

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

FILHO, Luis Henrique do Nascimento¹
FERREIRA, Leonardo Aparecido²
SPERANDIO, Natália Elvira³
LASMAR, Érika Tayer⁴

Resumo: O presente artigo tem por finalidade analisar a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, além de demonstrar a importância da matéria como meio de promover maior facilidade na produção da prova, aproximando o Juiz da verdade real dos fatos, assim preferir a sentença, regido pelo princípio da igualdade. Para alcançar este propósito, foi analisada a relação consumerista e o conceito de prova, assim como, a maneira que ocorre a inversão do ônus da prova, dentro das disposições do CDC como direito básico do consumidor. Além disso, demonstrar os critérios para a sua concessão, isto é: a hipossuficiência do consumidor, a verossimilhança de suas alegações cumulativamente, e o momento processual adequado para a decretação da inversão.

Palavras chave: Inversão do ônus da prova. Consumidor. Hipossuficiência. Direito do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

A estrutura jurídica brasileira sofreu enormes e profundas alterações com a edição da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, sendo popularmente conhecido como o Código de Defesa do Consumidor. Com a pretensão de proteger a parte vulnerável da relação de consumo, ou seja, o consumidor. A peleja pela proteção do direito do consumidor faz parte de um dos preceitos do rol dos Direitos Humanos, pois, a segurança, a qualidade de vida, e a saúde física e mental do homem é o fim a serem alcançados.

¹ Graduando em Direito pelo Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo Neves e Graduando em Zootecnia pela Universidade Federal de São João Del Rei – email: luisikinho@gmail.com

² Graduando em Direito pelo Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo Neves – email: leonardolombardi@mgconecta.com.br

³ Doutora em Estudos Linguísticos (Linguística Aplicada, linha linguagem e tecnologia) pela Universidade Federal de Minas Gerais. Possui graduação em Letras (Licenciatura em língua portuguesa e suas respectivas literaturas) pela Universidade Federal de São João Del Rei (2007), mestrado em Letras (Área de concentração: Teoria Literária e Crítica da Cultura - Linha de Pesquisa: Discurso e Representação Social) por essa mesma universidade. Professora do Instituto Presidente Tancredo Neves -UNIPTAN e revisora do periódico Saberes Interdisciplinares.

⁴ Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Pouso Alegre. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Lavras. Graduada em Jornalismo pelo Centro Universitário de Belo Horizonte.

O Estado deve prover e garantir os meios para que seja realizado um processo justo, cumprindo assim, o princípio da igualdade. Desta forma, assegurando que os direitos do indivíduo e da coletividade se tornem efetivo, no caso concreto, com a inversão do ônus probatório. Entretanto, para que ocorra essa inversão é preciso preencher vários requisitos e características.

Sendo assim, constitui objetivo central deste trabalho examinar a situação da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor, suas características e pressupostos, como também evolução histórica e o motivo pelo qual ainda restam controvérsias acerca deste Instituto.

A metodologia a ser utilizada consiste na pesquisa através de fontes primárias e secundárias, encontradas em: doutrinas, artigos científicos, estatutos, jurisprudência, periódicos, sites jurídicos, legislação interpretada e revistas.

A inversão do ônus da prova não deve ser indiscriminadamente aplicada a todos os casos envolvendo relações de consumo, mas somente em benefício dos consumidores que preencherem, cumulativamente, os requisitos legais previstos no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, quais seja, verossimilhança do alegado e hipossuficiência do consumidor.

No primeiro momento, pretendemos descrever o contexto histórico do Direito do Consumidor. No segundo instante, serão expostos os principais conceitos, passando para os princípios consumeristas aplicáveis à inversão do ônus da prova. Em seguida, o presente trabalho abordará as teorias sobre o ônus da prova. Por último, será analisada a aplicação da inversão do ônus da prova a partir do Código de Defesa do Consumidor.

De se destacar, por fim, que a presente pesquisa se destina a demonstrar a realidade da sociedade brasileira, no que se refere à concretização e à proteção dos direitos dos consumidores, a fim de se evidenciar a aplicabilidade e a eficiência de determinados direitos, devido à falta de conscientização quanto a aplicação e proteção eficiente dos dispositivos positivados que possibilitem uma sociedade livre, justa e equilibrada

2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A peleja pela proteção do direito do consumidor faz parte de um dos preceitos do rol dos Direitos Humanos, pois a segurança, a qualidade de vida, e a saúde física e mental do homem é o fim a ser alcançado.

