ela imputados, e, cujo respeito por estado ou profissão, deva guardar sigilo; salvo se versar a demanda sobre ações de filiação, separação ou divórcio, anulação ou nulidade de casamento, amparado no artigo 347, do CPC. (NERY JUNIOR, 2006, p. 541-542).

2.3.2 Da confissão

A confissão é o ato probatório contra o confitente, vale dizer, contra aquele que confessa fato ou situação a seu desfavor. Segundo as normas do art. 348 do CPC, *in verbis*: “Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.”

A confissão é considerada a rainha das provas, por ter o poder de melhor incutir no espírito do juiz convicção segura sobre referido fato posto a juízo. Seus principais efeitos são a de fazer prova contra quem confessa e/ou a de suprir algum defeito ou deficiência formais do processo. A pedra de toque da plena eficácia desse instituto é a sua irretratabilidade. Esta decorre de uma verdadeira preclusão processual; significa que, uma vez manifestada, não mais poderá o confitente voltar atrás. A exceção no caso ficará por conta de vício que possa ter havido quando da confissão, tais como: erro, dolo ou coação (THEODORO JUNIOR, 2006, 1 v., p. 475).

Segundo Marinone, a confissão não se confunde com a renúncia do direito material ou ao reconhecimento do pedido do autor, apenas que confirma um determinado fato alegado por este, portanto, opera exclusivamente no plano fático. Alerta, no entanto, que o resultado da confissão traz, no mais das vezes, graves conseqüências para o confitente, qual seja, o da sucumbência na lide. A confissão válida exige certos requisitos: ser manifestada por agente com capacidade civil plena, e o *animus confidendi* e que tenha em seu objeto a configuração de fato desfavorável a este, ao tempo, que seja favorável ao autor. (MARINONI, 2006, 2 v., p. 313).

2.3.3 Da exibição de documento ou coisa

O presente instituto tem seu uso quando da necessidade de promoção de uma prova, em processo, esse elemento (documento ou coisa) não se encontra em mãos do interessado, necessitando, assim, recorrer ao juiz para a satisfação de sua pretensão. O pedido deverá conter as disposições descritas no art. 356 do CPC:

Art. 356. O pedido formulado pela parte conterà:

I - a individualção, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa;

II - a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa;

III - as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

A exibição de documento ou coisa poderá ser postulada de duas maneiras: a primeira antecipa-se à ação principal, é medida cautelar, ou seja, há exibição preparatória, (art. 844 do CPC); a segunda é requerida numa demanda em curso, a exibição incidental, ou seja, no bojo do processo de conhecimento (art. 355 e 363 do CPC). Em ambas as situações a parte postulará ao juiz que obrigue o adversário, ou ao terceiro, a exhibir documento ou coisa, que se ache em seu poder. (THEODORO JÚNIOR, 2006, 1 v., p. 479).

O Código de Processo Civil prevê três hipóteses em que a recusa do ofendido em apresentar os elementos probatórios não serão admitidos:

Art. 358. O juiz não admitirá a recusa:

I - se o requerido tiver obrigação legal de exhibir;

II - se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova;

III - se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.

Se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração, na forma e no prazo estatuído no art. 357, ou recusar-se, ilegitimamente, a exhibir o documento, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por este, se pretendia provar (art. 359 do CPC).

O terceiro, também, está obrigado a exhibir documento, pertinente e relevante à solução da causa, por ele possuído. Se o terceiro, **sem justo motivo**, se recusar a efetuar a exibição, o juiz lhe ordenará que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de cinco dias, impondo ao requerente que pague as despesas que tiver. Ainda deve expedir-se mandado de apreensão de documento, até mesmo com a requisição de força policial, quando necessário, e tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência (art.362) - (MARINONI, 2006, 2 v., p. 331/332).

2.3.4 Da prova documental

Entende-se por documento a representação material que serve para registrar ou conservar determinadas informações, podendo assumir a forma escrita, fotográfica, cinematográfica, fonográfica, ou ainda como laudos periciais, entre outras; servindo de elemento de prova ou demonstração de um determinado fato. O documento tem a função de fixar um fato da vida. O momento da produção do fato, ele mesmo, em si, pode desaparecer; porém, a sua reprodução pelos meios hábeis o tornaram permanente, ficando à disposição para servir de prova caso seja um dia criada a situação relevante ao seu uso. (WAMBIER, 2006/2007, 1 v., p. 438-439).

É o meio de prova que tem por característica a circunstância de poder demonstrar diretamente, um fato passado. Por esse meio de prova o juiz obterá a necessária convicção, sem a interferência de outras fontes valorativas, para a produção da sentença (MARINONI, 2006, 2 v., p. 335).

2.3.5 Da prova testemunhal

Testemunha é a pessoa natural, quando em juízo, seja, em tese, sabedora de algo ou circunstância, que possa esclarecer melhor sobre o fato litigioso discutido. Outras características qualificam, ainda, uma testemunha, tais como: ser estranha ao feito, ser capaz civilmente e estar em condições de depor, ter sido regularmente convocada a depor, e, não estar por algum motivo impedida ou suspeita. (GRECO FILHO, 2005, p. 216).

Sobre a capacidade de estar em juízo como testemunha tem-se as normas do art. 405 do CPC, cujo texto encontra-se transcrito no anexo 9 do presente trabalho (fl. 96).

Segundo doutrina de Theodoro Júnior, só é considerada como prova testemunhal aquela colhida segundo a regulamentação processual sobre depoimento oral: que obrigatoriamente deve ser feito em audiência, na presença do juiz e das partes, após compromisso legal previamente assumido pelo depoente. Este ficará à disposição do juízo e se sujeitará a contradita e a reperguntas daqueles a quem aproveitam seu depoimento, mormente contra quem será o meio de prova produzido (THEODORO JÚNIOR, 2006, 2006, 1 v., p. 505).

Marinone leciona que à prova testemunhal se aplica as mesmas regras de privilégio aplicadas no instituto do depoimento da parte ou na exibição de documentos ou coisas. Isso vale a considerar que a pessoa não é obrigada a testemunhar sobre fatos que venham a lhe causar graves danos, ou a seus parentes até o segundo grau em linha reta ou colateral, ou ainda, a cujo respeito esteja, por estado ou profissão, obrigado a guarda sigilo (art. 406 do CPC) - (MARINONI, 2006, 2 v., p. 370).

Há de se ressaltar que a despeito da grande utilidade e uso do instituto da prova testemunhal, a doutrina é clara sobre a preferência que se deve dar aos outros meios de prova, sempre que a oportunidade se apresentar para demonstração e/ou comprovação de um fato relevante, objeto da prova. É reconhecido ser o meio de prova testemunhal a menos aconselhável, visto que se trata de pessoas passíveis de falhas, tanto de memória, quanto de caráter, e, assim, por vezes, pode ocasionar erros difíceis de serem sanados, independentemente da vontade interior (THEODORO JÚNIOR, 2006, 1 v., p. 505).

2.3.6 Da prova pericial

Muitas vezes, para a elucidação de fatos relevantes, durante a instrução processual são necessários conhecimentos técnicos que exigem o auxílio de profissionais especializados, com conhecimento em ciências específicas, como, por exemplo, medicina, engenharia, contabilidade, entre outras. O responsável pela produção desta prova técnica é o perito — sempre nomeado pelo juiz, na chamada **perícia judicial**. Sendo órgão técnico e auxiliar do juízo na formação e colheita do material instrutório deve ele atuar com imparcialidade e perfeita exação, para manter a necessária segurança quanto à idoneidade dos esforços despendidos no labor do melhor resultado técnico na busca da realidade material, seja de que natureza for. (THEODORO JÚNIOR, 2006, 1 v., p. 515).

Além dos peritos que prestam assessoria, ao magistrado, técnico-científicas da questão controvertida, as partes pode se servir de técnicos auxiliares. Esses são conhecidos por assistentes técnicos, se ligando especificamente à parte com quem

contratou. A esses não se aplicam as mesmas regras de impedimento ou suspeição, nem ficam na dependência do juiz quanto à suas nomeações ou destituições (MARINONI, 2006, 2 v., p. 376).

Por fim, além da perícia, a parte pode fazer juntar pareceres técnicos extrajudiciais, porém, essas peças não têm o valor da perícia, nem são perícias propriamente. São, tão somente, argumentos novos juntados ao processo, na qualidade de prova indiciária ou suplementar, para auxiliar na formação de convicção do juiz (GRECO FILHO, 2005, p. 227).

2.3.7 Da inspeção judicial

Na redação do art. 440 tem-se que: “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa”.

Segundo a doutrina de Marinoni, eventualmente, na análise da questão posta, surgem casos em que o convencimento do juiz melhor se coaduna com o instituto da inspeção judicial. Cita o autor, como exemplo, a hipótese de a discussão versar sobre alegação de poluição sonora produzida por uma fábrica, ou que certa construção se encontre em estado precário, a representar risco iminente aos transeuntes. Ora, nesses casos, fácil a dedução de que o melhor meio de esclarecimento do juiz será seu comparecimento pessoal, a fim de possibilitar a percepção real dos fatos e formar sua convicção (MARINONI, 2006, 2 v., p. 379).

A inspeção judicial é o último dos meios de prova regulados pelo Código. Este meio não existia no Código de Processo Civil de 1939; era apenas admitido na doutrina e na jurisprudência, e a respeito de sua utilização existia acentuada divergência. Enquanto alguns professavam que a inspeção seria uma ferramenta valiosa na formação de convicção do magistrado; outros achavam que seria perigoso expediente de envolvimento do juiz nos fatos.

Considerando a literatura existente, a inspeção judicial pode ser vista como prova complementar, uma vez ocorrer posteriormente às provas apresentadas — o que leva a dedução de que os fatos controversos não restaram provados. Na inspeção, ao

juiz é facultada a utilização de assistência técnica, com objetivo de buscar percepção mais correta, quanto a fatos que vão além de sua área de conhecimento ou especialidade, conforme previsão legal. As partes têm o direito de acompanhar a inspeção e intervir com a prestação de esclarecimentos e observações relevantes à causa, e, da mesma forma que o magistrado, poderá valer-se de assistentes técnicos (WAMBIER, 2006/2007, 1 v., p. 464-465).

Terminada a inspeção, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado onde constará tudo o que for útil ao julgamento da lide, preferencialmente no local onde se procedeu a diligência, lavrada por escrivão, sob ditado do juiz, e na presença das demais pessoas que intervieram diretamente (WAMBIER, 2006/2007, 1 v., p. 465).

2.4 DO ÔNUS DA PROVA

A palavra ônus vem do latim, *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Ao contrário do que se possa supor, não é uma obrigação impositiva, de cujo descumprimento, normalmente, exista uma penalidade em contraprestação. Porquanto, o não cumprimento de provar um fato, segundo as regras estabelecidas na lei processual (art. 333 do CPC), poderá causar ao obrigado uma desvantagem na busca da comprovação do fato alegado, o que vale a dizer, do ganho da causa — a conseqüência é apenas uma desvantagem (NERY JUNIOR, 2006, p. 530-531).

