

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SEÇÃO PARANÁ
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Curitiba
2003

DENISE KUNG BRUEL

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

MONOGRAFIA APRESENTADA AO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM CONTRATOS EMPRESARIAIS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ E DA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO PARANÁ, COMO REQUISITO PARCIAL À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE ESPECIALISTA EM CONTRATOS EMPRESARIAIS.

ORIENTADOR: PROFESSOR RODRIGO XAVIER LEONARDO

Curitiba
2003

Termo de Aprovação

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Por

Denise Kung Bruel

MONOGRAFIA APROVADA COMO REQUISITO PARCIAL À OBTENÇÃO DO GRAU DE ESPECIALISTA EM CONTRATOS EMPRESARIAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ E DA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO PARANÁ, PELA COMISSÃO FORMADA PELOS PROFESSORES:

Orientador:

Professor Rodrigo Xavier Leonardo

Professor(a):

Professor(a):

Curitiba, de _____ de 2003.

RESUMO

A presente monografia tem como principal objetivo analisar o advento do Código de Defesa do Consumidor no direito brasileiro, em razão das inúmeras inovações por ele trazidas ao nosso ordenamento jurídico, à luz da legislação civil e processual civil em vigor, bem como em consonância com os princípios e garantias constitucionalmente assegurados em favor do consumidor. Numa sociedade caracterizada predominantemente pelos contratos de adesão, que surgiram em razão da necessidade de contratações em massa, passou-se a analisar eventual predominância dos interesses das instituições bancárias nos contratos firmados com seus clientes, em razão de sua grande detenção de poder econômico. Nesta ótica, questiona-se a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, bem como da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, tido como a parte mais fraca na relação de consumo. Após análise da doutrina e da jurisprudência a respeito do tema, conclui-se que a inversão do ônus da prova nos contratos bancários é absolutamente possível, desde que presentes os requisitos expressamente previstos em lei, em decisão fundamentada a ser proferida no que parece ser o momento mais adequado, qual seja, o da prolação da sentença.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	i
RESUMO	ii
SUMÁRIO	iii
INTRODUÇÃO	01
1. O DIREITO DO CONSUMIDOR À LUZ DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	06
1.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A TUTELA DO CONSUMIDOR.....	06
1.2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	10
1.3. A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR.....	12
2. A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS BANCÁRIOS	15
2.1. AS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS.....	20
2.2. O CONCEITO DE CONSUMIDOR.....	22
2.3. O CONCEITO DE FORNECEDOR.....	23
2.4. O CONCEITO DO EQUIPARADO A CONSUMIDOR.....	26
3. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS	28
3.1. A PROVA E O ÔNUS DA PROVA.....	28
3.2. DOS FATOS IMPEDITIVOS, EXTINTIVOS E MODIFICATIVOS DO DIREITO DO AUTOR.....	30
3.3. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	31
3.3.1. Requisitos.....	33
3.3.2. Verossimilhança.....	33

3.3.3. Hipossuficiência.....	34
3.3.4. Efeitos.....	36
3.3.5. A inversão como ato do juiz.....	36
3.3.6. Momento da inversão do ônus da prova.....	38
3.3.7. A necessidade de motivação da decisão que determina a inversão do ônus da prova.....	44
3.3.8. A distinção entre inversão do ônus da prova e inversão do ônus econômico.....	46
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou a garantia efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos, acarretando uma grande mudança em nosso ordenamento jurídico, principalmente no que se refere à tutela dos direitos do consumidor.

O pensamento liberalista até então vigente, desde a elaboração da legislação civil e processual civil em vigor, teve sua aplicação mitigada, e com ela a relativização dos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos – *pacta sunt servanda* –, pois, a ordem econômica é social: passou a exercer papel limitador do interesse individual em prol da satisfação dos interesses da coletividade.

Com o surgimento de uma sociedade eminentemente capitalista, em que as contratações em massa - formalizadas principalmente através de contratos padronizados e de adesão - impossibilitam a aferição da verdadeira intenção da parte ao contratar, mas tão somente sua necessidade em adquirir produtos e serviços, evidenciou-se a desigualdade entre as partes, com o predomínio do interesse dos fornecedores, detentores de grande poder econômico, representando uma verdadeira afronta ao princípio da isonomia.

Diante desta nova realidade, o legislador constituinte preocupou-se em tutelar os direitos do consumidor, tido como a parte mais fraca na relação de consumo, ensejando uma verdadeira constitucionalização do direito privado.

Todavia, a despeito disso, cumpre asseverar que a proteção dos direitos do consumidor não é ilimitada, devendo estar em consonância com outros princípios constitucionalmente assegurados, bem com os Códigos Civil e de Processo Civil em vigor, pois as disposições contidas em tais diplomas legais não foram, em momento algum, revogadas pela Carta Magna.

Portanto, faz-se necessária a releitura dos institutos do direito civil e processual civil em vigor que tratam das relações de consumo, à luz dos princípios e garantias constitucionais, visando a facilitação da defesa do consumidor, de sorte a adequá-los ao contexto atual.

Desta forma, resta evidente que a opção legislativa brasileira expressamente prevista na Constituição Federal de 1988 foi a da codificação do direito de consumo mediante a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor. Isso é o que se depreende da simples leitura do art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que assim dispõe: "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor".

Assim, em 11 de setembro de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.078, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

Nota-se que as relações de consumo passaram a ser reguladas por um modelo codificado, absolutamente inovador, tornando o Brasil o primeiro país do mundo a editar um Código de Defesa do Consumidor, visando sua tutela sistemática mediante a adoção de um conjunto de normas gerais, que carecem de interpretação por parte do magistrado de acordo com as particularidades do caso concreto, bem como de acordo com as regras ordinárias de experiência (*ex vi* do art. 335, do Código de processo Civil).

Com efeito, o fundamento da opção legislativa brasileira encontra-se respaldado na busca do reequilíbrio das relações de consumo, não apenas através da proteção dos direitos do consumidor, mas também mediante a imposição de seus deveres, pois o raciocínio inverso conduziria, certamente, em evidente prejuízo aos fornecedores em geral, afrontando sobremaneira o princípio da isonomia.

Assim sendo, determinadas práticas até então aceitas e toleradas pelo mercado sofreram vedação ou, quando não, uma severa limitação. Dentre elas algumas contidas nos contratos bancários, as quais são objeto de análise do presente estudo.

Cumprido asseverar que, numa sociedade eminentemente capitalista como a nossa, as operações bancárias ganharam muito destaque, haja vista a essencialidade dos serviços por ela prestados, bem como dos produtos colocados à disposição de seus clientes, pois sua atividade afigura-se indispensável na vida de todos os cidadãos.

Com isso, nota-se que os contratos de adesão, respondendo aos anseios das contratações em massa, alastraram-se em nosso ordenamento jurídico, visando acompanhar o desenvolvimento sócio-econômico atual, merecendo a tutela das normas protetivas do direito de consumo, fundado no binômio necessidade de contratar *versus* desigualdade entre as partes contratantes.

Neste sentido, toma-se imperioso analisar se as contratações entre bancos e clientes podem ou não ser caracterizadas como relações de consumo, sobre as quais incidem as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, mediante a exposição de toda a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema.

Em seguida, passa-se a analisar os conceitos de consumidor, de fornecedor e da figura do equiparado ao consumidor também no âmbito dos contratos bancários.

Outro ponto de fundamental importância e objeto de análise do presente trabalho diz respeito, talvez, à maior inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, que é justamente a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, expressamente prevista no art. 6º, inciso VIII, do referido diploma legal.

Este é justamente um dos pontos de maior relevância e objeto de análise neste estudo, ressalvada a regra geral do ônus da prova prevista no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, cuja aplicação é afastada desde que presentes os requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência do consumidor, que se afiguram indispensáveis para sua concessão.

No que se refere ao momento em que a inversão do ônus da prova deva ser determinada pelo juiz, realiza-se um breve percurso por algumas correntes que tentaram justificar aquele que se afigura como sendo o mais adequado.

A primeira delas, defendida pela doutrina minoritária, entende ser o despacho inicial o momento adequado para concessão da medida, visando a garantia efetiva dos princípios do contraditório e da ampla defesa. No entanto, tal entendimento foi alvo de severas críticas por parte dos demais doutrinadores, que entendem que, no início do processo, o juiz ainda não teria condições de fixar os pontos controvertidos, nem tampouco de aferir a presença ou não dos requisitos necessários para a concessão da inversão do ônus da prova.

Em seguida, passa-se a analisar o entendimento defendido por grande parte dos doutrinadores, no sentido de que a inversão do ônus da prova deva ocorrer no saneamento do processo, mas antes da instrução probatória, possibilitando ao juiz estabelecer quais os pontos controvertidos, e às partes o conhecimento de suas incumbências probatórias.

A terceira corrente, por sua vez, defende que o momento adequado para o juiz determinar a inversão do ônus da prova é o da prolação da sentença, por se tratar de regra de julgamento, sobre a qual o magistrado deve necessariamente manifestar-se ao prolatar a sentença, em decisão fundamentada, após analisar a existência ou não dos requisitos necessários para concessão da referida medida. Este parece ser o entendimento mais coerente, o qual é defendido pela doutrina majoritária, bem como pela jurisprudência, em especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Assim, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, que ainda não se encontra pacificado na doutrina e na jurisprudência, traz-se à colação julgados em ambos os sentidos: uns entendendo ser possível a inversão do ônus da prova nos contratos bancários e, outros, em sentido contrário. Ademais, afigura-se necessária também uma breve exposição do entendimento jurisprudencial acerca do momento processual em que tal medida deva ser determinada pelo juiz.

Para tanto, procurou-se discorrer, ainda que superficialmente, a respeito dos temas cujo conhecimento afigura-se necessário para que se possa situar o assunto em comento dentro do ordenamento jurídico em vigor e em consonância com a realidade da sociedade consumérista brasileira.

A seguir, analisados tais pontos de fundamental importância e sobre os quais fez-se mister tecer algumas considerações, através da exposição do entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema, cumpre esclarecer a necessidade de motivação da decisão que concede a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, à luz do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, expressamente previsto no art. 93, inciso X, da Constituição Federal, sendo fundamental a participação do intérprete nesta contraposição entre a lei, a doutrina e a jurisprudência.

Por fim, conclui-se o presente trabalho discorrendo-se a respeito da responsabilidade das partes pela antecipação das despesas e encargos processuais.

Com efeito, conforme amplamente demonstrado, excepcionalmente o magistrado deve socorrer-se do instituto da inversão do ônus da prova, que representa ressalva à regra geral estabelecida pelo art. 333, do Código de Processo Civil. No entanto, não há

que se confundir este instituto com aquele previsto no art. 19, do mesmo diploma legal, que se refere ao ônus econômico.

Neste sentido, finaliza-se o presente estudo discorrendo acerca da hipossuficiência tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, em contraposição com a hipossuficiência econômica, para a qual o consumidor encontra-se amparado nas disposições da Lei nº 1.060/50, que versa sobre os benefícios da assistência judiciária gratuita, analisando-se o entendimento da doutrina e da jurisprudência à respeito da possibilidade ou não de atribuição do adiantamento dos encargos financeiros à instituição bancária e suas implicações.

1991

1991

1991

1991

1991

1991

1. O DIREITO DO CONSUMIDOR À LUZ DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

1.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A TUTELA DO CONSUMIDOR

Com a ampliação das contratações em massa, predominantes numa sociedade eminentemente de consumo, caracterizada pela crescente oferta de produtos e serviços e, via de consequência, pelas dificuldades de acesso à justiça, fez-se necessária a proteção e desenvolvimento da tutela dos direitos do consumidor, considerado a parte mais fraca nas relações de consumo.

A Constituição Federal de 1988, atenta a esta situação, impôs uma visão constitucionalizada dos contratos, de acordo com os princípios e garantias nela insculpidos.

Desta forma, nota-se que a Carta Magna trouxe uma visão inovadora do direito privado, e conseqüentemente, do direito contratual¹.

Porém, cumpre asseverar que esta nova realidade não veio apenas beneficiar os consumidores, que muitas vezes encontram-se submetidos ao poder econômico dos fornecedores - em evidente desequilíbrio de condições no que se refere às contratações em geral -, mas também estabelecer suas obrigações nas relações de consumo.

Arnoldo Wald alerta que “é preciso ponderar que a radicalização, em alguns casos, pode prejudicar o consumidor, retirando-lhe o acesso a determinados produtos ou serviços ou tornando-os mais onerosos, nem sempre no interesse da sociedade e dos próprios consumidores”².

Com efeito, o liberalismo vigente quando da elaboração nas normas do direito privado deixou de responder aos anseios das relações jurídicas atuais, em que

¹ “A consagração do Direito do Consumidor e a ampliação da responsabilidade civil do fabricante e do profissional em geral constituem uma verdadeira revolução jurídica, especialmente pela transferência do ônus da prova”. (WALD, Arnold. O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. RT 666, Abril/1991, p. 9).

² *Ib idem.*

predominam as contratações em massa sob a forma de contratos padronizados e de adesão.

A ordem pública, econômica e social passou a atuar como limitadora da autonomia privada, visando a satisfação dos interesses da coletividade³.

Com a expansão do capitalismo, tornou-se imprescindível uma maior intervenção estatal, mediante a adoção da tutela sistemática dos consumidores através de um modelo codificado, visando o reequilíbrio e proteção das relações de consumo.

A visão individualista do século passado, fundada na autonomia da vontade das partes, foi relegada a segundo plano⁴, passando-se a considerar "os contratos como uma forma de geração de riqueza social e construção de uma sociedade livre, justa e solidária"⁵.

