



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO - CD
NÚCLEO DE PESQUISA E MONOGRAFIA - NPM

RAFAEL FARIA BRITO

**MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA
PROVA PERANTE O CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

BRASÍLIA

2011

RAFAEL FARIA BRITO

**MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA
PROVA PERANTE O CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa

BRASÍLIA

2011

RESUMO

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8078 de 11 de setembro de 1990) determinou a inversão do ônus da prova pelo juiz em favor do consumidor quando observada a hipossuficiência e a verossimilhança de suas alegações (requisitos do art. 6º, inciso VIII do CDC), porém não determinou qual momento seria o adequado para fazê-lo. Surgiram, portanto, diferentes pontos de vista que acabaram por resultar em quatro posicionamentos conflitantes: recebimento da inicial, recebimento da inicial até o despacho saneador, despacho saneador e sentença. Assim, em um exame das diversas opiniões, a presente monografia defenderá o momento mais adequado levando-se em conta os princípios norteadores da relação de consumo e os princípios constitucionais, quais sejam a ampla defesa e o contraditório.

Palavras-chave: prova; ônus da prova; momento da inversão do ônus da prova; Recebimento da inicial; Despacho saneador; Sentença.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ÔNUS DA PROVA.	
ESCLARECIMENTOS INICIAIS.....	8
1.1. Relação de Consumo.....	8
<i>1.1.1. Sujeitos da relação de consumo.....</i>	<i>9</i>
<i>1.1.1.1. Consumidor.....</i>	<i>9</i>
<i>1.1.1.2. Fornecedor.....</i>	<i>13</i>
1.1.2. Objetos da relação de consumo.....	15
<i>1.1.2.1. Produto.....</i>	<i>15</i>
<i>1.1.2.2. Serviço.....</i>	<i>16</i>
1.2. Prova.....	17
1.3. Ônus da Prova.....	19
1.4. Vulnerabilidade.....	22
1.5. Hipossuficiência.....	25
1.6. Hipossuficiência X vulnerabilidade.....	27
2. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	29
2.1 Modalidade de Inversão do Ônus da Prova.....	31
<i>2.1.1 Inversão Judicial.....</i>	<i>31</i>
<i>2.1.2 Inversão Legal.....</i>	<i>32</i>
<i>2.1.3 Inversão Convencional.....</i>	<i>33</i>
2.2. Análise dos Requisitos do inciso VIII do Art. 6º do CDC.....	34
<i>2.2.1 Hipossuficiência.....</i>	<i>35</i>
<i>2.2.2 Verossimilhança das alegações.....</i>	<i>35</i>
3. MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	38
3.1. No recebimento da Inicial.....	39
3.2. No Recebimento da Inicial até o Despacho Saneador.....	41
3.3. No Despacho Saneador.....	42
3.4. Na Sentença.....	46
3.5. Polêmica no STJ.....	50
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIA.....	57

INTRODUÇÃO

Já tratada no Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 333, a inversão do ônus da prova foi estabelecida no Código de Defesa do Consumidor de maneira diferenciada, pois buscou a facilitação da defesa do consumidor, inclusive em obediência aos princípios da igualdade, do contraditório e da ampla defesa.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a inversão do ônus da prova quando observados os requisitos elencados no inciso VIII do artigo 6º da Lei nº 8.078/90, são eles: a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência.

Não cabem discussões acerca da necessidade de se proteger os consumidores que inúmeras vezes se encontram como a parte mais fraca nas relações de consumo. Assim, toda vez que se verificar que o consumidor é vulnerável, seja fática, jurídica, técnica, informacional e psicológica, deverá ser invertido o ônus da prova em seu favor. Além disso, ainda, é importante observar que este consumidor deverá ser o destinatário final do produto ou do serviço em razão da prevalência no direito consumerista da teoria finalista abrandada.

Portanto, entende-se que o consumidor merece proteção em observância do princípio da isonomia para que este possua as mesmas oportunidades de se defender contra o fornecedor – parte mais forte da relação.

Assim, caberá ao juiz, quando verificar a *verossimilhança das alegações* e a *hipossuficiência do consumidor*, decidir sobre a inversão do ônus da prova que consiste na transferência para o fornecedor do ônus de provar se os fatos alegados pelo consumidor são verídicos, assim, buscando-lhe eximir de qualquer responsabilização.

Em que pese à previsão expressa da inversão do ônus da prova – artigo 6º, inciso VIII da Lei nº 8.078/90 – o momento processual adequado para a inversão deste ônus pelo magistrado não foi determinado no Código de Defesa do Consumidor.

Ocorreu, portanto, uma lacuna que ao tentar ser suprida tanto pelo Judiciário quanto pelos doutrinadores, buscando-se embasamentos tanto no Código de Processo Civil,

bem como na Constituição Federal, e é claro no próprio Código de Defesa do Consumidor, acabou por gerar grandes divergências e conseqüentemente uma grande polêmica sobre o tema.

Diante da não determinação pela Lei nº. 8.078/90 do momento da inversão do ônus da prova e pela grande polêmica iniciada por diferentes interpretações das legislações processuais ao tentar se definir a ocasião processual ideal para a inversão do ônus da prova, criou-se a necessidade de determinar qual fase é a mais apta a não causar prejuízos tanto para os consumidores quanto para os fornecedores, os quais poderão ser surpreendidos por uma inversão do ônus da prova em qualquer fase processual.

Há doutrinadores convencidos de que o momento seria na sentença, após a análise das provas colhidas. Outros acreditam que deveria ser no despacho saneador e ainda, os menos específicos, crêem que o momento ideal será em qualquer momento da instrução processual desde que seja até a decisão saneadora. Doutrinadores praticamente isolados entendem que este momento seria assim que o juiz recebesse a inicial, no mesmo despacho que determinaria a citação do réu.

Ocorre que ante a divergência de opiniões, deve-se verificar a melhor aplicação na realidade brasileira para que não ocorra ofensa tanto aos direitos e princípios básicos elencados pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Constituição Federal do Brasil.

Ademais, além da necessidade de definir o melhor entendimento a ser tomado nas relações de consumo para que uma melhor aplicação do direito seja possível, também, é necessário para uma melhor compreensão do tema, expor os entendimentos, as divergências e apresentar a melhor conclusão apoiada nos casos julgados em que a matéria é tema.

Para tanto, será necessário trazer alguns conceitos e os elementos essenciais para compreensão do tema, como, os sujeitos e objetos das relações de consumo.

Assim, o primeiro capítulo desta obra consiste em esclarecimentos iniciais com uma breve conceituação de relação de consumo com a definição de seus elementos, tais como os sujeitos das relações de consumo – consumidor e fornecedor –, objetos das relações de consumo – produto e serviço. Ao final do presente capítulo, será apresentado o conceito de

prova, suas formas e o momento em que caberá cada uma delas, com uma análise superficial de ônus da prova tratando, inclusive, da diferença existente entre vulnerabilidade e hipossuficiência.

Já no segundo capítulo, será aprimorada a inversão do ônus da prova com a análise dos requisitos elencados no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Processo Civil, abordando-se das modalidades da inversão do ônus da prova aceitas, como inversão judicial, convencional e da lei. Permite-se ao final trazer uma análise sucinta dos requisitos para a inversão do ônus da prova e que estão elencados exatamente no art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor.

No terceiro e último capítulo, far-se-á uma análise dos diversos posicionamentos que tratam do momento processual ideal para a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Assim, além da análise de cada uma das teorias, também, mostrar-se-á a divergência existente no Superior Tribunal de Justiça. Por fim, este capítulo conterà críticas e elogios aos diversos posicionamentos, acabando por defender, em razão dos pontos de vista apresentados, a teoria de que a inversão do ônus da prova ocorrerá no despacho saneador.

1. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ÔNUS DA PROVA. ESCLARECIMENTOS INICIAIS.

Para uma melhor compreensão é necessária uma apresentação sucinta dos elementos primordiais para o alcance do tema proposto.

Assim, é preciso trazer os conceitos dos sujeitos e dos objetos das relações de consumo, bem como conhecer os aspectos das provas e o ônus da prova com a diferenciação, neste primeiro momento, da hipossuficiência e vulnerabilidade.

Apenas com uma boa compreensão dos argumentos que serão tratados nesta fase inicial é que se poderá alcançar, na fase de conclusão, qual será o melhor momento para a inversão do ônus da prova.

Portanto, conhecer a relação de consumo é de suma importância para aplicar-se a inversão do ônus da prova e com isso, visualizar o melhor momento para que ocorra esta inversão.

1.1. Relação de Consumo

A inversão do ônus da prova será aplicada em favor do consumidor pelo julgador quando este observar determinados requisitos nas relações de consumo.

É importante frisar que, para existir a relação de consumo a ser regida pelo Código de Defesa do Consumidor, é necessário que exista, segundo o Érico Pina de Cabral, a conjugação dos elementos: consumidor, fornecedor, produtos e serviços.¹

Assim, conclui-se, segundo ensina Leonardo Roscoe Bessa, que primeiramente deve-se buscar se há ou não incidência do Código para depois verificar os elementos da relação de consumo os quais serão facilmente identificados.²

¹ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 65.

² Pode-se falar em relação de consumo para indicar todas as situações de incidência do CDC. [...] É racionalmente visualizada *após* a conclusão de incidência do CDC e não como caminho obrigatório que

Todavia, antes da conceituação de cada elemento da relação de consumo (consumidor, fornecedor, produto e serviço), deve-se definir a relação jurídica de consumo em sentido estrito e em sentido amplo.

Conforme ensina Érico Pina “as relações de consumo, em sentido estrito, são aquelas decorrentes de *contrato* ou *vinculo jurídico* e que têm numa ponta o fornecedor e, na outra, o consumidor e por objeto, o fornecimento de um produto ou serviço”³ e “a relação jurídica em sentido amplo envolve as hipóteses em que não há relação contratual ou vínculo jurídico direto entre consumidor e o fornecedor”.⁴

1.1.1. Sujeitos da relação de consumo

O próprio CDC define os sujeitos das relações de consumos. São eles os consumidores e os fornecedores. Todavia, para melhor conceituá-los, importante se faz uma análise sucinta de cada um.

1.1.1.1. Consumidor

Conforme o artigo 2º da Lei nº. 8.078/90, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Nesse ponto, é importante destacar que no julgamento do REsp nº. 951.785-RS o Superior Tribunal de Justiça chegou ao entendimento de que o “termo ‘consumidor’, previsto no art. 6º do CDC, não pode ser entendido apenas como parte processual, mas sim como parte material da relação jurídica extraprocessual, ou seja, a parte envolvida na relação

conduz a este resultado. BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

³ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 67.

⁴ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 68.

de direito material consumerista – na verdade, o destinatário do propósito protetor da norma”.⁵ Dessa feita, entendeu pela inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público em Ação Civil Pública de cunho consumerista.

O conceito de consumidor deve observar a teoria finalista que, para Bruno Miragem, considerar-se-á à qualidade fática e econômica do consumidor como destinatário final em uma atividade de natureza não profissional, ou seja, o produto ou serviço não poderá ser utilizado como insumo de qualquer atividade econômica do consumidor.⁶

Porém, segundo Cláudia Lima Marques, a partir de 2003, o STJ vêm adotando com razoabilidade e prudência nova interpretação à expressão destinatário final, a qual denominou de finalismo aprofundado.⁷

Acrescenta que esse novo entendimento decorre da mudança das atuais relações de consumo entre fornecedores e consumidores empresários, onde, apesar do grande poder aquisitivo dos últimos, ainda, é possível verificar sua vulnerabilidade sendo, portanto, necessário consagrar um abrandamento da teoria finalista nas relações entre fornecedores e consumidores que apesar de não possuírem vulnerabilidade econômica, possuem tanto vulnerabilidade técnica quanto científica ou jurídica.⁸

Assim, a autora conceitua o termo consumidor:

Portanto, em princípio, estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, que pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica.⁹

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ACP. INVERSÃO. ÔNUS. PROVA. MP.** Informativo nº: 0463, Período: 14 a 18 de fevereiro de 2011. REsp 951785 / RS. Quarta Turma. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 87.