Nessa linha, ao contrário do que se pode pensar, as partes não têm o dever de produzir provas, uma vez que a lei não obriga a tal atitude. Segundo Marinoni, o que é estabelecido pela norma é o ônus de provar, ou seja, a faculdade das partes de trazerem aos autos a prova dos fatos constitutivos de seu direito (no caso do autor), e impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (no caso do réu), sob pena de não lograrem êxito em suas alegações caso não o cumpram. Conforme reza a norma — em regra —, àquele que faz uma alegação, como fundamento de seu direito, incumbe o ônus de provar a veracidade desta; no entanto, quanto a supostos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito postulado, fica este desobrigado — é ônus da parte contrária.

Cita, em seqüência, o autor, que a regra estabelecida se destina — quanto ao juiz da causa —, a servir de ferramenta suplementar, no caso deste chegar ao final da apreciação das provas e não conseguir o convencimento suficiente sobre o direito a ser pronunciado. Em seu direcionamento às partes, o instituto do ônus da prova tem conexão com as condições da ação [apresentar prova do direito postulado na petição inicial] e com a segurança judicial, na salvaguarda do devido processo legal, propiciando materialmente a igualdade de condições dentro do contraditório, por meio de regras preestabelecidas, não lhes causando surpresas, com exigências inovadoras. (MARINONI, 2006, 2 v., p. 262-264).

Sendo o instituto do ônus da prova uma ferramenta suplementar, procede aqui salientar a previsão do art. 130 do CPC, conforme segue: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Da dicção fica claro que o juiz é autorizado pela norma processual civil, **de determinar prova de ofício** quando os fatos ainda não lhe parecerem esclarecidos, independentemente de requerimento das partes, e/ou destas já terem perdido a oportunidade processual para tanto.

Nas palavras de Wambier, tem o juiz o dever de laborar por vontade própria no esclarecimento dos fatos, quando as provas apresentadas não forem, por si sós, suficientes ao deslinde da questão posta. Nesse propósito fará ele uso do estabelecido nas normas do art. 130 do CPC, e, só após o exaurimento dos meios reais aplicados, deverá proceder ao julgamento com base na regra do **ônus da prova**. Cita o autor o caso da apreciação de uma ação de investigação de paternidade, em que o juiz não deverá abster-se de determinar de ofício ao exame de DNA, apenas por não ter sido requerido pelas partes (WAMBIER, 2006/2007, 1 v., p. 414-416).

Por conseguinte, despiciendo lembrar que a omissão do juiz em decretar a produção de uma prova relevante para o bom deslinde da causa, e fazer uso da mais cômoda regra de prova, certamente estará exercendo seu magistério com passividade formal indevida; o que significa: cumprindo mal sua função de dizer do direito.

Melhor obrará aquele que envidar os esforços no mister de perseguir à descoberta da "verdade", logrando êxito em pronunciar sentença que garanta a efetividade do processo, com a entrega ao detentor do justo merecido.

Os excertos aqui despendidos visam a proporcionar uma melhor compreensão sobre a extensão da regra da inversão do ônus da prova, contida no inciso VIII do art. 6º do CDC: assunto principal do presente trabalho, cujo desenvolvimento será levado a termo no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC — DISCUSSÃO SOBRE O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO

3.1 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Antes de adentrar-se a questão da inversão do ônus da prova, cabe reforçar que o Código de Defesa do Consumidor é um micro-sistema autônomo; portanto, fonte primária para o intérprete dentro da sistemática constitucional. Que o legislador, diante dos problemas sociais surgidos pela complexidade da sociedade moderna, buscou atender, ou, ao menos, minimizar aos reclamos dessa, na qualidade de consumidores, com a instituição de instrumento processual apto a concretização dessa ansiedade, materializada no CDC. Entre as normas que informam referido diploma, cujo objetivo maior é a de regular as relações comerciais, tem-se a estabelecida no inciso VIII do art. 6º do CDC, que propicia à inversão do ônus da prova nos contenciosos judiciais de consumo. Segue transcrição:

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 da experiência.

A inversão do ônus da prova no CDC é o tema central da presente monografia, cujo assunto específico é o “momento processual adequado para a inversão”; porém, antes de iniciar-se a discussão, para melhor compreender o tema, é importante ilustrar a raiz da palavra inversão. Deriva esta do latim *inversio*, “sendo a ação de intervir ou mudar uma coisa em outra” (SILVA, 1995, p. 517). A inversão do ônus da prova é tratada por alguns doutrinadores ou magistrados como uma **regra de julgamento**, enquanto que por outros, como **regra de procedimento**, a ser efetivamente realizado pelo juiz durante a instrução do processo.

É de propriedade informar que a partir da edição da lei consumerista uma já vasta literatura sobre os temas substanciais ali tratados se encontram à disposição do público em geral, em diferentes sistemas de apresentação, desde os sistemas gráficos mais antigos, quanto os mais sofisticados, como a internet. Da mesma maneira já tratada em outros itens deste projeto monográfico, foram feitos levantamentos nesses diversos sistemas na procura de obter as melhores opiniões, ou ao menos mais aceitas, nos diferentes ramos do labor jurídico, quais sejam: legislação, doutrina e jurisprudência pátria.

Sobre a inscrição no CDC do instituto da inversão do ônus da prova tem-se a apresentação de seu histórico nas palavras de Almeida, para quem se verifica total paralelismo entre os motivos que justificavam sua implementação e aqueles utilizados no processo do trabalho, há mais de 50 anos. Naquela época a composição dos litígios nas relações de trabalho era altamente deficiente, fazendo com que as autoridades legislativas e a conscientização dos membros do judiciário viessem a produzir legislação e jurisprudência baseadas no reconhecimento da situação de fragilidade e dependência econômica do trabalhador frente a um litigante muito superior nessa contraposição. A tutela do Estado pró-trabalhador àquela época, certamente serviu de parâmetro para a regulamentação das relações de consumo nos dias de hoje, com a edição da lei de consumo (ALMEIDA, 2009, p. 26-27).

Colacionam-se, em corroboração, as palavras de Marques, a propósito:

Quando enfatizado pelo Direito do Trabalho brasileiro o seu caráter de proteção ao mais fraco, pela possibilidade de alegação, *reclamação*, sem necessidade de comprovar a correspondência dela com a verdade, transferindo ao reclamado a obrigação de desmerecer o alegado, ganhou força a expressão *inversão* do ônus (MARQUES, 1997, p. 150).

O autor Cintra leciona que a despeito da igualdade preconizada pelo direito processual, em que as partes e seus procuradores devem ser tratados de maneira igual (para que tenham as mesmas chances de mostrar suas motivações em juízo); não se deve aceitar cruamente a aplicação de tais princípios basilares, uma vez ser notório que diante de situações em que os sujeitos são pessoas que se apresentam em juízo em

condições inferiores entre si, o Estado deve encontrar uma forma de equilíbrio para que a igualdade possa ser real nessa relação contraposta. Portanto, deve existir um fator de correção na referida distorsão para que o direito possa ser exercido em idênticas condições (CINTRA, 2002, p. 53).

Nesse mesmo caminho trilha a doutrina de Almeida, para quem os consumidores devem ser tratados de forma mais benéfica pelo CDC, assim como pela legislação comum, na finalidade de se conseguir chegar a uma igualdade real. Cita que nos termos do art. 5º da CF, todos são iguais perante a lei; o que significa imaginar que essa igualdade, se necessário for, deverá ser buscada na modificação de alguns institutos em favor da parte mais fraca (ALMEIDA, 2009, p. 49).

Segundo a doutrina de Bellini Júnior, em atenção aos novos preceitos introduzidos pelo CDC, o juiz deverá na prática jurídica obrar com atenção para as reais necessidades constantes do processo. Evidentemente que tal instituto não se aplica a todas as provas pretendidas pelo consumidor. A inversão, quando deferida pelo magistrado, deverá especificar e delimitar a qual, ou quais, pontos da prova que se refere tal inversão. Nos litígios relacionados aos acidentes de consumo, previstos nos artigos 12 e 14, do CDC, que atribuem responsabilidade objetiva ao fornecedor, a inversão do ônus poderá abranger a questão de nexo de causalidade. Sendo a responsabilidade objetiva, será inútil qualquer discussão sobre culpa (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 74-75).

A jurisprudência a seguir corrobora o enunciado:

Relação de consumo caracterizado que implica responsabilidade objetiva do fornecedor (art. 14 do CDC). Ponto controvertido limitado à comprovação de o nexo de causalidade entre o serviço prestado de forma defeituosa e o dano causado ao consumidor. Hipossuficiência técnica de correntista-agravante caracterizada. Inversão do ônus probatório determinado para passar ao fornecedor a prova do rompimento do nexo de causalidade. Arts. 6º, VIII, e 14, § 3º, I e II, do CDC. Agravo provido. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2002).

Nessa linha o autor ressalta que em nenhuma hipótese, a utilização de tal instituto (inversão do ônus da prova), deverá implicar em impossibilidade de defesa do fornecedor. Pode-se citar o caso da situação em que tal inversão significará a produção de prova negativa para o fornecedor, situação não exigida pela legislação; pois ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 78).

Nesse sentido a jurisprudência abaixo transcrita:

Prova – Ônus – Inversão – Relação de consumo – Admissibilidade, desde que não implique no encargo de realização de prova negativa por parte do fornecedor. Normas do Código de Defesa do Consumidor que não podem ser interpretadas de modo isolado em relação aos princípios jurídicos informadores da prova. Inversão do ônus da indeferido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2002).

Como reforço da jurisprudência, colaciona-se o acórdão da Terceira Turma Cível do TJDF, ao julgar a Apelação Cível nº 20000011001641-8, que por unanimidade, acompanhou o voto do desembargador Lécio Resende da seguinte lavra:

Razão assiste à ora apelante ao sustentar que o Código de defesa do Consumidor permite, diante do que preceitua o item VIII de seu art. 6º, a facilitação da defesa de seus direitos, como consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou diante de sua hipossuficiência.

Entretanto, tal hipossuficiência não serve para inverter o *ônus probandi*, como no caso ora analisado, para obrigar o ora Apelado que faça prova negativa. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2007).

Em complemento do acima exposto, para o autor fica claro que a facilitação da defesa do direito do consumidor, não é privilegiá-lo no processo visando a vencer mais facilmente a demanda posta, conspurcando as garantias processuais destinadas aos litigantes. Antes, porém, tais preceitos deverão sempre ser sopesados para que não exerçam, em sentido contrário, qualquer desequilíbrio processual. Nesse sentido, o próprio inciso VIII do art. 6º faz a ressalva de que para a possibilidade da inversão, dois requisitos deverão ser analisados, quais sejam: a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor na produção das provas (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 79).

