

FACULDADE SÃO FRANCISCO DE ASSIS
GRADUAÇÃO DIREITO

Murilo Martins Lummertz

**Inversão do ônus da prova no
Código de Defesa do Consumidor**

Porto Alegre
2019

Murilo Martins Lummertz

Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

Artigo Científico, apresentado à Faculdade São Francisco de Assis, como para dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Otávio Borsa Antonello.

Porto Alegre

2019

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar e analisar, a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor e seus efeitos nas relações de consumo. Uma das inovações processuais mais importantes do código a ser comentado, esta no artigo 6º, inciso VIII da lei 8.078/90, inovação esta que permite que o juiz tenha a possibilidades de determinar, no processo civil, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando for verossímil a alegação ou quando se tratar de consumidor hipossuficiente. O artigo 6º, inciso VII, da lei 8.078/1990, preve o instituto que modificou a linha da responsabilidade objetiva do direito brasileiro, o instituto da inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova em favor ao consumidor tem por intento a facilitação de sua defesa no juízo civil, sendo este o objetivo da referida inversão e não conferir-lhe vantagem para vencer mais facilmente uma demanda, em razão das garantias processuais em prol do fornecedor. Busca-se entender sobre o momento ideal para o magistrado conceder a inversão do ônus da prova, bem como, quando cabível ou necessária a aplicação de tal instituto.

Palavras-chave: Inversão do ônus da prova. Código de Defesa do Consumidor. CDC. Lei 8.078/1990. Relação de consumo.

ABSTRACT

The present study aims to study and analyze, in the academic context, the inversion of the burden of proof in the Code of Consumer Protection and its effects on consular relations. One of the most important procedural innovations of the code to be commented on is article 6, item VIII of Law 8.078 / 90, which allows the judge to have the possibility of determining, in civil proceedings, the reversal of the burden of proof in where the claim is likely or where the consumer is underestimated. Article 6, item VII, of Law 8.078 / 1990, provides the institute that modified the line of objective responsibility of Brazilian law, the institute of reversal of the burden of proof. The reversal of the burden of proof in favor of the consumer is intended to facilitate their defense in civil court, this is the purpose of this reversal and does not confer an advantage to it to more easily overcome a demand, due to procedural guarantees against the supplier. It is sought to understand the ideal moment for the magistrate to grant the reversal of the burden of proof, as well as, when necessary or necessary the application of such institute.

Keywords: Inversion of the burden of proof. Code of Consumer Protection. CDC. Law 8.078 / 1990. Consumer relationship.

1 INTRODUÇÃO

Por se tratar de uma legislação recente, com relação as demais legislações brasileiras, o código defesa do consumidor (CDC), tem como principal finalidade a proteção das relações de consumo em sentido coletivo.

De outra forma, não tem somente como objetivo a proteção do consumidor, mas sim regulamentar a relação entre consumidores e fornecedores, em busca de um equilíbrio nas relações em face de não poderem ser comparadas por falta de paridade no cunho jurídico, econômico e técnico.

A Constituição Federal de 1988 tratou também dos direitos dos consumidores, com menos enfoque, porém com a chegada da lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, foi concretizada a efetividade da proteção. Proteção esta considerada uma das leis brasileiras mais democráticas e modernas, fazendo assim diversas mudanças na civilização.

Pelo fato de as relações de consumo passarem a se conflitar, após o crescimento do desenvolvimento econômico e as transformações sociais aliadas a expansão da produção em massa, conflitos estes próprios da sociedade, passaram a ser melhor observados e resolvidos com o amparo dos interesses e direitos do consumidor. Sendo assim, o CDC passou a equilibrar as relações jurídicas entre consumidor e fornecedor, tanto no consumo de produtos quanto nas prestações de serviços.

Em busca de um amparo jurisdicional mais justo, a codificação em comento focou em princípios especiais para regular as relações de consumo, por serem imprecindíveis para a sociedade contemporânea, mostrando-se imperiosa a correta aplicação dos institutos, atingindo assim seus objetivos.

Falando em um modo geral o Código de Defesa do Consumidor trouxe a melhora na educação, na saúde, na proteção contra a publicidade abusiva e enganosa, e ainda a proteção contratual do consumidor, fazendo a substituição da ingualdade formal por princípio da vulnerabilidade do consumidor, o acesso a justiça, a facilitação de defesa do consumidor dentre outros direitos.

Possuindo diversos institutos que ajustam as relações de consumo, esses sendo necessários em face do grande desenvolvimento econômico do país e os consequentes

conflitos na relação de consumo. A inversão do ônus da prova é um dos mais importantes institutos criados pelo CDC, vez que facilita a construção probatória e a defesa do consumidor em esfera judicial.

O instituto da inersão do ônus da prova, busca a facilitação dos direitos do consumidor e é justificado como um norma diante de outras também previstas no CDC, para a garantia do equilíbrio da relação de consumo, ja citado, por tratar da vulnerabilidade do consumidor.