Sob essa ótica, os contratos passaram a ser objeto da fiscalização estatal, sujeitando-se, portanto, aos princípios consagrados na Constituição.

O tratamento isonômico entre as partes, previsto em nosso ordenamento jurídico⁶ e erigido a princípio fundamental constitucionalmente assegurado, refere-se à igualdade real, substancial, que possibilita que a tutela dos consumidores também possa ser estendida a quem consumidor não é, visando o consentimento pleno, e não mais a livre manifestação da vontade.

Desta forma, a igualdade de todos perante a lei significa tratar igualmente os desiguais e desigualmente os desiguais, na exata proporção de suas desigualdades.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e FINK, Daniel Roberto *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 433.

⁴ Em sentido contrário, Arnoldo Wald preconiza que: "Tanto defensores, como críticos, do Direito do Consumidor nele vislumbraram uma quebra do atual sistema jurídico, com um afastamento da autonomia da vontade e uma forma de declínio do contrato, substituído pela decisão do legislador ou do juiz. Na realidade, não é o que acontece, pois o novo Direito se inspira nos princípios clássicos, que desenvolve e aprimora, aplicando-os a determinadas categorias de situações concretas a exigirem tratamento especial que a legislação anterior não previu, nem podia prever". Afirma, ainda, que "as novas técnicas e as soluções ora introduzidas pela legislação do consumidor não significam um declínio do contrato e o advento do dirigismo contratual, mas, ao contrário, o restabelecimento da autonomia da vontade e do princípio *pacta sunt servanda*". (Op. Cit, p. 10)

⁵ CASADO, Marcio Mello. Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, Biblioteca de Direito do Consumidor, V. 15, p. 20.

⁶ Veja-se, também o art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil, que assim dispõe: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento."

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor⁷, este é reconhecido como sendo a parte vulnerável na relação de consumo, sendo justamente este um dos fundamentos da inversão do ônus da prova em seu favor: a garantia da isonomia entre as partes da relação de consumo⁸.

Entretanto, cumpre asseverar que a hipossuficiência do consumidor, bem como a verossimilhança de suas alegações, não são suficientes para legitimar a inversão do ônus da prova.

Com efeito, faz-se necessário que, ao fornecedor, nesta qualidade, seja possível a produção desta prova. Caso contrário, estar-se-ia afrontando manifestamente o princípio constitucional da isonomia sobre a alegação da tutela de um direito do consumidor em detrimento do fornecedor.

Desta feita, a inversão do ônus da prova se justifica pela falta de conhecimentos específicos do consumidor em relação à atividade exercida pelo fornecedor, sobre a qual pode efetivamente haver desigualdade entre as partes, o que deverá ser aferido de acordo com as particularidades do caso concreto⁹.

⁷ Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

⁸ "Trata-se de aplicação do princípio constitucional da isonomia, pois o consumidor, como parte reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo (CDC 4º, I), tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que seja alcançada a igualdade real entre os partícipes da relação de consumo. O inciso comentado amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade essa reconhecida pela própria lei." (Nery Júnior, Nelson. Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1374. No mesmo sentido o AI nº 311096-9, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 4ª Câmara Cível, Rel. Juíza Maria Elza, Julgamento 30.08.2000.

⁹ GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. Direito do Consumidor, V. 13, p. 37. Veja-se também o seguinte julgado: Agravo de Instrumento. Ação ordinária - Contrato bancário - Inversão do ônus da prova - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII). Honorários periciais - Antecipação do depósito - Responsabilidade que recai sobre o réu-fornecedor. Decisão mantida. Agravo não provido. 1. As instituições financeiras devem observância ao Código de Defesa do Consumidor, como já é assente na jurisprudência, porque nas relações bancárias, onde há difusa utilização de contratos de massa, exsurge com mais ênfase a desigualdade de forças e a vulnerabilidade do consumidor. 2. Mostrando-se necessária a realização da prova pericial com antecipação dos honorários do "expert", nada impede que o juiz determine a inversão do ônus da prova, à luz das normas cogentes e publicísticas introduzidas pela Lei nº 8.078/90 (art. 6º, VIII). Esta inversão é sempre possível quando os fatos apresentados pelo consumidor, por força do princípio da isonomia, forem considerados verossímeis ou quando este for considerado hipossuficiente pelo juiz, em subsunção segundo as regras ordinárias de experiência (CDC, art. 6º, VIII). Neste caso, pode o juiz ordenar que a parte ré, sobre quem é redistribuído o ônus da prova, responda pela antecipação dos encargos

O fundamento para a codificação do direito do consumidor encontra respaldo, ainda, em outros dispositivos constitucionais, dentre eles o art. 1º, inciso III, que estabeleceu a dignidade da pessoa humana como sendo um de seus fundamentos. Ademais, o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, determinou que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, a fim de tutelar os direitos e interesses do consumidor em juízo.

No entender de Ada Pellegrini Grinover, a defesa do consumidor “não compreende apenas a defesa processual *strictu sensu*, com as exceções opostas pelo consumidor, mas sim toda e qualquer atividade por este desenvolvida em juízo, tanto na posição de réu, como na de autor, a título individual ou pelos entes legitimados às ações coletivas”¹⁰.

O art. 170, inciso V, da Carta Magna, dispõe que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observando-se o princípio da defesa do consumidor.

Resta evidente, portanto, que a ordem econômica almejada pela Constituição Federal tem como um de seus fundamentos essenciais a defesa do consumidor.

Não bastasse isso, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu, ainda, que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”¹¹.

financeiros respectivos. Ao final, se perder a demanda, será o consumidor condenado na devolução do que tiver sido pago a título de honorários periciais pelo fornecedor. (TJPR, AI 13110800, 8ª Câmara Cível, Acórdão nº 1544, Rel. Ivan Bortoleto, Julgamento 31/03/2003)

¹⁰ Op. Cit, p. 703.

¹¹ Neste sentido, veja-se acórdão proferido pela 4ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no Agravo de Instrumento nº 311096-9, relatado pela Juíza Maria Elza, em julgamento proferido em 30.08.2000: “Incumbe ao Poder Judiciário, abandonar o mundo da ficção jurídica, da abstração da norma, do “faz de conta”, e efetivar a concretização de direitos fundamentais consagrados pela Constituição do Brasil (direito à igualdade, devido processo legal material, direito à ampla defesa, proteção ao consumidor, direito à assistência jurídica integral), assumindo, assim, uma postura ativa – e não neutra – na busca da justiça processual. Assim, sempre que o consumidor for hipossuficiente (economicamente, tecnicamente e intelectualmente) em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito ou sua alegação for verossímil, deve o magistrado inverter o ônus da prova.

Assim, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 preocupou-se com a tutela do consumidor, não tendo revogado ou substituído a legislação civil em vigor. Todavia, previu expressamente a codificação do direito do consumidor. Diante desta realidade social, ligada ao "movimento consumerista brasileiro"¹² foi promulgada, em 11 de setembro de 1990, a Lei nº 8.078, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

1.2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - surgiu num momento histórico em que a sociedade de consumo ganhou destaque em razão do crescimento dos produtos e serviços, aliado à dificuldade de acesso à justiça, tendo recebido inúmeras críticas.

Para Luiz Rodrigues Wambier, a grande polêmica trazida com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor reside na "falta de respeito pelo consumidor, desconsiderado como sujeito de direitos em relação ao fabricante e ao fornecedor dos produtos e serviços de que se utiliza", bem como "na pouca habilidade da sociedade brasileira para lidar com seus direitos nas relações de consumo. Uma sociedade amorfa e acomodada, composta de pessoas incapazes de levantar a voz até mesmo para defender seus próprios interesses pessoais", ensejando, desta forma, o aumento das práticas abusivas nas relações de consumo¹³.

Entretanto, a despeito disso, o advento do Código de Defesa do Consumidor não trouxe apenas e tão somente benefícios aos consumidores, pois em muitos de seus dispositivos, a posição do consumidor piorou em detrimento do poder concebido ao fornecedor de ditar as regras na relação de consumo.

A tutela do consumidor tem como fundamento essencial sua vulnerabilidade, visando equilibrar a relação de consumo, através da proteção dos direitos do

¹² FILOMENO, José Geraldo Brito. GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 23.

¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os contratos bancários e o Código de defesa do Consumidor, Revista de Direito do Consumidor, V. 18, p. 125/126.

consumidor ou, quando não, mediante a vedação ou limitação de determinadas práticas até então aceitas e toleradas pelo mercado.

Assim sendo, foi justamente visando a tutela sistemática do consumidor que o Brasil optou pela codificação do direito de consumo, através da adoção de um conjunto de normas gerais, tomando-se o primeiro país do mundo a editar um Código de Defesa do Consumidor.

A ampliação do conceito de fornecedor é considerada como sendo uma das maiores inovações legislativas trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, pois inclui todos os agentes econômicos que atuam direta ou indiretamente do mercado de consumo, abrangendo até mesmo as operações de crédito – matéria esta cujo entendimento ainda não se encontra pacificado pela doutrina – bem como o controle das práticas e cláusulas abusivas, dos bancos de dados e da cobrança de dívidas de consumo, dentre outros.

Com efeito, não se trata tão somente da tutela dos direitos do consumidor, mas também da regulamentação e previsão legal de suas obrigações, à luz do princípio da isonomia, visando tratar desigualmente partes desiguais.

Porém, cumpre asseverar que o Código de Defesa do Consumidor não é exaustivo na prevenção e proteção do consumidor, pois remete por inúmeras vezes à aplicação de determinados instrumentos de defesa, bem como outras legislações esparsas.

Com efeito, nota-se que a regra geral da boa-fé caracteriza-se como sendo uma inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Numa sociedade eminentemente consumerista, em que predominam as contratações em massa, muitas vezes não é dado ao contratante o poder de discutir as cláusulas contratuais, mas tão somente de aderir ao conteúdo do contrato. Desta forma, pode-se afirmar que é justamente nos contratos de adesão que acontecem os maiores abusos, exercendo a boa-fé importante papel na interpretação destes contratos.

No âmbito dos contratos bancários, verifica-se que, na maior parte das vezes, os contratos firmados entre bancos e clientes são de adesão, impossibilitando a aferição da verdadeira vontade das partes contratantes.

Neste sentido, Márcio Mello Casado cita¹⁴ as lições de Clovis V. do Couto e Silva, senão vejamos:

“se não for possível preencher, construindo o ponto omissivo da declaração com a vontade presumível das partes, ou porque essa ‘construção’ ofende à lealdade ou à confiança, então aplicar-se-á o princípio objetivo da boa-fé. Chega-se, pois, à concretização da boa-fé quando não for possível integrar a vontade das partes.”

Portanto, a função precípua da boa-fé consiste na limitação dos abusos impostos pela parte economicamente mais forte, a fim de assegurar o efetivo cumprimento do contrato de acordo com o interesse das partes contratantes.

No entanto, a grande novidade prevista no Código de Defesa do Consumidor diz respeito justamente à possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a qual está prevista em seu artigo 6º, inciso VIII, e que deverá ser aplicada somente em duas hipóteses: quando as alegações do consumidor forem verossímeis, ou, então, quando restar evidenciada, no caso concreto, sua hipossuficiência.

1.3. A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR

Regra geral, nosso ordenamento jurídico pressupõe que as partes contratantes sejam livres e iguais para transigir sobre seus interesses, de acordo com sua vontade. E, neste contexto, pode-se dizer que o contrato faz lei entre as partes – *pacta sunt servanda*.

No entanto, em se tratando dos contratos de consumo, esta realidade é totalmente diferente, pois em razão da essencialidade do bem ou serviço prestado, o consumidor muitas vezes é obrigado a contratar com determinado fornecedor sem que lhe seja oferecida qualquer oportunidade de discutir os termos da negociação.

Porém, o Código de Defesa do Consumidor, ciente desta situação, previu alguns princípios basilares visando a proteção contratual do consumidor.

O primeiro deles é o princípio da irrenunciabilidade de direitos, segundo o qual, mesmo as disposições contratuais devidamente assinadas pelo consumidor, que

¹⁴ Op. cit., p. 41.

impliquem na limitação ou frustração de um direito reconhecido do mesmo, são nulas, pois a proteção do consumidor é norma de ordem pública.

O princípio do equilíbrio contratual, por sua vez, preconiza a igualdade entre as partes contratantes como sendo um dos fundamentos da proteção contratual. Assim sendo, nenhuma desvantagem excessiva poderá ser imposta pelo fornecedor ao consumidor, sob pena de invalidade.

Já o princípio da transparência determina que o consumidor deve ter conhecimento a respeito das informações relativas ao negócio que está sendo firmado com o fornecedor, principalmente das obrigações assumidas pelas partes contratantes.

Por fim, o princípio da interpretação favorável ao consumidor estabelece que os contratos elaborados unilateralmente pelo fornecedor deverão ser interpretados de maneira mais favorável ao consumidor.

