

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

INVESTMENT OF PROOF IN THE COURT OF CONSUMER LAW

EDNILSON DONISETE MACHADO

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Professor. No UNIVEM é Coordenador do curso de graduação em Direito e Coordenador dos Programas Lato Sensu em Direito. Foi Procurador Seccional da União em Marília.

DANIELA FERREIRA DIAS BATISTA

Mestre o em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília. Especialização pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília. Professora. Coordenadora do Procon de Assis, Estado de São Paulo. Mediadora e conciliadora, certificada pela Escola Paulista da Magistratura e cadastrada no Conselho Nacional de Justiça.

GIOVANNA ROSSETTO MAGAROTO CAYRES

Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília. Membro do Grupo DIFUSO – UNIVEM. Membro do Grupo GP CERTOS - UENP. giovannacayres@hotmail.com.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

RESUMO

O presente artigo foi elaborado com o objetivo de propor reflexões sobre o momento processual adequado para a prolação da decisão de conceder ou não o direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova em seu favor, destacando a divergência da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto e a necessidade de uma orientação final e decisiva para evitar a insegurança jurídica e a delonga demasiada e injustificada dos processos consumeristas. A importância do tema é evidenciada na atual sociedade capitalista e consumista, onde o consumo de produtos e serviços se tornou sinônimo de bem-estar pessoal e social, assim a necessidade de efetivação das normas de consumo é de suma importância para combater os desequilíbrios nas relações de consumo. Os conceitos básicos para a caracterização da relação jurídica de consumo, bem como, os fundamentos do direito à inversão do ônus da prova no direito consumerista, também foram objeto da pesquisa. O estudo destaca a polêmica sobre o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova nas demandas judiciais de consumo e a questão do ativismo judicial. A divergência quanto ao momento processual acaba protelando a efetivação do direito a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, o que dificulta sua defesa e, conseqüentemente a materialização dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor; Vulnerabilidade do consumidor; Inversão do ônus da prova; Ativismo judicial.

ABSTRACT

This article was prepared with the purpose of proposing reflections on the appropriate procedural moment for the decision to grant or not the basic right of the consumer to the reversal of the burden of proof in their favor, highlighting the divergence of doctrine and jurisprudence on the subject and the need for final and

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

decisive guidance to avoid legal uncertainty and the excessive and unjustified deluge of consumerist processes. The importance of the theme is evident in the current capitalist and consumer society, where consumption of products and services has become synonymous with personal and social well-being, so the need to make consumer standards effective is of utmost importance in order to combat imbalances in relations consumption. The basic concepts for the characterization of the legal relation of consumption, as well as, the foundations of the right to the inversion of the burden of proof in the consumer right, were also object of the research. The study highlights the controversy about the appropriate procedural moment for the reversal of the burden of proof in consumer litigation and the issue of judicial activism. The divergence as to the procedural moment ends up delaying the effectiveness of the right to reverse the burden of proof in favor of the consumer, which makes it difficult to defend and, consequently, the materialization of the rights provided for in the Consumer Defense Code.

KEYWORDS: Consumer law; Vulnerability consumer; Reversal of burden of proof; judicial activism.

INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado com o objetivo de propor reflexões sobre o momento processual adequado para a prolação da decisão de conceder ou não o direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova em seu favor, destacando a divergência da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto e a necessidade de uma orientação final e decisiva para evitar a insegurança jurídica e a delonga demasiada e injustificada dos processos consumeristas.

A efetivação das normas de consumo é essencial a concretização do direito fundamental a dignidade humana, nos dias atuais são evidentes os efeitos que o

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

consumo de produtos e serviços provoca no indivíduo e no meio social em que este convive. A sociedade, de forma geral, rotula as pessoas de acordo com os bens que consomem, incluindo-as ou excluindo-as de sua convivência, e, muitas vezes, esse “rótulo” não condiz com a verdadeira realidade econômica e social do indivíduo.

Na sociedade consumista é pública e notória a inversão de valores, na qual é o produto ou o serviço que dita a existência social de uma pessoa; é o celular mais moderno, a roupa da moda ou de grife, o último modelo de carro, que vai determinar a inclusão do indivíduo na sociedade. Dessa forma, sua existência social e por consequência digna, acaba sendo atrelada aos seus bens de consumo e não ao seu valor moral ou ao seu valor como pessoa e como cidadão.