Sobre os requisitos constantes no inciso VIII do art. 6º, da exigência da condição de verossimilhança ou da hipossuficiência do consumidor na lide, segue dissertação nos próximos tópicos.

3.1.1 Dos requisitos para a inversão do ônus da prova

Relevante para a compreensão da análise dos requisitos para a inversão do ônus da prova, a leitura do comando da lei na dicção do inciso I do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, conforme transcrito:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

(...) (Código de Defesa do Consumidor).

A **vulnerabilidade** do consumidor no mercado de consumo é reconhecida pela lei. A literalidade do texto não comporta divagações no sentido de relativizá-la. O espírito impresso na lei é tanto no sentido de criação de meios processuais, quanto o de autorizar a criação destes, no propósito de garantir o equilíbrio de forças entre os litigantes nos contenciosos de ordem consumerista. É indubitável que o comando inscrito no inciso I do art. 4º do CDC, justifica a proteção do consumidor na questão da prova. Para a instrumentação do instituto, visando à sua aplicação ao caso concreto, foram criadas algumas condições de procedibilidade, materializadas no inciso VIII do art. 6º de referido diploma, onde se encontram explicitados os requisitos que devem o consumidor satisfazer para que o juiz possa proceder à inversão do ônus da prova. Parece proveitoso para a visualização do leitor a repetição da transcrição da norma:

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 da experiência.

Bellini Júnior leciona que, em matéria de produção de prova, o legislador ao determinar ser um direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova; o fez para que, no processo civil concretamente instaurado, o julgador fosse atencioso a esta regra, segundo a qual, este sob seu **critério**, após a constatação dos requisitos da verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência, decretasse tal ato de inversão probatória (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 92-93).

Prossegue o autor, que a melhor acepção na interpretação das normas do inciso VIII é o de reconhecimento de que ao juiz é obrigatória a apreciação dos requisitos para a inversão do ônus da prova. Este diante da constatação da existência de verossimilhança das alegações do consumidor, ou de sua hipossuficiência, tem o dever, — não a simples faculdade —, de determinar a inversão do *ônus probandi* (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 93).

Disserta, ainda, ser de suma importância para o entendimento do alcance do sentido pretendido na lei consumerista, a apreensão, primeiramente, da amplitude do substantivo “critério”, dirigida ao juiz em mencionada norma, bem assim da melhor acepção a ser abstraída da conjunção alternativa “ou”, utilizada entre as duas condições previstas como requisitos: “verossimilhança **ou** hipossuficiência”.

Nesse mister, opina o autor quanto ao sentido da palavra “critério”, posta no texto, a qual não deve ser confundida com discricionariedade — situação em que a autoridade administrativa decide sobre a tomada de decisão, ou não, por critérios de conveniência e oportunidade —, pelo contrário; ao juiz no processo resta cumprir, dentro de “critérios” objetivos previstos nas normas, as determinações definidas para o caso (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 93-94).

Quanto à conjunção alternativa “ou”, o autor proclama a existência de uma corrente minoritária que considera a referida partícula excludente como tendo o sentido de aglutinação, adição, o que vale a dizer, que para essa corrente, haveria a

necessidade da satisfação, concomitante, das duas condições especificadas na norma [como exemplo, colaciona a opinião de Antonio Gidi, 1995, p.34-35]. Porém, o autor se posiciona ao lado da corrente majoritária, com a argumentação de que essa é a genuína acepção da palavra, no universo que compõe a língua. Sem descurar-se da motivação da lei consumerista — voltada, essencialmente, à proteção da parte mais frágil do processo: o consumidor [como exemplo, colaciona a opinião de Carlos Roberto Barbosa Moreira, 1997, p. 141] (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 79-82).

Em corroboração, transcreve-se a doutrina de Rizzatto Nunes, nas seguintes palavras, quanto à semântica do substantivo “critério”:

O substantivo “critério” há de ser avaliado pelo valor semântico comum, que já permite a compreensão de sua amplitude. Diga-se inicialmente que agir com critério não tem nada de subjetivo.”Critério” é aquilo que serve de base de comparação, julgamento ou apreciação; é o princípio que permite distinguir o erro da verdade ou, em última instância, aquilo que permite medir o discernimento ou a prudência de quem age sob esse parâmetro (RIZZATO NUNES, 2010, p. 217).

Em concluindo, faz-se interessante ressaltar, ainda, que é **ônus incumbente ao consumidor, fazer prova** de sua hipossuficiência com relação ao fornecedor, ou da verossimilhança de suas alegações, para que o juiz possa aplicar a inversão do ônus da prova.

Na seqüência, em tópicos específicos, serão examinados *in concreto* os referidos pressupostos da verossimilhança e da hipossuficiência, respectivamente.

3.1.1.1 Da verossimilhança

O primeiro aspecto a ser observado no instituto da verossimilhança, é reconhecer tratar-se de **conceito jurídico indeterminado**. Significa que depende de avaliação objetiva na apreciação de cada caso concreto, com supedâneo na aplicação de regras e máximas de experiência acumuladas pelo juiz, para um pronunciamento judicial consentâneo. O vocábulo verossimilhança, vem de verossímil (pausível), significa plausibilidade, a probabilidades de ser, o que é semelhante à verdade, o que tem aparência de verdade, o que não repugna a verdade, enfim, **o provável** (SILVA, 1995, p. 482).

Segundo a cátedra de Rizzatto Nunes, para fazer jus à **verossimilhança da alegação**, não basta boa redação da petição inicial, não basta bem relatar os fatos e subsumi-los ao direito, em tese. Para tal desiderato exige-se que da narrativa dos fatos e dos indícios apresentados que os conectam, possa resultar em silogismo capaz de fornecer a força probante suficiente à formação de convicção do magistrado na aferição da verossimilhança (RIZZATTO NUNES, 2010, p. 217-218).

Em suplementação do instituto, faz-se oportuno transcrever as palavras de Marinoni e Arenhart, na seguinte redação:

(...) para que seja possível expressar os significados de verossimilhança e hipossuficiência, é preciso considerar o contexto em que essas expressões são utilizadas. Ou seja, é preciso recordar as razões de distribuição e inversão do ônus da prova e agora relacioná-las com a natureza das relações de consumo e com a posição que o consumidor nelas ocupa (MARINONI e ARENHART, 2007, 2 v., p. 271).

Evidencia-se titubeante a doutrina, quanto ao sentido e alcance a ser dado aos preceitos e princípios que informam o instituto da verossimilhança, quando de suas utilizações diante da especificidade dos comandos da lei consumerista. No mister de colocar luz sobre a questão, o autor Bellini Júnior manifesta sua opinião contrária na utilização do instituto da verossimilhança nas mesmas acepções em que este é usado nos procedimentos comuns da lei civil; mais especificamente nos provimentos de urgência, como o da “Antecipação da Tutela”.

O entendimento do autor é contrário a essa linha de raciocínio, a despeito de, tanto o texto da antecipação de tutela, quanto o da inversão do ônus da prova fazerem menção a idêntico instituto [com apenas ligeira distinção na grafia — no CPC consta o vocábulo “verossimilitude”], ressaltando as relevantes diferenças nas acepções semânticas de cada um. Leciona o autor que o legislador, nos dois dispositivos, tratou da verossimilhança, porém, no instituto da antecipação de tutela acrescentou um “plus” nas acepções básicas do termo, qual seja: **a necessidade de prova inequívoca** para caracterizar iluminada situação. Cita que tal exigência, por óbvio, não foi inserida no texto referente à inversão do ônus da prova. Em reforço, faz a observação à regra de hermenêutica, fundada no princípio de que a lei não traz, em seu corpo, palavras inúteis.

Em arremate do tema, o autor, após distinguir o ponto fundamental entre o alcance do instituto da verossimilhança tratada no CPC e no CDC: antecipação de tutela e inversão do ônus da prova, respectivamente, reafirma que a principal diferença entre eles é a desnecessidade de prova inequívoca, nos contenciosos de consumo, uma vez que a lei se contenta para tal mister com meios indiciários outros, que a certeza absoluta. Cita que nessas condições a verossimilhança da alegação, adere melhor, ou se coloca próxima do *fumus boni iuris*, existente na cautelar (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 86-88).

3.1.1.2 Da Hipossuficiência

A discussão sobre o tema hipossuficiência já mereceu muitas linhas. Segundo Bellini Júnior, houve nos primeiros tempos da implantação da lei, por pequena parte da doutrina, o entendimento restritivo que consistia em considerar referida condição imposta pela lei, como sendo unicamente aquela relacionada com a fraqueza econômica do consumidor frente o fornecedor. Portanto, seria uma condição apenas de ordem econômica. Esclarece o autor, que, no entanto, hoje, a questão restou superada, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, com o reconhecimento quase unânime dessas de que o termo engloba, inclusive, aqueles ditos hipossuficientes por se encontrarem em desvantagem com o fornecedor: seja no aspecto informativo e técnico; seja em relação aos produtos adquiridos; seja quanto aos serviços contratados (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 83).

Nogueira professa que é possível afirmar que na maioria das vezes, todos os consumidores se apresentam hipossuficientes diante de um fornecedor, e somente em raras situações isso não ocorre (NOGUEIRA, 1994, p. 59).

No reforço da tese de que o fundamento da hipossuficiência, hoje, é a deficiência quanto aos meios disponíveis no campo da detenção da informação, tem-se a escola de Rizzato Nunes, na seguinte dicção:

(...) hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sido 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. (RIZZATTO NUNES, 2010, p. 218).

Do entendimento ora transcrito, extrai-se que, para fins de inversão do ônus da prova, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor não pode ser visto como uma forma de proteção aos menos favorecidos economicamente, ou seja, não é por ser “pobre” que deve o consumidor ser beneficiado com a inversão do ônus da prova.

Sobre o assunto ensina Grinover, que para o benefício dos carentes economicamente, no processo, não é necessário o instituto da inversão, seria bastante que o juiz determinasse ao réu com eventuais custas processuais na produção de provas, mormente as perícias. No caso o que haveria seria a inversão do ônus dos custos, tão somente, uma vez que o consumidor continuaria com a obrigação da produção da prova, em si, ao tempo em que o fornecedor com o encargo financeiro. Cita a autora que assim, estar-se-ia protegendo de forma efetiva o economicamente fraco (GRINOVER, 2003, p. 436).

Extrai-se da lição acima transcrita que para os “pobres”, na acepção jurídica do termo, são conferidos os benefícios da Lei nº 1.060/50, a qual permite ao beneficiário a isenção do pagamento das custas judiciais, o que está longe de significar que ele está isento de provar as suas alegações, vale dizer, o seu direito.