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 305.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 305.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 339.

Para Leonardo Roscoe Bessa, na interpretação do conceito de consumidor do *caput* do art. 2º do CDC, “a corrente finalista, ao restringir as hipóteses em que a pessoa jurídica pode ser considerada consumidora, está em consonância com o quadro e axiologia constitucionais”¹⁰, acrescenta, ainda, que “embora a Constituição Federal não faça expressa referência ao conceito de consumidor, sua preocupação fundamental é com a proteção da dignidade da pessoa humana, dos direitos de personalidade, de valores existenciais inerentes à pessoa natural e que estão cada vez mais expostos no mercado de consumo”.¹¹

Também, ensina que apesar do Código de Defesa do Consumidor permitir a possibilidade da pessoa jurídica ser consumidora, evidencia-se que este manteve uma preocupação maior com a tutela dos “legítimos interesses existenciais e patrimoniais da pessoa humana em face das atividades desenvolvidas no mercado de consumo”¹².

De qualquer forma, Leonardo Roscoe Bessa explica que verifica-se a existência, no Superior Tribunal de Justiça, de “oscilação entre a corrente finalista tradicional, em que se examina se o produto ou serviço adquirido caracteriza-se como insumo ou meio de incrementar a atividade econômica, e o denominado *finalismo aprofundado* (Cláudia Lima Marques), quando se perquire se a pessoa jurídica, no caso concreto, possui vulnerabilidade (fática, técnica, jurídica, informacional)”¹³.

Érico de Pina Cabral quando trata de consumidor por equiparação, aduz que é a possibilidade de “uma pessoa que não tenha contratado diretamente com o fornecedor seja beneficiário da destinação final do serviço”.¹⁴ Para tanto o doutrinador ensina que o consumidor indireto, ou seja, o consumidor por equiparação pode ser a coletividade de pessoa, ainda que indetermináveis, as vítimas de eventos danosos e os expostos as práticas comerciais previstas no Capítulo V do CDC.¹⁵

¹⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.

¹¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.

¹² BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 61.

¹³ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.

¹⁴ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 50.

¹⁵ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 51-54.

O Código de Defesa do Consumidor traz a figura equipara de consumidor como à coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que hajam intervindo nas relações de consumo (parágrafo único do art. 2º). Os consumidores por equiparação são tratados também nos artigos 17 e 29. O artigo 17 delibera que equipara-se a consumidor todas as vítimas do evento ocasionado pelo fato do produto ou do serviço. Quanto ao artigo 29 que se encontra no capítulo destinado às práticas comerciais, determina que os consumidores equiparados são todas as pessoas expostas às práticas comerciais, sejam determináveis ou não.

Para Leonardo Roscoe Bessa, diferentemente dos artigos 17 e 29 do próprio CDC, o artigo 2º não define “as atividades que estão sujeitas ao conceito, apenas se reforça o que já está consagrado legalmente: a possibilidade de tutela judicial e extrajudicial dos direitos coletivos dos consumidores”¹⁶.

Observa o referido autor que a lei não define quatro conceitos de consumidores, mas somente três.¹⁷

Assim, para Leonardo Roscoe Bessa, os outros dois conceitos de consumidor estão elencados nos artigos 17 e 29 do CDC. Acrescenta ao conceito do art. 17 o chamado consumidor *bystander* conceituando-o como aquela pessoa, mesmo sem relação contratual anterior com determinado fornecedor, que poderá invocar, a seu favor, a reparação tanto moral quanto material por fato do produto e do serviço.¹⁸

Verifica-se, portanto, segundo Leonardo Roscoe Bessa, que a lei preocupou-se em proteger qualquer pessoa que esteja exposta a produtos e serviços perigosos que estão ou serão colocados no mercado de consumo.¹⁹

¹⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

¹⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

¹⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

¹⁹ A preocupação da lei é antes com o alto caráter ofensivo e danoso da atividade (risco) do que com a identificação do elemento subjetivo da relação jurídica, tanto que a tutela especial (responsabilidade objetiva, possibilidade de inversão do ônus da prova, competência no domicílio do autos) é conferida a todas as pessoas expostas a produtos e serviços perigosos que estão ou serão colocados no mercado de consumo, independentemente de elementos inerentes ao sujeito (pessoa natural ou jurídica), de aquisição do bem ou do serviço pela vítima ou, até mesmo, da circulação inicial do bem [...] (BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71).

Em uma análise bem ampla do art. 29 do CDC, Leonardo Roscoe Bessa conclui que para “o correto delineamento do suporte fático ensejador da incidência do CDC em relação à oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, banco de dados e cadastros e cláusulas abusivas (art. 29) depende de valoração dos fatos a partir da perspectiva constitucional”²⁰. Assim, considera que “não é pressuposto do conceito de consumidor equiparado do art. 29 do CDC a (potencial) destinação final do produto ou serviço”²¹, considerando, portanto, que para pessoas jurídicas “deve-se examinar a vulnerabilidade (fática, técnica, jurídica, informacional) em concreto”²².

Por fim, pode-se considerar consumidor aquele que adquire um produto para uso próprio ou de sua família sem a intenção da utilização para um fim comercial e, também, consumidores pessoas jurídicas empresárias, quando verificado, no caso concreto, qualquer forma de vulnerabilidade seja fática, jurídica, informacional e técnica, na relação de consumo com o fornecedor (teoria finalista aprofundada).

Quanto ao conceito de consumidor por equiparação, este se mostra mais difícil de ser compreendido, devendo-se, portanto, fazer uma leitura do parágrafo único do artigo 2º e artigos 17 e 29 do CDC, para que se enxergue a amplitude destes conceitos, conforme verificado.

1.1.1.2. Fornecedor

O conceito de fornecedor está elencado no artigo 3º do CDC. O referido dispositivo conceitua fornecedor como pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ou, ainda, entes despersonalizados que desenvolvem atividades relacionadas com produtos e prestação de serviço.

José Geraldo Brito Filomeno estabelece que “fornecedor é qualquer *pessoa*

²⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 86.

²¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 87.

²² BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 88.

física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços”²³, sendo *pessoa jurídica*, aquele que desempenha atividade mercantil ou civil de forma habitual, porém, em associação mercantil ou civil²⁴.

O autor supracitado acrescenta que “fornecedor pode ser *público* ou *privado*, entendendo-se no primeiro caso o próprio Poder Público, por si ou então por suas empresas públicas que desenvolvam atividade de produção, ou ainda, as concessionárias de serviços públicos”²⁵ Ainda, acrescenta que fornecedor pode ser tanto nacional como estrangeiro, se responsabilizando por eventual reclamação os próprios importadores, que poderão, posteriormente, pedir regresso contra os fornecedores exportadores.²⁶

Por fim, o doutrinador estende o conceito de fornecedor aos entes despersonalizados, “assim entendidos os que, embora não dotados de personalidade jurídica, quer no âmbito mercantil, quer no âmbito civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços”.²⁷

Importante ressaltar observação feita por Leonardo Roscoe Bessa o qual destaca que “o CDC não exige, para configuração do fornecedor, a atuação no mercado com o objetivo de lucro: basta, quanto a este aspecto, que a atividade seja remunerada”²⁸ e ainda que “não importa o destino dessa remuneração, se ela será ou não distribuída entre os sócios da pessoa jurídica”.^{29 30}

²³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 47.

²⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 47.

²⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 47.

²⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 47.

²⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 47.

²⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 82.

²⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 82.

³⁰ Para Leonardo Roscoe Bessa apesar do CDC não especificar o fornecedor por equiparação como o fez com o consumidor, considera possível identificar a figura de fornecedor equiparado trazendo diversos exemplos para chegar-se à conclusão de que “não há necessidade de configuração de um fornecedor, conforme elementos do *caput* do art. 3.º do CDC”³⁰. Isso porque, considera que “o objetivo da lei foi disciplinar e,

1.1.2. Objetos da relação de consumo

O produto e o serviço, objetos da relação de consumo, estão definidos nos parágrafos 1º e 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente.

Todavia, é possível a complementação da definição de cada um desses elementos, apesar de que, segundo Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes, “o dinamismo das relações de consumo confere às definições de produto e o serviço tipos abertos, seguindo necessárias adequações no mundo de consumo”.³¹

1.1.2.1. Produto

Para Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes quando se conceitua produto, busca-se, propositalmente, não limitar seu conceito no intuito de que a regra permaneça adequada mesmo com os avanços técnicos-científicos.³²

Na verdade, o produto está definido no § 1º do art. 3º do CDC como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Érico Pina de Cabral acrescenta como definição de produto, também, serem duráveis ou não-duráveis.

Érico Pina de Cabral se concentrou em explicar cada uma dessas definições de produto, ensinando que:

Bem imóvel é aquele que pode ser removido de um lugar para outro, por movimento próprio ou remoção por força alheia. Os bens imóveis estão definidos nos arts. 78 e 80 do Código Civil. Os bens materiais são aqueles

logicamente, abranger situações de vulnerabilidade inerentes ao mercado de consumo” (BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 94).

³¹ RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 89.

³² RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 87.

que podem ser apreendidos, pesados ou medidos, por serem palpáveis. Os bens imateriais são, a *contrario sensu*, aqueles que não podem ser apreendidos, ou não são palpáveis.³³

Ainda, importante observação feita pelo autor, onde explica que, diversamente da definição de serviço, para ser considerado produto não é necessário que haja o fator remuneração.³⁴

1.1.2.2. Serviço

Já a definição de serviço está expressa no § 2º do art. 3º da Lei nº. 8.078/90, como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Da simples leitura do dispositivo observa-se que o fator remuneração é fundamental. Com isso, Érico Pina explica que “o serviço tem que ser decorrente de uma atividade com fins econômicos e ter caráter de atividade profissional”.³⁵

Referindo-se à remuneração que tanto pode ser direta ou indireta, Érico Pina ensina que “será direta quando o pagamento efetuado pelo consumidor for especificamente decorrente de determinado serviço”³⁶ e “será indireta quando a remuneração pelo serviço é inserida na aquisição de um outro serviço ou produto”.³⁷

Ainda, divide os serviços em duráveis que “são aqueles que têm

³³ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 61.

³⁴ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 61.

³⁵ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 62.

³⁶ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 62.

³⁷ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 62.

continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação contratual”³⁸ e não duráveis que “são aqueles que se exaurem com a simples execução do serviço”³⁹.

Por fim, explica que, além da existência do requisito remuneração, ainda, para que seja considerada uma relação de consumo, o serviço deve ser adquirido para fins de uso doméstico e pessoal.⁴⁰

1.2. Prova

Inicialmente, cumpre determinar, segundo ensina Bruno Freire e Silva, que “a prova no processo é, pois, todo meio destinado a convencer o magistrado a respeito da verdade de alguma situação de fato, ou, em outras palavras, são os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito da existência de fatos controvertidos que tenham relevância para a solução do litígio”.⁴¹

Conclui-se, portanto, que a prova é, sobretudo, necessária para convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes, verificando-se, assim, sua fundamental importância para comprovação dos fatos. Em uma análise do Código de Processo Civil, em especial aos artigos 130 e 131, conclui-se que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinará na instrução processual a produção de provas, indeferindo as inúteis ou as meramente protelatórias, devendo indicar na sentença, os motivos que formaram seu convencimento.

Poderá ser compreendida tanto em seu aspecto subjetivo quanto em seu aspecto objetivo. Eduardo Arruda Alvim, quanto ao sentido objetivo da prova, específica que abrange os “meios destinados a convencer o juiz dos fatos relativos ao processo”⁴², podendo

³⁸ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 63.

³⁹ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 63.

⁴⁰ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 63.

⁴¹ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 11.