Assim sendo, nos contratos de adesão, em que o consumidor adquire bens ou serviços muitas vezes sob pressão, estando impossibilitado de discutir as cláusulas do contrato, justifica-se a proteção especial do seu direito, pois é evidente que se trata da parte mais fraca na relação de consumo. Neste sentido, faz-se pertinente trazer à colação as lições de Arnaldo Wald¹⁵, senão vejamos:

“o contrato de adesão, as chamadas cláusulas gerais das quais o consumidor, algumas vezes, só toma conhecimento por mera remissão, que consta no verso do contrato em letras ilegíveis, sem conhecer o seu texto, a desigualdade, nos planos técnico, jurídico e financeiro, entre o fornecedor e o consumidor, substituem a normal negociação do contrato entre as partes, pela imposição de um texto, no qual o erro do consumidor ocorre com certa freqüência, inclusive por não ser especialista na matéria e, conseqüentemente, não ter a formação e as informações do seu co-contratante. Essas circunstâncias peculiares, que envolvem tanto o ato de comprar um bem ou solicitar um serviço (liberdade de contratar), como a negociação do contrato (liberdade contratual) e, finalmente, a sua execução justificam, dentro do próprio espírito do Direito Privado e do consensualismo, uma proteção especial para o consumidor, que não é muito diferente daquela tradicionalmente concedida aos absoluta e relativamente incapazes, ensejando, no fundo, uma incapacidade relativa específica para determinados fins.”

¹⁵ Op. Cit., p. 11.

Os princípios da interpretação contratual aplicam-se aos contratos de consumo, sempre em favor do consumidor, considerado a parte mais fraca na relação de consumo.

Portanto, evidencia-se que os contratos de consumo estão sujeitos à execução específica, ficando o magistrado adstrito tão somente ao atingimento do efeito pretendido pelas partes no momento da contratação.

1

2. A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Desde sua entrada em vigor, a Lei nº 8.078/90 tem trazido muita polêmica quanto às inovações trazidas na proteção dos direitos do consumidor, persistindo, ainda, a discussão doutrinária acerca da aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários.

Para Arnaldo Wald, o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos bancários haja vista que o dinheiro e o crédito não podem ser consumidos, nem tampouco se constituem em produtos que possam ser adquiridos ou utilizados pelo destinatário final, servindo meramente de instrumento de pagamento que circula na sociedade e sobre os quais não há destinatário final.

Em sentido totalmente oposto ao entendimento de Arnaldo Wald, James Marins entende que todos os contratos bancários estão sujeitos à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em razão de suas atividades serem oferecidas no mercado de consumo, mediante remuneração.

Sergio Cavalleri Filho, por sua vez, sustenta que o Código de Defesa do Consumidor traz um conceito próprio de consumidor, que não pode ser visto como aquele que consome, mas que adquire produtos ou serviços como destinatário final¹⁶.

Neste sentido, manifestou-se José Augusto Delgado, senão vejamos:

“Não me permito empregar qualquer interpretação restritiva aos dispositivos legais que compõem o Código de Proteção ao Consumidor, pelo fato de que lê tem por finalidade tornar efetiva uma garantia constitucional. A expressão ‘natureza bancária, financeira e de crédito contida no § 2º, do art. 3º, não comporta que se afirme referir-se, apenas, a determinadas operações de crédito ao consumidor. Se a vontade do legislador fosse essa, ele teria explicitamente feito a restrição, que, se existisse, daria ensejo a de analisar da sua ruptura com os ditames da carta Magna sobre o tema”.

Nelson Nery Junior¹⁷, em seus comentários ao Código de Defesa do Consumidor, afirmou que:

¹⁶ FILHO, Sergio Cavalleri. Programa de Responsabilidade Civil. 1ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 265.

¹⁷ Op. cit., p. 311.

“Todas as operações e contratos bancários se encontram sob ao regime jurídico do CDC. Não só os serviços bancários, expressamente previstos no CDC 3º, § 2º, mas qualquer outra atividade, dado que o banco é sociedade anônima, reconhecida sua atividade como sendo de comércio, por expressa determinação do Código Comercial em seu Artigo 119. Assim, as atividades bancárias são de comércio, e o comerciante é fornecedor conforme prevê o caput do Código de Defesa do Consumidor no 3º. Por ser comerciante, o banco é, sempre fornecedor de produtos e serviços.”

No entanto, cumpre asseverar que referido doutrinador faz uma ressalva, alertando que os contratos bancários estão submetidos à aplicação do Código de Defesa do Consumidor desde que constituam relações jurídicas de consumo.

Desta forma, partindo-se da premissa de que as atividades bancárias envolvem o comércio de produtos, bem como a prestação de serviços, os quais são objeto da relação de consumo, pode-se afirmar que os bancos podem ser considerados como fornecedores, à luz do que dispõe o art. 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Luiz Rodrigues Wambier entende que nem todos os contratos bancários estão sujeitos às normas do Código de Defesa do Consumidor, mas tão somente aqueles que constituam relações de consumo, ou seja, em que o tomador dos recursos seja seu destinatário final¹⁸.

Cumpre asseverar que, para que a atividade bancária possa ser caracterizada como uma relação de consumo, capaz de ensejar a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor, faz-se necessária a análise da finalidade do contrato firmado com o banco.

Se o devedor utilizar o crédito como destinatário final, aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, se o devedor utilizar o crédito obtido junto ao banco para repassá-lo para um terceiro, não será o destinatário final, restando descaracterizada a relação de consumo.

Normalmente, há a presunção *hominis, juris tantum*, de que a pessoa física destina o crédito obtido junto ao banco para o consumo, como destinatária final. Assim sendo, o ônus de provar o contrário, ou seja, que a finalidade do crédito não era a

¹⁸ O mesmo autor afirma, ainda, que “Estão completamente fora do âmbito de abrangência do Código de Defesa do Consumidor aquelas operações bancárias em que o tomador seja mero repassador dos recursos para terceiros, hipótese em que não se caracteriza como destinatário final do serviço bancário. Eventual abusividade nas cláusulas desses ajustes poderá ser resolvida no campo do direito obrigacional – civil e comercial – não ficando, portanto, ao desabrigo do sistema jurídico”. (Op. Cit., p. 131).

utilização pessoal, é do banco, por força da presunção em favor da outra parte, ou, então, por incidência da inversão do ônus da prova em favor do consumidor.¹⁹

Em se tratando de pessoa jurídica, a presunção é de que o crédito será utilizado para o exercício de sua atividade de produção, cabendo a ela demonstrar que celebrou o contrato como destinatário final para que haja a incidência das normas de proteção do consumidor.

Nessa linha de raciocínio, Nelson Nery Junior²⁰ conclui que:

“No sistema do CDC, portanto, o banco se inclui sempre no conceito de fornecedor (art. 3º, *caput*, CDC, como comerciante e prestador de serviço), e as atividades por ele desenvolvidas para com o público se subsumem aos conceitos de produto e de serviço, conforme o caso (art. 3º, §§1º e 2º, CDC).”

Nota-se que, ainda que se admita que as operações bancárias não sejam destinadas ao consumo, *ex lege*, o Código de Defesa do Consumidor as considera como produtos e serviços a fim de caracterizar a relação de consumo. Da mesma forma, o banco é considerado como fornecedor também em virtude da lei, sujeitando-se, por esta razão, às relações jurídicas de consumo²¹.

A opinião de Antonio Carlos Efig²² acerca da aplicação das normas protetivas do consumidor aos contratos bancários merece destaque, senão vejamos:

“Em se tratando de consumidor pessoa física e ocorrendo uma prestação de serviços bancários, onde figurem, de um lado, na qualidade de fornecedor, um determinado banco comercial, e, de outro lado, na qualidade de consumidor, uma pessoa física qualquer, que contrate objetivando uma destinação final, parece-nos evidente que essa relação jurídica se caracterizará como relação de consumo’ (Maria Antonieta Zanardo Donato).

Assim, como já dito anteriormente, ‘ao verificar-se a inclusão ou não de determinada pessoa jurídica na qualidade de consumidora dos produtos e serviços fornecidos pelos bancos e outras entidades financeiras, (é preciso) investigar a finalidade daquele negócio jurídico – se na qualidade de consumidor ou não – e, a partir de então, perquirir-se acerca de sua vulnerabilidade. Assim, se o contrato bancário efetivado pela pessoa jurídica tiver sido realizado buscando o alcance de uma atividade intermediária, não há

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 460.

²⁰ Idem, p. 463.

²¹ Idem, p. 464.

²² EFING, Antônio Carlos, Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.999, p. 51/52.

que se falar em relação de consumo. Se, entretanto, o contrato houver sido realizado buscando-se alcançar uma atividade intermediária, não há que se falar em relação de consumo. Anote-se, entretanto, que raríssimos serão os litígios envolvendo entidades financeiras, securitárias ou bancárias em que se aplicará o conceito de consumidor contido neste dispositivo legal (art. 2º do CDC), eis que os conflitos advindos dessa espécie de relação jurídica certamente apresentar-se-ão circunscritos à proteção contratual, às práticas comerciais e à publicidade enganosa, quando então deverá ser aplicado o conceito exarado pelo art. 29 do CDC' (Maria Antonieta Zanardo Donato).

Dessa forma, a conceituação do consumidor de serviços ou produtos oferecidos pelos bancos está associada a sua exposição às práticas abusivas lançadas pelas instituições financeiras, não sendo necessária a configuração de vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor.

Assim, entendemos que, mesmo não sendo facilmente perceptível a relação de consumo havida entre cliente consumidor e o banco fornecedor, já que, na maioria das vezes devemos constatar a ocorrência da prática abusiva, há que se conferir ao consumidor a proteção outorgada pelo CDC."

Portanto, percebe-se que a doutrina é praticamente pacífica acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às atividades bancárias, desde que o cliente possa ser enquadrado no conceito trazido pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor, utilizando-se do crédito ou serviço como destinatário final.

No entanto, a jurisprudência, por sua vez, parece estar pacificando o entendimento segundo o qual o Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos bancários.

O Superior Tribunal de Justiça tem um entendimento uniformizado sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos assinados entre o consumidor e as Instituições Bancárias, impondo a observância da boa-fé às condutas das Instituições Financeiras.

Neste sentido, traz-se à colação julgado proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, entendendo que as instituições bancárias estão elencadas no rol de pessoas consideradas como fornecedoras, para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

Agravo no Agravo de Instrumento - Contrato de abertura de crédito - Aplicabilidade do CDC - Comissão de permanência - Inacumulabilidade com juros moratórios e multa contratual - Súmula 83 desta corte. I - Pela interpretação do art. 3º, §2º, do CDC, é de se deduzir que as instituições bancárias estão elencadas no rol das pessoas de direito consideradas como fornecedoras, para fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre essas e os consumidores, no caso, correntistas. II - Tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e pessoa física, é de se

concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Aplicável, pois, o CDC. III - O entendimento adotado pelo aresto recorrido encontra-se em consonância com o desta Corte, segundo o qual é inviável a incidência de comissão de permanência concomitantemente.²³

No mesmo sentido o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, senão vejamos:

Agravo de Instrumento. Ação ordinária - Contrato bancário - Inversão do ônus da prova - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII); Honorários periciais - Antecipação do depósito - Responsabilidade que recai sobre o réu-fornecedor. Decisão mantida. Agravo não provido. 1. As instituições financeiras devem observância ao Código de Defesa do Consumidor, como já é assente na jurisprudência, porque nas relações bancárias, onde há difusa utilização de contratos de massa, exsurge com mais ênfase a desigualdade de forças e a vulnerabilidade do consumidor. 2. Mostrando-se necessária a realização da prova pericial com antecipação dos honorários do "expert", nada impede que o juiz determine a inversão do ônus da prova, à luz das normas cogentes e publicísticas introduzidas pela Lei nº 8.078/90 (art. 6º, VIII). Esta inversão é sempre possível quando os fatos apresentados pelo consumidor, por força do princípio da isonomia, forem considerados verossímeis ou quando este for considerado hipossuficiente pelo juiz, em subsunção segundo as regras ordinárias de experiência (CDC, art. 6º, VIII). Neste caso, pode o juiz ordenar que a parte ré, sobre quem é redistribuído o ônus da prova, responda pela antecipação dos encargos financeiros respectivos. Ao final, se perder a demanda, será o consumidor condenado na devolução do que tiver sido pago a título de honorários periciais pelo fornecedor.²⁴

No entanto, em sentido contrário, traz-se à colação julgado do Superior Tribunal de Justiça entendendo pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos: "Tratando-se de financiamento obtido para incrementar a sua atividade negocial, não podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor."²⁵

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental do Agravo de Instrumento nº 296516/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento 07.dez.2000. Disponível no site <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 15.dez.2002.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 131116800. Relator: Ivan Bortoleto. Julgamento 31.mar.2003. Disponível no site <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em 10.04.2003.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 264126. Relator: Min. Barros Monteiro. Disponível no site <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 07.03.2003.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ainda está decidindo a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591, interposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, que envolve a problemática da incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor aos contratos e serviços bancários, das financeiras, administradoras de cartão de crédito e seguradoras.

O Ministro Carlos Velloso, como Relator, proferiu o seu voto no sentido que o Código de Defesa de Consumidor não conflita com as normas que regulam o Sistema Financeiro e deve ser aplicado às atividades bancárias, lembrando que a Constituição Federal de 1988 previu expressamente o princípio da defesa do consumidor como regra fundamental em vários de seus dispositivos.

Outrossim, recentemente, em entrevista ao Diário de São Paulo, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio Mello, manteve o posicionamento a respeito da aplicação do Código de Processo Civil às operações bancárias, aduzindo, para tanto, que "sou um entusiasta do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque em um Estado democrático, a parte mais fraca tem que estar protegida. Neste caso, o Código protege a parte mais fraca da relação jurídica, que é o consumidor e não os bancos."

Portanto, a defesa do consumidor constitui-se em direito de índole fundamental, diante do que dispõe o art. 5º, XXXII, da Constituição, que, em conjunto com o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou ao Congresso Nacional o dever de legislar sobre a proteção do consumidor.