Com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990, surgiu no Brasil uma regulamentação expressa e específica da proteção e defesa do consumidor, que busca primordialmente atingir o equilíbrio nas relações de consumo. As normas consumeristas trazidas nesse estatuto legal são de ordem pública e interesse social, caracterizando os direitos do consumidor como indisponíveis e fazendo com que todo ato ou negócio jurídico contrário às previsões do código, seja considerado nulo de pleno direito, ou seja, sem validade ou efeito no mundo jurídico.

O direito do consumidor é de suma importância por combater os desequilíbrios nas relações de consumo para aquisição dos produtos e serviços considerados essenciais à condição de existência digna do ser humano, regulamentando principalmente a qualidade, as informações e a eficiência dos bens disponibilizados ao cidadão no mercado, como é o caso, por exemplo, dos alimentos, que são produtos vinculados diretamente à saúde do consumidor, à desnutrição e às doenças que podem ser causadas ou agravadas pela ingestão de produtos de má qualidade, sem a devida conservação ou ainda, de produtos com informações incorretas ou imprecisas.

Há a necessidade latente da efetivação das normas de consumo, buscando a conscientização da sociedade e equilíbrio na relação jurídica de consumo, sendo

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

assim, o direito à inversão do ônus da prova é garantia de facilitação ao acesso à justiça para a defesa dos direitos do consumidor.

2 CONCEITOS DE CONSUMIDOR E DE FORNECEDOR

A relação de consumo é definida legalmente com bastante precisão, como aquela que se forma entre, pelo menos, um fornecedor e um consumidor, tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços disponibilizados no mercado de consumo, devendo ser o consumidor destinatário final destes.

Conforme previsão expressa do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” É exatamente essa expressão “destinatário final” usada pelo legislador que nos remete às teorias que definem o consumidor a ser protegido pela lei consumerista.

A primeira teoria é a chamada **finalista** ou **subjativa** que, em suma, define o destinatário final como destinatário *fático e econômico* do produto ou serviço. Ou seja, o consumidor, nesse caso, é aquele que adquire o produto ou utiliza o serviço para satisfazer uma necessidade pessoal ou familiar, retirando-o definitivamente da cadeia de produção e distribuição de riquezas. Para essa teoria, o consumidor que adquire um produto para uso profissional, com intuito de angariar lucros, mesmo que indiretamente, não terá a proteção do CDC.

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção, cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. (BENJAMIN, 2010, p. 85).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Já a segunda corrente, chamada **maximalista ou objetiva**, defende que o destinatário final é aquele que retira o produto ou serviço do mercado e o utiliza, o consome, não importando se existe ou não a intenção de obter lucro; seria, por exemplo, o caso de uma escola que adquire aparelhos de ar-condicionado para suas salas de aula.

Sendo assim, para os “maximalistas”, será considerado consumidor a pessoa física ou jurídica, profissional ou não, independentemente do fim buscado por ele (o consumidor) ao adquirir o bem ou utilizar o serviço. O que importa na verdade é que não haja a comercialização direta do serviço ou a revenda do bem.

A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. (BENJAMIN, 2010, p. 85).

A jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça, para tentar resolver o conflito hermenêutico da doutrina, aplica a teoria finalista ou subjetiva, porém com certos abrandamentos, quando verificada a vulnerabilidade da pessoa jurídica ou da pessoa física profissional que adquiriu o produto ou utilizou o serviço, sem revendê-lo.

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. **Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a**

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. CDC - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido. (476428 SC 2002/0145624-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/04/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 09/05/2005 p. 390. Grifo nosso).

A jurisprudência majoritária entende que as normas consumeristas devem ser aplicadas nos casos de empresas ou profissionais liberais que sejam destinatários finais e que comprovem sua vulnerabilidade em relação ao fornecedor, para que assim, seja alcançado o verdadeiro sentido do CDC, que é buscar o equilíbrio na relação jurídica de consumo firmada entre as partes.

O consumidor também pode ser definido de forma coletiva como prevê o parágrafo único, do artigo 2º, do CDC: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Tal extensão conceitual revela a ampla dimensão do conceito de consumidor e destaca sua natureza de direito difuso e coletivo, permitindo-se à coletividade consumidora, seja um conjunto indeterminado de pessoas, seja um grupo, classe ou categoria determinada, abrigar-se da proteção do CDC.