O Estado deve prover e garantir os meios para que seja realizado um processo justo, cumprindo assim o princípio da igualdade e assegurando que os direitos do indivíduo e da coletividade se tornem efetivo.

Assim, a pesquisa dedica-se ao tema “Inversão do ônus da prova nas relações de consumo”. Partindo da premissa que é um dos temas mais polêmicos atualmente em relação ao Direito do consumidor, a distribuição do ônus probatório tem merecido grande análise dos grandes estudiosos do direito, sempre provocando polêmicos debates diante da dificuldade de uma melhor forma para se efetivar e aplicar a inversão do ônus da prova em cada caso concreto.

Estabelece o art. 6º, VIII, do CDC que,

Constitui direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos seus direitos em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. (BRASIL, 2004, p. 568).

Primeiramente, deve-se demarcar o instituto em análise. Que fatores provocam a inversão do ônus da prova nas relações de consumo e quais as suas características no Direito brasileiro? A Constituição Federal prevê o princípio da isonomia, que é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. A inversão do ônus da prova é uma aplicação direta deste princípio além do mesmo ser um dos alicerces do CDC. Assim, a pretensão é justificar essa inversão no CDC, analisando e explicando seus pressupostos, chegando até sua aplicação.

Este estudo trabalha com a hipótese de que a inversão do ônus da prova, não basta ao réu fazer oposição aos fatos apenas alegados pela parte contrária. Mas tem o encargo, como motivo de seu próprio interesse, de produzir provas de que aqueles fatos alegados pelo autor não ocorreram ou então, os admitindo que não ocasionasse as consequências afirmadas da

petição inicial ou, ainda, apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daqueles que integram da causa pretendida descrita na petição inicial, equilibrando assim, a relação entre consumidor e fornecedor.

Sendo assim, constitui objetivo deste trabalho examinar a situação da inversão do ônus prova no Direito do Consumidor, como também sua evolução histórica e o motivo pelo qual ainda restam controvérsias acerca deste instituto.

O surgimento do movimento que protegia os consumidores tem várias passagens pela história. Iniciou-se no antigo Egito, onde as pessoas começaram a pintar o próprio corpo por questões de saúde, estéticas e religiosas. Já nessa época havia uma competição entre os fabricantes de tinta, brigando para conseguir o maior número de consumidores.

No Código de Hamurabi, já existia a proteção ao consumidor, onde o rei determinou que se o pedreiro edificar uma casa para um consumidor, mas não a fortificar e a casa vier a cair e a matar o seu dono, esse pedreiro deveria ser morto. Dessa maneira, já se notava a presença da chamada responsabilidade objetiva, ou seja, a reparação de danos causados ao consumidor por defeitos vindos de projetos ou mesmo da construção. Na idade média também surgiu essa preocupação com a qualidade do produto, onde o fabricante de escudos e espadas recebia exigências cada vez maiores dos guerreiros da época.

No momento mais recente da história, pode-se dizer que os primeiros movimentos consumeristas originaram-se nos Estados Unidos no final do século XIX, com a criação de leis reprimindo fraudes praticadas no comércio, combinação de preços e monopólio. Mais tarde, surgiu o Consumers Union, tornando-se o maior órgão com a finalidade de proteção aos consumidores no mundo. No dia 15 de março de 1962 o presidente Kennedy emitiu uma mensagem ao Congresso Americano, tornando-se então um grande marco do que hoje chamamos de consumerismo. A mensagem do presidente reconhecia que *“consumidores somos todos nós”*, já que em todo o momento praticamos um grande número de relações de consumo. Kennedy dizia, que os consumidores seriam o maior grupo da economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas.

No Brasil, o movimento consumerista se deu de forma diversa de outros países. No restante do mundo surgiram entidades privadas de proteção ao consumidor, com exceção do México e do Brasil onde o estado tomou para si o

dever de proteger os direitos dos consumidores. Já nas décadas de 70 e 80, são criadas várias associações nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, todas elas com o objetivo central de proteger os direitos dos consumidores. Surgiu a Avermes- Associação das vítimas dos erros médicos, Unacon- União Nacional dos Consorciados dentre outras, todas essas associações têm alicerces na Constituição de 1988, conforme disposto no artigo 5º inciso XVII e XVIII, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Este Código trouxe grandes inovações para o universo jurídico, estabelecendo conceito de consumidor, fornecedor, produto e serviço e, assegurou os direitos básicos do consumidor como proteção contra publicidade enganosa e abusiva, direito à informação clara e adequada, proteção da vida, saúde e segurança.