Ademais, a submissão das entidades que compõe o sistema financeiro nacional às disposições da Lei nº 8.078/90 é absolutamente harmônica com a Constituição Federal, na medida em que fortalece a defesa dos consumidores (art. 170, V), eleva a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), colabora para a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III) e promove a justiça social (art. 3º, I e art. 170, caput).

2.1. AS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

Os bancos têm desempenhado importante papel no desenvolvimento sócio-econômico do país. Tanto isso é verdade que possuem controle e direção estatal.

Ocorre que, no plano dos interesses particulares, a relevância das operações bancárias também merece ser destacada, pois nenhum cidadão pode renunciar aos serviços prestados pelos bancos, quer para a realização de pagamentos, quer para a obtenção de crédito.

Neste aspecto, cumpre asseverar que a prática dos contratos de adesão entre pessoas físicas ou jurídicas e os bancos difundiu-se em nosso ordenamento jurídico, em razão do crescimento das contratações em massa, imprescindíveis para acompanhar o desenvolvimento sócio-econômico de uma sociedade eminentemente capitalista como a atual.

Com efeito, o conceito de banco está intimamente relacionado com a atividade por ele exercida, tendo o Código de Defesa do Consumidor expressamente o definido como fornecedor.

Entretanto, a despeito disso, a discussão doutrinária acerca da aplicação ou não das normas de proteção ao consumidor nos contratos firmados entre os bancos e seus clientes ainda não está pacificada.

J. X. Carvalho de Mendonça conceituou os bancos como sendo “empresas comerciais, cujo objetivo principal consiste na intromissão entre os que dispõem de capitais e os que precisam obtê-los, isto é, em receber e concentrar capitais, para, sistematicamente, distribuí-los por meio de operações de crédito”²⁶.

Por sua vez, Fran Martins²⁷ entende que:

“chamados de intermediários do crédito, os bancos são mobilizadores do crédito, agindo sempre como sujeito das operações e dos contratos que realizam. São, portanto, empresas comerciais que têm por finalidade realizar a mobilização do crédito, principalmente mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital”.

Portanto, faz-se necessário esclarecer que os negócios bancários realizados entre o banco e seu cliente - seja este consumidor ou instituição financeira, visando o fim empresarial do banqueiro -, são chamados de operações bancárias.

²⁶ MENDONÇA, J.X. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, V. 7, 3ª Parte, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, p. 119.

²⁷ MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 498.

Assim sendo, sob o ponto de vista econômico, a operação bancária consiste na prestação de um serviço em prol tanto do cliente, quanto do banco. Já sob o aspecto jurídico, a operação bancária depende de um acordo de vontades entre o cliente e o banco, razão pela qual a mesma passa a se inserir no campo contratual²⁸.

2.2. O CONCEITO DE CONSUMIDOR

O critério adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, para conceituar o consumidor, foi econômico-jurídico; considerando como tal aquele que adquire bens ou contrata serviços como destinatário final, visando uma necessidade própria, e não o atendimento de uma atividade comercial²⁹.

Othon Sidou define o consumidor como sendo “qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade, isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir”³⁰.

Para José Geraldo Brito Filomeno³¹, o conceito de consumidor está ligado à sua caracterização como hipossuficiente ou vulnerável. Por isso, discorda do posicionamento defendido por Othon Sidou, aduzindo, para tanto, que:

“quando também considera as pessoas jurídicas como tal para fins de proteção efetiva nos moldes atrás preconizados, ao menos no que tange à sua literal ‘proteção’ ou ‘defesa’ jurídica”. E isto pela simples constatação de que dispõem as pessoas jurídicas de força suficiente para sua defesa, enquanto o consumidor, ou, ainda, a coletividade de consumidores ficam inteiramente desprotegidos e imobilizados pelos altos custos e morosidade crônica da justiça comum”

Para o autor em comento, consumidor é “qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de

²⁸ ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 7ª ed. rev. e atual. Por Carlos Henrique Abrão, São Paulo, Saraiva, 2001, p.45.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e FINK, Daniel Roberto, Op. cit., p. 26.

³⁰ Proteção ao consumidor, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 2.

³¹ Idem, p. 28.

outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço”³².

Não se pode olvidar que a doutrina majoritária posiciona-se defendendo que a proteção do consumidor é um reflexo da incidência do princípio da isonomia, ao estabelecer o tratamento desigual para pessoas desiguais – fornecedor e consumidor -, em razão da manifesta inferioridade deste em relação àquele.

Fábio Konder Comparato assevera que consumidores são aqueles “que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”, asseverando, ainda, que “o consumidor, é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção; isto é, os empresários”³³.

Já para José Reinaldo de Lima Lopes, o fundamento da proteção das relações de consumo reside essencialmente na “subordinação econômica do consumidor”³⁴.

Luiz Rodrigues Wambier, por sua vez, entende que estará caracterizado o consumidor sempre que, em uma relação de consumo, uma das partes utilizar um produto ou serviço como seu destinatário final³⁵.

2.3. O CONCEITO DE FORNECEDOR

Para que se possa configurar quem é o consumidor de produtos bancários, faz-se necessário saber que é o fornecedor de produtos e serviços.

O Código de Defesa do Consumidor tratou de conceituá-lo em seu artigo 3º, sendo que a doutrina majoritária não encontra dificuldades em enquadrar os bancos como tal³⁶.

Sob essa ótica, os bancos enquadram-se no conceito de fornecedor trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, pois suas atividades são mercantis, incidindo,

³² Idem, p. 27.

³³ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico, in Revista de Direito Mercantil, nº 15/16, ano XIII, 1974.

³⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor, Revista dos Tribunais, 1992, p. 78/79.

³⁵ Op. cit., p. 132.

³⁶ JUNIOR, Nelson Nery. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 370-371.

também, no que preceitua o art. 19, § 2º, do Regulamento 737, que considera mercancia as operações de banco.

Ademais, a Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas, em seu art. 2º, § 1º, estabelece que “qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio”.

Sabe-se de sobejo que os bancos são estruturados sob a forma de sociedades anônimas, enquadrando-se, portanto, como comerciantes.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que as regras do Código de Defesa do Consumidor incidem sobre os contratos bancários ao proferir decisão que restou assim ementada: “Prova. Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Contrato bancário. Pode o juiz determinar que o réu apresente a cópia do contrato que o autor pretende revisar em juízo. Aplicação do disposto no artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Arts. 396 e 283 do CPC”³⁷.

No mesmo sentido, traz-se à colação o seguinte julgado, senão vejamos:

“Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusula penal. Limitação em 10%. 1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco. 2. A limitação da cláusula penal em 10% já era do nosso sistema (Dec. 22.926/33), e tem sido usada pela jurisprudência quando da aplicação da regra do artigo 924 do CC, o que mostra o acerto da regra do artigo 52, § 1º, do Codecon, que se aplica aos casos de mora, nos contratos bancários. Recurso não conhecido”³⁸.

Ocorre que parte da doutrina considera que o crédito é um bem juridicamente consumível, facilitando a caracterização dos bancos como fornecedor e, conseqüentemente, do mutuário como consumidor³⁹.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 49.124-2/RS, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível no site <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22.jan.2003.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº Resp 57.974-0/RS, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível no site <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22.jan.2003.

³⁹ CASADO, Marcio Mello. Op. cit., p. 30.

Portanto, se o crédito for utilizado visando a satisfação de uma *utilidade pessoal*⁴⁰ do consumidor, como destinatário final, haverá relação de consumo, aplicando-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor ao contrato por ele firmado com o banco.

Cláudia Lima Marques afirma que “A caracterização do banco ou instituição financeira como fornecedor está positivada no art. 3º, *caput*, do CDC e especialmente no §2º do referido artigo, o qual menciona expressamente como serviços as atividades de ‘natureza bancária, financeira, de crédito’.”⁴¹

Nelson Nery Junior⁴², por sua vez, entende que:

“Analisando o problema da classificação do banco como empresa e de sua atividade negocial, tem-se que é considerado pelo art. 3º, *caput*, do CDC como fornecedor, vale dizer, como um dos sujeitos da relação de consumo. O produto da atividade negocial do banco é o crédito; agem os bancos, ainda, na qualidade de prestadores de serviço, quando recebem tributos mesmo de não clientes, fornecem extratos de contas bancárias por meio de computador etc. Podem, os bancos, ainda celebrar contrato de aluguel de cofre, para guarda de valores, igualmente enquadrável no conceito de relação de consumo. Suas atividades envolvem, pois, os dois objetos das relações de consumo: os produtos e os serviços. O aspecto central da problemática da consideração das atividades bancárias como sendo relações jurídicas de consumo reside na finalidade dos contratos realizados com os bancos. Havendo a outorga do dinheiro ou do crédito para que o devedor o utilize como destinatário final, há a relação de consumo que enseja a aplicação dos dispositivos do CDC. Caso o devedor tome dinheiro ou crédito emprestado do banco para repassá-lo, não será destinatário final e portanto não há que se falar em relação de consumo. Como as regras normais de experiência nos dão conta de que a pessoa física que empresta dinheiro ou toma crédito de banco o faz para sua utilização pessoal, como destinatário final, existe aqui a presunção *hominis, júris tantum*, de que se trata de relação de consumo, quer dizer, de que o dinheiro será destinado ao consumo”.

Assim sendo, o banco que concede crédito é fornecedor de um produto consumível pelo mutuário, desde que na qualidade de destinatário final, pois este irá utilizá-lo para uma utilidade pessoal.

Outrossim, há que perquirir se o consumidor está ou não vulnerável para que se possa aferir se as normas insculpidas no Código de Defesa do Consumidor serão ou não aplicáveis⁴³.

⁴⁰ JUNIOR, Nelson Nery. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 5ª ed., Forense Universitária, p. 373.

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3ª ed., p. 198/199.

⁴² Idem, p. 372.

Se, antes da contratação, o consumidor estiver vulnerável, incidirá o Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, se o consumidor vier a se tornar vulnerável durante a contratação, por exemplo, ao sujeitar-se às condições impostas pelo banco, também será protegido pela legislação consumerista.

E, por fim, se o consumidor vier a tornar-se vulnerável após a contratação, o que é plenamente possível, novamente haverá a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

2.4. O CONCEITO DO EQUIPARADO A CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29, trata da figura do equiparado ao consumidor, senão vejamos:

Art. 2º. (...) Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

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

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

Assim, depreende-se que, mesmo aquele que não seja consumidor, estará protegido pela legislação consumerista. Desta forma, o terceiro prejudicado por eventual fato danoso ocasionado pelo banco poderá valer-se da tutela destinada aos consumidores.

Antonio Janyr Dall'Ágnol Júnior tratou da figura do equiparado a consumidor na Apelação Cível 193051216, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, cuja restou assim ementada:

⁴³ CASADO, Marcio Mello. Op. Cit., p. 32.

“O conceito de consumidor, por vezes, se amplia, no CDC, para proteger ‘quem equiparado’. É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, ‘equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas’. O CDC rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora; e consumidor o mutuário ou creditado. Sendo os juros o ‘preço’ pago pelo consumidor, nula cláusula que preveja ação unilateral do percentual prévia e expressamente ajustado pelos figurantes do negócio. Sendo a nulidade prevista no art. 51 do CDC da espécie pleno iure, viável o conhecimento e a decretação de ofício, a realizar-se tanto que evidenciado o vício (art. 146, parágrafo único do CC). É nula a cláusula que impõe representante ‘para emitir ou avalizar notas promissórias’ (art. 51, VIII, do CDC), Objetivando a desconstituição de cláusulas, em homenagem ao princípio da congruência, deve a sentença ater-se ao pedido. Sentença parcialmente reformada.”

Assim sendo, para que alguém que não é consumidor possa ser considerado como tal, faz-se necessária a presença de dois requisitos: ser pessoa física ou jurídica e estar exposta às práticas previstas nos capítulos V e VI do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, evidencia-se que os conceitos de vulnerabilidade e exposição estão intimamente ligados para que se possa cogitar na incidência das normas protetivas do consumidor, afigurando-se necessária a caracterização da pessoa também como destinatária final do crédito.

Luiz Rodrigues Wambier alerta que “O sistema de proteção e defesa do consumidor não permite que se interprete o art. 29 do CDC de modo a entender-se que todos quanto estejam expostos a qualquer tipo de prática comercial abusiva possam invocar a proteção das normas do CDC.”⁴⁴. Para ele, portanto, equiparam-se ao consumidor os entes despersonalizados capazes de participar de relações jurídicas.

⁴⁴ Op. cit. p. 132.

3. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

3.1. A PROVA E O ÔNUS DA PROVA

A prova consiste na demonstração da efetiva ocorrência de um fato alegado por alguém. Pode ser definida, ainda, como a maneira de demonstrar os fatos ao juiz, permitindo a reconstrução dos fatos ocorridos, possibilitando a certeza acerca de sua efetiva ocorrência.

De acordo com o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, cabe ao autor a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, a existência de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Assim sendo, regra geral, o autor possui o encargo de demonstrar ao magistrado a ocorrência do fato narrado na exordial como ensejador do seu direito, a fim de que o mesmo possa ser reconhecido.

Portanto, a prova afigura-se como fundamental ao processo, pois, baseado nela é que o juiz formará o seu convencimento, para, ao final, proferir a sentença.

No entanto, cumpre asseverar que o ônus não pode ser confundido com obrigação, pois é a própria parte quem sofre as conseqüências do seu descumprimento. Ademais, o ônus consiste numa conduta visando a satisfação de interesse próprio.

Desta forma, pode-se dizer que o ônus é o interesse em oferecer provas⁴⁵.