Em nome deste instituto o CDC trouxe o artigo 6º em seu inciso VII a especificidade para o trato do direito básico do consumidor de facilitação de defesa dos seus direitos em juízo, em especial a inversão do ônus da prova em favor do consumidor durante o processo civil, respeitando as condições de verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, seguindo assim o descrito no código e ficando a critério do juiz.

Diante deste instituto ainda há uma grande mobilização na doutrina e na jurisprudência pátria quando ao momento da inversão da prova, quando o juiz deverá se pronunciar a cerca do assunto, assim faz com que este principio seja o mais relevante do CDC.

Há rumores de entes respeitáveis na doutrina defendendo a constituição do ônus da prova como regra de instrução, pois caberá tão somente ao juiz indicar seu entendimento sobre a inversão do onus da prova durante o processo, para que possibilite o fornecedor a oportunidade de se desincubir do ônus que está sendo entregue a ele. Entretanto a jurisprudência nem sempre esta inspirado nestes rumores, pois são muitos os julgados que operam a inversão do ônus da prova na sentença, principalmente nos Juizados Especiais Civeis.

Estas questões, e demais com relação ao ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor serão o objeto de exame deste artigo, com o intuito de desvendar a compreensão deste instituto, tendo em vista que o instituto em questão é pouco observado pela doutrina, onde equivocadamente é aplicado o CDC, principalmente com a inversão do ônus da prova.

2 ORIGEM DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Corforme João Batista de Almeida relata "A primeira manifestação que se tem notícia, nessa área, é o Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, editado com o intuito de reprimir a usura." Traz também questões a cerca das primeiras normas constitucionais de proteção a economia popular. E a principal primeira fonte de defesa do consumidor é a lei 7.492 de 16 de junho de 1986, a famosa lei dos crimes do colarinho branco, denominada assim por passou a punir os crimes contra o sistema financeiro.

Maria Stella Gregori segue na mesma linha, trazendo em um de seus livros que na década de 70 foram apresentados os primeiros projetos de criação de um órgão de defesa ao consumidor, onde o governador de São Paulo designou um grupo para que realizasse um estudo da efetiva cobertura da legislação brasileira e a sua fiscalização nas áreas de alimentação, saúde, publicidade, contratos e sistemas de vendas, traz ainda que foi partindo do resultado desse estudo que "foi promulgado, dois anos após, o De. 7.890, de 06.05.1976, criando o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, vinculado à Secretaria de Economia e Planejamento".

Em análise as obras, podemos afirmar que as primeiras entidades de defesa do consumidor começaram a surgir, como por exemplo a Adoc – Associação de Defesa e Orientação do Consumidor e a APC – Associação de Proteção ao Consumidor.

Em 1978 a Lei Estadual 1.903 de 20/12/1978 passou a regulamentar o Sistema Estadual de Proteção ao consumidor, e somente em 1983 o Procon (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor) surgiu em vários Estados e Municípios do Brasil.

Em face do Dec. 91.469 de 24/07/1985, ter democratizado o país, o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor foi criado e ligado ao Ministério da Justiça para auxiliar o Presidente da República na proteção ao consumidor, conselho esse formado por associação de consumidores, OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), Confederações da Indústria, Comércio e Agricultura, Ministério Público (MP), Conselho de Autorregulamentação Publicitária (Conar), e integrantes de vários Ministérios.

Em fim em 1988 com a nova Constituição Federal (CF), determinou, nas disposições transitórias, que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor (CDC), sendo assim em 1990 sancionado e aprovado pelo Presidente

Collor, o CDC passou a existir dispondo a proteção dos consumidores, seis meses após a promulgação entrou em vigência.

A CF traz a defesa do consumidor entre os direitos e deveres individuais e coletivos, assim descritos no art. 5º, inciso XXXII, e em seu artigo 170, inciso V, os quais estabelecem que o princípio da ordem econômica é a defesa do consumidor, autorizando a intervenção do Estados nas relações privadas.

Sendo assim reconhecida como uma garantia consagrada no ordenamento, depois da aprovação do código citado a população brasileira ficou mais consciente, passou a lutar pelos seus direitos fazendo com que os movimentos de defesa do consumidor juntamente com as entidades civis e os órgãos públicos de defesa do consumidor crescessem.

Artigo 5º, inciso XXXII, e artigo 170, inciso V, da CF:

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

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

Por sua elaboração tem grande participação da população, podemos ainda afirmar que é um código moderno e democrático, pois desde sua vigência fora alterado por cinco leis e por várias medidas provisórias, além de decretos que ocasionaram as mudanças em prol consumidor, ampliando a garantia destes.

O código em vigor trata explicitamente das relações de consumo em geral, não especificamente uma só, cabendo as especificidades quando tratarem das relações determinadas de consumo se subordina a aspectos civis (art. 1º ao 54), administrativos (art. 55 ao 60/105 e 106), penais (art 61 a 80) e processuais (art 81 a 104). Criou ainda mecanismos que vieram regulamentar e equilibrar a relação de consumo.