⁴² ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 456.

o juiz, segundo Érico Pina Cabral, alcançar o conhecimento da verdade seja como atividade ou como meio, significando a primeira a “atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, os quais haverão de basear a convicção do julgador”⁴³ e a segunda “o meio utilizado para verificar a veracidade dos fatos alegados”⁴⁴. O sentido subjetivo que se forma “a partir da produção das provas no seu sentido objetivo”⁴⁵. O doutrinador caracteriza a prova, também, em resultado, ensinando que se trata da “própria atividade intelectual do juiz na formação de seu convencimento, pois, é através da prova dos fatos alegados, que o juiz formará sua convicção sobre a veracidade dos mesmos”⁴⁶.

Infere-se do art. 332 do Código de Processo Civil que todos os meios legais e os moralmente legítimos são aptos para provar a verdade dos fatos a fim de se alcançar o convencimento do juiz. Conclui Fábio Guidi Tabosa Pessoa que “os meios de provas são os instrumentos ou fontes que se valem os interessados para, em cada caso, fazer vir a um destinatário as informações sobre os fatos de interesse”⁴⁷.

Nesse ponto, é importante observar a lição de Bruno Freire e Silva na qual ensina que por respeito ao princípio da economia processual nem todos os fatos precisam ser provados, sendo, somente necessário o deferimento e produção de provas que tenham repercussão na lide e, portanto, sejam relevantes para o julgamento da ação.⁴⁸ O autor acrescenta que entre os fatos relevantes, “há alguns que não precisam ser provados, como os de conhecimento geral, incontroversos ou com presunção legal de veracidade”⁴⁹.

Por fim, deve-se produzir meios de provas, sejam eles legais ou moralmente legítimos, que melhor poderão convencer o juiz dos fatos alegados. Bem ilustrou Érico de

⁴³ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 88.

⁴⁴ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 88.

⁴⁵ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 88.

⁴⁶ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 91.

⁴⁷ PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. **Código de Processo Civil Interpretado** – Antonio Carlos Marcato, coordenador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1035.

⁴⁸ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 12.

⁴⁹ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 12.

Pina Cabral que o “objeto da prova não é o *fato controvertido*, mas sim as *alegações de fato* que foram afirmadas pela parte. O que se prova não é o fato já ocorrido, mas aquilo que a parte alega dizer ter ocorrido”.⁵⁰

1.3. Ônus da Prova

Segundo o Dicionário Houaiss, ônus tem como sinônimos: carga, encargo, gravame, imposto, obrigação, peso, sobrecarga, tributo e vínculo.⁵¹

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery dizem que “não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus”⁵², mas consideram que “o não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho da causa”.⁵³

Conforme Bruno Freire e Silva, “ônus é a possibilidade de a parte praticar atos no processo para seu próprio benefício, mas também de sofrer conseqüências legais pela omissão da prática desses referidos atos”.⁵⁴

Para Rogério Licastro Torres de Mello surge o ônus de provar quando observada a ocorrência de duas circunstâncias conjuntas, são elas: “(i) haver a parte afirmado certo fato de que decorrem direitos (autor) ou a extinção de direitos (réu) e (ii) haver impugnação de tal fato ou dúvida sobre sua veracidade”.⁵⁵

Com relação ao ônus da prova, Misael Montenegro Filho explica que “refere-se à responsabilidade atribuída à parte de ratificar as alegações contidas na sua

⁵⁰ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 96.

⁵¹ Dicionário eletrônico Houaiss da língua Portuguesa 3.0, acessado em 04.04.11.

⁵² JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 608.

⁵³ JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 608.

⁵⁴ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 13.

⁵⁵ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 309.

principal manifestação processual, a saber: a petição inicial ou a contestação”.⁵⁶

Acontece, segundo Bruno Freire e Silva, que a distribuição do ônus da prova deve ser aplicada pelo juiz quando, após esgotadas as tentativas para formação de seu convencimento, ainda tenha dúvidas sobre a verdade dos fatos.⁵⁷

De igual modo, Robson Renault Godinho ensina que “as regras sobre a distribuição do ônus da prova incidem em um estado de incerteza cognoscitiva do julgador, servindo como artifício para que o julgamento seja proferido mesmo diante de penúria probatória”.⁵⁸

Ainda ensina que “as regras sobre o ônus probatório são uma consequência da insuficiência ou ausência das provas para a resolução de determinado processo, decorrendo, assim, de um quadro de incerteza fática”.⁵⁹

Todavia, conforme observado pelo referido doutrinador, “se a distribuição do ônus da prova ocorrer de forma que seja impossível ao interessado dele desincumbir-se, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional de seus direitos”.⁶⁰

Acontece que a repartição do ônus da prova é necessária, sendo de responsabilidade do autor quando este deve provar a existência do fato que constitui seu direito, conforme dispõe o artigo 333, inciso I do CPC, cabendo ao réu o ônus da prova quando houver fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito pleiteado pelo autor (inciso II, art. 333 do CPC).

Comentando o artigo supracitado, Fábio Guidi Tabosa Pessoa estabelece o ônus como o encargo das partes em provar os fatos relevantes à causa. Acrescenta que a lei não estabelece dever algum em provar, apenas define a responsabilidade pela demonstração

⁵⁶ FILHO, Misael Montenegro. **Processo Civil** – série Concursos Públicos. São Paulo: Método, 2008. p. 320.

⁵⁷ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 13.

⁵⁸ GODINHO, Robson Renault. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 244.

⁵⁹ GODINHO, Robson Renault. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 248.

⁶⁰ GODINHO, Robson Renault. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 244.

respectiva.⁶¹

Fábio Guidi Tabosa Pessoa conclui que “independentemente da posição no processo cada parte venha a provar os fatos constitutivos do próprio direito, bem como os impeditivos, modificativos, ou extintivos do direito alheio, do que decorrem importantes conseqüências”.⁶²

Por oportuno, vale transcrever o ensinamento de Rosa Benites Pelicani e Roger Benites Pelicani:

Vale ainda acrescentar que, em plena harmonia com o processo civil dispositivo, as partes devem procurar fazer prova de suas alegações, ou seja, devem demonstrar a veracidade do alegado durante a instrução do feito. Cuida-se de corolário do processo dispositivo, que a todos atinge. É evidente que as partes vão se preocupar com o ônus probatório em razão das conseqüências já indicadas, mas isso não afasta a necessidade da prova das suas alegações, pois, repita-se, fato alegado e não comprovado transforma-se em fato inexistente.⁶³

No STJ, a matéria é muito bem fundamentada, conforme se pode observar do seguinte precedente:

3. O chamado "ônus da prova" é instituto de direito processual que busca, acima de tudo, viabilizar a consecução da vedação ao *non liquet*, uma vez que, por meio do art. 333, inc. I, do CPC, garante-se ao juiz o modo de julgar quando qualquer dos litigantes não se desincumbir da carga probatória definida legalmente, apesar de permanecer dúvidas razoáveis sobre a dinâmica dos fatos.⁶⁴

No mesmo precedente, o STJ define os momentos para apresentação das provas, tanto para o autor, como para o réu, determinando que, “via de regra, a oportunidade

⁶¹ PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. **Código de Processo Civil Interpretado** – Antonio Carlos Marcato, coordenador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1043.

⁶² PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. **Código de Processo Civil Interpretado** – Antonio Carlos Marcato, coordenador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1045.

⁶³ PELICANI, Rosa Benites. et al. **O Código de defesa do consumidor e a inversão do ônus da prova.** Revista da Faculdade de Direito, São Bernardo do Campo, v. 9, n. 11, p. 361-374, jan/dez. 2005.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº. 840.690/ DF. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROBATÓRIO. DISTRIBUIÇÃO DA CARGA DA PROVA. PARTE AUTORA QUE INSTRUI MAL A INICIAL. OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. SILÊNCIO. SENTENÇA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília 19 ago 2010, DJ de 28.09.2010.

adequada para que a parte autora produza seu caderno probatório é a inicial (art. 282, inc. I, do CPC). Para o réu, este momento é a contestação (art. 300 do CPC). Qualquer outro momento processual que possa eventualmente ser destinado à produção probatória deve ser encarado como exceção.”⁶⁵

Assim, acaba por rechaçar qualquer momento que não os já apresentados, concluindo que “convém restringir o uso tradicionalmente indiscriminado do despacho que chama as partes a dizerem se têm outras provas a produzir, pois, dogmática e legalmente falando, os momentos para tanto já ocorreram (inicial e contestação).”⁶⁶

Torna-se importante ter a idéia de quando devem ser apresentadas as provas em razão do ônus vinculado à parte. Apesar de tal ônus não se tratar de sanção, obrigação, deve ser observado no momento oportuno, sob pena de preclusão e diversas outras conseqüências.

1.4. Vulnerabilidade

A vulnerabilidade do consumidor, segundo Bruno Miragem, “constitui presunção legal absoluta, que informa *se* as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e *como* devem ser aplicadas”⁶⁷, exemplificando que “há na sociedade atual o desequilíbrio entre os dois agentes econômicos, *consumidor e fornecedor*, nas relações jurídicas que estabelecem entre si”⁶⁸. Por fim, conclui que em razão do reconhecimento desta

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº. 840.690/ DF. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROBATÓRIO. DISTRIBUIÇÃO DA CARGA DA PROVA. PARTE AUTORA QUE INSTRUI MAL A INICIAL. OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. SILÊNCIO. SENTENÇA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília 19 ago 2010, DJ de 28.09.2010.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº. 840.690/ DF. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROBATÓRIO. DISTRIBUIÇÃO DA CARGA DA PROVA. PARTE AUTORA QUE INSTRUI MAL A INICIAL. OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. SILÊNCIO. SENTENÇA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília 19 ago 2010, DJ de 28.09.2010.

⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62.

⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor**. São

situação que há uma proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo por regras especiais.⁶⁹

Leonardo Roscoe Bessa corrobora ensinando que:

A fragilidade (vulnerabilidade), que é sempre maior quando se trata de pessoa natural, além de ser o fundamento de defesa do consumidor, é a diretriz a ser utilizada pelo intérprete para definir, em hipóteses variadas e ensejadoras de divergências – casos difíceis –, quem deve ser considerado consumidor, tanto diretamente como por equiparação. Daí a necessidade de melhor compreender o significado da *vulnerabilidade*.⁷⁰

Assim, para Leonardo Roscoe Bessa, deve-se entender que o consumidor é a parte fraca nas mais diversas e variadas relações de consumo, exigindo-se, portanto, tratamento diferenciado nas relações com os fornecedores em obediência ao princípio constitucional da isonomia.⁷¹

O Autor, valendo-se do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, explica que se justifica, também, a proteção à dignidade da pessoa humana e, como projeção, os direitos da personalidade que estão expostos no mercado de consumo, principalmente porque “realmente, o mercado de consumo, principalmente em face de sua conformação massifica, enseja, em diversos aspectos, ofensa à dignidade da pessoa humana [...]”.⁷²

Nesse ponto, é importante ressaltar, conforme ensina Leonardo Roscoe Bessa, que “a fragilidade – vulnerabilidade – do consumidor no mercado é, repita-se, a razão de existência da lei especial de proteção deste sujeito de direito”.⁷³

Contudo, é possível se verificar espécies de vulnerabilidade (técnica,

Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62.

⁶⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62.

⁷⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.

⁷¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

⁷² BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

⁷³ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

jurídica, fática, informacional e psicológica).

Para Cláudia Lima Marques a “vulnerabilidade jurídica ou científica é falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”. Conclui que é uma vulnerabilidade presumida para os consumidores, quando pessoas físicas ou não-profissionais, considerando que para os consumidores profissionais e pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, ou seja, é uma benesse apenas aos consumidores *stricto sensu*.⁷⁴

Ainda, a Autora, acrescenta que a vulnerabilidade técnica, que é aquela que “o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade”, pode alcançar o consumidor profissional, por, também, ser presumida.⁷⁵

Por fim, traz a ideia de vulnerabilidade fática como a superioridade do fornecedor, diante de sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço.⁷⁶

Para encerrar, Leonardo Roscoe Bessa traz o conceito de vulnerabilidade informacional dizendo que “está vinculada à importância da aparência, da comunicação e da informação num mercado cada vez mais visual, rápido e de risco”.⁷⁷

Conforme ensina Leonardo Roscoe Bessa, é importante observar que o consumidor está afeto a estímulos provocados por técnicas sofisticadas de *marketing* que faz com que este adquira produtos e serviços sem uma real necessidade de consumo, acabando por ser considerado vulnerável, também, psicologicamente.⁷⁸

⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 324-325.

⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 320-321.

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 325.

⁷⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

⁷⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

1.5. Hipossuficiência

Primeiramente, José Geraldo Brito Filomeno conceitua a hipossuficiência com uma “conotação de pobreza econômica ou falta de meios, sobretudo em termos de acesso a conhecimentos técnicos ou periciais em dado conflito nascido de relações de consumo”.⁷⁹

Oportuna a exemplificação feita por Rogério Licastro Torres de Mello

De fato, quando se estabelece determinada demanda judicial tendo como causa de pedir relação de consumo, o consumidor apresenta-se inegavelmente em grau de fragilidade perante o fornecedor, dado que este último, na qualidade de responsável pelo desenvolvimento e pela colocação em circulação comercial do bem de consumo conta com muito mais elevado potencial de manejar informações técnicas atinentes, *verbi gratia*, ao funcionamento deste bem de consumo, às suas propriedades, às suas forma de utilização, aos riscos que tal bem de consumo possa apresentar, às causas dos acidentes passíveis de ocorrência relativamente ao bem de consumo, à natureza dos vícios que este possa apresentar.⁸⁰

Paulo Hoffman, também ensina que a hipossuficiência “não envolve somente pessoa pobre, desprovida de recurso financeiro, mas todo aquele que não tenha condições econômicas, técnicas, estruturais, ou processuais para demonstrar seu direito”.⁸¹

Acrescente-se que existem situações em que não se verificará a hipossuficiência do consumidor simplesmente pela falta de condições econômicas, restando aqui, importante a transcrição do ensinamento de Érico de Pina Cabral:

A falta de condições econômicas do consumidor, por si só, não o caracteriza como hipossuficiente, pois haverá situações em que mesmo com toda a condição econômica, a produção da prova constitutiva de seu direito será praticamente impossível por falta de condições técnicas.⁸²

⁷⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 156.

⁸⁰ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 316.

⁸¹ HOFFMAN, Paulo. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 229.

⁸² CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 377.

Para Bruno Miragem a hipossuficiência será verificada pela ausência de condições de defesa, seja por razões econômicas, técnicas ou jurídica.⁸³

Da mesma forma, Érico de Pina Cabral ensina que a hipossuficiência do consumidor está relacionada com sua situação de carência sócio-econômica e de informação na relação processual de consumo. Conclui que a hipossuficiência “consiste na ausência de conhecimentos técnicos específicos sobre o produto ou serviço colocados no mercado de consumo, das técnicas de venda, dos termos do contrato, bem como de condições sociais, econômicas e jurídicas para demandar juridicamente”.⁸⁴

Bruno Freire e Silva corrobora esse ensinamento exemplificando que “quando o consumidor depender de conhecimentos técnicos ou informações que estão em poder do fornecedor, a produção de prova torna-se muito mais difícil ou quase impossível”.⁸⁵

Segundo Érico de Pina Cabral, a hipossuficiência “é um requisito de caráter subjetivo, relacionado à pessoa do consumidor-demandante”⁸⁶ para que, em observância ao princípio da igualdade das partes, o fornecedor e o consumidor se encontrem em condições processuais equiparadas, criando “para o fornecedor o ônus de arcar com o risco da não produção das provas negativas em relação ao fato constitutivo alegado pelo consumidor”.⁸⁷

Contudo, existem casos em que o consumidor possui condições melhores que o fornecedor de provar os fatos constitutivos de seu direito, seja em razão de ser pessoa esclarecida e bem informada ou, simplesmente, por possuir acesso aos meios de provas necessários de maneira mais fácil que o fornecedor, portanto, não haverá hipossuficiência, nem, tão pouco, inversão do ônus da prova.⁸⁸

Por fim, transcreve-se o ensinamento de Érico de Pina Cabral que, de forma

⁸³ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 348.

⁸⁴ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 377.

⁸⁵ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 17.

⁸⁶ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 377.

⁸⁷ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 377.

⁸⁸ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 378.

exímia, bem definiu o tema:

[...] o consumidor só será considerado hipossuficiente se a realização da prova estiver mais fácil para o fornecedor. Ao contrário, se o fornecedor estiver condição notoriamente desvantajosa para produzir a prova em relação ao consumidor, este não será considerado hipossuficiente e não poderá beneficiar-se da inversão do ônus da prova.

Assim, deve-se atentar que a hipossuficiência é requisito trazido pelo inciso VIII do art. 6º do CDC, cuja sua observância é de fundamental importância para que seja invertido o ônus probatório em favor do consumidor, desde que seja observado, juntamente, o outro requisito disposto no inciso.

1.6. Hipossuficiência X vulnerabilidade

Existem diferenças entre hipossuficiência e vulnerabilidade. Segundo Bruno Miragem, trata-se de um critério de discricionariedade adotado pelo juiz ao identificar no caso concreto quando observado a debilidade do consumidor em demonstrar a veracidade de suas alegações, restando, impedido, no processo, de realizar provas não apenas em razão da falta de meios econômicos.⁸⁹

Já a noção de vulnerabilidade para Bruno Miragem, consiste na verificação “de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica”.⁹⁰ Acrescenta, ainda, que há o reconhecimento de presunção da vulnerabilidade do consumidor em razão de todos os consumidores que “a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo,

⁸⁹ MIRAGEM Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62.

⁹⁰ MIRAGEM Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62.

estando expostos às práticas comerciais dos fornecedores no mercado”.⁹¹

Para Rogério Licastro Torres de Mello “seria a vulnerabilidade, assim, uma premissa maior, genérica, que por si só não autoriza a inversão do ônus de provar. Esta premissa maior traz consigo algumas potencialidades, como a inversão do ônus da prova em decorrência da hipossuficiência verificada no caso concreto. A vulnerabilidade é presumida; a hipossuficiência aferida no caso concreto”.⁹²

Érico de Pina Cabral explica que a hipossuficiência “é um conceito de direito processual, aferível em cada caso específico e que só tem uma finalidade: servir de requisito para a inversão do ônus da prova”⁹³ que não se confunde com a vulnerabilidade que “é um conceito de direito material, da qual decorre uma presunção absoluta de fraqueza em favor de todos os consumidores, na relação de consumo (art. 4º, inc. I do CDC)”.⁹⁴

Todavia, a vulnerabilidade presumida de forma absoluta, conforme decidiu o STJ, somente caberá aos consumidores pessoas físicas, presumindo-se relativamente à vulnerabilidade dos consumidores pessoa jurídica que adquirem produtos ou serviços para uso no ambiente profissional, mas não como fim de sua atividade⁹⁵. Portanto, nas relações jurídicas entre consumidor pessoa jurídica e fornecedor deve ser verificada comparando, caso a caso, as condições técnicas, econômicas ou jurídicas, restando ausente qualquer uma delas, em razão do abrandamento da teoria finalista pelo STJ, será aplicado o CDC, cabendo a regulação pelo Código Civil Brasileiro nos casos de igualdade.⁹⁶

⁹¹ MIRAGEM Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62.

⁹² MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 316.

⁹³ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 376.

⁹⁴ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 376.

⁹⁵ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 385.

⁹⁶ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 385.

2. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova é uma forma de facilitação da defesa dos direitos dos consumidores. Para Bruno Miragem “a justificativa para facilitação da defesa é indiscutivelmente a projeção, no processo, da desigualdade fática estabelecida na relação de direito material”⁹⁷.

É de fundamental importância que exista esta inversão. Bruno Miragem bem explicita que:

Não se pode perder de vista, contudo, o caráter decisivo da possibilidade da inversão do ônus da prova para efetividade dos direitos do consumidor. A especialização e sofisticação tecnológica dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, aliada a debilidade econômica ou técnica do consumidor na defesa dos seus direitos terá na possibilidade de inversão do ônus da prova, em boa parte das vezes o único recurso em vista da procedência da demanda judicial do consumidor.⁹⁸

Também, oportuno transcrever o ensinamento de Robson Renault Godinho:

A possibilidade de inversão do ônus da prova visa a facilitar a produção probatória, contribuindo para o esclarecimento e para a resolução das questões de consumo. Rompe-se, assim, com a idéia de que bastam regras estáticas e abstratas para distribuir a responsabilidade de produção da prova no processo, havendo necessidade de se examinar as particularidades do caso concreto, seja em razão da verossimilhança da alegação, seja em virtude da hipossuficiência da parte, cuja vulnerabilidade independe da situação econômica do consumidor.⁹⁹

Rizzato Nunes traz a ideia de que “no regime privatista, embora não seja comum, a norma permite em alguns casos a inversão por via de convenção”.¹⁰⁰ Para tanto, traz a baila o teor do artigo 333 do CPC que dispõe sobre a incumbência do ônus da prova.

⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 348.

⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 349.

⁹⁹ GODINHO, Robson Renault. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 250.

¹⁰⁰ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.671.

Já para Fábio Guidi Tabosa Pessoa, o parágrafo único do art. 333 “fulmina de nulidade a convenção se recair sobre direito indisponível da parte ou se torna excessivamente difícil a uma delas o *exercício do direito*”.¹⁰¹ Todavia, ensina que pode ocorrer a inversão mesmo que envolva direitos indisponíveis, contudo somente nos casos em que não dificulte o exercício de direitos do titular de direitos indisponíveis.¹⁰²

Da mesma forma, Robson Renault Godinho, ensina que “na realidade, a inversão do ônus da prova deve ser estendida a todas as situações em que as regras do art. 333 do CPC gerem uma real desigualdade entre as partes ou tornem a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática que lhe interessa”.¹⁰³

Assim, o referido doutrinado acredita que “para um processo de resultados efetivamente comprometido com o acesso à justiça, a distribuição do ônus da prova não pode ser apenas uma preocupação com a existência forma de uma decisão judicial, devendo ser o instrumento para a efetiva tutela de direitos”.¹⁰⁴

Por fim, conclui que “a falta das regras formais e abstratas de distribuição do ônus da prova é insuficiente, sendo necessário o desenvolvimento de teorias a possibilitar uma produção probatória compatível com a realização e a garantia dos direitos fundamentais”.¹⁰⁵

É necessário, portanto, ter em mente, conforme ensina Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, que poderá haver inversão do ônus da prova tanto nos casos em que o consumidor for autor da ação como naqueles em que for réu.¹⁰⁶

Resta claro a necessidade e importância da inversão do ônus da prova. Possível, portanto, a inversão legal, judicial ou convencional do ônus da prova.

¹⁰¹ PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. **Código de Processo Civil Interpretado** – Antonio Carlos Marcato, coordenador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1048.

¹⁰² PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. **Código de Processo Civil Interpretado** – Antonio Carlos Marcato, coordenador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1048.

¹⁰³ GODINHO, Robson Renault. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 254.

¹⁰⁴ GODINHO, Robson Renault. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 262.

¹⁰⁵ GODINHO, Robson Renault. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 261.

¹⁰⁶ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

2.1. Modalidades de Inversão do Ônus da Prova

As modalidades são as possíveis maneiras em que se pode inverter o ônus da prova. Logicamente há a possibilidade de se inverter o ônus da prova por provimento judicial quando observado certos requisitos, existe, também, a inversão legal, que por meio de lei haverá a inversão do ônus da prova. Por fim, possível as partes convencionarem quanto a inversão do ônus da prova, todavia, se não exercida com ponderação, será nula qualquer cláusula que venha a beneficiar excessivamente uma parte em prejuízo da outra.