Regra geral, a legislação processual civil estabelece expressamente a quem compete o ônus da prova, senão vejamos:

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

⁴⁵ BARBOSA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual, Saraiva, 1988, p.74.

Neste sentido, veja-se o seguinte aresto: “A regra do ônus da prova só tem pertinência como regra de juízo (=regra de decidir), que é, aos casos em que, encerrada a instrução, fique ao julgador a dúvida intransponível acerca da existência de fato constitutivo, ou liberatório”⁴⁶.

Entretanto, em se tratando de relação de consumo, protegida pela incidência do Código de Defesa do Consumidor, não se pode transferir para o consumidor o ônus da prova referente à atividade exercida pelo fornecedor, a quem incumbirá o ônus de provar a inoccorrência dos fatos. Assim, caberá ao consumidor fazer a prova do dano e, ao fornecedor, da inexistência do nexo de causalidade com o dano alegado.

No que concerne à inversão do ônus da prova em favor do consumidor, faz-se pertinente mencionar as lições de Nelson Nery Junior⁴⁷ a respeito do tema:

“A doutrina mais moderna e as legislações novas têm compreendido bem a problemática que envolve a produção da prova que deve ser feita pelo autor que, não tem acesso a elementos e informações que são de vital importância para a demonstração dos fatos que sustentam seu direito. Nessa linha de considerações está a inversão do ônus da prova que se admite no CDC, em favor do consumidor”.

Aliás, não se pode olvidar que o entendimento em sentido contrário implicaria em evidente afronta ao princípio da isonomia, pois o instituto da inversão do ônus da prova visa justamente a facilitação da defesa do consumidor, considerado como sendo a parte mais fraca na relação de consumo, em que a predominância do poder econômico do fornecedor, nas contratações em massa, coloca as parte sem situação de desigualdade na maior parte das contratações.

Desta forma, caberá ao juiz analisar as peculiaridades do caso concreto e, estando presentes os pressupostos que autorizam a concessão da inversão do ônus da prova, determinar sua aplicação, o que não implicará em prejuízo ao fornecedor que, desde o início da demanda, já sabia que sobre ele poderia recair tal ônus.

⁴⁶ TJSP- RT 706/67.

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor, atualizado até 15.03.2003, 6ª ed. rev., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 697.

3.2. DOS FATOS IMPEDITIVOS, EXTINTIVOS E MODIFICATIVOS DO DIREITO DO AUTOR

Inicialmente, cumpre asseverar que a regra geral estatuída pelo Código de Processo Civil, em seu art. 333, inciso II, é de que ao réu compete o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Não se pretende aqui esgotar a matéria, mas tão somente elucidar, brevemente, em que consistem tais fatos cuja prova incumbe ao réu.

Com efeito, cumpre asseverar que os fatos impeditivos obstam a procedência do pedido formulado pelo autor; ao passo que os fatos modificativos impedem o acolhimento do pedido em razão de modificações ocorridas na relação jurídica existente entre autor e réu. Os fatos extintivos, por sua vez, conduzem à improcedência do pleito exordial em razão da extinção do direito posto em causa.

Desta forma, restando comprovada a ocorrência de um destes fatos durante o curso do processo, não restará outra medida a ser adotada pelo juiz senão o acolhimento das alegações contidas na defesa, devendo ser julgado improcedente o pedido formulado pelo autor.

No entanto, as provas consideradas de difícil produção por parte do consumidor, em razão da falta de acesso aos elementos e informações considerados imprescindíveis para o deslinde do feito, justificam a inversão do ônus da prova em seu favor.

Ocorre que, no que se refere aos fatos passíveis de inversão do ônus da prova, vale ressaltar que nem todos poderão ser objeto da concessão deste benefício em favor do consumidor, mas tão somente aqueles diretamente relacionados com a sua hipossuficiência.

O nexos de causalidade entre o fato e o dano alegado pelo consumidor é uma delas, podendo ser objeto de inversão, ficando sua demonstração a cargo do fornecedor. Já a efetiva ocorrência do dano, bem como seu montante, em regra, não admite a concessão de tal benefício em favor do consumidor. Pois se assim o fosse, estar-se-ia incumbindo o fornecedor de impugnar uma alegação verossímil, o que não parece possível, sendo que tais fatos não guardam qualquer relação com a

hipossuficiência do consumidor. Ademais, a adoção desta medida implicaria em evidente afronta ao princípio da isonomia em detrimento do fornecedor.

Desta forma, cabe ao juiz conceder a inversão do ônus da prova de acordo com as provas existentes nos autos, e não fundado apenas num juízo de verossimilhança.

3.3. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Inicialmente, cumpre asseverar que, conforme anteriormente asseverado, o instituto da inversão do ônus da prova constitui uma das maiores inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Regra geral, a distribuição do ônus probatório, inclusive nas relações envolvendo consumidores, se submete ao art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Porém, visando a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, a lei permite que o consumidor seja dispensado de provar determinado fato, transferindo o encargo ao fornecedor.

No entender de J. C. Barbosa Moreira, citado por Carlos Roberto Barbosa Moreira, “um fato, que é, na ação indenizatória proposta pelo consumidor, constitutivo do seu direito, não precisa ser por ele demonstrado; ao revés, atribui-se ao fornecedor a prova da inexistência daquele mesmo fato”⁴⁸.

Para que a inversão do ônus da prova, expressamente prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, seja admitida, faz-se necessária a efetiva existência dos requisitos necessários para sua concessão, quais sejam, a verossimilhança das alegações do consumidor ou, quando não, sua hipossuficiência.

Neste sentido, traz-se á colação os seguintes arestos, senão vejamos:

“Agravos de instrumento - Contrato bancário - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Ausência de verossimilhança da alegação - Condição de hipossuficiência não demonstrada - Decisão agravada devidamente fundamentada - Agravo não provido. O Código de Defesa do Consumidor não tem aplicação nos casos em que não se encontra demonstrada a

⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O Processo Civil no Código do Consumidor”, in Revista Forense 312/3 et seq..

hipossuficiência do interessado, nem tampouco a verossimilhança de suas alegações. Em tais casos, também não tem cabimento a inversão do ônus da prova.⁴⁹ e “Processo civil - Ação monitória - Contrato de abertura de crédito - Código de Defesa do Consumidor - Inversão do ônus da prova - Verossimilhança da alegação e hipossuficiência do consumidor presentes - Cabimento - Imposição ao fornecedor para adiantamento dos honorários periciais - Inviabilidade - Recurso parcialmente provido. 1. São aplicáveis aos contratos bancários as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor. 2. A hipossuficiência em processo que envolve relação de consumo autoriza a inversão do ônus da prova. 3. É incabível, todavia, impor ao fornecedor/ produtor o adiantamento dos honorários periciais, sendo possível, tão somente, facultá-lo a elidir eventual presunção que milita em favor do consumidor”⁵⁰.

No entanto, cabe ao magistrado aferir a efetiva existência dos requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova segundo as regras ordinárias de experiência⁵¹, previstas no art. 335, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

A discussão doutrinária referente à existência dos requisitos previstos no inciso VIII, do art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor, reside no fato de ser ou não suficiente a presença tão somente de um deles.

Para Antonio Gidi, a alegação do consumidor sempre deverá ser verossímil, pois tão somente a hipossuficiência do consumidor não bastaria para justificar a concessão de uma medida tão drástica como a inversão do ônus da prova⁵².

⁴⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 134535500. Relator: Antonio Prado Filho. Julgamento 25.mar.03. Disponível no site <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em 10.04.03.

⁵⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 135377700. Relator: Milani de Moura. Julgamento 09.abr.03. Disponível no site <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em 10.04.03.

⁵¹ Os costumes são fontes do direito e distinguem-se das máximas de experiência. Estas representam juízos de valores, tanto na aplicação da lei, como na aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, juízos de valores estas individuais. Embora individuais, adquirem autoridade porque trazem consigo a imagem do consenso geral, pois certos fatos e certas evidências fazem parte da cultura de uma determinada esfera social”. (Gonçalves, RP 37/85)

⁵² GIDI, Antonio. Op., cit., p. 34.

Ademais, por se tratar de uma forma de facilitação da defesa do consumidor, se este dispuser dos meios necessários para comprovar suas alegações, a inversão afigurar-se-á totalmente descabida.

Carlos Roberto Barbosa Moreira, que modificou seu posicionamento, agora entende desnecessária a aferição simultânea de ambos os requisitos para que se possa admitir a inversão. Desta forma, para ele, bastaria que restasse configurada tão somente uma destas situações para respaldar a concessão da medida⁵³.

Tânia Liz Tizzoni Nogueira entende que “É de notar-se que a inversão do ônus da prova é um direito do consumidor, conforme preceitua o *caput* do art. 6º: Restando ao consumidor provar sua hipossuficiência ou indicar a semelhança com a verdade de sua alegação, e feito isso o juiz deverá inverter o ônus da prova”⁵⁴.

No mesmo sentido, Ada P. Grinover e Kazuo Watanabe consideram que a presença de apenas um dos requisitos autoriza a inversão do ônus da prova⁵⁵.

3.3.1. Requisitos

3.3.2. Verossimilhança

A verossimilhança não se refere apenas ao que é, de fato, verdadeiro, mas está intimamente ligada à verdade, assentando-se num juízo de probabilidade.

Com efeito, cabe ao juiz extrair dos indícios – fatos alegados e provados -, a ocorrência de um fato não provado, presumindo-o como verdadeiro. Com base neste juízo de verossimilhança, o juiz inverterá o ônus da prova, incumbindo ao réu a demonstração da inexistência de nexos causal.

⁵³ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, Revista de Direito do Consumidor, V. 22, p. 141. Veja-se o seguinte aresto: “Código de Defesa do Consumidor. Instituição financeira. Aplicação. Alegação de cobrança de encargos contratuais abusivos. Verossimilhança. Hipossuficiência econômica, técnica e intelectual do consumidor frente ao fornecedor de crédito. Necessidade de haver inversão do ônus da prova. Concretização de princípios fundamentais da Constituição do Brasil. Recurso conhecido e provido.” (TAMG, AI nº 311096-9, 4ª Câmara Civil, Rel. Juíza Maria Elza, Julgamento 30.08.2000).

⁵⁴ NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. “Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova”, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Ed. RT, abril-junho 1994, V. 10, p. 10.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999.

Desta forma, a mera probabilidade do fato alegado pelo consumidor não autoriza o magistrado a decidir em seu favor, mas tão somente a inverter o ônus da prova.

Portanto, não se trata de prévio julgamento da questão, mas de probabilidade dos fatos serem verdadeiros, de acordo com as normas jurídicas particulares, ou, quando não, segundo as regras ordinárias de experiência.

Desta forma, para obtenção do conhecimento necessário a respaldar seu entendimento, o juiz poderá valer-se do art. 130, do Código de Processo Civil, determinando a produção da prova⁵⁶.

3.3.3. Hipossuficiência

Para Ada P. Grinover e Kazuo Watanabe o consumidor hipossuficiente é aquele que não pode arcar com as custas do processo, bem como com os honorários advocatícios sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Antonio Gidi, por sua vez, entende que “Vulnerável ele já é pelo simples fato de ser consumidor (CDC, art. 4º, I). A hipossuficiência é um plus à vulnerabilidade”⁵⁷.

Porém, a aferição acerca da hipossuficiência do consumidor através do aspecto econômico não parece a solução mais acertada, pois, se assim o fosse, a determinação da inversão do ônus da prova implicaria tão somente no encargo do fornecedor de suportar as despesas processuais⁵⁸.

Com efeito, vale ressaltar que, para os casos de hipossuficiência econômica de uma das partes, faculta-se a possibilidade de requerimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita, fundado na Lei nº 1.060/50.

Ademais, o intuito do Código de defesa do Consumidor não é o de defender o consumidor carente de recursos financeiros, mas somente o consumidor vulnerável na

⁵⁶ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁵⁷ Op. cit., p. 35.

⁵⁸ Neste sentido, José Rogério CRUZ E TUCCI entende que “a hipossuficiência aí preconizada não diz com aspecto de natureza econômica, mas com monopólio da informação”. (Código do Consumidor e processo civil – aspectos polêmicos, in RT 671/35)..

relação de consumo e detentor de poucos conhecimentos técnicos inerentes à atividade exercida pelo fornecedor.

Assim, sempre que o consumidor for hipossuficiente (economicamente, tecnicamente e intelectualmente) em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito ou sua alegação for verossímil, deve o magistrado inverter o ônus da prova.

Traz-se à colação julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em que restou demonstrada a hipossuficiência do consumidor, sendo, portanto, aplicável o Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

“Contrato bancário - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Monopólio da prova - Ônus de produzi-la - Inversão - Perícia - Depósito dos honorários. Evidenciada, no contexto do caso, a hipossuficiência do consumidor perante a instituição financeira, deve ser aplicado o preceito da inversão do ônus da prova, para que esta seja produzida por quem exerce, francamente, o monopólio das informações pertinentes ao negócio, contidas nos escaninhos herméticos da sistemática bancária. Agravo desprovido.”⁵⁹

Agravo de instrumento. Ação ordinária. Revisão de contrato de financiamento com garantia hipotecária. Compra e venda de imóvel. Contratos bancários. Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Aplicabilidade. Ônus da prova. Inversão. Lei nº 8.078/90, art. 6º, VIII. Descabimento na espécie. Hipossuficiência inexistente. Recurso provido em parte, Unânime. 1. Nas operações bancárias firmadas com consumidor final aplicam-se as normas do CDC. 2. Não se tratando de partes hipossuficientes descabe a inversão do ônus da prova, cuja medida, ademais, somente se justifica em situações especiais quando, confrontando a prova produzida, tenha o juiz dúvida sobre o direito invocado.⁶⁰

Portanto, nota-se, em não restando evidente nos autos a hipossuficiência do consumidor perante a instituição bancária, não he que se cogitar em inversão do ônus da prova.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 135203200. Relator: Luiz Cezar de Oliveira. Julgamento 15.abr.03. Disponível no site <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em 30.04.03.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 110512000. Relator: Cordeiro Cleve. Julgamento 15.set.01. Disponível no site <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em 13.02.02.