Também se equiparam aos consumidores as vítimas do fato do produto ou do serviço objeto de uma relação de consumo, ou seja, as vítimas do evento chamado de acidente de consumo. Essa equiparação, que vem expressa no artigo 17, do CDC, autoriza terceiros, isto é, a acionar este pela responsabilidade civil pelas perdas e danos decorrentes de defeitos intrínsecos ou extrínsecos do produto ou serviço.

Conforme o artigo 29 do CDC, são também equiparadas ao consumidor as pessoas expostas às práticas comerciais previstas nos Capítulos V e VI, do Título I, desse estatuto legal, as quais compreendem a oferta, a publicidade, as cláusulas gerais dos contratos, as práticas comerciais abusivas, as cobranças de dívidas e os

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

contratos de adesão, bem como os bancos de dados e os cadastros de consumidores.

Definida uma das partes da relação jurídica de consumo, necessário será agora compreendermos o conceito de fornecedor, o outro protagonista da relação.

Prevê o artigo 3º, da Lei Federal nº. 8.078/90 (CDC), a conceituação do fornecedor como um dos participantes da relação de consumo:

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

Com vistas a se promover a proteção máxima ao consumidor, o conceito legal de fornecedor é de larga abrangência, podendo ser definido sinteticamente como sendo todo ente que coloca à disposição, no mercado, produtos ou serviços destinados ao consumo.

É fornecedor quem tenha a atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (GAMA, 2006, p. 39).

No conceito de fornecedor, a lei trouxe um elenco de diversas atividades econômicas de provisão do mercado de consumo; o legislador adotou critério econômico e objetivo, ou seja, não há subjetividade, sendo relevante apenas, para a configuração do fornecedor, que este, desenvolvendo atividade civil ou mercantil de forma profissional, disponibilize diretamente ou não, produtos ou serviços no mercado.

A exigência da profissionalidade vem implícita no termo legal “atividade”, sendo assim, para seja caracterizado como fornecedor, este deve praticar atos de comércio ou de indústria de forma continuada e habitual, como, por exemplo, os

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

vendedores ambulantes e os camelôs, também podem ser reputados como fornecedores, sujeitando-se à legislação consumerista.

Observamos, ainda, que, no conceito de fornecedor, além de constar a pessoa jurídica privada, são também incluídas as pessoas jurídicas públicas, o que quer dizer que o Poder Público, por meio das empresas públicas, das concessionárias e das permissionárias de serviços públicos (empresas de transporte coletivo, telefonia, radiodifusão, televisão, energia elétrica, fornecimento de água e tratamento de esgoto etc.), se sujeita à disciplina do CDC, na qualidade de fornecedor, quando participar de uma relação de consumo.

Por fim, o conceito legal de fornecedor inclui as pessoas físicas que deverão responder aos termos do CDC quando disponibilizarem direta ou indiretamente no mercado de consumo produtos ou serviços com intuito de obter lucro, de forma profissional e habitual, caracterizando os atos de comércio, como por exemplo, os vendedores de “porta em porta” ou os popularmente conhecidos como “sacoleiros” ou “biscates”.

Conhecendo, então, os conceitos legais, jurisprudenciais e doutrinários de consumidor e fornecedor, podemos tratar de forma mais clara e objetiva do tema proposto.

3 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor foi criado com a fundamentação de defender e proteger um segmento de pessoas consideradas vulneráveis, ou seja, o consumidor que, antes do surgimento da lei específica, não conseguia proteger efetivamente seus interesses legítimos contra os danos causados pelos fornecedores, tendo em vista a diversidade de condição entre estes.

Sendo assim, prescreve o referido estatuto legal:

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Artigo 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 (...)

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é uma das medidas essenciais adotadas pelo estatuto consumerista para efetivação da isonomia garantida na Constituição Federal, sendo o princípio básico mais importante para aplicação dos direitos do consumidor, como bem afirma o Superior Tribunal de Justiça:

4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. (586316 MG 2003/0161208-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/04/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2009).