2.1.1 *Inversão Judicial*

A inversão Judicial, conforme se infere do inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova em favor do Consumidor se dará quando for verossímil a alegação ou quando for ele (o consumidor) hipossuficiente.

Trata-se, segundo Fábio Guidi Tabosa Pessoa, de inversão por decisão judicial quando o magistrado em benefício do consumidor, estando presente a verossimilhança dos fatos alegados e hipossuficiência, inverte o ônus da prova. Contudo, conclui que fora das hipóteses indicadas em lei, não se pode pretender que o juiz por meio da inversão crie um encargo inatingível para o fornecedor.¹⁰⁷

Esses requisitos, conforme ensina Érico de Pina Cabral, “são aferíveis pelo próprio juiz, em decisão fundamentada nas regras ordinárias da experiência”.¹⁰⁸

Érico de Pina Cabral conceitua a inversão judicial do ônus da prova como “aquela que decorre de decisão do juiz, especialmente nas situações autorizadas pela lei”.¹⁰⁹ Acrescentando que hipóteses em que “a lei autoriza o juiz a presumir a verossimilhança de

¹⁰⁷ PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. **Código de Processo Civil Interpretado** – Antonio Carlos Marcato, coordenador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1048.

¹⁰⁸ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008, p. 347.

¹⁰⁹ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 345.

algum fato”,¹¹⁰ tratando-se nesses casos de “uma decisão estritamente vinculada a uma presunção formulada pelo próprio juiz, com base numa regra ordinária da experiência comum”.¹¹¹ Assim, uma reiteração de fatos extraídos da observância de casos particulares quem levam o juiz ao longo de sua experiência profissional, social e prática a convicção de que outros fatos se repetirão no futuro.¹¹²

Por fim, o Érico de Pina Cabral afirma que a inversão judicial produz efeitos processuais no momento anterior a fase instrutória (ônus subjetivo da prova), bem como no momento da prolação da sentença (ônus objetivo da prova).¹¹³

2.1.2. Inversão Legal

Logicamente, a inversão legal do ônus da prova decorre da própria lei. Para tanto, a lei estabelece formas diretas e indiretas de redistribuição do ônus da prova¹¹⁴.

Segundo Érico de Pina Cabral, a inversão direta legal será sempre quando “o legislador estabelecer diretamente uma norma, cujo teor especifica qual parte deve provar um fato determinado”.¹¹⁵

Para o autor citado acima, a inversão indireta ocorrerá quando “o legislador estabelece presunções legais relativa”¹¹⁶ e explica que tal presunção “parte-se de uma fato base, conhecido e provado para dele extrair uma ilação reveladora da existência de um outro,

¹¹⁰ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 345.

¹¹¹ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 345.

¹¹² CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 345.

¹¹³ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 347.

¹¹⁴ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 345.

¹¹⁵ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 338.

¹¹⁶ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 338.

desconhecido”.¹¹⁷

Complementa dizendo que as presunções podem ser legais quando estabelecidas pelo legislador ou judiciais quando verificadas pelo juiz ou tribunal e, por fim, define-as como absolutas aquelas que não admitem prova em contrário e em relativas aquelas que admitem, terminando por considerar que somente a presunção relativa tem relação com a inversão do ônus da prova.¹¹⁸

2.1.3. Inversão Convencional

O parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil implicitamente permite a distribuição do ônus da prova por convenção. Contudo, em seus incisos, estabelece exceções às quais veda a inversão.

Excluindo os casos, em que a inversão recair sobre direito indisponível da parte ou que torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, dispostos nos incisos do parágrafo único do art. 333 do CPC, a inversão convencional será mais uma forma de inversão do ônus da prova, se formalizando por acordo de vontade das partes nas relações jurídicas, podendo, ser estabelecida por cláusulas contratuais em um momento anterior a instrução processual ou por pedido endereçado ao magistrado até o saneamento do processo.¹¹⁹

Conclui-se, portanto, que a inversão convencional isentará, por acordo das partes, a pessoa anteriormente responsável ao ônus *probandi*, ou seja, aquela que, tradicionalmente, é “onerada com a prova do fato constitutivo”¹²⁰.

Nas relações de consumo, em razão do que dispõe o inciso VI do art. 51 do

¹¹⁷ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 338.

¹¹⁸ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 341.

¹¹⁹ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 349.

¹²⁰ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 350.

Código de Defesa do Consumidor, não é possível qualquer estabelecimento de cláusula de inversão do ônus da prova em favor do fornecedor e que venha a prejudicar o consumidor. Nesse ponto, merece transcrição o ensinamento de Érico Pina:

Trata-se de uma vedação cujo objetivo é evitar estipulações com excessivo favorecimento ao fornecedor, pois, a grande maioria das relações de consumo formalizada mediante contratos de adesão, cuja cláusulas são estipuladas e impostas unilateralmente pela parte mais forte.¹²¹

Assim, a única conclusão a ser tomada é a de que a inversão convencional, apesar de muitas vezes impostas pelo fornecedor como, por exemplo, nos contratos de adesão normalmente é rechaçada para evitar eventual prejuízo que possa atingir a facilitação da defesa do direito do consumidor, conforme elencado no art. 6º do CDC.

2.2. Análise dos Requisitos do inciso VIII do Art. 6º do CDC

Fundamentalmente, os requisitos para que ocorra a inversão do ônus da prova em favor do consumidor estão estabelecidos no inciso VIII do artigo do 6º da Lei nº. 8.078/90. São eles a hipossuficiência e a verossimilhança das alegações que apesar de estarem separados pela partícula alternativa “ou”, segundo ensinamento de Érico Pina, “devem ser cumulativamente exigidos pelo juiz”.¹²²

O autor explica que “mesmo que a alegação seja verossímil, sem a hipossuficiência, a inversão do ônus da prova provocará desigualdade das partes no processo”.¹²³

Assim, apesar do termo “ou” remeter a opções, na verdade, há o entendimento de que a hipossuficiência e a verossimilhança das alegações devem estar presentes concomitantemente para que seja invertido o ônus da prova em favor do

¹²¹ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 351.

¹²² CABRAL Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 382.

¹²³ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 382.

consumidor.

Todavia, Bruno Freire e Silva entende, de forma diversa, que o legislador utilizou a conjunção alternativa “ou” em seu sentido disjuntivo, ou seja, para a inversão do ônus da prova é necessário apenas a presença de um dos dois requisitos elencados no art. 6º, inciso VIII do CDC.¹²⁴

2.2.1 Hipossuficiência

A hipossuficiência, conforme visto no capítulo anterior, não está intimamente ligada a ausência de recursos econômicos, ou seja, a pobreza. Mas sim, é verificada pela ausência de condições técnicas, jurídicas, informacionais, além das falta de condição econômica.

Por fim, ressalte-se que a hipossuficiência é requisito trazido pelo inciso VIII do art. 6º do CDC, cuja observância é de fundamental importância para que seja invertido o ônus probatório em favor do consumidor.

2.2.2. Verossimilhança das alegações

Alegação verossímil deve ser, segundo Bruno Freire e Silva, “aquela que tem aparência de ser verdadeira, independentemente de ser corroborada por elemento probatórios”.¹²⁵

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho diz que a verossimilhança da alegação dever ser interpretada amplamente, “no sentido de parecer verdadeiro, de não repugnar à verdade, segunda as regras ordinárias de experiência, o fato alegado, de ser plausível o caso

¹²⁴ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 15.

¹²⁵ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 16.

narrado pelo consumidor, sem todavia ser necessário que o fato descrito se mostre provável, que tenha efetiva probabilidade de ser verdadeiro”.¹²⁶

Para Rogério Licastro Torres de Mello “por verossímil entende-se tudo aquilo que semelhante seja à realidade. É dotada de verossimilhança a asserção de alguém que ostente foros de veracidade, de autenticidade, vale dizer, que seja veraz”.¹²⁷

Segundo Érico de Pina Cabral não há necessidade de se inverter o ônus da prova de um fato que sequer se apresenta verdadeiro, concluindo que a verossimilhança da alegação é um requisito lógico, podendo estar implícito na situação que se mostra totalmente inverossímil.¹²⁸

Conceitua o requisito verossímil de forma exemplar, ensinando que:

Para que uma afirmação seja verossímil, não se exige que tenha uma estreita proximidade com a certeza e nem que o fato ocorra frequentemente. Mesmo que o fato afirmado ocorra raramente, ele pode ser considerado verossímil. Não será verossímil, entretanto, se a ocorrência for raríssima, ou muito ilógica, ou quase impossível etc.¹²⁹

Com outras palavras, José Geraldo Brito Filomeno, ensina que a verossimilhança “é uma das condições para que o juiz inverta o mencionado ônus, com vistas à facilitação da defesa dos direitos do consumidor, segundo, outrossim, as regras ordinárias de experiências”.¹³⁰

Para Bruno Miragem, a verossimilhança consiste no “que se vai apresentar como espécie de juízo de probabilidade, segundo as informações das partes no processo”¹³¹ e acrescenta que o juiz levará em conta as práticas conhecidas no mercado.

¹²⁶ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

¹²⁷ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 313.

¹²⁸ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 383.

¹²⁹ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 384.

¹³⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 154.

¹³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 348.

Érico de Pina Cabral ensina que o juízo de verossimilhança “refere-se ao fato enquanto objeto da alegação, ou, precisamente, à mera alegação do fato”, ou seja:

Não se vincula à produção de provas, mas se fundamenta tão somente na comparação entre as alegações da parte com o conhecimento daquilo que ordinariamente acontece (*id quod plerumque accidit*), isto é, com a normalidade dos fatos historicamente repetidos. Da observação da ordem natural das coisas, que ordinariamente acontecem, se extraem as máximas da experiência, as quais, necessariamente, constituem a base de formação do juízo de verossimilhança.¹³²

Nesse ponto, merece transcrição a diferenciação feita por Érico de Pina Cabral entre os conceitos de verossimilhança, probabilidade e certeza:

A verossimilhança é um juízo fundado no confronto da simples alegação com as regras ordinárias da experiência. É a mais superficial de todas. A probabilidade, por sua vez, tem um grau de cognição superior ao da verossimilhança e inferior ao da certeza. Baseia-se num começo de prova (indício). Por último, está a certeza, como um juízo forma na sentença, após a valoração de todas as provas do processo.¹³³

Assim, observada a verossimilhança, entende Bruno Freire e Silva que desde já “o juiz deve proceder à inversão do ônus da prova”¹³⁴, pois segundo o referido autor basta está presente apenas um dos requisitos do art. 6º, inciso VIII, do CDC, para que seja invertido o ônus da prova.

¹³² CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 320.

¹³³ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p.374.

¹³⁴ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 16.

3. MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Há muito controvérsia quanto ao momento da inversão do ônus da prova. Existe uma concorrente que entende que o momento mais adequado é no despacho saneatório. Outra corrente entende que o momento mais apropriado será na sentença. Há, ainda, a corrente que considera que não há momento específico para a inversão do ônus da prova, podendo, portanto, este ser realizado a qualquer momento desde que seja até a decisão saneadora. Com a grande polêmica existente quanto ao tema, necessário será demonstrar as teorias com seus prós e contras, para uma conclusão adequada para aplicação da inversão do ônus da prova.

Antes de adentrar em cada posicionamento, insta refletir em um ponto trazido por Paulo Hoffman ao considerar que diversas teorias, sem existir um posicionamento pacífico, podem “atrasar o bom andamento do sistema judiciário, prejudicando a correta interpretação e utilização de institutos em determinados casos”:¹³⁵

Isso parece ter ocorrido com a questão da inversão do ônus da prova trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, pois, mesmo sem existir uma unanimidade e sem que, absolutamente, tenha se esgotado o tema, quase ninguém mais pretende discuti-lo, em razão do grau de intransigência que cada corrente atingiu, cada qual entendendo que a argumentação para convencer a outra é pura perda de tempo.¹³⁶

Ainda, em fase inicial é de fundamental importância trazer à baila o posicionamento de Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes o qual não se enquadra em nenhuma das hipóteses que serão aventadas:

Não há como estipular a fase processual de melhor prática para a análise dos critérios que irão, segundo as regras de experiência comum, reconhecer como verossímil a argumentação do consumidor e/ou sua hipossuficiência técnico-científica.