3.3.4. Efeitos

Regra geral, a responsabilidade civil do fornecedor à luz do Código de Defesa do Consumidor é objetiva⁶¹ e, excepcionalmente, subjetiva.

Em se tratando da responsabilidade objetiva, incumbe ao consumidor demonstrar tão somente os fatos ensejadores do dano ocasionado pelo fornecedor, bem como o dano em si, sendo desnecessária a prova do nexo de causalidade. Desta forma, não há que se cogitar em inversão do ônus da culpa.

No entanto, vale ressaltar que o consumidor deve demonstrar a efetiva ocorrência do dano que alega ter sofrido, pois, em relação a ele, afigura-se incabível a inversão do ônus da prova. Caso contrário, o juiz estaria presumindo a ocorrência de prejuízo ante a ausência de demonstração do ato ilícito praticado pelo fornecedor, resultando em evidente enriquecimento indevido do consumidor⁶².

Assim sendo, pode-se concluir que a inversão do ônus da prova refere-se a fatos específicos - e não a qualquer fato que o consumidor queira demonstrar -, sobre os quais não dispõe dos meios probatórios adequados para sua demonstração. Portanto, a prova dos fatos constitutivos de direito do consumidor jamais poderá ser objeto de inversão, sob pena de agravamento da situação do fornecedor.

3.3.5. A inversão como ato do juiz

Inicialmente, cumpre asseverar que, por se tratar de regra de julgamento, o juiz somente se socorrerá das regras referentes à inversão do ônus da prova se o fato alegado ainda não se encontrar provado no momento da prolação da sentença.

⁶¹ Veja-se os seguintes artigos do Código de Defesa do Consumidor: "Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos." e "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos."

⁶² MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, Revista de Direito do Consumidor, V. 22, p. 148.

Portanto, a aplicação das regras do ônus da prova é medida excepcional e apenas deverá ser perquirida pelo magistrado quando não houver prova, cabendo a ele determinar quem tinha o ônus probatório e dele não se desincumbiu.

Nota-se que, por se tratar de norma de ordem pública e de direito básico do consumidor, a inversão do ônus da prova poderá ser determinada tanto a requerimento da parte, como *ex officio*.

Entretanto, a discussão doutrinária reside no fato de ser ou não a inversão um ato judicial ou, quando não, uma decorrência direta da lei.

Carlos Roberto Barbosa Moreira entende que se trata de ato judicial, praticado no decorrer do processo⁶³.

Antonio Gidi, por sua vez, defende que a inversão decorre da própria lei. No entanto, a crítica que se faz a este entendimento é que não cabe ao juiz simplesmente aferir se os requisitos expressamente previstos no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor estão ou não presentes, pois cabe ao magistrado apreciar a presença ou não dos requisitos que autorizam a inversão do ônus da prova, pronunciando-se a respeito, em decisão fundamentada, sendo que o seu silêncio implicará na incidência das regras gerais previstas na legislação processual civil em vigor.

Vale ressaltar que o magistrado possui ampla liberdade na apreciação dos pressupostos ensejadores da inversão do ônus da prova, quais sejam, a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor. Todavia, ao concluir pela concessão da medida, o juiz deverá ordená-la, pois não se trata de mera faculdade, mas de direito do consumidor.

No que se refere à inversão do ônus da prova, trata-se de uma norma de conceito discricionário, sujeita à apreciação do juiz. Porém, vale ressaltar a opinião de Tereza Arruda Alvim Pinto, citada por Tânia Liz Tizzoni⁶⁴, que assim afirma: “Nega-se à autoridade, na discricionariedade, qualquer margem absoluta de liberdade.”

⁶³ Op. cit., p. 139.

⁶⁴ Op. cit., p. 58.

Ainda sobre a discricionariedade do juiz em inverter ou não o ônus da prova, o que não se acredita tenha sido a intenção do legislador, interessante mencionar a lição de Antonio Gidi⁶⁵, para quem a inversão do ônus da prova decorre da lei, a saber:

“A circunstância de constar no texto legal a expressão ‘a critério do juiz’ deu margem a que se afirmasse que o magistrado, desde que presentes os requisitos, tinha o ‘poder discricionário’ de inverter o ônus da prova em favor do consumidor.

Todavia, esse entendimento afronta até mesmo a interpretação meramente literal do dispositivo. Com efeito, não diz a lei que fica a critério do juiz inverter o ônus da prova. O que fica a critério do juiz (*rectius*, a partir do seu livre convencimento motivado) é a tarefa de aferir, no caso concreto levado à sua presença, se o consumidor é hipossuficiente e se a sua versão dos fatos é verossímil. Apenas até aí vai sua esfera de poder de decisão.”

Desta forma, nota-se que a análise dos elementos trazidos ao processo fica a critério do juiz, que possui livre apreciação da presença ou não dos pressupostos capazes de ensejar a inversão do ônus da prova. Entretanto, restando comprovada sua efetiva existência, o magistrado deverá inverter o ônus da prova, encerrando-se aí o seu poder discricionário.

3.3.6. Momento da inversão do ônus da prova

Com efeito, pode-se afirmar que não existe obrigatoriedade, nem tampouco exige-se momento próprio para o juiz fixar o ônus da prova ou invertê-lo, pois não se trata de regra de procedimento, mas de regra de juízo, de julgamento.

Entretanto, o momento da prolação da sentença afigura-se como sendo o momento mais adequado para a aplicação das regras sobre o ônus da prova, pois, encerrada a instrução probatória e ante a ausência de convencimento, caberá ao juiz proferir julgamento desfavorável a quem possuía o ônus da prova, porém dele não se desincumbiu.

Todavia, cumpre asseverar que o juiz somente aplicará as regras atinentes à inversão do ônus da prova se o fato não se encontrar provado – prova *non liquet* – por se tratar de exceção legal à regra insculpida no art. 333, do Código de Processo Civil.

⁶⁵ Op. cit., p. 36.

Com efeito, cumpre asseverar que a manifestação do juiz a respeito da inversão do ônus da prova antes da sentença não se caracteriza em pré-julgamento da causa, não podendo, portanto, a parte contra quem recai a inversão do ônus da prova alegar cerceamento de defesa, pois, desde o início da demanda, tinha conhecimento de que, em se tratando de relação de consumo, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova⁶⁶.

No que se refere ao momento processual em que o juiz deve inverter o ônus da prova em favor do consumidor, há grande divergência na doutrina. Entretanto, na jurisprudência, existe uma forte tendência pela inversão do ônus da prova somente quando da prolação da sentença.

Para Tânia Lis Tizzoni Nogueira, o consumidor deverá requerer a inversão do ônus da prova já na peça inaugural, devendo o juiz manifestar-se a este respeito ao proferir o despacho inicial, em que determina a citação do réu⁶⁷, a fim de garantir a observância ao princípio constitucional da ampla defesa, ressaltando, ainda, que, por se tratar de decisão interlocutória, a inversão do ônus da prova é passível de interposição do recurso de agravo de instrumento.

No entanto, tal posicionamento recebeu críticas de Carlos Alberto Barbosa Moreira, para quem a manifestação judicial já no despacho inicial não se afigura defensável, pois, quando do recebimento da exordial, o juiz ainda não tem conhecimento a respeito dos fatos controvertidos, senão vejamos:

"Não me parece acertado semelhante entendimento, pela simples razão de que, enquanto não apresentada a resposta do fornecedor, não sabe o juiz que fatos se tornarão controvertidos – a apenas acerca destes há de desenvolver a atividade instrutória. A inversão deve ser ordenada quando necessária: se o fato, por algum motivo, restar incontroverso, quanto a ele não haverá esta necessidade. Evidentemente, só com a contestação é que poderá aferir se existe ou não, entre as partes, polêmica quanto àquele fato determinado."⁶⁸

Nota-se que este entendimento realmente afigura-se um tanto precipitado, pois, ao receber a inicial, o juiz ainda não teria condições de determinar quais os pontos

⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit, p. 696.

⁶⁷ Op. Cit., p. 59.

⁶⁸ Op. cit., p. 145.

controvertidos, nem tampouco de aferir se os requisitos necessários para autorizar a concessão da inversão do ônus da prova estariam efetivamente presentes.

No mesmo sentido, Milton Paulo de Carvalho Filho assevera que tal posicionamento “Não se afigura aconselhável, porque não prudente, a análise da inversão antes que o réu seja chamado a integrar a lide e ofereça sua defesa”⁶⁹.

No entanto, para parte da doutrina, o juiz deve inverter o ônus da prova quando do saneamento do processo, porém antes da instrução probatória. Para os defensores deste entendimento, ao ser apresentada a contestação, o julgador disporá dos subsídios necessários para decidir a respeito de sua concessão, possibilitando que as partes iniciem a instrução sabedoras de suas incumbências probatórias.

Carlos Roberto Barbosa Moreira compartilha deste entendimento, afirmando, para tanto, que:

“Como a inversão do ônus probatório, prevista no Código de Defesa do Consumidor, se dará com maior frequência naqueles casos em que a prova técnica se faz imprescindível, segue-se que o juiz, ao indicar os ‘pontos controvertidos’, deverá, também se a hipótese comportar a medida, promover a inversão, da qual as partes serão intimadas na própria audiência de conciliação. Assim, já no início da fase instrutória saberão as partes não só quais são os fatos sobre os quais recairá a prova, mas também a qual delas toca o respectivo ônus. Preserva-se com isso a garantia constitucional da ampla defesa.”⁷⁰

Moacyr Amaral Santos⁷¹ também assinala que o momento processual mais adequado para a aplicação da inversão do ônus da prova é o da prolação do despacho saneador, calcado nas disposições do Código de Processo Civil, senão vejamos:

“Na sistemática do Código, logo depois da contestação à ação, há o despacho saneador, no qual o juiz, saneando o processo, de maneira a prosseguir isento de vícios ou de questões que possam obstar ao conhecimento do mérito da causa, ordena o processo, determinando providências de natureza probatória (Cód. Proc. Civil, art. 294 n° IV). Será neste despacho, por então já ter conhecimento dos fatos alegados na inicial e na defesa, uma vez considere algum ou alguns fatos provados *prima facie*, o momento próprio para decretar a inversão do ônus probatório. Conhecidos os fatos alegados e havendo-os

⁶⁹ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, RT 807, janeiro/2003, p. 72.

⁷⁰ Op. cit., p. 147.

⁷¹ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no civil e comercial. Vol V, 3ª ed. correta e atual. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 515/516.

como verossímeis, tendo-os dada a sua natureza, por provados prima facie, cumpre ao juiz, no despacho saneador – escreve Pedro Batista Martins – para evitar o cerceamento da defesa daquele a quem os mesmos fatos se opõem, 'anulando-lhe pela surpresa a possibilidade de produção de prova contrária', decretar a inversão do ônus probatório. Tal deliberação se escora não só nos princípios que governam a prova prima facie como também nos que regem o sistema processual brasileiro, vale dizer, nos arts. 117 e 294, do Código, os quais autorizam o juiz, de ofício, determinar as diligências necessárias à instrução do processo, sempre atento, todavia, à regra que lhe impõe não sacrificar a defesa dos interessados (Cód. cit. art. 112)".

O posicionamento de Moacyr Amaral Santos é compartilhado pelo entendimento jurisprudencial, senão vejamos:

Inversão do ônus da prova - Relação de consumo⁷²- Oportunidade - Respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa - Matéria ventilada nas razões recursais - Impossibilidade de conhecimento pelo tribunal. A inversão do ônus da prova, como exceção à regra geral do art. 333, do CPC, depende de decisão fundamentada do magistrado antes do término da instrução processual, sob pena de não poder ser adotada na sentença, o que incorreria em cerceio de defesa, devendo ser decidida, de preferência, no momento do saneador, podendo, todavia, ser decretada no despacho inicial, após especificação das provas, na audiência de conciliação ou em qualquer momento que se fizer necessária, desde que assegurados os princípios do contraditório e ampla defesa.⁷²

Inversão do ônus da prova - Inteligência do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Considerando que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deva, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicitar quais serão objeto de inversão.⁷³

No entanto, ainda que se alegue que a inversão do ônus da prova deva ser concedida antes da instrução do processo, a fim de assegurar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, faz-se necessária a exposição de algumas considerações que também inviabilizam a adoção deste entendimento.

Com efeito, vale ressaltar que nas ações que envolvem uma relação de consumo, o fornecedor, desde o início, sabe que, em não havendo provas suficientes

⁷² BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Relator: Juiz Alvimar de Ávila. Julgamento 01.mar.00. Não publicado. Decisão: Unânime. Disponível no site <http://www.ta.mg.gov.br>. Acesso em 25.02.03.

⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 121.979-4. Relator: Antonio Carlos Marcato. Julgamento 07.out.99. Não publicado. Decisão: Unânime. Disponível no site <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em 07.11.02.

para respaldar as alegações do consumidor, pode ter o ônus da prova contra si invertido⁷⁴.