Dispõem em seus artigos 1º ao 7º sobre os princípios gerais das relações de consumo, onde o art. 1º dispõem sobre as normas de proteção e defesa do consumidor com relação a ordem pública e interesse social; já os art. 2º e 3º conceituam que é

consumidor e quem é fornecedor; o art. 4º e 5º apresentam a Política Nacional das Relações de Consumo, estando presente o princípio da vulnerabilidade do consumidor, a presença do Estado, harmonização de interesses, coibição de abusos, incentivo ao autocontrole, conscientização do consumidor e do fornecedor e melhoria dos serviços públicos; o art. 6º trata somente dos direitos básicos do consumidor; e o art. 7º sobre a não exclusão de direitos decorrentes de tratados ou convenções internacionais ou relativas à legislação interna e também se instituiu a responsabilidade solidária dos fornecedores.

Pelo fato de o legislador determinar que, no mercado de consumo, o consumidor é sempre a parte mais fraca, em face de apresentar sinais de fragilidade e impotência diante do seu poder econômico, as consequências do princípio da vulnerabilidade do consumidor, juntamente com o princípio da Presença do Estado, deixa claro que o Estado deve ser chamado para proteger a parte mais fraca e dar garantia a seus direitos.

Já em se tratando do princípio da harmonização de interesses, este versa sobre o objetivo da política nacional de relações de consumo que deve ser a harmonização dos interesses envolvidos, pretendendo o equilíbrio entre as partes.

A política de relações de consumo só se completa se coibir os abusos praticados no mercado de consumo, seguindo assim o princípio de coibição de abusos, já o princípio de incentivo do autocontrole, incentiva que os fornecedores evitem conflitos de consumo, utilizando assim mecanismos alternativos por eles próprios criados e custeados. O princípio da conscientização do consumidor e fornecedor busca o equilíbrio nas suas relações, buscando chegar a uma harmonização entre as partes.

Concluindo, o princípio de melhoria nos serviços públicos, dispõem que o setor privado e o público devem prestar serviços eficientes aos consumidores.

3 RELAÇÕES DE CONSUMO

3.1 Conceito

É relação de consumo todas as relações jurídicas que envolvem duas partes, de um lado consumidor ou adquirente de produto ou serviço, de outro fornecedor cedente de

produto ou serviço. Essas relações jurídicas tem por objetivo o suprimento de uma necessidade de quem está adquirindo o produto ou serviço, que por não ter controle sobre a produção submete-se as condições dos fornecedores.

Definimos assim que relação de consumo é toda relação jurídica contratual de compra e venda de produtos, bens móveis e imóveis, mercadorias, bens consumíveis e inconsumíveis, fungíveis e infungíveis, onde são adquiridos pelo destinatário final ou como prestação de serviço sem relação trabalhista.

Nas relações contratuais simples, pressupõe-se que as partes sejam iguais, já nas relações de consumo o consumidor sempre será considerado a parte mais fraca, sendo o fornecedor sempre superior, características da presunção legal de superioridade do fornecedor, é que mesmo que o consumidor seja pessoa de bom poder aquisitivo, ele não provém da maioria das características dos produtos ou serviços adquiridos.

O CDC se difere da antiga legislação contratual, civil e comercial, em face de distinguir a parte mais fraca, enquanto nas demais a autonomia da vontade sempre prevalecia, observando um mínimo de pressupostos legais, posto isto consideramos que o direito do consumidor é feito de normas públicas com interesse social, sendo intervencionista, quando identificar relação de consumo os demais códigos terão aplicação conjunta ao Código de Defesa do Consumidor.

Fundamentalmente trago o posicionamento de Tiozzoni Nogueira a cerca da relação de consumo, onde ele afirma que a relação de consumo é entre fornecedor e consumidor e estão definidos no código, ainda tras que “o primeiro visa a aquisição ou utilização de produtos ou serviços, e o segundo o fornecimento destes.”

Notoriamente a relação de consumo é o vínculo jurídico entre consumidor e fornecedor, definido pelo mestre Nelson Nery: “O objeto de regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor é a relação de consumo, assim entendida a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor, tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor.” (NERY JUNIOR, 2000, p. 40)

3.2 Análise das relações de consumo

Como anteriormente exposto o conceito de relação de consumo, podemos afirmar que ela é indispensável para a aplicação dos dispositivos e princípios do CDC, inclusive a inversão do ônus da prova. É verdadeiramente correto afirmar que o código de defesa do consumidor só poderá ser utilizado quando houver relação de consumo, pois se não há relação de consumo será utilizado outros textos legais, assim na maioria das vezes sendo menos protetivo, como dita Antônio Carlos Efig “- não sendo detectada a relação de consumo -, estaremos diante de uma relação comercial, civil, etc, passível de regramento por outros textos legais que não o CDC.”

Não podemos esquecer que a relação consumerista possui suma importância no decorrer da vida humana em sociedade, sendo vivenciada dia a dia comum a qualquer cidadão em seus tratos, a cada dia mais presente e protegida com as regras devidamente aplicadas, vindas do CDC, passando assim a dar mais apoio jurídico aos consumidores, sendo que estão são considerados a parte mais frágil da relação.