Tendo em vista ser uma decisão que afetará um dos pólos do conflito processual, pode-se afirmar que é facultado ao magistrado decidir através de um despacho interlocutório ou na sentença judicial, excluindo a

¹³⁵ HOFFMAN, Paulo. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 224.

¹³⁶ HOFFMAN, Paulo. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 224.

configuração de um despacho de mero expediente.

O fator de fixar momento processual seria o de transmitir critérios de convicção subjetiva do magistrado pra dentro do processo, ofendendo por si só o princípio da imparcialidade.

O legislador, propositalmente, evitou o sistema fechado no enquadramento do real momento em que o magistrado deveria, numa relação processual de consumo, proceder à alteração da distribuição, visto que as bases são os critérios lógicos, econômicos, técnicos, científicos, morais, entre outros, no delineamento das regras de experiência comum, ou melhor definido, de senso comum.

A interpretação de restrição da correta fase processual não resguarda a correspondência ao princípio da solidariedade (paradigma do século XXI), muito menos ao da isonomia e do devido processo legal.

[...]

É claro que o magistrado deve buscar a celeridade processual, mas não se pode validá-la em prejuízo do princípio da facilitação da defesa do consumidor. O resguardo do princípio da ampla defesa reluz ao direito da parte contrária em ter conhecimento sobre os motivos da inversão da distribuição do ônus, sendo que o fundamento primordial do magistrado é prolatar uma decisão justa, revestida com os alicerces do fim social.

Diante dos diversos posicionamentos muito bem embasados, deve-se fixar em apenas um para que não haja, na verdade, prejuízos tanto para o consumidor quanto para o fornecedor.

3.1. No recebimento da Inicial

O Recebimento da inicial é o momento no qual o juiz tomará conhecimento e se manifestará sobre as questões apresentadas pelo autor.

Quanto à inversão do ônus da prova no recebimento da inicial, Tania Lis Tizzoni Nogueira, citada na obra de Bruno Freire e Silva, entende que o Autor em sua inicial deverá requerer a inversão do ônus da prova, devendo, o juiz, se manifestar no ato do primeiro despacho, cabendo, na hipótese, recurso de agravo.¹³⁷

Crítica relevante feita a este posicionamento é a de Bruno Freire e Silva que

¹³⁷ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19. *Apud*, NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. **Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova**. Revista de Direito do Consumidor 10/59, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun. 1994.

entende não ser possível acolher esta teoria “pelo simples fato de o juiz ainda não conhecer os pontos controvertidos da demanda, que irão se concretizar após a resposta do réu, o que lhe impossibilita um juízo de valor sobre a questão”.¹³⁸

No mesmo entendimento, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho ensina que esta posição “se mostra precitada, uma vez que, no despacho liminar, antes portanto da eventual apresentação de contestação pelo réu, ainda não é possível saber quais fatos se tornarão controvertidos e, por isso, exigirão provas”.¹³⁹

De igual forma Paulo Hoffman crítica este posicionamento afirmando:

Completamente equivocada a determinação do juiz que inverte o ônus da prova já ao receber a petição inicial, em cognição sumária, somente tendo por base a verossimilhança das alegações do autor ou a sua hipossuficiência, sem ouvir o fornecedor em contraditório, tratando-se de medida injustificável, de verdadeira distorção do espírito da lei.¹⁴⁰

Também, merece transcrição a crítica feita por Rogério Licastro Torres de Mello faz a este posicionamento:

Em nosso sentir, determinar a inversão do ônus da prova já quando da decisão inicial de recepção da exordial tem de ser postura excepcional, porquanto a condição de verossímil, ou a hipossuficiência (requisitos para a reversão do ônus probatório), podem ser postas em xeque pelas arguições de contestação. O cenário de maturação processual suficiente para esta relevante decisão é, definitivamente, o do saneamento, considerando-se inclusive que sequer existe urgência na adoção da decisão inversora da prova antes, em sede de decisão inicial do feito.¹⁴¹

Vê-se que esta teoria recebe mais críticas dos que posicionamentos a favor, razão pela qual deve-se trazer os demais posicionamentos a fim de se estabelecer um momento ideal para a inversão do ônus da prova.

¹³⁸ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

¹³⁹ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

¹⁴⁰ HOFFMAN, Paulo. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 233.

¹⁴¹ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 319.

3.2. No Recebimento da Inicial até o Despacho Saneador

Menos específicos são os defensores dessa teoria, pois não se fixam em um momento definido, mas sim, entre o recebimento da inicial até a decisão saneadora, podendo, inclusive, adotarem um desses momentos.

João Batista de Almeida defende em sua obra, sucintamente, que o momento da inversão do ônus da prova “deverá ocorrer entre a propositura da ação e o despacho saneador, sob pena de prejuízo para a defesa do réu”.¹⁴²

Da mesma forma, Helder Moroni Câmara rechaçando o entendimento de que o momento ideal da inversão é na sentença, ensina que:

Para que todos os princípios que orientam o Código de Defesa do Consumidor sejam efetivamente observados, principalmente no que se refere àqueles atinentes à eticidade e boa-fé, que se encontram presentes de forma incisiva no Código Civil de 2002 (que como já vimos funciona como legislação subsidiária), deverá a inversão do ônus probatório ser determinada de modo a permitir que as partes, de maneira ética, possam produzir as provas que entenderem necessária, motivo pelo qual cremos piamente que, mormente após o advento do Código Civil de 2002 não mais se deve aceitar a inversão do ônus probatório quando do sentenciamento do feito, mas sim anteriormente (seja no despacho saneador ou não) ou até mesmo na própria fase instrutória, mas nunca após o encerramento desta.¹⁴³

De igual forma, pode-se trazer a este posicionamento às mesmas críticas feitas ao posicionamento que entende ser o momento ideal para a inversão do ônus da prova o recebimento da inicial.

Assim, em razão da sua não especificidade ao adotar como momento ideal somente o recebimento da inicial ou o despacho saneador acaba por receber, por um lado, as severas críticas feitas ao posicionamento que entende ser o momento ideal para inversão do ônus probatório o recebimento da exordial e, por outro lado, as críticas feitas ao posicionamento que entende ser o momento ideal para a inversão do ônus da prova o despacho saneador.

¹⁴² ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 106.

¹⁴³ CÂMARA, Helder Moroni. **O Código Civil de 2002, sua influencia sobre o Código de Defesa do Consumidor e o momento ideal da inversão do ônus da prova em matéria de Direito do Consumidor**. Revista do Instituto dos Advogados, São Paulo, v. 9, n. 17, p. 57-73, jan/jun. 2006.

3.3. No Despacho Saneador

Da leitura do artigo 331, § 2º do CPC, é possível determinar o despacho saneador como o momento em que “o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzida”.

Defendendo esta tese está Fábio Guidi Tabosa Pessoa, o qual entende que a análise da inversão do ônus da prova, pelo juiz, de imediato, antes até mesmo da citação, se mostra prematura, pois, acredita plenamente possível aguardar a resposta para que melhor possa apreciar as alegações das partes. Quanto ao momento da inversão na sentença, faz uma importante crítica que, por oportuno, não custa ressaltar:

falar em ônus a quem nada mais pode, dado momento processual, provar, é mera ilusão, de modo que a inversão na sentença, não bastasse a surpresa acarreta ao novo “contemplado” – pois retira dele toda e qualquer possibilidade de atuação em face da nova definição adotada –, traz também ínsita a perspectiva, a nosso ver inconstitucional, de estabelecimento de uma regra com força retroativa, abrindo espaço à apreciação pelo juiz, na decisão final, e em função de norma processual nova criada apenas nesse momento, de situação passada, visto que em última análise se prestará aquela à apreciação dos efeitos da anterior atividade probatória das partes (ou, mais propriamente, à aplicação das conseqüências relativas à insuficiência dessa atividade); no extremo, o enfoque exclusivo sobre o ônus da prova como critério de julgamento permitiria, por hipótese, tomar por aplicáveis de imediato novas regras legais sobre sua distribuição promulgadas depois de remetidos os autos ao juiz para sentença, perspectiva que certamente foge ao razoável.¹⁴⁴

Assim, obviamente, para Fábio Guidi Tabosa Pessoa, o saneamento é o momento ideal para inversão do ônus da prova. Todavia, conclui que, tecnicamente, “não há diferença em ser a inversão deliberada no próprio saneador ou antes dele, e mesmo depois, mas antes de encerrada a instrução”, ou seja, termina por aceitar que o juiz deve decidir no curso do processo em respeito aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.¹⁴⁵

O doutrinador Luiz Paulo da Silva Araújo Filho indica que “deverá o juiz

¹⁴⁴ PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. **Código de Processo Civil Interpretado** – Antonio Carlos Marcato, coordenador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1049.

¹⁴⁵ PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. **Código de Processo Civil Interpretado** – Antonio Carlos Marcato, coordenador. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 1049.

inverter o ônus da prova, no procedimento ordinário, na fase de saneamento do processo”.¹⁴⁶ Considera que “no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis a inversão do *onus probandi* deverá ser examinada, pelo juiz togado, na sessão de conciliação, evidentemente se esta for infrutífera, hipótese em que, geralmente, a audiência de instrução e julgamento será designada para um dos quinze dias subseqüentes”.¹⁴⁷ Por fim, também, entende ser possível a inversão na audiência de conciliação.¹⁴⁸

Reafirma seu posicionamento de forma exemplar, considerando que “a inversão do ônus da prova, assim determinada, não constitui prejudgamento simplesmente porque, ao final da instrução, deverá o juiz julgar, em princípio, com base nas provas produzidas, e, neste caso, pouco importa o que antes tenha decidido sobre a inversão do *onus probandi*”.¹⁴⁹

Ainda, ensina que tendo o juiz concluindo pela necessidade da inversão somente após a instrução, deverá “não apenas determinar a inversão do ônus da prova com ainda reabrir a instrução, permitindo que o fornecedor requeira e produza as provas que lhe pareçam necessárias para desincumbir-se do ônus”.¹⁵⁰

Rogério Licastro Torres de Mello considera não ser possível a inversão do ônus tão-só no momento do julgamento da sentença, pois a inversão do ônus da prova gera a necessidade de prévio estabelecimento de modo que o prejudicado possa exercer seu direito de provar à plenitude.¹⁵¹

Assim, conclui que “a inversão do ônus probatório deve dar-se no momento processual próprio para tanto, que entendemos seja a oportunidade do saneamento do feito e do início da dilação probatória, em que se fixam as controvérsias, afere-se a pretensão de

¹⁴⁶ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

¹⁴⁷ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

¹⁴⁸ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

¹⁴⁹ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

¹⁵⁰ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

¹⁵¹ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 318.

inversão do encargo probatório e passa-se à instrução da demanda”.¹⁵²

Também, para Bruno Freire e Silva, este é o melhor posicionamento “em função de nosso sistema processual, a fim de evitar qualquer cerceamento de defesa”.¹⁵³

Conforma este posicionamento Paulo Hoffman ensinando que:

A inversão do ônus da prova, como já adiantamos, deve ser determinada na decisão de saneamento, pois não é correto exigir somente do fornecedor uma atuação precavida, com a realização da prova em sua plenitude, pois isso feriria o princípio da isonomia.

[...]