A vulnerabilidade do consumidor, pessoa física e destinatária final de serviços e produtos, deve ser presumida de forma absoluta, sem que seja necessária prova de sua existência (BENJAMIN, 2010, p. 199).

Em relação ao primeiro aspecto que podemos classificar como **vulnerabilidade técnica**, o consumidor não possui conhecimentos técnicos, específicos o suficiente, sobre o bem que está adquirindo ou o serviço que está utilizando, sendo mais facilmente enganado ou ludibriado quanto às características e, até às qualidades daquilo que está consumindo.

Já no segundo aspecto, ou seja, na chamada de **vulnerabilidade jurídica ou científica**, o consumidor é vulnerável por não ter conhecimentos jurídicos específicos como, por exemplo, conhecer o direito contratual ou normas financeiras

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

para debater em pé de igualdade as cláusulas de um contrato de financiamento de veículo, nesse caso.

Por fim, no terceiro e último aspecto, temos a **vulnerabilidade fática ou econômica**, que “é aquela desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo” (BENJAMIN, 2010, p. 198), isto é, normalmente o fornecedor possui uma maior capacidade econômica que o consumidor e ainda existem aqueles comentários populares, muitas vezes errôneos, que enfatizam a perda de tempo em litigar com uma grande empresa.

Com base na vulnerabilidade do consumidor, o legislador consumerista prevê a inversão do ônus da prova em favor do consumidor como um direito básico, necessário para atingir e proteger a igualdade processual das partes envolvidas na relação jurídica de consumo e para buscar a verdadeira efetivação dos direitos materiais previstos no CDC:

O mecanismo da inversão do ônus da prova se insere nessa política tutelar do consumidor e deve ser aplicado até quando seja necessário para superar a vulnerabilidade do consumidor e estabelecer seu equilíbrio processual em face do fornecedor. Não pode, evidentemente, ser um meio de impor um novo desequilíbrio na relação entre as partes, a tal ponto de atribuir ao fornecedor um encargo absurdo e insuscetível de desempenho. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.181).

A inversão do ônus da prova a favor do consumidor é instrumento processual para buscar a igualdade pretendida pelo princípio da vulnerabilidade do consumidor, visto que este é presumidamente a parte mais fraca da relação jurídica e depende de proteção excepcional para alcançar a efetivação dos seus direitos e o verdadeiro acesso a justiça.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

4 O DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como já foi apreciado neste estudo, o consumidor é necessita de uma proteção específica para se igualar de forma técnica, jurídica e econômica em relação ao fornecedor, por isso, as normas consumeristas estabelecem direitos aos consumidores, tratando os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.

A previsão da inversão do ônus da prova amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais (consumidor e fornecedor) – desigualdade essa reconhecida pela própria lei. Assim, a inversão pode dar-se em qualquer ação ajuizada com fundamento no CDC. (DIDIER JÚNIOR, 2009, p.82).

Contrariando a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, o CDC, por admitir que em geral, o consumidor é a parte mais fraca no mercado, prevê em seu artigo 6º, VIII o direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova em seu favor, como instrumento processual de facilitação da defesa dos seus direitos, deste que, a critério do juiz e segundo as regras ordinárias de experiência, seja verossímil a alegação do consumidor ou quando este for hipossuficiente.

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.

Como podemos verificar a inversão no direito do consumidor não seria compulsória, dependendo de dois requisitos alternativos e, ainda dos critérios de experiência do juiz, sendo assim, para que o consumidor requeira o seu direito a inversão do ônus da prova, deverá demonstrar verossimilhança nas suas alegações ou comprovar sua hipossuficiência em relação ao fornecedor.

O primeiro requisito previsto pela lei é a verossimilhança nas alegações do consumidor, que consiste na grande probabilidade de serem verdadeiros os fatos

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

por ele alegados, assim não haveria necessidade de prova do fato constitutivo do direito do consumidor ali demandado, basta apenas que o magistrado alcance um juízo de probabilidade segundo as regras ordinárias de experiência, através da narrativa dos fatos apresentados pelas partes e dos documentos juntados aos autos.

A verossimilhança é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feito indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor. Diz o CDC que esse juízo de verossimilhança haverá de ser feito “segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, VIII). Deve o raciocínio, portanto, partir de dados concretos que, como indícios, autorizem ser muito provável a veracidade da versão do consumidor. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 180).