Por fim, em análise à incidência do Código de Defesa do Consumidor na matéria “ônus da prova” notório é que o legislador procura proteger aos mais fracos frente aos mais fortes, em se tratando de lides de natureza consumerista. Significa ter obrado bem o legislador ao introduzir esse dispositivo no ordenamento pátrio, uma vez que o consumidor é, indubitavelmente, o pólo mais frágil da relação de consumo, e, por conseguinte, carece de proteção contra os possíveis e prováveis abusos perpetrados pelos fornecedores.

De qualquer sorte, parece válido concluir que a hipossuficiência, configura-se como uma questão de fundo eminentemente subjetivo, assim sendo, ao magistrado cabe a análise acurada de cada caso, para a boa e eficaz utilização desse instituto processual.

3.2 DO MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO

Pela acentuada divergência encontrada na vasta doutrina pesquisada e nos diversos julgados dos diferentes Tribunais, denota-se a deficiência técnico-redacional do discutido instituto. A queixa maior sobre tal normativo é que além dessa sua deficiência (hermetismo); este nada mencionou sobre o **momento processual mais propício** para que o magistrado analisasse a questão da inversão do ônus da prova, nem ofereceu qualquer tipo de balizamento seguro sobre as condições de aplicação da chamada **verossimilhança dos fatos argüidos pelo autor**, nem sobre as nuances em que seriam reconhecidas para fim processual a **hipossuficiência** do consumidor. Os subitens anteriores, que abordaram o assunto, bem demonstram a dificuldade da apreensão do alcance da norma.

Com esse intróito, adentra-se o núcleo central do tema escolhido — assunto, por tudo já dito, deveras polêmico. Faz-se oportuno inicialmente relatar, em síntese, a constatação do autor Bellini Júnior, para quem, na análise das provas nos processos de consumo, o juiz, uma vez atendido um de seus dois pressupostos de admissibilidade (segundo uma corrente), ou aos dois (segundo outra corrente), tem o dever de inverter o ônus da prova em favor do consumidor. Questão processual de grande relevância surge no que tange ao momento em que se deva ser declarada a inversão, visto que a lei é omissa a esse respeito.

Diante dessa omissão, continua o autor, surgiram diversas correntes doutrinárias sobre o assunto, no entanto, nenhuma que se possa dizer dominante (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 95). Existem hoje três correntes, sendo duas prevaletes, quanto ao momento processual mais adequado para apreciação pelo juiz: uma que indica como sendo no **recebimento da inicial**; outra no **despacho saneador**; e, ainda outra, **na sentença**.

Quanto aos requisitos para a inversão, há defensores de que, quando as alegações do consumidor forem verossímeis, não será necessária a presença cumulativa do segundo requisito legal. Porém, há, também, quem entenda que, mesmo quando configurada a impotência técnica do consumidor, frente ao fornecedor, deverá

ser submetida a aferição da idoneidade as alegações daquele. Porquanto que, se suas alegações forem, *prima facie*, temerárias, eventual inversão se revelará abusiva, por inconcebível. Nessas condições, deveria o juiz fazer uso de ambos os requisitos, e não apenas de um deles.

Esse tipo de raciocínio leva a conclusão incontestável de que o requisito da verossimilhança deverá obrigatoriamente ser observado pelo juiz em todo processo envolvendo relações de consumo.

O sistema adotado pelo Código de Processo Civil em seu art. 333 determina, previamente, a quem incumbe o ônus da prova, em consonância à posição da parte no contencioso judicial. Assim sendo, o juiz utilizar-se-á na oportunidade da sentença dessas regras preestabelecidas na lei instrumental, sempre que não restar nos autos provas suficientes a amparar o *decisum* — tratando-se de direitos disponíveis.

O Código de Defesa do Consumidor, pela sua motivação ideológica de favorecer o consumidor (uma vez ser o fundamento de sua edição), trouxe regra diversa da estabelecida no art. 333 do CPC, respeitante ao ônus da prova. A inovação introduzida permite que o juiz inverta o ônus da prova em favor do consumidor, desde que verificada a presença dos requisitos previstos na referida norma à luz do caso concreto, após análise subjetiva deste.

Abstrai-se do texto que se existem algumas condições para que o magistrado possa aplicar a exceção estabelecida pela norma; significa dizer que a aplicação da inversão não depende exclusivamente da lei, ou seja, não se dará de forma automática, predeterminada. Ao reverso, deverá passar pela apreciação subjetiva do aplicador, que, diante da constatação de dúvidas em relação à comprovação dos fatos alegados pelas partes, e das condições incidentes na lei consumerista, inverterá o ônus da prova em desfavor do réu.

Reconhecidamente, os legisladores do CDC são merecedores de aplausos por permitir (art. 6º, VIII) a inversão do *onus probandi* em favor do consumidor, mas, infelizes ao omitirem-se quanto à obrigação e ao momento processual adequado em

que deveria o juiz pronunciar-se a respeito de tal cabimento ou não. Daí a pergunta, qual será o momento mais adequado para o magistrado declarar a inversão do ônus da prova: na inicial; no interregno da fase inicial até o despacho no saneador; no despacho saneador, propriamente dito; ou somente no julgamento da causa? De qualquer sorte, cristalina restou a constatação de que a omissão do legislador (registrada supra) vem causando acentuada divergência entre os doutrinadores, e, não menos, entre os magistrados, em face do resultado verificado na jurisprudência.

Como exemplo dessa problemática, tem-se o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na seguinte versão:

Considerando que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, **parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deva, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicitar quais serão objeto de inversão.** (TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 121.979-4, DJ 06.10.1999) – (grifo do monografista).

Interessante observar que, hoje, quase, à unanimidade, as Câmaras de Direito Privado paulista, têm visão contrária à do presente acórdão.

A seguir serão expostos e analisados os argumentos motivadores das duas categorias, com suas respectivas posições, para possibilitar ao leitor formar convicção suficiente a uma tomada de posição frente à problemática enfrentada.

3.2.1 Na doutrina dos autores nacionais

Sobre as pesquisas realizadas no campo da doutrina entre os autores brasileiros, têm-se as três diferentes posições já dissertadas quanto ao momento mais oportuno de o magistrado apreciar da conveniência (necessidade) ou não da aplicação do contido no inciso VIII do art. 6º do CDC.

Antes de abordar as doutrinas específicas sobre tais posições, apresenta-se oportuna a exposição de argumentação ideológica despendida por alguns desses articulistas-processualistas, como introdução ao assunto:

Primeiro será colacionado trecho da posição tomada pelo autor Rizzatto Nunes, em relação à regra de inversão do ônus da prova:

Com efeito, entre os que entendem que o momento de aplicação da regra de inversão do ônus da prova é o do julgamento da causa, está Kazuo Watanabe. Acontece que esse pensamento está alinhado com a distribuição do ônus da prova do art. 333 do Código de Processo Civil e não com aquela instituída no CDC (RIZZATTO NUNES, 2010, p. 219).

Segue as posições de Bonatto e Moraes sobre a manifestação do juiz no transcorrer do processo, quanto à questão relacionada à inversão da prova:

(...) a parte a quem será transferida a incumbência do ônus de provar deve ter o conhecimento prévio dos critérios que serão utilizados pelo magistrado para direcionar sua sentença, não podendo alegar que não produziu provas pelo fato de o magistrado haver permanecido silente quanto à inversão, sendo ao final surpreendido por um provimento desfavorável (BONATTO e MORAES, 2001, p. 552).

Outra abordagem do assunto é levada a termo pelo autor Moraes, na qual, expressa sua opinião sobre o instituto e pede vênia para reprovar a tese de decretação do ônus *ab initio*; ou seja, quando da análise pelo juiz na petição inicial, uma vez, sequer ter havido a manifestação do demandado, não se podendo, por óbvio, aquilatar a dimensão da resposta deste, e, menos ainda, por conseqüência, fixar os pontos controvertidos. Que assim, mostra-se prematura e indevida a manifestação sobre tal providência nessa fase procedimental (MORAES, 1999, p. 68).

Claro transparece da inteligência das afirmações transcritas acima, que a pretensão de supressão da surpresa, visa a prevenir um possível dano à parte. Salta aos olhos que a prevenção é atitude mais eficaz, que um incerto ressarcimento posterior. No mais das vezes, com a inutilidade da sentença final, ou com prejuízos de monta e de injustificável proceder. Essa posição estaria, ainda, em harmonia com os princípios basilares inscritos na Constituição, conforme segue transcrito:

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

(...)

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

(...) (Constituição da República Federativa do Brasil).

Em contraposição será colacionado o magistério de Nery Júnior sobre mesmo assunto:

Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC 6º VIII), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu (NERY JÚNIOR, 2006, p. 531).

A posição do autor leva à concepção de que a regra da inversão nos litígios envolvendo relações de consumo é automática; que, portanto, o réu [fornecedor] não será surpreendido na eventualidade de sentença a ele desfavorável. Que uma vez conhecedor da imposição da norma, corre por sua conta e risco, qualquer omissão ou insuficiência na contraposição às alegações do autor.

Com esses poucos exemplos espera-se já ter passado ao leitor uma idéia sobre a problemática criada em torno do assunto tratado. Assim, nos próximos subitens serão colacionadas opiniões de alguns desses expertos, com suas respectivas posições sobre referido tema-**assunto**.

3.2.1.1 No despacho da inicial

Para alguns doutrinadores o momento mais oportuno para a aplicação da inversão do ônus da prova é no despacho inicial. Assim, para esses pensadores, o momento ideal para que o juiz se pronuncie sobre tal questão é em seu primeiro despacho. Que, por consequência, se estaria, desde o princípio, agindo de maneira transparente e oportuna, com a determinação dos encargos probatórios respectivos a cada uma das partes.

Entre as três correntes doutrinárias descritas, esta que considera “o despacho da inicial”, como o momento processual mais adequado para a inversão do ônus da prova é a menos influente. Assim, ter-se-á como exemplo dessa posição a argumentação de dois autores, conforme seguem:

A autora Nogueira arremata o assunto com as seguintes palavras:

(...) Contudo, entendo que o autor consumidor deverá já na inicial requerer a inversão do ônus da prova, e desta forma a fase processual em que o juiz deverá se manifestar sobre a questão será no ato do primeiro despacho, que não se trata de mero despacho determinante da citação, mas decisão interlocutória, passível, portanto, de recurso de agravo (NOGUEIRA, 1994, p. 59).

De importante notar que a autora ao justificar sua posição diante do instituto da inversão, traz para o rol dos procedimentos instrumentais do processo um elemento novo; este a ser implementado pela parte autora, consubstanciado em que esta deverá requerer ao juiz, já na inicial, o pedido de inversão do ônus da prova. Não foram encontradas abordagens semelhantes nas dissertações dos outros autores doutrinários examinados.