A relação de consumo é formada por consumidor e fornecedor que iniciam os laços através da comercialização de produtos ou serviços. Destarte, para que se possa entender a relação jurídica de consumo, é fundamental a compreensão do que é consumidor, fornecedor, produtos e serviços.

Um dos conceitos mais controversos do Direito do consumidor, sem dúvida é o de consumidor, como aponta Benjamin (1988, p. 67), que traz essa definição:

Estabelecerá a dimensão da comunidade ou grupo a ser tutelado e, por esta via, os limites da aplicabilidade do Direito Especial. Conceituar o consumidor, em resumo, é analisar o sujeito da relação jurídica de consumo tutelada pelo Direito do Consumidor.

Com relação ao conceito de consumidor, Marques se posiciona (2002, p. 252):

Um dos temas mais controversos dessa seara jurídica, considerado por muitos, o vértice de todo o sistema de proteção consumerista, é o próprio conceito de consumidor. Para a maioria dos doutrinadores, o conceito de consumidor está disciplinado de quatro formas no CDC: no art. 2º, caput, também classificado como conceito geral de consumidor, no art. 2º, parágrafo único, o chamado consumidor equiparado, no art. 17, as vítimas do acidente de consumo, ou bystander, adjetivo proveniente do direito americano, e no art. 29, o mais amplo conceito de consumidor que abrange todas aquelas pessoas expostas às práticas abusivas. Dentre os quatro conceitos acima mencionados, aquele que mais gera divergência é o que consta do art. 2º, caput, o consumidor strictu sensu.

O CDC define em seu art. 2º, caput: "consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (BRASIL, 2004 p.15).

Oliveira (2008, p. 110) explica:

O art. 2º, caput, dispõe que "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Várias correntes surgiram para tentar explicar o alcance desse dispositivo de lei, principalmente com relação à expressão "destinatário final", sendo que duas delas se destacaram: a corrente finalista e a corrente maximalista.

Grande parte dos autores nacionais entende que o legislador brasileiro optou por uma noção objetiva de consumidor. Isso porque na definição legal, a aquisição ou utilização do bem como destinatário final é, a princípio, a única característica restritiva. Porém, há três correntes - os maximalistas e os finalistas que interpretam diferentemente o conceito e recentemente a finalista mitigada que é um abrandamento do finalista.

Para os maximalistas, o destinatário final do produto é o que retira do mercado, o utiliza e consome. Por essa razão, a descrição do caput do art. 2º do Código de defesa do consumidor deve ser decifrada o mais extensivamente possível para que as suas regras possam servir cada vez mais às relações de mercado. Como a definição de consumidor do CDC é totalmente objetiva, não importando, contudo, se a pessoa física ou jurídica tem ou não o objetivo do lucro quando adquire um determinado produto ou utiliza um serviço.

Para os finalistas, o entendimento sobre destinatário final é o destinatário econômico e fático do serviço ou bem, não satisfazendo retirá-lo da cadeia de produção, mas é necessário utilizá-lo para si e/ou para outra pessoa. Para essa corrente do consumerismo, a declaração de consumidor é o suporte que sustenta a tutela especial, uma vez que nas relações contratuais ele é a parte mais fraca, como afirma o art. 4º do Código de defesa do consumidor (MARQUES, 2008).

Na mesma linha de pensamento, Oliveira (2008, p. 110) define as diferenças entre a corrente maximalista e finalista:

Para a corrente maximalista, o destinatário final é apenas o destinatário fático, ou seja, aquele que retirou o produto da cadeia de fornecimento. É considerada uma noção objetiva de consumidor, pois o que interessa é o objeto da relação. Para os defensores desta corrente, a destinação dada ao produto é irrelevante, é um posicionamento mais abrangente, aceitam, inclusive, a relação de consumo entre dois profissionais. Na opinião dos maximalistas, o código é um código de consumo, logo, disciplina qualquer relação de consumo. Lado outro, os adeptos da corrente finalista afirmam ser o destinatário final aquele que retira o produto do mercado e dá a ele uma destinação final de uso, isto é, o consome na cadeia produtiva. É uma noção subjetiva de consumidor, pois aqui o sujeito da relação é fundamental, enquadra-se nesta definição o destinatário fático e econômico da cadeia, ou seja, o produto é consumido para uso próprio e não é destinado a qualquer outro beneficiamento posterior. A teoria finalista pura retira do conceito de consumidor a relação existente entre dois profissionais.