3.3 Relações de consumo em esfera pública

Assim como os princípios, as relações consumeristas são matérias de ordem pública, reconhecidas de ofício pelo judiciário, segundo o artigo 1º do CDC onde dispõem: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

Por se tratar de ordem pública, deverá o juiz apreciar de ofício qualquer questão que ele prescrever, questões estas que não se operará a preclusão, e as questões que dela surgirem poderão ser decididas e revistas em qualquer momento durante o processo.

Portanto a inversão do ônus da prova poderá ser reconhecido a qualquer tempo, sem nenhum pedido, pois é condicionada como norma imperativa e de interesse social, será assim presumida, podendo o juiz de ofício fazer a inversão do *onus probandi*.

3.4 Características de consumidor e fornecedor

3.4.1 Consumidor

O consumidor é a parte mais frágil da relação de consumo, seu conceito está explicitamente descrito no art 2º, caput, in verbis: “(...) consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Como afirma o art. 2º, caput, consumidor é o destinatário final da relação de consumo.

É de suma importância antes de caracterizar consumidor, que citemos as três correntes doutrinárias de entendimentos distintos sobre consumidor, as correntes são a corrente finalista, a corrente maximalista e a corrente finalista mitigada.

Segundo a corrente maximalista o código de defesa do consumidor é um regulador das relações de consumo em geral, não sendo necessariamente destinatário final o consumidor, poderá ele ter adquirido o bem apenas para depois revende-lo, a título de exemplo. Já a corrente finalista, diz que somente será regida pelo CDC a relação de consumo que tiver por fim o consumidor final. A corrente finalista mitigada foi criada pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), é uma teoria intermediária, onde não observa apenas a destinação do produto ou serviço, mas também o porte econômico do consumidor, podendo ser considerada uma corrente mista.

Segundo o artigo 2º do CDC, já citado, o “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, porém abre um parentese ao fundamentar o parágrafo único que está disposto que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Podemos definir que destinatário final é a pessoa física ou jurídica que dá fim a relação de consumo, tirando o bem de circulação do mercado de consumo, ou consuma o serviço.

Cabe compreendermos que o *caput* do artigo esclarece que o consumo do bem ou serviço deverá ser de satisfação de uma necessidade íntima do consumidor final, podemos ainda confirmar que poderá ainda ser pessoa física ou jurídica, e com o advento do parágrafo único poderá ainda ser consumidor equiparado, assim não diferindo

pessoa física e jurídica, podendo qualquer um ser consumidor desde que cumprido os requisitos trazidos pelo artigo.

Portanto, a pessoa jurídica que adquirir produto como um intermédio entre a relação, sem que dê fim a relação de consumo não será considerada consumidor, por não atender o principal princípio, porém alguns tribunais patrios a partir da teoria finalista mitigada, acaba por aceita-lo como consumidor final.

O artigo referido, ainda faz uma ressalva no parágrafo único, assim protegendo os interesses coletivos das pessoas equiparadas, sem que estas precisem diferenciar as naturezas, podendo ser física, jurídica ou despersonalizadas, porém deverão fazer parte da relação de consumo.

No entanto os requisitos do artigo 2º do CDC são: Partes, podendo estas serem física ou jurídicas; Objeto, produto ou serviço; Caráter finalístico, ser o consumidor o destinatário final; e Coletividade de Pessoas, aqui esta a parte da equiparação de que trata o parágrafo único do artigo, podendo ser física, jurídica ou despersonalizada.

Sendo assim, caso a caso deverá ser analisado antes de caracterizar a relação consumerista quando o consumidor for pessoa jurídica, logo o artigo 17 do CDC trás a classificação do que o parágrafo único do artigo 2º dispõem, explicando quem são os consumidores equiparados: “para os efeitos desta Seção, são equiparados a consumidores todas as vítimas do evento”, assim ampliando desde a década de 90 a relação de consumo, para que todos os atingidos sejam amparados, não precisando os equiparados cumprir todos os requisitos do artigo 2º.

No artigo 29 do mesmo código, abre-se ainda uma ressalva, onde todas as pessoas expostas às práticas comerciais poderão ser consideradas consumidoras, assim o CDC regula uma ampla proteção aos participantes da relação, assim diminuindo as chances de dano ao consumidor. Portanto o artigo 29 traz uma garantia maior e efetiva aos interesses da sociedade, por equiparar todos os partícipes a consumidor.

3.4.2 Fornecedor

O fornecedor, em face de ser considerado a parte mais forte na relação de consumo, é o mais importante para a relação de consumo, necessitando de uma

conceituação, essa disposta no artigo 3º do CDC, para que consigamos distinguir sua figura como fornecedor dentro da relação de consumo.

Art. 3 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.

Nota-se que o legislador ao conceituar fornecedor deixou um campo amplo para encaixar o fornecedor, não restringindo a requisitos assim como fez com o consumidor, assim tornando mais fácil demarcar quem não é fornecedor, a luz do que João Batista de Almeida tras em seu livro *Manual de direito do consumidor* ,“só estariam excluídos do conceito fornecedor aqueles que exerçam ou pratiquem transações típicas de direito privado e sem o caráter de profissão ou atividade”.