A posição da autora respeitante a esse requisito está em consonância ao sistema jurídico vigente, com supedâneo no princípio *ne procedat iudex ex officio*, que consiste em o Estado-juiz, órgão prestador da tutela jurisdicional, somente exercer a atividade que lhe é peculiar quando provocado pelo interessado.

Assim, na sucessão ao pedido da parte autora, deve o Estado-juiz propiciar à parte contrária pronunciar-se no processo, como requisito de garantir sua plena defesa, fazendo uso de todos os consectários estabelecidos pela lei processual, dentro de um Estado democrático moderno.

Como se sabe, assegurar o contraditório às partes em litígio é uma garantia de índole constitucional. O direito a ampla defesa é um dos princípios que informam o contraditório, e tem algumas características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo, a parte, também, tem o direito de efetivamente promover sua defesa, seja com alegações propícias, em contraposição, seja em provar suas alegações, o que equivale a dizer: contrapondo-se ao amplo direito de ação — existe, a mesma garantia do amplo direito de defesa.

Nessa mesma linha, quanto ao momento; porém, com concepção mais elástica, tem-se a opinião de Gidi. Segundo o autor, a melhor oportunidade para a apreciação pelo juiz sobre tal ônus seria em momento anterior à fase de instrução; do que se infere: será no interregno entre o despacho da inicial até a decisão que promove o saneamento do processo. Cita que nesse espaço procedimental o juiz já deve dispor do conhecimento necessário a uma tomada de posição a respeito. Que assim, o início da fase instrutória já começaria de forma segura, com a carga probatória das partes já definidas (GIDI, 1995, p. 39-40).

3.2.1.2 No despacho saneador

De início, anotar-se que os defensores da tese de que o momento adequado para o juiz apreciar e proclamar no processo o cabimento da inversão do *onus probandi* **no saneador** desautoriza a tese de que tal ato do magistrado deva ser dado no despacho inicial. O argumento apresentado é que nesse estágio procedimental, o juiz, ainda, desconhece os parâmetros da resposta do demandado, o que o impede de fixar os pontos controvertidos da lide. De outro extremo, igualmente afastam da conveniência que tal ato do juiz deva ser pronunciado por ocasião da decisão. Nesse caso, o argumento é o de que o instituto da prova **não é regra de julgamento**, mas de questão incidental que deverá ser apreciada no transcorrer da instrução processual, em obediência à regra posta, assim como aos preceitos constitucionais que a informam (BELLINI JUNIOR, 2006, p. 114).

Com essas observações, passa-se à dissertação sobre as opiniões dos diferentes doutrinadores que encampam com ilações abundantes a justificativa de que o **despacho saneador** configura-se como o mais apto a satisfazer aos preceitos fundados na Lei Maior e demais suplementações legais. O resultado material advindo será uma prestação jurisdicional mais eficaz e justa; o que contribui sobremaneira para a pacificação da sociedade, diante da confirmação da segurança prestada.

A primeira a ser trazida é a opinião do autor Moraes, na qual expressa sua opinião sobre o assunto com as seguintes palavras:

O momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova dar-se-á por ocasião do saneamento do processo, quando inexitosa a audiência de conciliação, o juiz tiver fixado os pontos controvertidos, aí sim, em seguimento, decidirá as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento ou não da inversão do ônus da prova (art. 331, § 2º, do CPC), ficando dessa forma cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar (MORAES, 1999, p. 69).

No caminho da complementação da manifestação supra, esclarece Teixeira, que o princípio do contraditório é desdobramento do devido processo legal e que consiste na garantia constitucional da igualdade substancial [material, real, concreta], sendo um dos princípios basilares da democracia, bem assim um dos direitos essenciais da pessoa humana (TEIXEIRA, 1994, p. 97).

Na mesma esteira prega Cintra, na dicção de que tais princípios constitucionais advieram da necessidade da ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário, a fim de garantir a propolada igualdade das partes no processo (CINTRA, 2002, p. 56).

Em diferentes palavras, sobre o princípio do contraditório: este se apresenta como um óbice ao uso do instituto da inversão do ônus pela ocasião da sentença, sem que antes se tenha dado a saber em tempo habil ao fornecedor-réu, da possibilidade do uso de tal recurso no julgamento, o que evitará a surpresa e a falta de transparência no processo.

Barbosa Moreira comunga essa opinião. Para o autor a aplicação do dispositivo em pauta no momento da **sentença**, restaria em manifesta ofensa aos princípios do contraditório, uma vez que ao inverter o ônus da prova, nessas circunstâncias, o juiz cassa ao réu [fornecedor] a chance de apresentar novos elementos de prova que venham a propiciar o cumprimento do encargo invertido pelo magistrado (BARBOSA MOREIRA, 1997, p. 145-146).

No mesmo sentido têm-se as palavras de Monteiro, para quem a eficiência do instituto no processo, passa pela determinação expressa do juiz sobre tal cabimento no caso concreto, sob pena de incidir em cerceamento de defesa para a parte, cuja obrigatoriedade seja imputada (MONTEIRO, 1995, p. 115).

Outra não é a doutrina de Carvalho, o qual registra que partindo-se do pressuposto que a *ratio essendi* da norma do inciso VIII do art. 6º é a de propiciar o reequilíbrio nas causas respeitante às relações de consumo, diante do reconhecimento legal da inferioridade processual do demandante, tem o juiz o poder-dever de interferir em favor do hipossuficiente na instrução do processo (CARVALHO, 2003, p. 248).

Referida digressão leva a concluir-se que o magistrado deve definir e comunicar às partes, em até no máximo o despacho saneador, sobre a decisão da inversão do ônus da prova, e não por ocasião da sentença.

Vale trazer a lume as palavras de **Arruda Alvim**, a qual diz acreditar que ao juiz incumbe a aplicação da regra da inversão durante, ou antes, da instrução, para que se possa fazer a distribuição da obrigação de provar **em função da regra**. Ressalva que se o magistrado somente depois da instrução se dá conta da hipossuficiência de uma das partes, deverá ser reaberta a instrução, para cumprimento da regra estabelecida quanto a tal manifestação que deveria contemporânea (ARRUDA ALVIM, 1994, p. 256).

Finalmente, no arremate das articulações colacionadas, a última contribuição será a do autor Bellini Júnior, que inicia seu magistério sobre o tema divagando sobre uma gama de princípios e normas que os complementam. Nesse propósito, começa o autor por lembrar que o instituto da inversão do ônus da prova está alicerçado no princípio constitucional da igualdade substancial; que sua produção foi resultado de reflexão mais acurada, vindo a constatar-se que em sede processual, os institutos do CPC, não propiciavam tratamento absolutamente igual às partes, nas lides, cujo objeto da discórdia fossem as relações de consumo. Daí que referidas partes devem ser tratadas desigualmente na medida de suas desigualdades. Sendo o consumidor considerado a parte vulnerável, este dispositivo veio para corrigir esta desigualdade (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 76-77).

Continua, na observação de que as regras processuais inscritas no CPC são aplicadas a todos os processos de natureza civil, porém, em relação à regra comum sobre o ônus da prova regulado pelo art. 333 desse diploma, **cede** diante da regra

especial inscrita no Código de Consumo, o qual permite tal inversão em duas hipóteses: quando das alegações do autor houver verossimilhança, ou quando este tiver sua condição de hipossuficiência constatada. Que tal inversão desse encargo probatório, tem como corolário isentar uma das partes da necessidade de produzir a prova de seu direito, ao tempo em que impõem à outra um novo encargo nesse sentido.

Disserta, ainda, o autor, que o juiz diante da constatação da existência de uma das duas hipóteses, deverá decretar a inversão, seja *ex officio* ou provocado pela parte. Que a fundamentação sobre a inversão é obrigatória; portanto, o magistrado precisará indicar os fatos e/ou as circunstâncias que o levaram a firmar convicção sobre a presença dos requisitos autorizadores da referida inversão. Nesse mister, deverá indicar a extensão dessa inversão, assim como delimitar quais provas seriam objeto desse ônus (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 114-115).

Com esse intróito, o autor adentra, propriamente, **o tema-assunto**: “momento processual adequado para a inversão do ônus da prova.

Segundo seu sentir, não deve a inversão ser realizada pela ocasião do recebimento da inicial, uma vez que nesse estágio o magistrado conhece apenas as alegações do impetrante juntadas aos autos. Que o juiz só terá noção clara dos pontos controvertidos [os quais, na prática, são os que necessitam ser confirmados], após a resposta do demandado, quando de sua contestação. Que, assim, a inversão do *onus probandi* não deve ser indiscriminada, mas pelo contrário, aplicada com extremo critério pelo juiz sobre fatos relevantes à solução da causa. Não descarta o autor de que inexistindo pontos a serem dirimidos, inexistirá, também, a possibilidade de o juiz identificar os pontos de prova a serem invertidos (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 116).

Na seqüência, articula este que os argumentos contrários ao do despacho saneador, levantado pelos defensores da inversão no **momento da sentença**, é que para esses autores o ônus da prova é **regra técnica de juízo**; um recurso instrumental na pretensão de evitar o *non liquet*, e assim, a sua apreciação correta seria pela ocasião da decisão final. Por óbvio, o autor discorda dessa tese, com o argumento de que a inversão decretada nessa fase, sem antes haver assinalado às partes, dessa

possibilidade, impedirá que o demandado possa realizar as provas necessárias e suficientes à promoção de sua defesa. Que tal proceder, ao provocar surpresa à parte, acaba por causar-lhe cerceamento de defesa (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 117).

O fundamento contrário para tal posição se prende na tese de que **não consiste em surpresa para o demandado** [fornecedor] a inversão desse ônus na oportunidade da **sentença**, pois que não seria lícito proceder à alegação de **desconhecimento de lei**, e, em assim sendo, recai sobre seus ombros a consequência da ignorância de que o ônus pode ser mudado. Esse argumento, data vênia, parece falho, porquanto os fatos e motivos que poderão levar o magistrado ao reconhecimento da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do demandante, poderão ser variados; o que pode, também, induzir a que os tópicos a serem invertidos pelo juiz poderão ser múltiplos.

Assim, diante da incerteza de que o juiz venha ou não a reconhecer os requisitos para a inversão do ônus da prova ficaria o fornecedor sempre na expectativa da incumbência de produzir prova a respeito de tudo que versasse sobre não ter agido com culpa na responsabilidade subjetiva; bem como de inexistir nexo de causalidade; além das incumbências que naturalmente já são suas.

3.2.1.3 Na sentença

Finalmente, nesta terceira posição doutrinária passa-se a analisar as razões daqueles que acreditam que o momento oportuno para inverter-se o ônus da prova é na sentença. Nas palavras de Bellini Júnior estes buscam como defesa **argumentos técnicos**. Para tais defensores a inversão do ônus probatório é **instrumento técnico** a disposição do juiz, que ao sentenciar, averiguará as qualidades das provas apresentadas. Dessarte, se da análise dessas restarem dúvidas quanto à formação de sua convicções, deverá fazer uso de referido critério (BELLINI JÚNIOR, 2006, p. 98).