Exercido o contraditório e já realizada pelas partes a prova documental, o juiz começa a definir a demanda e a ter opiniões sobre ela, razão pela qual impedir que o aviso de provável inversão seja feito na decisão saneadora, mantendo a dúvida até quando não mais for possível a realização da prova, é, aí sim, “trair” o fornecedor e colocar o advogado numa situação delicada, preferindo-se o consumidor em detrimento do fornecedor, como critério de “falsa justiça”.¹⁵⁴

Esclarece que “compete ao juiz afirmar expressamente, de forma clara, objetiva e lógica, aquilo sobre o que já está convencido e sobre o que não está, que pontos devem ser provados e de quem é o ônus de fazê-lo”.¹⁵⁵

Contudo, ao final da demonstração de sua tese, o Autor, esclarece a possibilidade da inversão no momento do julgamento na hipótese em que já teria sido anteriormente avisado ao fornecedor à possibilidade de inversão do ônus da prova por meio de uma decisão interlocutória proferida quando do saneamento do processo.¹⁵⁶

Acredita que tal decisão deve ser encarada de duplo ponto de vista, ou seja, um na visão e atuação da parte (em respeito ao contraditório, isonomia e ampla defesa para permitir a produção da prova) e o outro na ótica da atuação e posicionamento do juiz (critério

¹⁵² Mello, Rogério Licastro Torres de. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 319.

¹⁵³ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

¹⁵⁴ HOFFMAN, Paulo. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 235.

¹⁵⁵ HOFFMAN, Paulo. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 236.

¹⁵⁶ HOFFMAN, Paulo. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 240.

de julgamento).¹⁵⁷ Explica que “não se trata nem é uma ‘contradição em termos’ desmembrar a questão da inversão do ônus da prova em dois pontos de vista diferentes, pois diversos são os objetivos e atuação das partes e do juiz no processo”.¹⁵⁸

Já para Érico de Pina Cabral “ultrapassada a fase de saneamento, sem qualquer decisão ou manifestação judicial, o consumidor-requerente pode interpor embargos de declaração para que o juiz se manifeste sobre a omissão”.¹⁵⁹ Acrescenta que “caso não obtenha êxito nos embargos declaratórios, cabe a interposição de recurso de agravo para que o Tribunal determine a manifestação do Juízo de Primeira Instância”.¹⁶⁰

Assim, diante do ensinamento destes diversos doutrinadores, a inversão do ônus da prova no despacho saneador mostra-se mais adequada, pois não afronta os princípios do contraditório e da ampla defesa. Isto porque a inversão em qualquer momento posterior ao despacho saneador deixará o fornecedor impossibilitado de se defender, pois o momento oportuno para apresentação das provas cabíveis já estaria exaurido.

Portanto, mostrar-se incompatível com o ordenamento a inversão após o despacho saneador, pois o fornecedor não apresentaria provas quando não obrigado para tanto, pois seria custoso fazê-lo e, repisa-se, quando se visse obrigado, já não poderia fazê-lo, acarretando, portanto, uma surpresa ao fornecedor que se vê obrigado a produzir provas quando não mais possível.

Da mesma forma o momento estabelecido anteriormente ao despacho saneador traria grandes custos ao fornecedor que estaria obrigado a produzir provas sobre todos os pontos da demanda, pois não saberia quais os pontos que o julgador entende controvertidos. Ademais, tal inversão no recebimento da inicial ou qualquer momento anterior ao despacho saneador faria um pré-julgamento, o qual não é admissível no ordenamento jurídico.

¹⁵⁷ HOFFMAN, Paulo. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 240.

¹⁵⁸ HOFFMAN, Paulo. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 240.

¹⁵⁹ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 405.

¹⁶⁰ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 405.

3.4. Na Sentença

Para iniciar o entendimento sobre o tema, é de suma importância trazer a baila o entendimento de Kazuo Watanabe:

Efetivamente, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível.¹⁶¹

Necessário, também, transcrever o posicionamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Não há momento para o juiz fixa 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. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza.¹⁶²

Os doutrinadores acrescentam que “o juiz, na sentença, somente vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da prova se houver o *non liquet* quanto à prova, isto é, se o fato não se encontra provado”.¹⁶³ Assim, concluem que “somente quando não houver prova é que o juiz deve perquirir quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbi”.¹⁶⁴

Corroborar esse entendimento João Batista Lopes ensinando que “o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente”¹⁶⁵. Assim, considera

¹⁶¹ WATANABE, Kazuo. **Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 815.

¹⁶² JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 608.

¹⁶³ JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 609.

¹⁶⁴ JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 609.

¹⁶⁵ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51.

que “somente após o encerramento da instrução é que se deverá cogitar da aplicação da regra da inversão do ônus da prova”¹⁶⁶.

De igual modo Rosa Benites Pelicani e Roger Benites Pelicani entendem que o momento ideal para inversão do ônus da prova é na sentença. Para tanto, explicam que o inciso VIII do artigo 6º do CDC além de tratar de distribuição do ônus da prova nas relações de consumo, também veicula uma inversão da regra geral quando atendidos os requisitos correspondentes. Assim, concluem que “sua aplicação ocorre no momento em que é proferida a sentença de mérito nos processos que envolvem conflitos entre consumidor e fornecedor”¹⁶⁷.

Os autores ensinam que inexistente cerceamento de defesa em razão de não se vislumbrar qualquer impedimento à produção de provas¹⁶⁸ e acrescentam importante lição tentando de vez rechaçar as alegações da existência de cerceamento de defesa:

Se a parte podia produzir uma prova, mas não a produziu, deve sofrer as conseqüências de tal omissão, restando inequivocamente inadmissível que, depois, venha apontar cerceamento de defesa porque não tinha ciência da possibilidade de uma inversão do ônus da prova que está prevista em lei. Ademais, de modo geral o fornecedor, parte presumivelmente mais forte na relação de consumo, é defendido por advogados que desde o início têm ciência da possibilidade prevista no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, razão pela qual dificilmente acontece propriamente uma surpresa¹⁶⁹

Robson Renault Godinho apesar de admitir que, normalmente, entende-se que a inversão do ônus da prova ocorra quando da prolação da sentença, afirma que “vem tendo boa acolhida a idéia de que as partes devem ser comunicadas da inversão do ônus da prova, em respeito ao princípio do contraditório, evitando surpresas aos litigantes”¹⁷⁰.

Érico de Pina Cabral, também, observa que “parte da doutrina que vê a inversão do ônus da prova apenas como regra de julgamento, a ser apreciada pelo juiz, no momento da sentença, entende que, para evitar surpresas, deve o juiz, na decisão de

¹⁶⁶ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51.

¹⁶⁷ PELICANI, Rosa Benites. et al. **O Código de defesa do consumidor e a inversão do ônus da prova**. Revista da Faculdade de Direito, São Bernardo do Campo, v. 9, n. 11, jan/dez. 2005, p. 361-374.

¹⁶⁸ PELICANI, Rosa Benites. et al. **O Código de defesa do consumidor e a inversão do ônus da prova**. Revista da Faculdade de Direito, São Bernardo do Campo, v. 9, n. 11, jan/dez. 2005, p. 361-374.

¹⁶⁹ PELICANI, Rosa Benites. et al. **O Código de defesa do consumidor e a inversão do ônus da prova**. Revista da Faculdade de Direito, São Bernardo do Campo, v. 9, n. 11, jan/dez. 2005, p. 361-374.

¹⁷⁰ GODINHO, Robson Renault. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 250.

saneamento, *advertir* as partes sobre a possibilidade de se inverter o ônus da prova”.¹⁷¹

Todavia, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho considera que o ato do juiz de afirmar que poderá se posicionar de eventual modo é inútil.¹⁷² Acrescenta que o juiz “não pode praticar ato supérfluos ou desimportantes, não necessários, como enunciar o direito sem decidir, ou, melhor, sem ser necessário ainda decidir”.¹⁷³

Da mesma forma, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, apesar de considerarem que o momento adequado para inversão do ônus da prova é na sentença, admitem que o juiz não estará prejudgando a causa caso profira decisão invertendo o ônus da prova, antes da sentença. Acrescentam que não configurará motivo de suspeição do Juiz e por fim, entendem que não poderá ser alegado cerceamento de defesa, pois desde o início o fornecedor já saberia que teria que provar tudo que tivesse ao seu alcance e fosse de seu interesse, não sendo, portanto, pego de surpresa.¹⁷⁴

Nesse ponto, merece transcrição a crítica feita por Bruno Freire e Silva deste posicionamento:¹⁷⁵

Chamamos a atenção para a necessidade de observância do princípio do contraditório, consistente num óbice para inversão do ônus da prova no momento do julgamento do feito, sem que haja qualquer comunicação ao fornecedor.

[...]

Não há que se falar em conhecimento da lei e inexistência de surpresa, uma vez que as situações que ensejarão a inversão poderão ser muitas, de acordo com a exegese da lei. Outrossim, o argumento de regra de julgamento também não pode se tratar a inversão de uma questão incidente, que deve ser analisada durante a instrução processual

Paulo Hoffman corrobora esta crítica dizendo que “se estaria diante de um juízo de terceira via, surpreendendo-se o fornecedor que tenha se guiado pelos critérios

¹⁷¹ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 402

¹⁷² ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

¹⁷³ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22

¹⁷⁴ JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 608.

¹⁷⁵ SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 16.

costumeiros da distribuição do ônus da prova”.¹⁷⁶ Conclui que para o “fornecedor é sempre melhor e mais justo saber de antemão como deve atuar no processo do que, sob uma pseudodefesa da imparcialidade, ser surpreendido com a inversão somente na sentença.”¹⁷⁷

Érico de Pina Cabral considera que o fornecedor “corre o risco de ser surpreendido no momento da prolação da sentença, com a inversão do ônus de uma prova que não foi produzida, perdendo injustamente a demanda”.¹⁷⁸ Acrescenta que a inversão no momento da sentença é uma medida tardia em razão de já ter sido encerrada a atividade instrutória.¹⁷⁹

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho afirma que este posicionamento ofende o princípio da ampla defesa do fornecedor acabando por surpreendê-lo a inversão somente na sentença. Explica que “a inversão é possível em tese, se o juiz reconhecer alguma das hipóteses previstas no inciso VIII”,¹⁸⁰ portanto, considera totalmente legítima a conduta do fornecedor que não age em razão da simples possibilidade da inversão do ônus da prova, pois tal possibilidade, por si só, não lhe cria qualquer encargo.¹⁸¹

É importante observar, segundo ensina Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes, que “a figura da *inversão do ônus da prova* fixada no Código de Defesa do Consumidor não pode ser comparada ou vinculada na mesma leitura da *inversão do ônus da prova* do Código de Processo Civil. O único ponto em comum que procede é sobre a modificação na distribuição da carga de provas em função dos interesses.”¹⁸²

Também, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acabou editando a súmula nº 91 de 12 de janeiro de 2006 a qual enuncia que “a inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”.

¹⁷⁶ HOFFMAN, Paulo. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 233.

¹⁷⁷ HOFFMAN, Paulo. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 236.

¹⁷⁸ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 399.

¹⁷⁹ CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 399.

¹⁸⁰ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

¹⁸¹ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20

¹⁸² RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. **Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 150.

3.5. Polêmica no STJ

Há uma grande polêmica instaurada no Superior Tribunal de Justiça sobre o momento da inversão do ônus da prova.

Todavia, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho afirma que é “possível vislumbrar tênue tendência à futura consagração do entendimento que nos parece o melhor, ou seja, de que a decisão deve anteceder à instrução do feito”.¹⁸³

No REsp nº 1125621/MG, a Ministra Nancy Andrighi afirma que a jurisprudência do STJ ainda “não se pacificou quanto à possibilidade de o juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo”¹⁸⁴.

No Recurso Especial supracitado considerou-se que:

Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência.

A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favoráveis de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença.

Já no REsp nº 949000/ES de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros (vencido), foi afirmado que a inversão deve ocorrer na sentença “a inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento”¹⁸⁵

¹⁸³ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp nº. 1.125.621/MG. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO. SENTENÇA. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 19 ago 2010. DJe 07.02.2011.

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp nº. 949.000/ES RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. REGRA DE JULGAMENTO. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 27 março 2008. DJe 23.06.2008.

Da mesma forma, no Resp 422778/SP, de relatoria do Ministro Castro Filho (vencido), foi decidido que “conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento”.¹⁸⁶

No mesmo Recurso Especial foram vencidos o Relator e o ministro Humberto Gomes de Barros, os quais entendiam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.