Finalmente, a teoria finalista mitigada que atenua a teoria finalista, prevendo em caso concreto e havendo vulnerabilidade, reconhece a pessoa jurídica como consumidora, sendo a vulnerabilidade o ponto chave para esse reconhecimento. Carpena (2004, p.182), destaca que o princípio da vulnerabilidade “ilumina” o conceito de consumidor e assim define o âmbito de aplicação das normas do código.

Acerca da teoria finalista mitigada, faz-se pertinente trazer o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - PESSOA JURÍDICA - APLICAÇÃO CDC - POSSIBILIDADE - **TEORIA FINALISTA MITIGADA** - DOMICÍLIO - CONSUMIDOR. Nos termos do art. 2º da Lei 8.078 /90, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, tendo prevalecido na jurisprudência a adoção da **teoria finalista mitigada**, a qual estabelece que a relação de consumo decorre da vulnerabilidade de uma das partes e não em função da pessoa ser física ou jurídica. Restando evidenciado nos autos a hipossuficiência da pessoa jurídica é de se aplicar das disposições consumeristas, mormente o art. 101 , I , do CDC , com vistas a facilitar o acesso a justiça e a defesa de seus direitos. Recurso provido. Processo AI 10024131092397001 MG Órgão Julgador Câmaras Cíveis / 9ª CÂMARA CÍVEL Publicação 01/07/2013 Julgamento 25 de Junho de 2013 Relator: Amorim Siqueira.

Embora não constituindo consumidor em sentido estrito, a lei prevê a proteção para pessoas que possam sofrer os efeitos oriundos das atividades dos fornecedores no mercado.

Essas pessoas ou mesmo grupos, podem intervir nas relações de consumo de forma a ocupar uma posição de vulnerabilidade, mesmo não satisfazendo as características de um consumidor.

Noutro pólo da relação contratual, encontra-se o fornecedor. O art. 3º caput do CDC define:

Fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 2011 p.32).

Preocupou-se instituir no código um conceito bastante extenso de fornecedor e nesse sentido são vários os comentários de juristas sobre tal tema.

Fornecedor é definido por Filomeno (2001, p. 43) “como um dos personagens principais da relação de consumo. Ao invés de utilizar-se de termos como industrial, comerciante, banqueiro, segurador, importador, ou então genericamente empresário, preferiu o legislador o termo fornecedor para tal desiderato”. Outrossim, o personagem principal das relações de consumo responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor.

Neste caminho, são considerados todos quantos proporcionem a oferta de serviços e produtos no mercado de consumo, de forma a atender às necessidades dos consumidores. O objeto mais importante na relação de consumo define-se por produto ou serviço. Sendo assim, pode-se afirmar que o produto é qualquer bem material ou imaterial, móvel ou imóvel que é adquirido pelo consumidor ou ainda, tudo aquilo que pode ser oferecido a um mercado para análise, obtenção, uso ou consumo e para satisfazer um anseio ou uma carência do consumidor.

No tocante ao serviço, pode-se conceituar como todo e qualquer trabalho prestado pelo fornecedor ao consumidor. Observa-se o que reza o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 3º no parágrafo 2º:

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 2011 p.32).

Percebe-se então, que ressalvadas as relações de trabalho, qualquer outro tipo de serviço que seja comercializado é de competência do Direito do Consumidor e deve ser regido segundo os seus preceitos.

Como todo ramo do Direito, o Direito do Consumidor segue os princípios elencados na Constituição Federal de 1988 e para norteá-la, assim é necessário, saber o significado de princípio, haja vista, toda ciência desenvolve a sua estrutura a partir deles.

No entendimento de Mello (2004, p. 451):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Assim, princípio expressa preceitos, norma de conduta máxima, código de boa conduta no qual se dirigem as ações e a vida de uma pessoa. A doutrina dominante como, Filomeno, Mello, Ragazzi e Nery Junior, reconhece que princípio é a base das normas que regem uma sociedade.

No conjunto ordenado de disposições normativas para a defesa e proteção do consumidor na obtenção e utilização de produtos e serviços, também é unificado e regido através de princípios. Os princípios que orientam a inversão do ônus da prova no CDC são da boa-fé, vulnerabilidade e hipossuficiência.

O interesse social da segurança das relações jurídicas se traduz no princípio da boa-fé, segundo o qual as partes devem atuar com lealdade e confiança recíproca. A boa-fé em sentido amplo é o conceito essencialmente ético determinado pela consciência de não lesar outrem em seus direitos. Em sentido estrito, é a mesma consciência de não lesar outrem com suporte no erro ou ignorância.