Assim sendo, não se pode admitir a alegação de ocorrência de cerceamento de defesa, pois, obviamente, por se tratar de relação de consumo, incidem as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, dentre elas aquela que determina a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, inciso VIII), desde que aferida a existência de seus pressupostos pelo juiz.

Outrossim, já restou demonstrado anteriormente que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, sobre a qual o magistrado deve necessariamente manifestar-se em decisão fundamentada quando da prolação da sentença.

No entanto, nada obsta que o juiz profira decisão invertendo o ônus da prova ao despachar a petição inicial ou, quando não, na audiência de conciliação, podendo, no curso do processo, vir a modificar o seu entendimento de acordo com os elementos trazidos aos autos, devendo justificar as razões que o levaram a proceder deste modo quando da prolação da sentença.

Portanto, afigura-se como sendo mais adequada a inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença. Este entendimento vem sendo adotado majoritariamente pela jurisprudência, principalmente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, conforme adiante se vê.

Os defensores deste posicionamento entendem que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, cabendo ao juiz pronunciar-se a este respeito após o término da instrução do processo, quando do julgamento da causa, sob pena de infringência ao princípio constitucional da ampla defesa.

Ada P. Grinover e Kazuo Watanabe, em seus comentários ao Código de Defesa do Consumidor lecionam que “as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo”⁷⁵.

Kazuo Watanabe, citado por Tânia Lis Tizzoni Nogueira⁷⁶, entende que:

⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 696.

⁷⁵ Op. cit. p. 494.

⁷⁶ Op. cit. p. 59.

“o momento em que o juiz irá avaliar a quem incumbia o ônus da prova é o momento da prolação da sentença, onde concluirá o Magistrado se a alegação do consumidor é verossímil, e então dirá a quem caberia o ônus da prova.”

Com efeito, nota-se que o momento oportuno para a inversão do ônus da prova efetivamente parece ser o da prolação da sentença, por se tratar de regra de julgamento, tornando-se oportuno trazer à colação as lições de Antonio Gidi⁷⁷ neste sentido, senão vejamos:

“Não parece haver séria dúvida em doutrina de que as regras que atribuem o ônus da prova sejam regras de juízo, regras de julgamento. Sua função é apenas de instrumentalizar o magistrado com um critério para conduzir o seu julgamento nos casos de ausência de prova suficiente. Todavia, se o ônus da prova é uma regra de juízo, já não se pode dizer o mesmo da norma que prevê sua inversão, que é norma que prevê a sua inversão, que é eminentemente uma regra de atividade.”

Portanto, ao dispor de todos os elementos probatórios contidos nos autos, em perfeita observância aos princípios constitucionais da isonomia e da ampla defesa, e, exercendo seu poder de discricionariedade, cabe ao juiz, no momento da prolação da sentença, determinar ou não a inversão do ônus da prova, por se tratar de regra de julgamento.

Este entendimento vem sendo adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que, ao proferir decisão em aresto que restou assim ementado:

“Processual civil e consumidor - Ação de indenização - Inversão do ônus da prova - Recurso desprovido. A inversão do ônus da prova é regra de julgamento, a ser observada quando da prolação da sentença de mérito. Para sua aplicação não é suficiente a mera alegação de hipossuficiência econômica, desacompanhada de convincente demonstração. De qualquer modo, as despesas com a perícia devem ser antecipadas pela parte que requereu a produção dessa prova (CPC, art. 33).”⁷⁸

No mesmo sentido, veja-se o seguinte julgado:

⁷⁷ Op. cit., p. 38.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 135074100. Relator: Mendonça de Anunciação. Julgamento 07.abr.2003. Disponível no site <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em 30.04.03.

“Indenização por perdas e danos - Quebra de safra - Sementes de milho - Suposta deficiência de germinação – Perícia não conclusiva – Concorrência de outros fatores para perda total da lavoura – Inversão do ônus da prova – Inocorrência - Prudente arbítrio do julgador – Apelação desprovida. 1. No âmbito do Código do Consumidor, a inversão do ônus da prova não se dá pela vontade das partes, nem por força de lei, mas pelo prudente arbítrio do juiz. Quer dizer: a inversão se dá *ope judicis* e não *ope legis*. 2. Tal inversão também não ocorre automaticamente, mas a requerimento da parte, que deverá demonstrar a presença dos requisitos legais, a saber, hipossuficiência do consumidor e verossimilhança do direito invocado. 3. A ausência da “rotação de culturas”, bem como a presença de baixos níveis de potássio no terreno cultivado, dentre outros fatores, podem ter concorrido para a frustração da safra do apelante. Resulta, assim, não demonstrado o nexo de causalidade entre os prejuízos sofridos por aquele e a alegada má qualidade das sementes.”⁷⁹

Desta forma, depreende-se que o momento mais adequado para o juiz determinar a inversão do ônus da prova é o da prolação da sentença, entendimento este que, de acordo com os arestos colacionados, está sendo pacificado pela jurisprudência, especialmente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

3.3.7. A necessidade de motivação da decisão que determina a inversão do ônus da prova

Muito embora o Código de Defesa do Consumidor tenha conferido poder ao juiz para determinar a inversão do ônus da prova, cumpre asseverar que este exercício esbarra na limitação estabelecida pelos critérios de conveniência.

As hipóteses em que a inversão do ônus da prova afigura-se cabível são *numerus clausus*, devendo a decisão que a concede mencionar a hipótese legal, bem como os motivos ensejadores daquele entendimento.

Portanto, não se trata de poder discricionário do juiz em inverter o ônus da prova em favor do consumidor, desde que presentes os requisitos autorizadores para sua concessão, nem tampouco de inversão judicial, mas de inversão legal, que se opera *ope legis*⁸⁰.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 134981700. Relator: Mendonça de Anunciação. Julgamento 15.abr.03. Disponível no site <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em 30.04.03.

⁸⁰ GIDI, Antonio. Op. cit., p. 36.

Assim, a decisão que determina a inversão do ônus da prova, além de motivada, deve indicar a ocorrência de verossimilhança da alegação do consumidor ou, quando não, sua hipossuficiência.

O jurista Nelson Nery Junior⁸¹ ensina com maestria que:

“Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram ‘substancialmente’ fundamentadas as decisões que afirmam que ‘segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgo procedente o pedido’. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação”.

Neste sentido, traz-se à colação os ensinamentos de Carlos Roberto Barbosa Moreira, que afirma que:

“não se deve imaginar que o juiz poderá cingir-se a repetir, ritualisticamente, as palavras da lei, para justificar o ato da inversão. De nada valerá a garantia constitucional e legal (CPC, art. 165, 2ª parte) se se reputar válida a decisão em que o julgador se limite a dizer, por exemplo, que ‘é verossímil a alegação do consumidor’, ou que ‘é o consumidor hipossuficiente’; ao contrário, deverá ele, de forma obrigatória, aludir aos elementos de convicção que o levaram a enxergar verossimilhança na versão apresentada pelo consumidor, ou dos quais extraiu a sua hipossuficiência”.⁸²

Tal entendimento decorre da incidência do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, inciso X, da Constituição Federal, sob pena de nulidade da decisão.

Se assim não o fosse, estar-se-ia ferindo manifestamente o princípio constitucional da isonomia.

Com efeito, o fundamento da inversão do ônus da prova diz respeito tão somente à detenção do conhecimento tecnológico, que, na maioria das vezes, é monopólio do fornecedor.

⁸¹ JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 2ª ed., São Paulo, Editora RT, 1995, p. 159.

⁸² Op. Cit, p. 140.

Traz-se à colação as lições de Antonio Gigi, para quem o consumidor encontra-se em desigualdade de condições com o fornecedor tão somente no que se refere à distribuição do ônus da prova, senão vejamos:

“Apenas em relação a esse aspecto da falta de conhecimento é que há desigualdade entre consumidor e fornecedor no que diz respeito à distribuição do ônus da prova. Em relação a outros aspectos da dificuldade em produzir prova cabal de fatos constitutivos de seu direito, o consumidor não difere de nenhum outro autor em juízo”.⁸³

Portanto, a decisão mediante a qual for determinada a inversão do ônus da prova deverá ser necessariamente motivada⁸⁴ e, conseqüentemente, recorrível, sendo cabível o recurso de agravo de instrumento.

3.3.8. A distinção entre inversão do ônus da prova e inversão do ônus econômico

Uma questão de grande relevância no que se refere à inversão do ônus da prova, expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor, é sua relação com a responsabilidade pelo pagamento das despesas e encargos processuais.

Sabe-se que o adiantamento das despesas dos atos processuais deve ser efetuado antes da realização do ato ou da produção da prova - dependendo do caso -, pela parte que a requereu, à quem incumbe a “responsabilidade provisória pelas despesas processuais”⁸⁵.

Entretanto, não se pode admitir que a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inciso VIII, Código de Defesa do Consumidor represente exceção às regras gerais estabelecidas no Código de Processo Civil, pois o ônus da prova não pode ser confundida com o ônus financeiro para a realização dos atos processuais.

Assim sendo, afigura-se necessária a distinção entre os institutos da inversão do ônus da prova e do ônus econômico de produção dos atos processuais.

Com efeito, nota-se que a inversão do ônus da prova consiste na facilitação da defesa do consumidor hipossuficiente e que, conseqüentemente, não possui os meios

⁸³ Op. Cit., p. 37.

⁸⁴ Barbosa Moreira, Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil, in Temas de Direito Processual, 3ª série, p. 4.

⁸⁵ SANTOS, Moacir Amaral,. Op. cit., p. 300.

necessários para a produção das provas hábeis a demonstrar os fatos constitutivos do direito alegado. Já o ônus econômico implica em regra processual atinente ao ônus do pagamento dos honorários periciais.⁸⁶

Portanto, nota-se que as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor constituem exceção ao art. 333, do Código de Processo Civil, que trata do ônus da prova, e não das regras do art. 19 e seguintes do mesmo diploma legal, que se referem ao ônus econômico advindo da realização dos atos do processo.

Nesse ponto, pertinente trazer-se à colação trecho do acórdão nº 311096-9, proferido pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, relatado pela Juíza Maria Elza, que assim se manifestou:

"Determinada a inversão do ônus da prova, deve-se esclarecer que esta inversão não impõe à instituição financeira o encargo de custear a perícia requerida pela consumidora, pois não se confunde o ônus da prova (obrigação processual de provar os fatos alegados) com os ônus da realização da prova (adiantamento das despesas processuais e honorários do perito) a cargo de quem a requereu. Justifica-se tal entendimento na medida em que cabe à instituição financeira, invertido o ônus probatório, a escolha das provas que pretende produzir, não se lhe podendo obrigar a custear perícia requerida pelo consumidor."

Portanto, depreende-se que a inversão do ônus da prova não implica no adiantamento das despesas com as verbas periciais, que devem ser arcadas pela parte que requereu a produção dessa prova, não sendo lícito transferir ao réu a prova dos fatos constitutivos do direito do autor, em razão do disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil⁸⁷.

É neste sentido a lição do eminente jurista Carlos Roberto Barbosa Moreira⁸⁸, senão vejamos:

⁸⁶ Neste sentido, veja-se os seguintes julgados: (TJPR, Agravo de Instrumento 102622-6, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Ulysses Lopes, Julgamento 10/05/2001) (TA, os acórdãos nºs 13468, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Cunha Sobrinho e 12024, 2ª Câmara Cível, Rel. Juiz Pugliese) (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, os acórdãos nºs 129458 e 131628, 2ª Turma Cível, Rel. Des. Getúlio Moraes de Oliveira e 133720, 5ª Turma Cível, Rel. Des. Dácio Vieira).

⁸⁷ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁸⁸ Op. cit., p. 144.

“Embora não comungue do entendimento segundo o qual a hipossuficiência equivaleria à mera ausência de recursos financeiros, não posso deixar de reconhecer que, em muitos casos, configurada a condição de ‘juridicamente necessitado’, estará caracterizada, de igual modo, a situação de hipossuficiência. Isso ocorrerá sempre que, deferido o benefício da gratuidade, a realização da prova depender, todavia, de gastos com os quais a parte não possa arcar e que não estejam cobertos pela isenção”

Desta forma, regra geral, aplica-se o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, em se tratando do ônus da prova. Somente excepcionalmente é que o juiz deve socorrer-se do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor⁸⁹, que é uma lei especial e prevê a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, desde que presentes os requisitos autorizadores para a concessão de tal benefício.

Porém, vale ressaltar que, ainda que o ônus da prova seja invertido em favor do consumidor, isso não implicará necessariamente na imposição ao fornecedor em arcar com o adiantamento das despesas processuais e/ou dos honorários do perito.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem entendido que a antecipação das despesas com a perícia deve ser arcada por aquele que requereu a prova, pois a inversão do ônus da prova não há que ser confundida com a inversão do ônus econômico.