Para abrir o rol dos defensores desta linha de pensamento, será anotada a posição de Watanabe, um dos criadores do anteprojeto de lei que deu origem ao CDC, nas seguintes palavras:

Quanto ao *momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova*, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do *julgamento da causa*. É que as regras de distribuição do ônus da prova são *regras de juízo*, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considera-se demonstrado o fato afirmado pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova. Por isso mesmo, como ficou anotado, não se tem verdadeiramente uma inversão do ônus da prova em semelhante hipótese (WATANABE, 2007, p. 814-815).

Na continuidade de sua exposição, o autor acrescenta, no entanto, ser de **boa política judiciária**, na linha de evolução do novo processo civil, que o juiz advirta as partes, em algum momento anterior à fase instrutiva, de que restando o *non liquet* quanto às provas, o instituto da inversão poderá ser usado para dirimir a questão probatória. Adverte que tal atitude do magistrado afastará de qualquer sorte a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa pelo demandado.

No mesmo pensar, Nery Júnior, outro colaborador na criação do CDC, também, afirma que o ônus da prova **é regra de juízo**, logo, a sentença é o melhor momento para a inversão. Justifica o autor sua conclusão com as ponderações de que a parte demandada (fornecedor) não poderá alegar cerceamento de defesa, quando da inversão do ônus, uma vez já saber desde o início da demanda sobre as **regras do jogo**. Que, portanto, em havendo a situação de *non liquet* quanto à prova, teria contra si o risco da inversão determinada pelo juiz (NERY JÚNIOR, 2006, p. 531).

Na mesma linha segue a doutrina de Lima, para quem o momento da tomada de decisão sobre a necessidade de inversão do ônus da prova é o momento de **julgar a lide**, por ser regra técnica do juízo, no mister de evitar o *non liquet*. Que, em assim sendo, o fornecedor deverá ser diligente nos esforços de conseguir a improcedência do pedido do consumidor demandante. Afirma de forma peremptória que o demandado tem meios suficientes de ilidir as alegações do consumidor, se improcedentes (LIMA, 2003, p. 229).

Anota-se, ainda, a cátedra de Matos, no mesmo diapasão: Professa ser orientação assente na doutrina que o ônus da prova **é regra de julgamento** e, daí que sua relevância só é reconhecida quando de sua utilização no **momento da sentença**. Conclui, por encerrar, que somente após o término da instrução, deverá se cogitar da aplicação de referido benefício, escusando qualquer momento anterior para tal apreciação, seja esta na inicial, no saneamento do processo ou, ainda após a instrução (MATOS, 1994, p. 167).

Os argumentos acima despendidos levam à síntese de que o juiz não precisa, obrigatoriamente, fazer qualquer menção acerca da distribuição do gravame “inversão do ônus da prova”, bastando levá-lo em consideração no momento do julgamento da lide, uma vez não causar qualquer surpresa às partes, em face de o benefício estar previsto na norma legal.

A despeito de o assunto fugir ao escopo do presente trabalho, considera-se de importância salientar sobre a unanimidade de posição dos autores do **anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor** e do autor Cândido Ragel Dinamarco (participante nas etapas da tramitação), os quais defendem como momento propício à declaração da inversão do ônus da prova **o momento da sentença**. Essa posição pode ser consequência da estrutura original pensada pelos referidos autores. A assertiva *a priori* tem por motivo o fato de existirem algumas passagens descritas pela coordenadora do projeto primitivo do Código de Defesa do Consumidor, com abordagens sobre certas distorções na ideologia deste. Essas anomalias, tanto de cunho formal, quanto de quebra de harmonização do sistema, certamente foram provocadas devido às interferências das emendas legislativas influenciadas por lobby da classe empresarial; pela assunção de governo neoliberal; entre injunções outras.

Como indicativo do exposto no parágrafo anterior, e, como esclarecimento extra, será colacionado o **parágrafo final** da parte introdutória do livro “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, sobre os trabalhos de elaboração do CDC, manifestados pela coordenadora do anteprojeto de lei deste, a autora Grinover, na seguinte locução:

(...)

No entanto, é forçoso reconhecer que a própria técnica, aberta e transparente, utilizada para a elaboração do texto definitivo, que incorporou muitas novidades em relação aos projetos primitivos, acabou resultando em defeitos formais do Código, com diversos erros de remissões e, em alguns casos, em falhas mais graves, com uma certa ruptura do sistema (GRINOVER, 2007, p. 3).

3.2.2 Na jurisprudência dos Tribunais

Na meta de verificar, ou melhor, comprovar o paralelismo entre a posição da doutrina e as decisões judiciais dos colegiados nacionais, referente ao momento processual adequado à apreciação pelo juiz da inversão do ônus da prova, será procedida à realização de pesquisa jurisprudencial acerca da matéria. Como fonte do direito, a jurisprudência fornece subsídios para a tomada de posição quanto às correntes doutrinárias explanadas, bem como é influenciada por estas.

Assim, partindo-se da análise do entendimento jurisprudencial, torna-se possível verificar as conseqüências práticas do assunto em mesa, motivo pelo qual se colacionará na seqüência trechos de arestos e ementas, como forma de demonstrar o posicionamento dominante nos Pretórios.

Declarado desiderato será buscado nos julgados de diferentes Cortes, mormente dos Tribunais de Justiça de São Paulo e Minas Gerais, pela abundância de julgados, na busca de melhor representatividade da amostragem, além de julgados do Superior Tribunal Federal.

Com o uso da mesma forma utilizada quando da análise da doutrina, será no presente momento, tratado sobre a posição jurisprudencial, quanto ao momento processual adequado à apreciação e pronúncia da inversão do *onus probandi*, conforme segue nos próximos subitens. Os acórdãos foram buscados na internet, no endereço <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em 08/10/2010.

3.2.2.1 No despacho da inicial

Não foi possível encontrar, nos parâmetros da pesquisa, decisões que indiquem a contemplação da tese de que o momento adequado seja a oportunidade de recebimento da petição inicial, especificamente. No entanto, traz-se à colação um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no qual é indicado um interregno a partir do pedido inicial até o saneador, nos seguintes termos:

(...) Por outro lado, **o momento processual mais adequado para decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador**. (TJPR, Ac. 7233, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Bonejos Demchuk, DJ 29.06.2001 – (RIZZATTO NUNES, 2010, p. 126) - (grifo do monografista).

3.2.2.2 No despacho saneador

A doutrina dos autores brasileiros tende à aceitação da tese de que o momento processual mais adequado à apreciação pelo juiz sobre o cabimento ou não da inversão do ônus da prova seja o do **despacho saneador**. No entanto, quanto à jurisprudência não se é possível identificar uma tendência clara a favor de uma ou de outra posição, entre as duas principais: regra de procedimento ou regra de julgamento — com exceção importante do Tribunal paulista. Para tal mister foram selecionados acórdãos de alguns dos Tribunais de Justiça dos Estados, além da colação de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, cujas decisões conferem com a tese de que o melhor momento para a inversão do *onus probandi* é o do **despacho saneador**. Segue a transcrição de cada *decisum*, em ordem alfabética, de cada Estado selecionado.

Do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na seguinte dicção:

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, PREVISTA NO ARTIGO 6º, VIII, DO CDC, COMO EXCEÇÃO À REGRA DO ARTIGO 333 DO CPC, DEVE SEMPRE VIR ACOMPANHADA DE DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA, E O MOMENTO APROPRIADO PARA TAL RECONHECIMENTO SE DÁ **ANTES DO TÉRMINO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL**, NÃO ADMITIDA A APLICAÇÃO DA REGRA SÓ QUANDO DA SENTENÇA PROFERIDA. PRECEDENTES. (TJDF, Ac. 20070150101210-DF, 3ª Turma Cível, Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa. DJU 29.11.2007) - (grifo do monografista).

Do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nas seguintes dicções:

Ao contrato de empréstimo firmado entre uma cooperativa e seu associado aplica-se o **CDC**. A inversão do ônus da prova pode ser deferida na **fase saneadora** do processo. (TJMG, 200000048366790001 – MG 2.0000.00.48366-9/000(1), Rel. Des. Eulina do Carmo Almeida. DJ 31.03.2005) - (grifo do monografista).

(...) A inversão do ônus da prova deve **anteceder à instrução processual**, de forma que a dilação probatória seja procedida da forma mais ampla possível. Ônus é peso, encargo, e nestas circunstâncias recairá sobre os ombros do hipersuficiente a responsabilidade pela omissão. Preliminar rejeitada e agravo não provido. (TJMG, AI. MG 1.0024.07.692469-5/002 (1), Rel. Des. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade. DJ 29.08.2008) - (grifo do monografista).

Ocorre preclusão quanto ao pedido de inversão do ônus da prova se a parte autora, embora tenha postulado a aplicação da **regra de procedimento do CDC**, acaba por requerer o julgamento antecipado da lide, evidenciando, assim, a sua satisfação com a prova documental produzida. (...). (TJMG, APL. MG 1.0433.07.224863-9/002(1), Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes. DJ 15.01.2010) - (grifo do monografista).

Do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nas seguintes dicções:

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos bancários, assim sendo, **pode o juiz, na fase do saneamento do processo, deferir o pedido de inversão do ônus da prova** formulado pelo consumidor com espeque no art. 6º, inciso VIII, do **CDC** - Lei nº 8.078/90 - uma vez evidenciada a verossimilhança de suas alegações ou sua hipossuficiência. (...). (TJPR, AI. 5066864-PR, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Shiroshi Yendo. DJ nº 7723, Julg. 10.09.2008) - (grifo do monografista).

A inversão do ônus da prova **não pode ocorrer no momento da prolação da sentença**, porque isso equivale atribuir um ônus ao réu, sem lhe dar a oportunidade de dele se desincumbir. II - O fato de se tratar de parecer elaborado a pedido da parte não lhe retira a validade. Afinal, prova unilateral não significa prova inidônea. (...). (TJPR, Ac. 5859869-PR, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Wolff Filho. DJ nº 269, Julg. 21.10.2009) - (grifo do monografista).

Do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na seguinte dicção:

(...) Fixação do momento da inversão do ônus da prova. O momento oportuno e tecnicamente correto para o juiz determinar a inversão probatória é **o que antecede a instrução do feito**. Agravo provido. (TJRS, AI. n. 599098845. Rel. Des. Roberto Expedito da Cunha Madrid. DJ 05.05.1999) – (grifo do monografista).