Para verificar a verossimilhança da alegação do consumidor, deve o juiz, “utilizando-se de sua experiência tanto de vida como de magistrado, sentir que a alegação suscita uma aparente verdade, convence-lhe que tem foros de veracidade.” (WAMBIER, 2008, p.16).

O outro requisito, não cumulativo, previsto legalmente para inversão do ônus em favor do consumidor é a sua hipossuficiência, que consiste na fragilidade processual do consumidor na produção de prova que, para ele, seria demasiadamente difícil e altamente custosa, o que não ocorreria para o fornecedor que pela própria natureza de sua atividade econômica já detém o conteúdo necessário das provas.

A hipossuficiência do consumidor ocorre quando este depender de conhecimentos técnicos ou informações que estão em poder do fornecedor, tornando a produção da prova muito mais difícil ou quase impossível. (WAMBIER, 2008, p. 17).

Sendo assim, ressalta-se que a inversão do ônus da prova, em regra, não é automática, dependendo do preenchimento de um dos requisitos legais tratados acima e da determinação do magistrado, excepcionalmente temos a inversão do ônus obrigatória, determinada por previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, nos casos de publicidade: “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

A dicção legal é clara e precisa: não se dá automaticamente a inversão do ônus da prova, no processo civil, quando se está diante de relação de consumo. Essa inversão há de passar pelo crivo da discricionariedade do juiz, diante das circunstâncias fáticas que lhe forem apresentadas, devendo-se observar os fundamentais critérios da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência. (BITTAR FILHO, 2007, p.48).

O legislador ao definir o direito do consumidor à inversão do ônus, busca equilibrar a condição processual das partes litigantes, para efetivação das normas de ordem pública contidas no CDC, sendo assim, parece-nos obrigatória a inversão do ônus da prova quando presente um dos requisitos acima especificados, ou seja, a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência em relação ao fornecedor demandado, ficando a constatação dos requisitos a cargo da subjetividade do juiz.

Assim, na hipótese do art. 6º, VIII, do CDC, cabe ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor. Vale dizer, *deverá* o magistrado determinar a inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova. (NUNES, 2009, p. 781).

O direito do consumidor à inversão do ônus da prova, busca equilibrar a relação de consumo, colocando os consumidores no mesmo nível de igualdade, para então, garantir a efetivação das normas materiais de consumo e conseqüentemente, a justa distribuição das responsabilidades e dos bens de consumo, necessidade latente para a vida digna do ser humano na sociedade atual consumista.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

5 MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE CONSUMO

O tema é polêmico e causa grande divergência na doutrina, que se divide em basicamente dois entendimentos, o primeiro afirma que o momento processual correto para a determinação judicial da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, seria na sentença, pois somente após a devida instrução do feito, poderá o magistrado, no momento da valoração das provas, verificar se há concretizada a hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor demandado ou se realmente existe verossimilhança nos fatos alegados pelo consumidor, em qualquer outro momento processual, não se daria de forma plena e justa, a avaliação dos requisitos legais para a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

A mesma corrente ainda defende que se o juiz declarar invertido o ônus da prova antes de proferir a sentença, estaria procedendo ao pré-julgamento da causa, o que é de todo inadmissível. (GRINOVER, 2011, p. 11, vol. II).

O ônus da prova é regra de julgamento. Será nesse momento que o juiz irá verificar que, não encontrando a comprovação das alegações feitas nos autos (*non liquet*), decidirá em desfavor daquele a quem competia provar e não o fez. (WAMBIER, 2008, p. 37).

Porém, existe uma segunda corrente que defende que a decisão sobre a inversão ou não do ônus da prova em favor do consumidor, deve se dar entre o pedido inicial e o momento do saneamento do processo, para assim, ficar garantido o princípio da ampla defesa e do contraditório, onde consumidor e fornecedor saberão de forma concreta, quem será responsável pela prova a ser produzida.

A regra de inversão do ônus da prova é regra de processo, que autoriza o desvio de rota; não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim, deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento, pois “se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia. (DIDIER JUNIOR, 2009, p. 82).

Essa segunda corrente entende que se o magistrado decidir sobre a inversão do ônus somente no final do processo, ou seja, na sentença, as partes litigantes não saberão durante a instrução processual, qual prova incumbirá a ela ser produzida sob pena de não ter sua pretensão jurisdicional atendida.