Quanto ao entendimento de que o momento é no despacho saneador o STJ já se posicionou da seguinte forma, conforme exarado no REsp 840690/DF:

E, ainda, também em observância ao princípio do dispositivo, o magistrado deve ser parcimonioso ao determinar a produção de provas no saneador, evitando tornar controversos pontos sobre os quais, na verdade, as partes abriram mão de discutir - e, portanto, de tornar controvertidos.¹⁸⁷

O mesmo entendimento foi lavrado no REsp 881651/BA de Relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa no qual foi acompanhado pelos Ministros Massami Uyeda, Cesar Asfor Rocha e Aldir Passarinho Junior:

A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.¹⁸⁸

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp nº. 422.778/SP. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CAUSA DE PEDIR. CEGUEIRA CAUSADA POR TAMPA DE REFRIGERANTE QUANDO DA ABERTURA DA GARRAFA. PROCEDENTE. OBRIGAÇÃO SUBJETIVA DE INDENIZAR. SÚMULA 7/STJ. PROVA DE FATO NEGATIVO. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PROVA DE AFIRMATIVA OU FATO CONTRÁRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO CONSUMIDOR. REGRA DE JULGAMENTO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. ARTS. 159 DO CC/1916, 333, I, DO CPC E 6.º, VIII, DO CDC. Relator: Ministro Castro Filho Brasília, Relatora p/Acórdão: Ministra Nancy Andrighi, DF, 19 junho 2007. DJe 27.08.2007.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº. 840.690/DF. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROBATÓRIO. DISTRIBUIÇÃO DA CARGA DA PROVA. PARTE AUTORA QUE INSTRUI MAL A INICIAL. OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. SILÊNCIO. SENTENÇA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 19 ago 2010. DJe 28.09.2010.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp nº. 881.651/BA. PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL-CONSUMIDOR-INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MOMENTO OPORTUNO - INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO, NO MOMENTO DA SENTENÇA - PRETENDIDA

O Ministro Hélio Quaglia Barbosa reafirmou seu posicionamento no REsp 662.608/SP, sendo acompanhado pelos Ministros Massami Uyeda, Aldir Passarinho Júnior e Jorge Scartezzini:

Mesmo que controverso o tema, dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória - momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes -, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal, conforme precedentes.¹⁸⁹

Por fim, segundo o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito “é possível ao Magistrado deferir a inversão do ônus da prova no momento da dilação probatória, não sendo necessário aguardar o oferecimento da prova e sua valoração, uma vez presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor”. Restou acompanhado pela Ministra Nancy Andrighi e pelos Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Humberto Gomes de Barros.

Assim, verifica-se uma grande divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, todavia, com forte tendência a fixar a inversão do ônus da prova na fase instrutória, ou seja, no despacho saneador.

REFORMA-ACOLHIMENTO-RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 10 maio 2007. DJe: 21.05.2007.

¹⁸⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp 662.608/SP. RECURSO ESPECIAL. CDC. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ENUNCIADO N. 297 DA SÚMULA DO STJ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC). MOMENTO PROCESSUAL. FASE INSTRUTÓRIA. POSSIBILIDADE. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 12 dez 2006. DJe 05.02.2007, p. 242.

CONCLUSÃO

A inversão do ônus da prova será aplicada em favor do consumidor pelo julgador quando este observar determinados requisitos nas relações de consumo.

É importante frisar que, para existir a relação de consumo a ser regida pelo Código de Defesa do Consumidor, é necessário que exista, a reunião dos elementos: consumidor, fornecedor, produtos e serviços.

O ônus da prova é o encargo das partes em comprovar os fatos relevantes à causa. Contudo, a defesa do consumidor é princípio constitucional e dever do Estado, sendo, portanto, a inversão do ônus da prova obrigatória para que o consumidor, parte freqüentemente mais fraca na relação de consumo, tenha possibilidade de defender-se.

A inversão do ônus da prova está prevista no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor e visa à facilitação da defesa do consumidor nas relações de consumo ao transferir esta incumbência ao fornecedor.

Assim, quando observada a hipossuficiência e a verossimilhança das alegações do consumidor, o juiz deverá determinar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Tais requisitos, porém, deverão ser sempre observados, mostrando-se desnecessária a inversão quando os fatos alegados pelo consumidor não se mostram reais ou sua condição de hipossuficiência, seja econômica, técnica, jurídica ou informacional, não seja verificada. Alguns doutrinadores entendem que basta a presença de um dos requisitos, como por exemplo, entende Bruno Freire e Silva.

A hipossuficiência não se trata apenas de condições econômicas, mas, também, a possível falta de meios de defesa, sobretudo em termos de acesso a conhecimentos técnicos em dado conflito surgido em razão das relações de consumo, bem como a dificuldade jurídica de acesso à justiça.

Ressalte-se que a vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência, posto que a primeira cuida-se de conceito amplo onde presumisse que todos os consumidores sejam mais fracos frente aos fornecedores nas relações de consumo. Já a hipossuficiência

deve ser visualizada no caso concreto, não cabendo presunção, e sim, análise da falta de condição econômica, técnica, jurídica ou informacional. Nesse ponto, é importante recordar que somente se verificada a hipossuficiência será invertido o ônus da prova.

A verossimilhança das alegações, outro requisito elencado pelo art. 6º, VIII, do CDC, recai sobre a verdade dos fatos, não sendo necessária a certeza, mas, somente, a possibilidade de existência, mediante regras de experiência adotadas pelo julgador. Diverge dos termos probabilidade e certeza por ser a mais superficial de todas.

A lei consumerista apesar de determinar os dois requisitos para que ocorra a inversão do ônus da prova, não determinou o momento para inversão deste. Verifica-se que não há possibilidade desta inversão ocorrer mediante acordo das partes, ou seja, a inversão convencional, apesar de frequentemente imposta pelo fornecedor, é rechaçada pelo CDC.

Concluir-se-ia ser inversão legal, pois determinada em lei. Acontece que a própria lei consumerista determinou a inversão do ônus da prova pelo julgador, quando este verificar a existência dos dois requisitos acima mencionados.

Como não foi determinado o momento para que ocorra a inversão da incumbência de provar, surgiram diversas interpretações acabando por gerar posicionamentos opostos.

Para tanto, defendem seus posicionamentos utilizando-se de princípios constitucionais e aqueles próprios do Código de Defesa do Consumidor. Ainda, utilizam-se das disposições do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil, neste último especialmente o art. 333 que determina a quem cabe o ônus probatório.

O artigo 333, inciso I, do CPC, determina a quem incube o ônus probatório, devendo, o autor, no momento oportuno, provar os fatos constitutivos de seu direito e o réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Assim, não resta dúvida de que a inicial (autor) e a contestação (réu) são os momentos para cada parte provar os fatos relevantes ao deslinde da controvérsia.

Acontece que a distribuição legal disposta no supracitado artigo poderá causar prejuízos ao indivíduo mais fraco no processo, especialmente na hipótese de tratar-se de relação de consumo onde se verifica a hipossuficiência e a verossimilhança das alegações

do consumidor. Isto porque se o consumidor não se desincumbir do ônus *probandi* e não ter invertido em seu favor o ônus da prova, conforme determina o art. 6º, inciso VIII, do CDC, poderá ser impossível provar os fatos alegados e conseqüentemente estará sendo negado o acesso à tutela jurisdicional, pois será ineficaz a maioria das ações movidas em desfavor dos fornecedores que por diversas vezes afrontam os direitos dos consumidores.

Assim, a inversão do ônus da prova é importantíssima para que haja a facilitação da defesa dos consumidores. Logicamente, em uma relação de consumo, o consumidor se encontra em grande desvantagem em relação ao fornecedor, necessitando o primeiro de privilégios, entre eles a inversão do ônus da prova.

Tomaram forma quatro posicionamentos, sendo defendidos por doutrinadores e aplicados indistintamente pelo judiciário, são eles; o recebimento da inicial, do recebimento da inicial até o despacho saneador, no despacho saneador e na sentença.

Na inversão do ônus da prova no recebimento da inicial, entende-se que o Autor em sua inicial deverá requerer a inversão do ônus da prova, devendo, o juiz, se manifestar no ato do primeiro despacho, cabendo, na hipótese, recurso de agravo.

Menos específicos são os defensores da teoria que entende que a inversão do ônus da prova pode ocorrer tanto na propositura da ação quanto no despacho saneador. Isso porque não se fixam em um momento definido, podendo adotar um desses momentos.

Incabível a inversão em qualquer um destes momentos, a inversão do ônus da prova no recebimento da inicial levando-se apenas em conta os requisitos do artigo 6º, inciso VIII do CDC, além da possibilidade de serem colocados em xeque, tais requisitos, pelos argumentos da contestação, também, entende-se que não há maturação processual suficiente para esta relevante decisão. Além das críticas feitas ao posicionamento anterior e que podem ser aplicadas a inversão do ônus da prova no momento do recebimento da inicial até o despacho saneador, há, também, a falta de especificidade, pois não adotam um momento ideal, mas sim, dois momentos incompatíveis, tanto o recebimento da inicial quanto o despacho saneador.

Por essa razão, os dois outros posicionamentos receberam mais adeptos, contudo, como visto no cerne desta monografia, o despacho saneador vem tomando a frente, apesar da teoria que estabelece a sentença como momento ideal ser defendida por grandes

nomes da doutrina.

Também, verificou-se uma grande divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, todavia, com forte tendência a fixar a inversão do ônus da prova na fase instrutória, ou seja, no despacho saneador.

A inversão em qualquer momento posterior ao despacho saneador, ou seja, na sentença, deixará o fornecedor impossibilitado de se defender, pois o momento oportuno para apresentação das provas cabíveis já estaria exaurido. Além disso, mostrar-se incompatível com o ordenamento a inversão após o despacho saneador, pois o fornecedor não apresentaria provas quando não obrigado para tanto, pois seria custoso fazê-lo e, repisa-se, quando se visse obrigado, já não poderia fazê-lo, acarretando, portanto, uma surpresa ao fornecedor que se vê obrigado a produzir provas quando não mais possível.

De igual maneira, o momento estabelecido anteriormente ao despacho saneador traria grandes custos ao fornecedor que estaria obrigado a produzir provas sobre todos os pontos da demanda, pois não saberia quais os pontos que o julgador entende controvertidos. Bem assim, tal inversão no recebimento da inicial ou qualquer momento anterior ao despacho saneador faria um pré-julgamento, o qual, igualmente, não é admissível no ordenamento jurídico.

Em razão dos argumentos apresentados no bojo desta monografia, corroborado pelo ensinamento de diversos doutrinadores, o momento ideal para a inversão do ônus da prova é o despacho saneador, motivo pelo qual restou defendido nesta monografia.

Posto isso, a inversão do ônus da prova no despacho saneador mostra-se mais adequada, por um lado não determinando atos desnecessários e por outro, não afrontando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIA

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

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008.

CÂMARA, Helder Moroni. **O Código Civil de 2002, sua influencia sobre o Código de Defesa do Consumidor e o momento ideal da inversão do ônus da prova em matéria de Direito do Consumidor**. Revista do Instituto dos Advogados, São Paulo, v. 9, n. 17, jan/jun. 2006.

FILHO, Misael Montenegro. **Processo Civil – série Concursos Públicos**. São Paulo: Método, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GODINHO, Robson Renault. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HOFFMAN, Paulo. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano

Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; Direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PELICANI, Rosa Benites. et al. **O Código de defesa do consumidor e a inversão do ônus da prova**. Revista da Faculdade de Direito, São Bernardo do Campo, v. 9, n. 11, p. 361-374, jan/dez. 2005.

PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. **Código de Processo Civil Interpretado** – Antonio Carlos Marcato, coordenador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. **Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 89.

SILVA, Bruno Freire. **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. – Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, Coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do Anteprojeto. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.