Esse princípio está positivado nos artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação é implícita de cláusula geral de boa-fé. Como bem ensina Nery Júnior, no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (2001, p. 410):

O Código adotou, implicitamente, a cláusula geral de boa-fé, que deve reputar-se inserida e existente em todas as relações jurídicas de consumo, ainda que não inscrita expressamente no instrumento contratual. O princípio é praticamente universal e consta dos mais importantes sistemas legislativos ocidentais, em leis e normas de proteção do consumidor.

Enquanto o princípio da Vulnerabilidade ou Protecionista é expresso no artigo 4º, inciso I do CDC, e não satisfeito o legislador, no inciso II do mesmo artigo fala das ações governamentais no sentido de proteger o consumidor, bem como na Carta Magma, onde em seu art. 5º, inciso XXXII certificou essa vulnerabilidade, “que o Estado promoverá a defesa do consumidor”, não à toa que para vários juristas este princípio é tido como o principal norteador do CDC.

Da magnitude do assunto, Ragazzi (2005, p. 110), enfoca que “esse princípio é tido como um dos principais, se não o principal no estudo dos direitos do consumidor, o que explica a importância e extensão que ora toma corpo”.

O princípio citado origina-se da circunstância de que o consumidor não tem fiscalização sobre a produção de bens e a prestação de serviços. Fica à mercê do que lhe é oferecido pelo fornecedor, o qual estabelece o direcionamento da sua produção juntamente com a fixação dos preços dos produtos e serviços. Dessa forma, a vulnerabilidade do consumidor pode aparecer de vários fatores, como as práticas abusivas do fornecedor, oferecimento de produtos e serviços sem a observância dos princípios que regem as relações de consumo, a inserção de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, a falta de informações suficientes e adequadas sobre os produtos e serviços, dentre outros.

Acerca de vulnerabilidade, Filomeno (2001, p. 14):

Por vulnerabilidade, há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer do que diz respeito às chamadas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor ou ainda técnica.

Na verdade, não importa qual o fato que se origina a vulnerabilidade do consumidor, mas sim, que em razão dessa vulnerabilidade o consumidor precisa ser tutelado legalmente.

Efetivamente é do princípio da vulnerabilidade que decorrem os demais. Além disso, deve ser facilitado o acesso dos consumidores aos instrumentos de defesa em juízo, como forma de compatibilizar as necessidades dos consumidores com os interesses dos fornecedores.

A presença do Estado nas relações de consumo constitui uma consequência do princípio da vulnerabilidade do consumidor. Na hipótese de ocorrer essa vulnerabilidade, o Estado deve ser chamado para proteger o consumidor, que é a parte mais fraca da relação de consumo. Essa proteção pode ser efetivada tanto por meios legislativos, como judiciais ou administrativos, com o intuito de garantir o respeito aos interesses dos consumidores.

Já no princípio de hipossuficiência, o significado de tal princípio, no texto do preceito normativo do CDC não é econômico, mas sim técnico.

A vulnerabilidade é o princípio que afirma a fragilidade técnica econômica do consumidor. Mas, hipossuficiência para fins de possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício.

Ademais, como bem assevera Ragazzi, (2005, p. 116):

O consumidor adquire determinado produto sem ter acesso, e até mesmo interesse nas regras e técnicas de produção, mesmo porque a correria de um mundo globalizado, os afazeres do dia-a-dia profissional, não lhe permitem que a curiosidade por algo dessa monta lhe ocupe espaço e tempo. Por vezes o consumidor adquire um produto de forma eventual e, numa constante, desconhece os dados técnicos, como exposto nesta oportunidade. Assim, conclui o referido autor que, visando ao equilíbrio dessas relações consumeristas, o legislador, por princípio, considera o consumidor como hipossuficiente e busca atribuir-lhe meios que assegurem a sua proteção e defesa.

Como bem foi exemplificado, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais "pobre". Ou, em outras palavras, não é por ser "pobre" que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição do consumidor diz respeito ao direito material.

Não se pode deixar de evidenciar que, para os "pobres" na acepção jurídica do termo, existe a justiça gratuita, a qual permite ao beneficiário a isenção do pagamento das custas judiciais, o que não significa que ele está isento de provar o seu direito.

E o inverso é verdadeiro: existem consumidores economicamente poderosos, o que não implica a sua hipossuficiência técnica. Mesmo no caso de o consumidor ter grande capacidade econômica, a inversão do ônus da prova deve ser feita na constatação de sua hipossuficiência (técnica e de informação).

Antes de falar sobre o ônus da prova, necessário se faz entender o que seria este importante instituto jurídico: prova.