Efing ao fazer uma breve avaliação do código, denotou que o referido artigo ao conceituar fornecedor contemplou apenas os que participam do fornecimento de produtos ou serviços no mercado de consumo com caráter profissional, exercitando habitualmente o comércio, afirmou ainda que pode existir, mesmo que de forma irregular, como por exemplo os ambulantes, que praticam a atividade ilegalmente, porém sujeitos as normas de consumo.

Entretando o CDC não dispôs como um requisito que a atividade comercial fosse desenvolvida habitualmente, portanto será considerado fornecedor todos que desenvolvam atividade comercial, mesmo que não seja de forma contínua e habitual.

Porém há outros pensadores que ditam que o princípio da habitualidade é significativamente necessário para caracterizar fornecedor. Em face de haver posicionamentos divergentes com relação a habitualidade ser ou não um requisito principal para a conceituação de fornecedor, é primordial que seja aplicado de forma equilibrada, fazendo *jus* ao bom senso de forma justa ao caso concreto.

3.5 Regra geral do ônus da prova

A regra geral do ônus da prova advém do Código de Processo Civil (CPC), o qual dita que o ônus da prova sempre será do autor da ação, será sempre de quem levantar a acusação. Assim quando o autor ingressar com ação civil terá ele que fundamentar, ou não, trazendo as provas ao processo, por meio do *ônus proband*, no entanto a simples alegação de tais fatos não caberá como comprovação no processo.

Em face de não ser obrigatoriedade da parte trazer o ônus da prova, ele acaba se tornando um atributo do processo, no qual as chances de quem não o fizer diminuir perante a outra parte. Portanto ônus da prova é nada mais do que a definição de qual parte terá o dever de provar as alegações trazidas ao juízo no processo.

Como já designado, é um atributo do processo, atributo esse imprescindível para o andamento da demanda, em face de a definição do ônus da prova poder mudar o rumo do julgamento.

4 PRINCÍPIOS DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

4.1 Igualdade

O princípio da igualdade de todos perante a lei, se destaca na doutrina em face de proteger a parte mais frágil da relação, equiparando a igualdade das parte.

Com o advento do CDC, trouxe uma inovação a este princípio, onde antes o Estado deveria aplicar a todos a mesma jurisdição aos que estão nos mesmos preceitos, a partir do CDC a desigualdade esta na própria lei, onde é reconhecido que o consumidor sempre será a parte mais fraca na relação de consumo.

Em face de o fornecedor ter uma vantagem perante o consumidor na relação consumerista, o CDC os trata desigualmente, protegendo o consumidor por ser a parte mais vulnerável no processo. Este princípio trás a proteção do consumidor a pé de igualdade ao fornecedor, por ser a parte mais fraca da relação.

Nelson Nery Junior, nos trás, com as suas palavras, um melhor entendimento deste princípio relacionado com a inversão do *onus proband*:

[...] a norma decorre da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF 5º, LV). Deve ser facilitada a defesa do consumidor em juízo, de sorte a proporcionar a inversão do ônus da prova. O código de Defesa do Consumidor permite que verossímil sua alegação. Trata-se de aplicação do princípio constitucional da isonomia, pois o consumidor como parte reconhecidamente mais fraca na relação de consumo, tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que seja alcançada a igualdade real entre os partícipes da relação de consumo. Almoldando-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade essa reconhecida pela própria lei.(NERY JR, 1992, p. 51).

Pode-se concluir que este princípio iguala os desiguais, trazendo força ao lado mais frágil, ou seja, o consumidor, para que dê equilíbrio a relação consumerista.

4.2 Vulnerabilidade

Este princípio está descrito diretamente no art. 4º, inciso I do CDC, devendo assim estar sempre presente quando algo vier a interferir na relação de consumo. O artigo 5º, XXXII, da CF trata justamente da vulnerabilidade do consumidor, quando dita que o Estado deverá promover a defesa do consumidor, portanto ferir este princípio equipara-se ao ferimento da CF.

O presente princípio, assim como o da igualdade real, consideram o consumidor como a parte mais fraca da relação de consumo, sendo assim a parte vulnerável, portanto não tendo que trazer prova ao processo. Com maior clareza explica José Geraldo Brito Filomeno:

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 no que diz respeito às chamadas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor ou ainda técnica. (FILOMENO, 2005, p. 11).

Com suas palavras Luiz Antonio Rizzatto Nunes, traz em mesmo sentido, que a primeira medida de realização do princípio da isonomia é o conhecimento da vulnerabilidade, em face de o consumidor ser a parte mais frágil no aspecto de ordem técnica e econômica na relação.

Sendo o aspecto de ordem técnica conjunto aos meios de produção monopolizados por fornecedor, o consumidor fica nas mãos do fornecedor, pelo fato dele

escolher quando e como produzir, optando o consumidor pelo que já é existente em mercado e o que lhe foi oferecido. Já o aspecto econômico, está relacionado diretamente a capacidade econômica que, normalmente, o fornecedor tem sobre o consumidor.

4.3 Hipossuficiência

O princípio da hipossuficiência serve para identificar quem em melhor condição consiga esclarecer os fatos, ou seja com quem fica o ônus da prova, para essa identificação é verificado quem tem a falta de aspectos técnicos e econômicos.