A posição que sustenta que a determinação da inversão do ônus da prova deve ocorrer entre o pedido inicial e a fase do saneamento do processo, “homenageia o princípio do contraditório e da ampla defesa afirmando que, se for invertido o ônus da prova, terá que ser assegurada ao fornecedor a oportunidade de desincumbir-se do novo encargo, sob pena de violação do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 354).

Entretanto, não podemos, por exemplo, penalizar o fornecedor que tem o ônus da prova invertido somente na sentença e não faz prova da veracidade ou inveracidade de determinada alegação do consumidor, sem que se tenha conferido a ele a oportunidade de fazê-la.

As normas de repartição do ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes. (...) a inversão, se ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra geral até ali vigente, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido um ônus – que para ele não existia antes da adoção da medida –, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir. (MOREIRA, 1997).

Exigir que o fornecedor, apenas por vislumbrar a possibilidade da norma consumerista de inversão do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, como também da inexistência de fato constitutivo do direito do consumidor, é tornar obrigatória e legal a inversão que o

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

legislador prevê como judicial, ou seja, exige a análise do Poder Judiciário através da pessoa do juiz e o preenchimento, no caso concreto, dos requisitos legais.

As decisões dos tribunais também são divididas em relação ao momento processual adequado para a inversão do ônus da prova. Porém, mesmo parecendo um indicativo de posicionamento pacífico, a própria decisão deixa margem para entendimentos contrários quando utiliza o termo “preferencialmente”, pois, excepcionalmente, poderão existir circunstâncias em que se justifique momento processual diverso ao da instrução, o que poderá dar início a nova discussão jurisprudencial e doutrinária.

Sendo assim, podemos concluir que o tema do momento processual para a inversão do ônus da prova em matéria de direito do consumidor ainda é muito polêmico devido as posições contrárias de doutrinas de grande referência acadêmica e jurisprudencial que ainda está longe de se tornar pacífica quanto ao tema.

6 ATIVISMO JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO PRODUTIVA

A divergência quanto ao momento processual adequado para que o magistrado decida pela a inversão ou não, do ônus da prova em favor do consumidor é causa determinante para uma delonga demasiada e injustificada nos processos consumeristas, onde uma formalidade processual acaba por impedir a efetivação dos direitos materiais do consumidor e o verdadeiro acesso à justiça.

O legislador ao determinar o direito do consumidor a inversão do ônus da prova em seu favor, não expressa, nos termos do artigo 6º, VIII do estatuto consumerista, qual o momento processual que o juiz deve se manifestar. Essa lacuna ou a insistência da lei acaba obrigando o Poder Judiciário a interpretar os termos trazidos pelo legislador ou até a criar novas normas jurídicas para decidir o

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

direito demandado e cumprir corretamente sua função jurisdicional, porém é o Poder Legislativo que detém a função típica de criar as normas legais.

Nesse breve contexto podemos nos deparar com o chamado ativismo judicial, que consiste na necessidade do Poder Judiciário atuar em atividade atípica, através de suas decisões judiciais, para suprir a omissão ou a inércia do legislador.

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2010, p. 129).

Na questão do momento processual adequado para a inversão do ônus da prova, o Poder Judiciário, devidamente provocado por ações judiciais, se vê obrigado a dar uma resposta ao conflito, e, não encontrando solução nos termos expressos da lei, cria uma nova norma jurídica, ou seja, determinando que o magistrado se manifeste sobre a inversão do ônus em momento processual adequado, conforme os princípios processuais gerais.

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa. (GOMES, 2009, *online*).

Sendo assim, as decisões das jurisprudências não estão previstas expressamente na lei, mas todas possuem fundamento em princípios estabelecidos por lei, como o contraditório e a ampla defesa e, com embasamento no próprio texto do artigo 6º, VIII do Código Defesa do Consumidor.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

O que podemos questionar é se realmente o ativismo revelador caracteriza um ativismo judicial propriamente dito, pois a interpretação das leis com fundamento nos princípios gerais do direito e até mesmo nos próprios termos de uma norma pré-existente, faz parte da função típica do Poder Judiciário, que para aplicar o direito, deve utilizar as técnicas da hermenêutica para revelar a real vontade do legislador a ser aplicada ao caso concreto.