Acerca da prova, Francesco Carnelutti (2004, p. 268) ensina, "a prova é meio que proporciona ao avaliador uma percepção, mercê da qual pode adquirir o conhecimento do fato".

Nesse sentido, Gaio Júnior (2008, p. 234) explica:

O autor, ao ajuizar uma ação, comunica uma série de fatos que, de acordo com a sua avaliação, têm condições de justificar o seu direito e necessidade da intervenção judicial. O réu da mesma maneira, o faz quando apresenta a sua defesa, ressaltando fatos que, de algum modo, justificam, no seu entender, a sua resistência à pretensão do autor.

Se o processo é um conjunto de provas, a prova é meio de conhecimento do fato, um fato alegado sem prova é fato não existente, ressalvadas as exceções do artigo 373 do Código de Processo Civil, a prova se faz necessária para formar a convicção do julgador, dando luz ao Princípio do Livre Convencimento do Juiz.

O ônus da prova é tratado do artigo 373 do CPC, onde deve ser visto no sentido de encargo. Via de regra, o ônus recai sobre o autor que alega o fato e tem o dever de indicar prova na Petição Inicial, para que o réu exercendo o seu direito de defesa possa contestá-las. Porém, a exceção a esta regra é o inciso II deste artigo, onde o ônus recai sobre o réu quanto à existência de fato impeditivo, cabendo ao reclamado provar que algo o impediu de realizar determinada obrigação; modificativo, cabe ao réu provar que o objeto da obrigação foi modificado; e extintivo, fato que extingue a obrigação, exemplo: a prescrição.

Colocadas às circunstâncias que favorecem ao aparecimento do Direito do Consumidor e a noção sobre o ônus da prova volta-se à questão da inversão do ônus da prova enquanto maneira de tornar efetiva a tutela jurisdicional.

A inversão do ônus da prova é direito do consumidor e com isso não se pretende afirmar que sempre deve o juiz desobrigar o consumidor de provar ou então que, com a inversão, a procedência do pedido feito pelo consumidor seja automática. Ao contrário, existirá inversão se estiver presente uma das condições mencionadas, que ocasionará a dispensa da prova das alegações do consumidor.

O juiz deverá deixar quaisquer posturas tradicionais e se armar de sensibilidade para apurar fundamentalmente, sob pena de refutar-se a prestação jurisdicional à parte vulnerável.

Tanto o consumidor como o fornecedor, iniciada a instrução probatória, deve apresentar todas as provas possíveis para fundamentar suas pretensões ou embasar uma posição jurídica que seja favorável.

Se a insuficiência for constatada pela incerteza do material probatório oferecido, logo após a colheita de provas, o juiz irá determinar a realização de provas que entenda fundamentais para o esclarecimento de suas dúvidas, analisando a possibilidade de aplicação das regras de experiência.

Mesmo que o consumidor não ofereça nenhuma prova, o fornecedor poderá rechaçar a pretensão inicial, apresentar todas as provas pertinentes a fundamentar seus argumentos e ajudar a formar a convicção do julgador. Pela ausência de dúvidas, neste caso, não há que se falar em aplicação das regras de ônus da prova ou sua inversão.

Verossimilhança vem a ser um grau de convencimento elevado à possibilidade e inferior à probabilidade do caso. Pelo fato da lei ter vinculado a convicção da verossimilhança da alegação à prova inequívoca, é sinal de que a probabilidade identificada na verossimilhança não significa, de nenhuma forma, um grau mínimo da provável realidade da alegação. Na tutela antecipada, tem-se o oposto, o nível de probabilidade que decorre da prova inequívoca se não é, está muito próximo do máximo. O certo é que a antecipação da tutela exige probabilidade e esta há de ser intensa apta de induzir a absorção absoluta entre probabilidade e verossimilhança.

A verossimilhança da alegação não pode estar exclusivamente sustentada na interpretação de conceitos acerca da demanda tratada nem, tampouco, a busca de se encontrar solução para o caso pode tornar incerto o direito.

Se existir dúvidas e constatado que as afirmações do consumidor são verossímeis e que o fornecedor não fez as provas necessárias que as contrariasse ou as provas produzidas não rebateram a presunção, o juiz avaliará o nível de probabilidade dos fatos verossímeis não provados, podendo onerar o fornecedor pelo seu desinteresse em realizar a prova ou pela sua omissão, conferindo a ele a obrigação de provar que os fatos alegados pelo consumidor não ocorreram, por exemplo.