Porém para Luis Antônio Rizzatto Nunes, a hipossuficiência deverá tão somente ter sentido de desconhecimento dos aspectos técnicos e não levada em consideração os aspectos econômicos:

A vulnerabilidade é o conceito que afirma a fragilidade econômica do devedor e também técnica. Mas, a 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 etc. Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material. Na realidade, para beneficiar o carente econômico no processo não seria necessária a inversão. Bastaria a determinação judicial de que o fornecedor arcasse com eventuais custas processuais para a produção de provas, tais como as perícias (o que, diga-se, não é ônus para fins de aferição). (...) Não se pode olvidar 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 implica a sua não 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). (NUNES, 2004, p. 76).

Ao analisar as palavras de Nunes, podemos afirmar que para utilizarmos o instituto da inversão do ônus da prova necessitamos de hipossuficiência técnica e de informação sob o produto ou serviço.

Ainda neste sentido, traz Antônio Herman de Vasconcelos a divergência entre hipossuficiência e vulnerabilidade:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA; 2013, p. 284).

4.4 Acesso a justiça

Após a criação do CDC passaram a ter novos institutos nas relações de consumo, que influenciam no acesso à justiça, o de maior importância na esfera litigiosa é a inversão do ônus da prova.

O acesso a justiça é facilmente verificado nos dias de hoje, a partir do momento que todos os estudiosos do Direito passaram a se preocupar em garantir uma maior satisfação e a proteção jurisdicional, onde deverá sempre garantir a proteção as partes que se encontrarem em posições jurídicas desvantajosas e frágeis, sendo lesada ou ameaçada.

4.5 Facilitação da defesa do consumidor

Como no Código de Processo Civil o ônus da prova sempre será do autor da ação, sendo assim, se o autor não os tiver, será julgada a ação improcedente. Com a criação do CDC, na esfera das relações de consumo, o ônus da prova é invertido em face de o consumidor sempre ser a parte mais fraca, tornando-se hipossuficiente em razão ao fornecedor, sendo assim caberá ao fornecedor provar que tal fato não é verdadeiro. Assim a inversão trará um equilíbrio a relação de consumo.

O princípio em questão está muito bem descrito e específica no Código de Defesa do Consumido em seu artigo 6º, inciso VIII:

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;

Portanto, em caso de todos os requisitos do inciso supracitado estiverem presentes na relação de consumo, deverá o fornecedor trazer a prova a juízo, assim causando a inversão do ônus da prova em favor do réu.

5 DA INVERSÃO

5.1 A inversão do ônus da prova nas relações de consumo

Pelo fato de o consumidor ter a necessidade de trazer as provas ao juízo, perante o CPC, de que algo saiu da loja ou fábrica com defeito ou vício, e ele ser a parte lesada e mais fraca da relação de consumo, que surgiu a inversão do ônus da prova.

Motivado pela conduta que acima fora citada, o consumidor se dava por vencido e acabava desistindo da demanda judicial, em face de não ter como trazer as provas de que o defeito ou vício viria direto da fábrica e não por mau uso do produto. Perante a este tipo de situações que o art. 6º, inciso VIII do CDC anteriormente já comentado, trouxe a inversão do ônus da prova, para que iguale as partes da demanda judicial, onde o consumidor não seja lesado e não tenha receio na hora de ingressar com o processo, tornando esse um direito básico do consumidor.

Observando o que está descrito no artigo, podemos afirmar que a inversão do ônus da prova é a exceção da regra geral, ficando a critério do juiz, para que esse possa utilizar da exceção deverá haver verossimilhança nas alegações ou hipossuficiência com relação ao fornecedor.

Assim podemos afirmar que a inversão do ônus da prova poderá acontecer em prol do consumidor seja qual for sua posição no processo, seja autor, réu, reconvido ou reconvinte, podendo assim ser repassado ao fornecedor o ônus da prova no qual seria do consumidor. Ressaltando ainda que o consumidor na maioria dos casos concretos é o autor da demanda sendo a inversão prevista para este tipo de situação.

5.2 Aplicação

A aplicação do ônus da prova poderá ser de duas formas, a chamada *ope legis* e a chamada *ope judicis*. Sendo a primeira decorrente da lei e dada independente de qualquer ato do juiz, e a segunda só ocorrerá a inversão se o juiz entender que o ônus da prova deverá ser invertido.

O chamado *ope legis*, é nada mais do que o que esta descrito em lei, aquilo que não precisa de nenhum ato do juiz, diferentemente do descrito no artigo 6º do código em questão, o artigo 38 do mesmo código indica que quem realizou a informação ou a comunicação publicitária, no caso o fornecedor, seja aplicado o ônus da prova, obrigando assim o juiz a inverter o ônus da prova em prol do consumidor.

A justificativa da *ope legis* é a dificuldade do consumidor em provar as práticas abusivas ou enganosas de publicidade, em face de existir muitas diferenças nos interesses e os bens que são protegidos.