Comprovados os requisitos do art. 6º, inciso VIII, da Lei 8.078/90, é cabível a inversão dos ônus da prova, mesmo quando se trate de responsabilidade subjetiva. É que ressalta presente a dificuldade econômica e a dificuldade técnica de comprovar as alegações. A inversão do ônus da prova **não é regra de julgamento**, mas sim de **procedimento**. AGRAVO PROVIDO DE PRONTO. (TJRS, AI. nº 70031629108-RS, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann. DJ 19.08.2009) - (grifo do monografista).

Do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na seguinte dicção:

O momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova dar-se-á por ocasião do saneamento do processo, quando, inexistente a audiência de conciliação, o Juiz tiver fixado os pontos controvertidos, aí sim, em seguimento, decidirá as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento ou não da inversão do ônus da prova (art. 331, §2º, do CPC), ficando dessa forma cientes as partes da postura processual que passarão a adotar". (TJSC AI. n. 00.012499-0. Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. DJ 21.02.2006) – (grifo do monografista).

E, finalmente, o acórdão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Mesmo que controverso o tema, dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória — momento, aliás, logicamente 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 de Justiça, conforme precedentes. (Resp 662608/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 4ª. Turma. DJ 27.08.2007) – (grifo do monografista).

Faz-se importante observar que da pesquisa realizada em mais de 200 acórdãos sobre o tema, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para os últimos três anos, não foi encontrado, sequer, um *decisum* favorável à tese da **regra de procedimento**. Portanto, a falta de colação de acórdãos referentes ao Tribunal paulista, não foi opção do monografista.

3.2.2.3 Na sentença

A tese de que o instituto da inversão do ônus da prova é **regra de julgamento, ou de juízo**, e, portanto, deverá ser decidido pelo juiz, de sua conveniência ou não, no **momento da sentença**, uma vez que a norma é dirigida ao juiz e não às partes, é levemente favorável em parte dos tribunais do país; enquanto que em outros, não foram encontradas decisões que abonem a presente tese, como por exemplo, os Estados do Paraná e Rio Grande do Sul, para pesquisa nos dois últimos anos. No entanto, na maior Côrte de Justiça Estadual — a do Estado de São Paulo—, a posição de suas Câmaras de Direito Privado, pode ser considerada consolidada, conforme se verá.

A pesquisa procurou privilegiar os julgados dos últimos três anos, para que se tenha a medida exata da situação vigente quanto à aplicação do momento processual adequado para apreciação da aplicação de referido instituto. A seguir serão colacionadas ementas de Tribunais de Justiça de diferentes Estados, com ênfase nas decisões das Côrtes de Justiça dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais, pela abundância de julgados e representatividade dessas em relação ao todo:

De início, têm-se, em ordem cronológica de prolação, 10 acórdãos de diferentes Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nas seguintes dicções:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIBITORIA. BEM MÓVEL/SEMOVENTE. PROVA PERICIAL DETERMINADA PELO JUIZ. OBRIGAÇÃO DA AUTORA DE CUSTEAR A PERÍCIA E NÃO DA RÉ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PREVISTA NO ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC, APLICÁVEL APENAS NA SENTENÇA. RECURSO PROVIDO. (TJSP, AI nº 1172298002-SP, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Adilson Araújo. DJ 18.04.2008) - (grifo do monografista).

Envolvendo relação de consumo, aplicável o CDC. Sendo verossímil a versão da apelante, no tocante à cobrança ilegal de encargos, cabível a inversão do ônus da prova, a qual é **regra de julgamento**. Necessária a anulação da r. sentença, a fim de serem produzidas as provas necessárias, sob pena de incorrer em cerceamento de defesa. Sentença anulada. Preliminar acolhida. Apelo provido, nesse aspecto. (TJSP, APL. 7215478200-SP, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Vieira. DJ 06.05.2008) - (grifo do monografista).

(...) Desobrigação do agravante de depositar os honorários do perito judicial, por perícia requerida pelo autor - Aplicação dos artigos 19 e 33 do CPC - Inversão do ônus, por ser **regra de julgamento**, aplica-se no **momento da sentença** - Impertinência do art. 6º, VIII, do CDC, já que a inversão se da *ope judieis* e não *ope legis*, sendo de seara técnicas, e não financeira, hipossuficiência a que se refere a lei consumerista - Decisão reformada - Recurso provido (TJSP, AI. 7277228800-SP, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Thiers Fernandes Lobo. DJ 09.12.2008) - (grifo do monografista).

Serviços bancários - Aplicação do princípio do *pacta sunt servanda* - Inexistente subsunção ao disposto no art. 42 do CDC - Inversão do ônus da prova - **Regra de julgamento** - Cobrança capitalizada dos juros - Saldo devedor ao qual agrega-se encargos e juros - Se persistente origina-se novo mútuo na mesma quantia - Não indicativo de cobrança onzenana - Recurso da autora não provido e provido o da ré. (TJSP, APL. 7283668900-SP, 17ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Rocha. DJ 09.12.2008) - (grifo do monografista).

(...) As regras de distribuição do ônus da prova são **regras de juízo** e a previsão legal da possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC) somente se aplica no **momento da sentença**, pois se trata de **regra de julgamento** e não de procedimento - ônus probatório que não se confunde com o ônus de adiantar os encargos periciais, ditado pelo art. 33 do CPC (...). (TJSP, AI. 1217884002-SP, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Romeu Ricupero. DJ 23.12.2008) - (grifo do monografista).

(...) Relação de consumo caracterizada - Hipossuficiência do autor evidenciada - Presença do requisito necessário à inversão do ônus da prova - Aplicação da regra do art. 6º, VIII do CDC, **já na fase de instrução** - Recurso provido. (TJSP, AI. 990093376920-SP, 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Spencer Almeida Ferreira. DJ 05.03.2010) - (grifo do monografista).

(...) A regra do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, dispõe sobre a inversão do ônus da prova e não sobre a responsabilidade pelo custeio da prova, continuando a vigorar, também para as relações consumeristas, as regras dos artigos 19 e 33 do CPC - Regra que, ademais, só se aplica quando da **apreciação da prova na sentença** - Recurso provido. (TJSP, AI. 990093700298-SP, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade. DJ 05.07.2010) - (grifo do monografista).

(...) Ônus - Inversão deferida - Inadmissibilidade - Prova que incumbe aos autores - Prevalência dos artigos 33 e 333,1 e II, do CPC - Previsão do art. 6º, VIII, do CDC - **Regra de julgamento a ser aplicada apenas quando do sentenciamento** - Recurso provido. (TJSP, AI. 994092718810-SP, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rui Cascaldi. DJ 15.07.2010) - (grifo do monografista).

Ação revisional de cláusulas contratuais - Prova - Inversão do ônus com base no Codecon aplicado pelo juiz de direito - Em que pese a aplicação da legislação consumerista ao caso concreto (Súmula 297 do STJ), é incabível a inversão do ônus da prova para a realização de perícia requerida pelo autor, por se tratar de **regra de julgamento e não regra de prova** - (...). (TJSP, AI. 990102358240-SP, 20ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Giaquinto. DJ 17.08.2010) - (grifo do monografista).

Honorários periciais - Aplicação CDC - Inversão do ônus - Responsabilidade - Interesse - Cabimento. 1. A inversão do ônus de prova, com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, **é regra de julgamento e não de instrução**. 2. Os honorários periciais são de responsabilidade de quem tem interesse na perícia, segundo o artigo 33, caput, do C.P.C. 3. (...). (TJSP, AI. 990102286533-SP, 22ª Câmara de direito Privado, Rel. Des. Andrade Marques. DJ 23.08.2010) - (grifo do monografista).

Seja esclarecida, mais uma vez, que, de mais de 200 acórdãos pesquisados na jurisprudência do TJSP, no interregno dos últimos 3 anos, não foram encontradas decisões que adotassem a tese da **regra de procedimento**, ou **de prova**: com o momento adequado situado no **despacho saneador**.

Do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, serão colacionados 4 acórdãos, nos mesmos moldes, nas seguintes dicções:

A inversão do ônus da prova é **regra de julgamento**, sobre a qual o juiz deve dispor no momento próprio, assegurado o contraditório. A inversão do ônus da prova não se processa de modo absoluto, não se eximindo os agravados da produção de comprovar o fato alegado na exordial, conforme previsto no art. 333, I, do Código de Processo Civil. (...). (TJMG, Ac. MG 1.0024.06.235779-3/001(1), Rel. Des. José Flávio de Almeida. DJ 04.08.2007) - (grifo do monografista).

(...) É cabível a inversão do ônus da prova, com base no artigo 6º, VIII, do CDC, quando, a critério do magistrado, for vislumbrada a hipossuficiência do requerente. A inversão do ônus da prova é **norma de julgamento**, incidente quando haja verossimilhança da alegação. (...). (TJMG, AI. MG 1.0145.07.409538-4/001(1), Rel. Des. Luciano Pinto. DJ 19.09.2007) - (grifo do monografista).

A inversão do ônus da prova, regulada pelo artigo 6º, VIII, do CDC, por ser norma dirigida não às partes, mas ao julgador, é de ser **aplicada na sentença**; momento em que, encerrada a instrução, poder-se-á aferir, segundo as regras ordinárias de experiência, a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações. (...). TJMG, AI. MG 1.0079.07.342979-1/002(1), Rel. Des. Batista de Abreu. DJ 03.07.2009) - (grifo do monografista).

(...) A regra contida no inciso VIII do art. 6º do CDC, deve ser compreendida como **regra de julgamento e não de procedimento**. Sua aplicação apenas isenta o consumidor de provar o nexo de causalidade entre o fato alegado e o dano, quando constatada a condição de hipossuficiência ou a verossimilhança de suas alegações, transferindo-se à parte contrária somente o ônus quanto à contraprova; (...). (TJMG, AI. MG 1.0024.08.232511-9/001(1), Rel. Des. Tiago Pinto. DJ 09.04.2010) - (grifo do monografista).

A jurisprudência dos Tribunais mineiros não demonstra fenômeno idêntico ao da Corte de Justiça paulista, porém, aponta na direção de leve preponderância à tese aqui tratada.

Do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na seguinte dicção:

CONSOANTE PRECEDENTE DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, A REGRA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA É **REGRA DE JUÍZO** E A OPORTUNIDADE DE SUA APLICAÇÃO É O **MOMENTO DA SENTENÇA** APÓS O MAGISTRADO ANALISAR A QUALIDADE DA PROVA COLHIDA. (...). (TJDF, AI. 188046920088070000-DF, 6ª Turma Cível, Rel. Des. José Divino de Oliveira. DJ 04.03.2009) - (grifo do monografista).

Do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, na seguinte dicção:

(...) 3. Constatada a hipossuficiência do consumidor, o Juiz pode, de plano, declarar a inversão do ônus da prova. Precedentes STJ. 4. Essa declaração, porém, não se traduz em utilização imediata da técnica de inversão, que se aplicará apenas nas **fases instrutória e decisória do processo**. Precedentes STJ. 5. Recurso desprovido. (TJES, AI. 23079000115-ES, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior. DJ 14.04.2008) - (grifo do monografista).