Neste sentido, traz-se à colação julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, senão vejamos:

Processo civil. Prova pericial. Honorários do perito. Antecipação. Ônus do pagamento que não se confunde com o ônus da prova. Código de Defesa do Consumidor. Inversão. Descabimento. CPC, arts. 19 e 33. CDC, art.6º, inc. VIII. Recurso improvido, por maioria. O ônus do pagamento e antecipação dos honorários periciais não se confunde com o ônus da prova, e não se inverte nos termos do art.6º, VIII, do CDC, cabendo à parte que requer a perícia ou ao autor se determinado ofício, a teor dos arts. 19 e 33 do CPC.⁹⁰

Agravo de Instrumento. Ação monitória. Contrato bancário. Prova pericial. Inversão do ônus da prova. Adiantamento de honorários do perito. Decisão reformada. Recurso provido. Embora sejam aplicáveis à espécie as regras do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova é questão a ser apreciada por ocasião do julgamento do mérito, não podendo servir de

⁸⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 114978-4. Relator: Cordeiro Cleve. Julgamento 12.dez.01. Disponível no site <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em 12.05.03.

escusas para desobrigar a parte de efetuar o depósito de despesas de perícia por si requerida.⁹¹

Entretanto, faz-se necessário mencionar o entendimento defendido por Kazuo Watanabe⁹², em sentido contrário, ao afirmar que:

“Ocorrendo, assim, situação de manifesta posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor, de que decorra a conclusão de que é muito mais fácil ao fornecedor provar a sua alegação, poderá o juiz proceder à inversão do ônus da prova.

Nas hipóteses em que inexistir esse flagrante desequilíbrio, nas posições do fornecedor e do consumidor, tem aplicação apenas a primeira situação (verossimilhança) prevista no dispositivo em estudo. Sendo o consumidor, em tais situações economicamente hipossuficiente, será ele dispensado dos gastos com a prova.”

No mesmo sentido, manifestou-se a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em recente julgado, determinando a inversão do ônus da prova, bem como a antecipação dos encargos financeiros por parte da instituição financeira, senão vejamos:

“Agravo de Instrumento. Ação Ordinária - Contrato bancário - Inversão do ônus da prova - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII). Honorários periciais - Antecipação do depósito - Responsabilidade que recai sobre o réu-fornecedor. Decisão mantida. Agravo não provido. 1. As instituições financeiras devem observância ao Código de Defesa do Consumidor, como já é assente na jurisprudência, porque nas relações bancárias, onde há difusa utilização de contratos de massa, exsurge com mais ênfase a desigualdade de forças e a vulnerabilidade do consumidor. 2. Mostrando-se necessária a realização da prova pericial com antecipação dos honorários do “expert”, nada impede que o juiz determine a inversão do ônus da prova, à luz das normas cogentes e publicísticas introduzidas pela Lei nº 8.078/90 (Art. 6º, VIII). Esta inversão é sempre possível quando os fatos apresentados pelo consumidor, por força do princípio da isonomia, forem considerados verossímeis ou quando este for considerado hipossuficiente pelo juiz, em subsunção segundo as regras ordinárias de experiência (CDC, art. 6º, VIII). Neste caso, pode o juiz ordenar que a parte ré, sobre quem é redistribuído o ônus da prova, responda pela antecipação dos encargos financeiros respectivos. Ao final, se perder a demanda, será o consumidor

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 105779200. Relator: Ramos Braga. Julgamento 24.dez.02. Disponível no site <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em 12.05.03.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e FINK, Daniel Roberto *et al.* Op. cit., p.714.

condenado na devolução do que tiver sido pago a título de honorários periciais pelo fornecedor.”⁹³

No entanto, evidencia-se que a inversão do ônus econômico em desfavor do fornecedor implicaria na interpretação errônea da hipossuficiência como sendo sinônimo de hipossuficiência econômica, o que, obviamente, não foi a intenção do legislador.

Com efeito, cumpre asseverar que, caso seja o consumidor economicamente hipossuficiente, poderá valer-se da Lei nº 1.060/50, mediante o pleito de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, que é uma exceção às regras referentes ao ônus financeiro de realização dos atos probatórios, e poderá ser requerida a qualquer momento⁹⁴.

Outrossim, por se tratar de regra de julgamento, o instituto da inversão consiste na imputação de conseqüências desfavoráveis àquele que tinha o dever do ônus da prova e dele não se desincumbiu.

No entanto, exemplificativamente, em uma ação revisional de contrato em que o consumidor requereu a produção de perícia contábil, a não realização da prova em razão de não ter sido depositado previamente o valor dos honorários do perito não implicará em qualquer prejuízo para o consumidor, pois o próprio banco é que arcará com o risco da prova frustrada.

Ademais, depreende-se que a inversão do ônus da prova não se trata de encargo pela realização da prova, devendo aquele que a requereu arcar com o adiantamento das despesas para sua produção, nos termos dos artigos 19 e 33, do Código de Processo Civil, que assim dispõem:

Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 131116800. Relator: Ivan Bortoleto. Julgamento 31.mar.03. Disponível no site <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em 15.05.03.

⁹⁴ RT 683/131.

pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.

Desta forma, o critério para concessão do ônus da prova não deve ser o econômico, fundado na desigualdade porventura existente entre as partes, pois o juiz deve aferir se os pressupostos autorizadores para a sua concessão efetivamente afiguram-se ou não presentes⁹⁵.

Não fosse assim, bastaria ao consumidor alegar sua hipossuficiência para que a instituição bancária ficasse encarregada de suportar o pagamento das despesas para a produção da prova, o que afrontaria evidentemente o princípio da isonomia.

Portanto, vale ressaltar que a intenção do Código de Defesa do Consumidor ao prever a inversão do ônus da prova não foi a de beneficiar apenas e tão somente o consumidor pobre, mas todos os consumidores considerados como sujeitos vulneráveis na relação de consumo.

Por fim, torna-se evidente que a inversão do ônus da prova não visa possibilitar que o consumidor tenha o direito de atuar no processo respaldado em meras e infundadas alegações, impondo-se ao fornecedor o ônus de provar o inverso. Ao contrário, criou-se a possibilidade, se preciso for, do fornecedor ter o ônus da prova contra si invertido, em favor do consumidor, desde que presentes os requisitos autorizadores para sua concessão (verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor).

⁹⁵ GIDI, Antonio. Op. cit., p. 35.

CONCLUSÃO

Analisando-se a questão da constitucionalização de alguns institutos do direito privado, especialmente no que se refere às contratações em massa, advindas na nova realidade social vigente, visando a satisfação dos anseios de uma sociedade eminentemente capitalista como a atual, fez-se necessária a tutela do direito de consumo, a fim de proteger os direitos do consumidor, considerado a parte mais fraca nas relações de consumo.

Desta forma, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 representa um verdadeiro marco histórico ao direito de consumo, em razão da adoção de princípios e garantias assecuratórios da adequação da nova realidade contratual vigente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios e garantias constitucionais protetivos dos contratos envolvendo relação de consumo, visando o equilíbrio entre as partes contratantes, mediante a proteção do consumidor, aliada à previsão expressa de codificação do direito de consumo, culminou com a promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Ocorre que, o Código de Defesa do Consumidor, ao mesmo tempo em que se caracterizou como sendo uma grande inovação legislativa, trouxe também ampla discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito de alguns institutos até então inexistentes no direito brasileiro.

Inicialmente, pode-se mencionar a caracterização dos conceitos de consumidor e fornecedor, bem como do equiparado a consumidor, como sendo bastante polêmica para que se admita a incidência dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor *ex vi* arts. 2º, 3º, 17 e 29).

No entanto, a despeito da conceituação expressa dos conceitos anteriormente referidos, torna-se medida imperativa a análise minuciosa de cada um dos requisitos inseridos no texto legal para que se possam caracterizá-los como presentes no caso concreto.

Em relação à caracterização das figuras do consumidor e do fornecedor, remanesce intensa discussão doutrinária a respeito do assunto em se tratando de contratos bancários.

Com efeito, por se tratar de hipótese de previsão legal, parece não restar qualquer dúvida de que o cliente das instituições bancárias enquadra-se no conceito de consumidor, desde que se utilize dos serviços e produtos que lhe foram disponibilizados pelo banco na qualidade de destinatário final. Se isso ocorrer, evidencia-se como sendo perfeitamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários.

Entretanto, em que pese o posicionamento de Arnoldo Wald no que se refere ao enquadramento dos bancos no conceito de fornecedor, conforme amplamente demonstrado, isso é possível, implicando na sujeição dos mesmos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Portanto, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado aos contratos bancários, desde que as partes contratantes se enquadrem nos conceitos de consumidor e de fornecedor, trazidos no referido diploma legal e de acordo com as particularidades do caso concreto.

Neste sentido, vale ressaltar que a atividade bancária está expressamente prevista como sendo objeto das relações de consumo, conforme pode ser extraído do § 2º, do art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor, muito embora isso seja insuficiente para que seja determinada a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, fazendo-se necessário o enquadramento do consumidor como destinatário final da atividade bancária (produtos ou serviços).

Assim sendo, afigurando-se aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, e uma vez atendidas as exigências legais necessárias para a sua efetiva aplicação a esta espécie de contrato, evidencia-se que a adoção deste entendimento estará em perfeita consonância com o princípio da isonomia, visando melhor atender a desigualdade existente entre as partes, bem como garantir a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana em detrimento da legislação bancária, anterior à promulgação da Lei nº 8.078/90, cujo cunho é eminentemente patrimonialista.

Já no que se refere à possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, tal medida afigura-se plenamente aplicável aos contratos bancários, desde que preenchidos os requisitos da verossimilhança das alegações do consumidor, bem

como de sua hipossuficiência, os quais estão expressamente previstos no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

E, diante da discussão acerca da necessidade ou não da presença concomitante de ambos os requisitos para que se possa cogitar na aludida inversão do ônus da prova, o posicionamento mais acertado parece ser aquele que entende positivamente, pois o art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece a vulnerabilidade do consumidor como regra geral.

Com efeito, nota-se que o entendimento em sentido contrário implica em verdadeira afronta ao princípio da isonomia em desfavor do consumidor, contra quem sempre incidiriam os efeitos de uma medida extrema como a inversão do ônus da prova de forma infundada, contrariando, também, o princípio da motivação das decisões judiciais (*ex vi* art. 93, inciso X, da Constituição Federal).

Ademais, vale ressaltar que a regra geral insculpida no art. 333, do Código de Processo civil determina que o ônus da prova é do autor, a quem incumbe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito. Portanto, apenas excepcionalmente, e desde que preenchidos os requisitos autorizadores para sua concessão, é que o juiz deve determinara a inversão do ônus da prova.

No que se refere ao momento em que o magistrado deve fazê-lo, conclui-se que o mais adequado é o da prolação da sentença, por se tratar de regra de julgamento.

Outrossim, é exatamente neste momento que o julgador dispõe de todos os elementos necessários para manifestar-se fundamentadamente a respeito da possibilidade ou não de inversão do ônus da prova. E, constatando a presença dos requisitos da hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança de suas alegações, deverá determinar obrigatoriamente a inversão, que, vale ressaltar, é regra de juízo.

Finalmente, nota-se que não há que se confundir a inversão do ônus da prova com a inversão do ônus econômico, pois aquela constitui exceção à regra do art. 333, do Código de Processo Civil, ao passo que esta consiste em ressalva ao preceito contido no ar. 19, do mesmo diploma legal.

Portanto, em que pese o entendimento em sentido contrário, parece que a determinação de adiantamento das despesas e encargos processuais fundada no

critério econômico não reflete a verdadeira intenção do legislador, pois o consumidor hipossuficiente economicamente está amplamente amparado pela Lei nº 1.060/510, podendo socorrer-se dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Deste modo, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, nem tampouco de repassar a falsa idéia de definitividade quanto às considerações tecidas, conclui-se que o presente trabalho com a certeza de que a inversão do ônus da prova é perfeitamente aplicável aos contratos bancários, desde que preenchidos os requisitos autorizadores para sua concessão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CALDAS, Andressa. Direito do Consumidor: Exigência do Capitalismo ou Transformação Social? Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, V. 32, 1999, p. 109-115.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito de Concorrência e Direito do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, V. 34, p. 79-87.
- EFING, Antônio Carlos. Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
- WALD, Arnold. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. RT 666, São Paulo, p. 7-17.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor, Revista de Direito do Consumidor; São Paulo, RT, V. 18, p. 125-132.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e FINK, Daniel Roberto *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, Revista de Direito do Consumidor, V. 22, p. 134-153.
- GAULIA, Cristina Tereza. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, V. 40, p. 76/92.
- CALDEIRA, Mirella D'Ángelo. Inversão do ônus da prova. Revista de Direito do Consumidor, V. 38, p. 166-180.
- GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. Direito do Consumidor, V. 13.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Direito do Consumidor, V. 18, p. 125-132.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, Janeiro/2003, RT 807, p. 56-81.
- NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. "Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova", Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Ed. RT, abril-junho 1994, V. 10, p. 48-87.
- MARQUES, Mauro Pinto. Ônus da prova. Um enfoque diferente. Revista de Direito do Consumidor, V. 22, p. 150-153.

- MENDONÇA, J.X. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, V. 7, 3ª Parte, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947.
- MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais, Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 7ª ed. rev. e atual. Por Carlos Henrique Abrão, São Paulo, Saraiva, 2001.
- FILHO, Sergio Cavalleri. Programa de Responsabilidade Civil. 1ª ed., São Paulo, Malheiros.
- CASADO, Marcio Mello. Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, Biblioteca de Direito do Consumidor, V. 15.
- JUNIOR, Nelson Nery. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 5ª ed., Forense Universitária.
- _____. Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor, atualizado até 15.03.2002, 6ª ed. rev., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 2ª ed., São Paulo, Editora RT, 1995.
- COELHO, Fabio Ulhoa. Manual de Direito Comercial, 14ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil e alterações da LSA, e ampl. Com estudo sobre comércio eletrônico, São Paulo, Saraiva, 2003.
- BARBOSA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual, Saraiva, 1988.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no civil e comercial. Vol V, 3ª ed. correta e atual. São Paulo: Max Limonad, 1968.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, RT 807, janeiro/2003, p. 72.