Ope judicis será sempre aplicada de acordo com o entendimento do juiz, ou seja, sempre que ele verificar a verossimilhança das alegações do autor e sua hipossuficiência, para facilitação de produção de provas, provando assim que não será obrigatório que o juiz inverta o ônus da prova, assim não dependendo da lei e sim a critério do magistrado. Remetendo ainda ao princípio constitucional de isonomia, presente no artigo 4º, inciso I do CDC.

5.3 Requisitos

Para chegarmos na inversão do ônus da prova da maneira *ope judicis*, necessariamente deverá ter a presença de dois requisitos, segundo alguns autores deverá aperecer de forma cumulativa, sendo imprescindível a presença dos dois, sendo esses a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, descritos a seguir.

Verossimilhança das alegações é quando a prova alegar uma grande probabilidade de ser verídica dos fatos elencados, não sendo necessária a prova mas a semelhança com a verdade, devendo assim o magistrado sempre observar de maneira minuciosa as ocorrências.

A disposição no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, sobre verossimilhança indica que basta a aparência de verdade sobre o fato, não necessariamente tendo ele de ser provado. Em face de o artigo referido não salientar algum prazo para apresentação da alegação verossimil, fica a critério do autor da ação explorar a fase processual que julgar pertinente requisitar, podendo ser também de ofício pelo magistrado quando indentificada.

Em se tratando de hipossuficiência, o outro requisito, este é a vulnerabilidade do consumidor perante ao fornecedor sendo ela de forma econômica ou técnica ou jurídica, verificada essa por meio de observação de casos concretos. Para alguns julgadores a vulnerabilidade e hipossuficiência são a mesma coisa, porém esta não é a interpretação mais correta ao observarmos os fatos.

A vulnerabilidade é presumível e própria de cada consumidor, pelo fato de o mesmo ser a parte lesada e mais fraca da relação consumerista, já a hipossuficiência só poderá ser dada após a análise do caso concreto para conseguir distinguir a real existência da mesma. Neste sentido Paulo Valério Dal Pai Moraes cita os ensinamentos de Judith Martins da Costa com suas palavras:

Um outro conceito denotam realidades jurídicas distintas, com consequências jurídicas também distintas. Nem todo consumidor é hipossuficiente. O preenchimento valorativo da hipossuficiência – a qual se pode medir por graus – se há de fazer, nos casos concretos, pelo juiz, com base nas “regras ordinárias de experiência” e em seu suporte fático encontra-se, comumente, elemento de natureza socioeconômica... Todo consumidor, seja considerado hipossuficiente ou não é, ao contrário vulnerável no mercado de consumo. Aqui não há valoração do grau de vulnerabilidade individual porque a lei presume que, neste mercado, qualquer consumidor, seja ele hiper ou hipossuficiente do ponto de vista sócio-econômico, é vulnerável tecnicamente: no seu suporte fático está o desequilíbrio técnico entre o consumidor e o fabricante no que diz com a informação veiculada sobre o produto ou serviço. (MORAES, 1999, p. 100).

O CDC, baseado no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor na CF, tem esta natureza de proteção, assim mostrando a presença da vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor nas relações de consumo, porém a hipossuficiência não pode ser presumida como a vulnerabilidade, mas deverá ela ser observada para que o consumidor não seja lesado. Norteador outra diferença entre vulnerabilidade e hipossuficiência, ordem uma advém de direito material e outra do direito processual, e através da vulnerabilidade, ou seja, direito material, que consigamos obter a hipossuficiência.

Sendo assim a hipossuficiência deverá ser observada levando em consideração as partes e os fatos em questão, observando a hierarquia que há entre as partes.

Veio este requisito para a caracterização da inversão do ônus da prova, para facilitar o acesso de consumidores em prol de sua defesa, assim equiparando a desigualdade entre consumidor e fornecedor.

6 MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO

O momento processual é determinado pelo juiz, a não ser a *ope legis* que é dita pela lei, a partir deste momento as partes têm ciência de quem será o dever do *onus proband*.

Porém a doutrina ainda é muito divergente a esta questão, por alguns doutrinadores entenderem que deverá ser alegada a inversão no despacho inicial, outro no despacho saneador, e outros ainda entendem ser alegado na sentença, mas por outros entendimentos poderá ela ser alegada a qualquer momento entre o despacho inicial até a sentença.

6.1 Despacho inicial

Neste momento do processo, acontecerá a inversão do ônus da prova a partir da citação do réu, alguns autores entendem que esta é a melhor maneira de aplicar a inversão em face de este estar em contato com o processo pela primeira vez, quando ele irá citar o réu e intima-lo da decisão que analisou o pedido da inversão, tornando assim pacível de agravo de instrumento caso alguma parte não aceite a decisão.

Em caso de ser feita a inversão no despacho inicial, estaria amparada pelos preceitos constitucionais como por exemplo o da ampla defesa e contraditório, facilitando assim tanto para o autor quanto para o réu por dar a oportunidade de defesa em face de ter ciência da inversão do ônus da prova, podendo assim trazer documentos e alegações necessárias ao processo, ou tentando provar a não existência dos requisitos.