Se entender que as alegações do consumidor não são verossímeis, não deve o magistrado inverter as regras do ônus probatório, imputando, assim, as consequências de sua incerteza ao consumidor.

Quanto à conclusão idêntica no caso de constatação de hipossuficiência do consumidor, nos casos em que é impossível produzir as provas que fundamentam sua vontade, ainda que suas conclusões não sejam verossímeis. Não adiantaria garantir o acesso à Justiça se o demandante não dispõe de meios para produzir a prova. No transcurso do processo não existe momento

próprio para o juiz firmar o ônus da prova ou sua inversão (CDC 6°. VIII), porque não se trata de regra de procedimento.

A interpretação mais consentânea com a letra e com o espírito do texto legal é a que trata os requisitos da hipossuficiência e da verossimilhança como alternativos

Nesse sentido, Caldeira (1993, p. 166-367) acredita que “havendo uma das duas situações, estará o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.” Para se interpretar a conjunção alternativa como aditiva, cabe demonstrar que a inclusão da primeira no texto legal foi de todo equivocada. A conclusão pela necessária cumulatividade dos requisitos teria de ser precedida da comprovação de que a tradução literal seria ilógica. Além disso, a inversão do ônus da prova se verifica com fundamento isolado em cada uma das condições legais não acarreta ilogismo.

Parte dos doutrinadores como Junior e Nery Júnior, concluem que os requisitos são cumulativos, partindo da premissa equivocada de que uma alegação ou é verossímil (que pode ser verdadeira), ou é inverossímil (que não pode ser verdadeira).

Se uma alegação não pode ser reputada verossímil, então é porque essa alegação é inverossímil, e, portanto, não autoriza ou justifica a inversão do ônus da prova. Por consequência a hipossuficiência não seria condição bastante, para autorizar a inversão do ônus da prova, por não ser razoável presumir verdadeiro um fato inverossímil, ou seja, inacreditável.

Junior (1992, p. 1083-1084) ensina:

O CDC permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, sempre que for hipossuficiente, ou seja, verossímil sua alegação. Trata-se de aplicação do princípio constitucional da isonomia, pois o consumidor, como parte reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo (CDC 4.º I), tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que seja alcançada a igualdade real entre os partícipes da relação de consumo. Isonomia significa tratar igualmente iguais e desigualmente desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

De acordo com os defensores da cumulatividade dos requisitos, se a hipossuficiência deve vir acompanhada da verossimilhança da alegação, não existe como conceber, a inversão do ônus da prova com apoio na só verossimilhança da alegação, como fundamentos alternativos.

Com a idéia de que a verossimilhança é de intensidade variável (indo da frágil possibilidade até a forte probabilidade), chega a ser aceitável interpretar como alternativos os requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência.

A inversão do ônus da prova que é autorizada pela verossimilhança não é aquela combinada à simples possibilidade da alegação ser verdadeira, mas aquela que representa verdadeira probabilidade. É essa verossimilhança – a do provável – que se refere o art. 6º, VIII, do CDC. Contudo, a hipossuficiência, isoladamente, pode autorizar a inversão do ônus da prova, bastando que o fato não seja inverossímil.

Se o magistrado proferir antes da sentença, decisão invertendo o ônus da prova (CDC, art. 6º. VIII), não estará só por isso, prejudgando a causa. Contudo, o magistrado também pode já deliberar a inversão do ônus *probandi*. A inversão feita pelo magistrado, por ocasião do saneamento do processo, não representa por si só motivo de suspeição do juiz. Entretanto, à parte que teve o ônus da prova invertido contra si, quer nas circunstâncias aqui mencionadas, quer na sentença, momento adequado para assim proceder, não poderá alegar nenhum tipo de cerceamento de defesa, pois, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo. Com isso o fornecedor (CDC, art. 3º.) já sabe que tem de provar tudo o que estiver ao seu alcance e for de seu interesse. Não é pego de surpresa com a inversão na sentença.

Na sentença o juiz, somente vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da prova se o fato não se encontrar provado. Se o fato estiver provado, pelo princípio da aquisição processual, essa prova irá ser incorporada ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu. Somente quando não existir a prova é que o juiz deve investigar quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu.

A norma de distribuição do ônus da prova é regra de juízo e a chance de sua aplicação é o momento da sentença, após o magistrado ter analisado a qualidade da prova colhida, constatando se existem falhas na atividade probatória das partes que conduzem à incerteza.

O estabelecimento da sentença como limite para examinar a pertinência do emprego das regras do ônus da prova não conduz à ofensa do princípio da ampla defesa do fornecedor, que, hipoteticamente, seria surpreendido com a inversão.