Do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nas seguintes dicções:

(...) não há que se falar em preclusão, uma vez que a matéria referente à inversão do ônus da prova pode ser examinada pelo juiz **até a sentença, que, aliás, é o momento propício para utilização do instituto, já que se cuida de regra de julgamento e não de procedimento.** (TJPR, Ac. 19245, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Sydney Zappa. DJ 21.09.2001) - (grifo do monografista).

(...) Conquanto este Tribunal já tenha se pronunciado sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às operações bancárias, também já se tem assentado que a inversão do ônus da prova, ali prevista, **é matéria a ser dirimida pelo juiz por ocasião da apreciação do mérito da causa.** (...) (TJPR, Ac. 7994, 6ª. Câmara Cível, Rel. Des. Jair Ramos Braga. DJ 08.11.2001) – (grifo do monografista).

(...) **Por fim, não se pode olvidar que a inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento a ser utilizada pelo juiz, se necessário e desde que presentes seus pressupostos, no momento da sentença** (...) E ainda (...) Isso significa que não pode a parte liberar-se antecipadamente do ônus que lhe cabe em fazer a prova do seu direito nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil. (TJPR, Ac. 20115, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Sydney Zappa. DJ 20.03.2002) – (grifo do monografista).

(...) Todavia, penso que a inversão do ônus da prova **deverá ser analisada apenas na sentença, quando o julgador avalia o conjunto probatório** e vê quem faltou com seu dever de comprovar os fatos do processo e por isso ficou prejudicado por essa omissão. Ou seja, depende de todo o contexto probatório. "E ainda neste mesmo julgado": A dita inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor se dá **no momento do julgamento**, quando o magistrado avalia quem deveria ter provado tal fato, em face do acesso à prova. (TJPR, Ac. 8319, 5ª. Câmara Cível, Rel. Des. Domingos Ramina, DJ 26.03.2002) – (grifo do monografista).

Conforme dissertado no tópico frasal deste subitem, não foram encontrados acórdãos favoráveis à regra de julgamento para os últimos três anos, em referido Tribunal.

Do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na seguinte dicção:

(...) **É cabível a inversão do ônus da prova no momento da sentença**, quando na lide a autora figurar como consumidora dos produtos fornecidos pela concessionária (CDC, art. 2º) e sempre que ela apresentar alegação verossímil e for considerada hipossuficiente, a critério do Juiz, segundo as regras de sua experiência (CDC, art. 6º, inc. VIII). (...) (TJSC, Ac. 446681-SC, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Jaime Ramos. DJ ?, Julg. 02.12.2009) – (grifo do monografista).

E, finalmente, dois acórdãos do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

(...) **IV - Não há vício em acolher-se a Inversão do ônus da prova por ocasião da decisão, quando já produzida a prova.** (STJ – Ac. Resp 203225/MG, 4ª. Turma, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DJ 05.08.2002) – (grifo do monografista).

Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º 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. (Resp 422778/SP, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ 27.08.2007) – (grifo do monografista).

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve como **fundamento** o estudo do “momento processual adequado” para a inversão do ônus da prova. Instituto previsto no Código de Defesa do Consumidor como a mais importante salvaguarda em favor do consumidor. Foi recolhida na pesquisa a opinião de diferentes especialistas: como professores, doutrinadores e da jurisprudência sobre qual seria tal melhor momento processual para que o magistrado firmasse ou não os pontos controvertidos a serem dirimidos, que em certas circunstâncias, considerando a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor demandante, pudesse fazer uso da inversão, de maneira que melhor garantisse a efetividade da prestação jurisdicional.

Para uma melhor compreensão do desenvolvimento do tema, o trabalho foi dividido em três capítulos, conforme segue:

No Capítulo 1 foram colhidas informações sobre normas consideradas correlatas; desde as Ordenações Filipinas, editadas em 1603, passando pela legislação de cunho legislativo interno, representado na edição de norma pela Câmara de São Paulo, em 12 de outubro de 1770, que coibiu práticas nocivas, de reflexo negativo à população; até a edição do CDC, em 11 de setembro de 1990, após a Lei Maior haver imprimido foro constitucional à proteção e segurança do consumidor, desde a determinação contida no art. 5º, inciso XXXII, até o art. 48 das Disposições Transitórias. De mesmo propósito foram dissertados sobre os princípios que regem a lei consumerista, assim como todo o complexo estrutural que forma o arcabouço jurídico-instrumental a serviço das relações de consumo — com ênfase naqueles orientados na defesa direta ao consumidor.

No Capítulo 2 tratou-se de considerações sobre o instituto da prova no processo judicial, com apresentação e discussão sobre os diferentes meios previstos para a sua obtenção dentro da sistemática processual vigente no país.

No Capítulo 3, finalmente, foi versado o tema central do presente trabalho, qual seja: “o momento processual mais adequado para que o magistrado aprecie o cabimento da aplicação do Instituto da Inversão do Ônus da Prova”. Nesse intento foi estudada a literatura nacional legislativa, doutrinária e jurisprudencial, cujo resultado demonstrou a substancial falta de consenso sobre tal assunto — relevante para a pacificação dos conflitos de consumo, em níveis aceitáveis.

Não obstante as divergências existentes acerca do tema apresentado, o qual sem dúvida traz acentuada inquietação nos diversos segmentos da área jurídica, não há duvidar-se de que a prestação jurisdicional promovida pelo Estado é o instrumento mais eficaz na promoção da paz social, uma vez garantir maior segurança nas relações jurídicas. Todavia, conforme se extraiu do presente estudo, nada disso se satisfaz se não por meio de uma operacionalização prática dos princípios da ampla defesa e do contraditório, em todas as etapas processuais, a fim de que seja assegurado o fiel cumprimento da lei.

É sabido que a tutela jurisdicional do Estado dá-se com fundamento nos preceitos e normas expressas por meio do direito processual. Daí o motivo pelo qual deve este guardar total e absoluta observância às garantias constitucionais (balizadoras para a edição das leis em um Estado de direito democrático moderno), de modo que essa tutela almejada possa assegurar às partes oportunidades idênticas na composição das lides postas.

Nessa ordem de idéias, e interiorizando a força das argumentações e dos fundamentos apresentados pelas distintas correntes que tratam do assunto em pauta, o **momento mais adequado para a apreciação sobre o cabimento da inversão do ônus da prova é o do despacho saneador**. De proveito enfatizar que o ato do juiz nesse momento procedimental evita surpresas de última hora às partes; o que fatalmente viria a restringir a garantia do gozo ao pleno exercício da ampla defesa e do contraditório — **considerando o estágio atual da legislação consumerista**.

De importância salientar, ainda, nestes “finalmentes” que, a despeito da natureza do presente trabalho não permitir abordagem de um segundo tema — daí: monografia —; devem-se deixar consignadas algumas informações sobre um tema que pode ser relevante para o entendimento dos motivos que levaram à situação de falta de consenso reinante.

Como exemplos desse estado de coisas adversas, podem ser citados, entre outros: o estudo sobre os aspectos ideológicos que informaram o anteprojeto de lei apresentado pela equipe designada à sua produção no período entre 1987 e 1989; em contrapartida aos existentes quando de sua aprovação, em 11 de setembro de 1990: situação de grande **influência de forte lobby empresarial; governo neoliberal** assumindo o poder; os **vetos de parte importante da norma**, por ação desses *lobbies*, com diminuição de sua força (motivação argüida x ideológica); a **inserção de emendas parlamentares de restrição ao seu objeto**; o **descumprimento de comandos relevantes** para seu aprimoramento; princípios relevantes ali determinados, relegados etc.

Em conclusão do todo aqui sintetizado, e, ressaltando os parâmetros a que uma pesquisa monográfica *lato sensu* permite perseguir; essas foram as abstrações alcançadas neste fascinante universo da inteligência acadêmico-jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALMEIDA, José Antônio. Publicidade e defesa do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 21. São Paulo: janeiro/março, 1997.

ANDRADE, Maria Margarida de. *Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Os direitos básicos do consumidor – uma contribuição. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n.10. São Paulo: abril/junho, 1994.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22. São Paulo: abril/junho, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BELLINI JUNIOR, Antonio Carlos. Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Servanda, 2006.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL. *Código de Processo Civil* (Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973). Organização do texto: Antonio Luiz Toledo Pinto, Márcia Cristina Vanz dos Santos Windt, Livia Céspedes. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal*: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n. 56, de 20/12/2007. 5. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2007.

CALDERA, Mirella D'Angelo. Inversão do ônus da prova. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 38. São Paulo: abril/junho 2001.

CAMPO, Hélio Márcio. *O Princípio dispositivo em direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CARVALHO, José Carlos Maldonato de. A Inversão do ônus da prova e a inversão do encargo decorrente sob a ótica do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 46. São Paulo: abril/junho 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso básico de direito processual civil: Processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Dower Edições Jurídicas, 2000, v. 2.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva: Incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 13. São Paulo: janeiro/março 1995.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. GRINOVER, Ada Pelegrini, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

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

GAESCHLIN, João Henrique Rêgo. *Código de Defesa do Consumidor na visão dos tribunais*. Brasília: Fortium, 2008.

GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Summus, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: Doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: Das provas*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. et al. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. WATANABE, Kazuo. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor*. São Paulo: LTr, 2002.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de defesa do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 47. São Paulo: julho/setembro 2003.

LOPES, João Batista. *Manual das provas no processo civil*. Campinas: Kennedy, 1974.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1 e 2.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MARQUES, Mauro Pinto. Ônus da prova: Um enfoque diferente. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22. São Paulo: abril/junho 1997.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 11. São Paulo: julho/setembro 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTEIRO, Simone M. Silveira. Inversão do ônus da prova. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14. São Paulo: abril/junho 1995.

MORAES, Marcio André Medeiros. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: LTrs, 2002.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no código de processo civil e no código de defesa do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 31. São Paulo: julho/setembro 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: A facilitação dos consumidores e a inversão do ônus da prova. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 10. São Paulo: abril/junho 1994.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O Código de Defesa do Consumidor e a sua interpretação jurisprudencial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Manual da monografia jurídica*. 5. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2007.

PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito processual penal: Teoria, crítica e práxis*. 4. ed. rev. e atual. Niterói/RJ: Impetus, 2006.

RIOS, Josué de Oliveira; et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. São Paulo: Globo, 2001.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

RUIZ, João Álvaro. *Metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. O Ônus da prova no código de consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 47. São Paulo: julho/setembro 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: Da prova, do objeto da prova e do ônus da prova*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

STOCO, Rui. *Teoria de responsabilidade civil: Responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A prova no processo do trabalho*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1994.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

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