6.2 Despacho saneador

Em se tratando do despacho saneador, este é a decisão pronunciada após a fase postulatória, quando os pontos controvertidos e o pedido de inversão da prova são apreciados, assim dando oportunidade as partes reconhecer quem irá ter o ônus da prova que estão nos autos.

Também amparado pelo princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, assim trazendo a oportunidade de as partes se defenderem no percurso do processo. Aqui, neste momento, o juiz passa a ter ciência da presenças dos requisitos exigidos para tal inversão, então terá a oportunidade de assim fazer.

Para trazer mais claresa ao presente trabalho, os Tribunais Patrios tem entendido de tal forma:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RELAÇÃO DE CONSUMO – 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. (TJMG – 4º C. Cível – Acórdão 0301800-0 – Rel. Juiz Alvimar de Ávila – DJ 01-03-2000)

6.3 Sentença

Assim como os demais momentos a cima citados, o momento da sentença é defendido por muitos doutrinadores, e não o do recebimento da peça de petição inicial, ou saneador ou na instrução da prova, em face da regra de distribuição do ônus da prova ser regra de juízo, tendem a escolher a sentença em face de ja ter ultrapassado as fases do processo, após a apreciação das provas acolhidas durante a instrução.

Ao tornar esta, uma regra de julgamento qualquer que seja a conclusão do ônus da prova só poderá ser emitida após a fase introdutória do processo, por considerar haver um risco de julgamento inadequado a causa, então sendo na sentença a fixação no *onus proband* não infringe ainda ao princípio da ampla defesa.

Porém cabe a parte provar sua dilação probatória, mas correndo assim o risco de sofrer desvantagem se permanecer inerte, assim não ofendendo os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

Alertando que a fundamentação correta do artigo 6º, inciso VIII, do CDC consubstancia-se ao poder de discricionariedade do juiz, ja que objetiva justamente a

formação de sua convicção, e cabendo a ele e tão somente a ele resolver o período ideal para se determinar a inversão probatória.

6.4 Melhor momento para a inversão

Conforme já tratado a cima, no despacho inicial ele acaba por um impulso processual necessário, mas corre o risco de eventual recurso protelatório ou ato que impeçam o andamento do processo, já no saneador poderá surpreender as partes com as decisões judiciais desfavoráveis, e caso seja na sentença acaba correndo um grave risco de prejudicar o fornecedor ou ao consumidor caso não seja feita a inversão.

Portanto o momento mais propício a inversão do ônus da prova seria entre o despacho inicial e o despacho saneador, em face de no despacho inicial dar ciência da inversão para o fornecedor, assim não saindo ele lesado, podendo ele direcionar a sua defesa pois saberá do que se defender, e o saneador poderá definir as questões que restaram pendentes após a audiência de conciliação, para que nenhuma parte possa afirmar ter sido pega de surpresa, respeitando o devido processo legal sem ir contra a ampla defesa e possibilitando o contraditório.

7 CONCLUSÃO

Concluí-se que a inversão do ônus da prova veio para equilibrar as relações de consumo, para que faça vales o princípio da igualdade, para que equipare o consumidor ao fornecedor.

Observamos que a qualificação de consumidor como parte mais frágil da relação de consumo surgiu antes do Código de Defesa do Consumidor, assim com o advento de seu surgimento passou o consumidor a ser amparado legalmente por lei específica.

Tendo a possibilidade de se equiparar ao fornecedor, com a inversão do ônus da prova, amparada esta por princípios constitucionais, tornando uma relação mais justa, sendo assim a inversão do ônus da prova é um meio mais eficiente de defender o consumidor.

Encontramos as definições de fornecedor e consumidor descritos no CDC, o histórico norteador do CDC, o conceito de relações de consumo, a regra geral ao ônus da prova prescrita no CPC, os princípios da inversão do ônus da prova, os requisitos, os momentos processuais da inversão do ônus da prova bem como o melhor deles a se escolher.

Qualificando ainda que o melhor momento é o despacho saneador, uma vez que controversos já estão fixados a ser antes da instrução probatória, assim não trazendo prejuízo algum à defesa do réu, sem que o pegue de surpresa.

Sendo assim verificamos que o CDC além de ser uma lei protetora do consumidor, também visa equilibrar a relação entre consumidor e fornecedor, tendo em vista a grande diferença econômica, jurídica e técnica entre eles, para que as relações de consumo seja a cada dia mais simples, e que o consumidor passe a ser parte igual no processo e não a mais frágil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. PLANALTO. **Código de Defesa do Consumidor Lei 8.078/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. PLANALTO. **Código de Processo Civil Lei 13.105/2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais: a relação processual de cognição**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1943. v.2

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forence, 2000. v.4

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas S/A., 2005.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MONTEIRO, João. **Teoria do Processo Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade do contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 22, 1997.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson et alli. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JR., Nelson. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, 1992.

NOGUEIRA, Tania Liz Tizzoni. **A prova no direito do consumidor**. Curitiba: Juruá, 1999.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANSONE, Priscila David. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n, 211, 2002.

SODRÉ, Marcelo. **Formação do sistema nacional de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007