O fornecedor tem ciência de que, em tese, serão invertidas às regras do ônus da prova de acordo com o art. 6.º, inc. VIII do CDC se o juiz considerar como verossímeis as alegações do consumidor ou se ele for hipossuficiente. Além disto, o fornecedor sabe que dispõe do material técnico sobre o produto e o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo e litigante eventual.

Todo e qualquer tipo de prova pode ser realizado pelo fornecedor, dentre aquelas autorizadas em lei, durante a instrução para afastar a pretensão do consumidor. Na sentença, o juiz somente vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da prova se o fato não se encontrar provado. Estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu. Somente quando não houver a prova é que o juiz deve analisar quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu.

O Estado tem a obrigação de garantir a efetividade do princípio da igualdade bem como garantir os meios para que os direitos dos indivíduos e de toda uma coletividade se tornem efetivos, por isso a necessidade de regras não ortodoxas como a inversão do ônus da prova previsto no CDC, onde proporciona uma igualdade processual, favorecendo, num caso concreto a parte mais vulnerável da relação de consumo, o consumidor.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o término do presente estudo, constatamos que o Código de Defesa do Consumidor, unido em um diploma especial de aplicação nas relações de consumo, conferiu dispositivos e regras também especiais no que diz respeito ao estudo e aplicação do instituto da prova.

Percebe-se que uma das regras mais importantes diz respeito à “inversão do ônus da prova”, a favor do consumidor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a justificativa ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Em relação à inversão do ônus da prova nas relações de consumo, constata-se que existem modernamente muita discussão e controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o instituto em questão, controvérsias estas

sedimentadas fundamentalmente no que se refere ao momento processual para a concessão da inversão do ônus da prova a favor do consumidor.

A inversão do ônus da prova não deve ser indiscriminadamente aplicada a todos os casos envolvendo relações de consumo, mas somente em benefício dos consumidores que preencherem, cumulativamente, os requisitos legais previstos no artigo 6º, inciso VIII do Código de defesa do consumidor, quais seja verossimilhança do alegado e hipossuficiência do consumidor, isso porque não adianta alegar que o consumidor é hipossuficiente já que o fato não tem presunção de verdade ou que exista a presunção, mas o consumidor não é hipossuficiente. Para os casos em que não forem preenchidos tais requisitos, a regra a ser aplicada é a geral de distribuição dos ônus probatórios prevista no artigo 373 do CPC. De acordo com o momento processual para a efetivação da inversão do ônus da prova temos que é na sentença, após todo o exame procedido com base nos autores estudados, nos posicionamos no sentido de que, como a inversão do ônus da prova caracteriza-se como exceção à regra geral, equilibrando demandante e demandado, a mesma não pode se apresentar como elemento surpresa contra o fornecedor nas causas envolvendo relações de consumo, uma vez que desde o início já se sabia das regras do jogo e da possibilidade da inversão no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do Consumidor**. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BRASIL. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. **Inversão do ônus da prova**. Revista do Consumidor, ano **1993**, n.38.

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 1947, p. 268. *apud* LEONARDO Rodrigo Xavier. **Imposição e Inversão do Ônus da Prova**, 2004.

CARPENA, Heloisa. **Afinal quem é o Consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do Princípio da Vulnerabilidade.** Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 19, jul/set.

_____. **Código brasileiro de defesa do consumidor** – Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Tutela Específica das Obrigações de Fazer.** Curitiba: Juruá, 2008.

_____. José Geraldo Brito, **Manual de direito do consumidor** / José Geraldo Brito Filomeno. – 12. Ed. – São Paulo : Atlas, 2014.

MARQUES. Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais.** 4ª edição, Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revistados Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Minas Gerais. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Cv : Processo AI 10024131092397001 MG** . Órgão Julgador Câmaras Cíveis / 9ª CÂMARA CÍVEL Publicação 01/07/2013 Julgamento 25 de Junho de 2013 Relator Amorim Siqueira Disponível em: < <https://tj.mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115771772/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024131092397001-mg> />. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** 5ª Ed., São Paulo: Forense Universitária, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor. 1992.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **A Figura do preposto na lei 9.099/95**. Revista Asa Palavra, Brumadinho, v. 9, jan/jul. 2008.

RAGAZZI, José Luiz. **A intervenção de terceiros nas lides individuais de Consumo**. São Paulo, 2005. Disponível em <https://sapien-tia.pucsp.br/bitstream/handle/7478/1/TESE_PRONTA_22_02.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.