Como e enquanto interpretação/aplicação, ela parte da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para ela, consignada na norma de decisão. (GRAU, 2009, p. 76).

Kelsen (1998, p. 245) distingue a interpretação em duas espécies que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação autêntica que é “a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica” e a interpretação não-autêntica que é “a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”.

Sendo assim, as duas teorias existentes quanto ao momento processual adequado para a inversão do ônus da prova no direito do consumidor, ao interpretar os termos do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, com fundamento nos princípios processuais constitucionais, produzem o direito, completando o trabalho do legislador e não criando uma norma totalmente nova em relação as regras já existentes.

O intérprete autêntico completa o trabalho do autor do texto normativo; a finalização desse trabalho, pelo intérprete autêntico, é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto sobre aquele primeiro texto. (GRAU, 2009, p. 64).

De qualquer forma podemos afirmar que a omissão do legislador quanto ao momento processual da inversão do ônus da prova, descumpre a sua função típica

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

de criar o direito, obrigando o judiciário, ou pelo ativismo judicial ou pela interpretação, a suprir a lacuna jurídica, para que ocorra a devida efetivação dos direitos materiais do consumidor.

Como já tratado, a polêmica doutrinária e jurisprudencial, acaba por não suprir a omissão do legislador, pois as divergentes soluções possíveis para o momento processual da inversão do ônus da prova, gera insegurança jurídica e demora desnecessária na efetivação do direito material, “bem da vida” demandado na causa, assim, poderíamos refletir sobre um possível “ativismo judicial inverso” ou um “ativismo legislativo”, onde o Poder Legislativo, visando a segurança jurídica e a efetivação normativa, cria regra jurídica definitiva, acabando com o impasse do Poder Judiciário e da doutrina.

CONCLUSÃO

O direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova se mostra corolário com o princípio da igualdade expresso no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal Brasileira, pois busca facilitar e garantir o acesso à justiça do consumidor, considerado vulnerável em relação ao fornecedor, outra parte da relação jurídica formada no mercado de consumo.

O principal desafio da proteção e defesa do consumidor contemporâneo não é tão somente a distribuição correta das obrigações e dos direitos do fornecedor e do consumidor, mas sim a conscientização deste último, quanto à necessidade da aquisição de produtos e serviços, muitas vezes supérfluos, de forma exacerbada, desvirtuando a característica de direito humano e fundamental da proteção consumerista.

Esperamos que com o reconhecimento da importância do direito do consumidor e da facilitação de sua defesa, como fator necessário à existência digna do ser humano, ou seja, como direito fundamental essencial ao cumprimento do

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

princípio da dignidade humana, o objetivo da previsão constitucional da defesa do consumidor seja alcançado, trazendo equilíbrio às relações jurídicas de consumo, diminuindo graves problemas sociais como os índices de inadimplência dos brasileiros.

Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor busca evitar graves problemas sociais causados pelo consumo exacerbado, compensando as desigualdades do mercado, ou seja, entre consumidores e fornecedores, regulamentando e equilibrando a relação jurídica de consumo, com o fim maior de garantir a dignidade da existência humana, o que possibilita o acesso justo de todo e qualquer cidadão aos produtos e serviços disponíveis no mercado de consumo, principalmente àqueles considerados essenciais ao mínimo existencial do ser humano.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. Coord. de Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. [et al]. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: dano moral e cláusulas abusivas**. 2.ed. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 29 jul. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. [et al]. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

GAMA, Hélio Zagueto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Carta Forense. Colunas. Polêmica. **O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?** Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes/3853>. Acesso em: 01 fev. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. rev., atualiz. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I. Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).

_____ [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. rev., atualiz. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II. Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 1119).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 22 abril-junho, 1997. Editora RT.

NETO, Miguel Kfourri; TAVANARO, Roberto Ribas. Ensaio sobre a cobrança da comissão de corretagem imobiliária ao adquirente à luz do código de defesa do consumidor. In: **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, v. 2, n. 43 (2016).

NUNES, Luis Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor: com exercícios**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Demetrius Nichele Macei (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

Frenc Pál (ELTE - Hungria)

Sérgio Fernando Moro (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA)

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orientação). **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. Coord. Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.