

CENTRO UNIVERSITARIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO
MARIANA SILVA ANDRADE

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

LAGES
2018

MARIANA SILVA ANDRADE

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2018

MARIANA SILVA ANDRADE

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

Lages, SC ____/____/2018. Nota _____

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

Prof. Msc. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2018

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Mariana Silva Andrade¹
Caroline Ribeiro Bianchini²

RESUMO

A presente monografia apresenta como objetivo analisar a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. A pesquisa inicia com um breve estudo sobre as origens e evolução do direito do consumidor e ainda sobre as partes que integram a relação de consumo. A seguir, passa-se ao estudo dos aspectos processuais concernentes a distribuição do ônus da prova no Direito do Consumidor. Diante da reconhecida hipossuficiência do consumidor, como forma de buscar a isonomia entre as partes envolvidas no processo. Trata-se de uma medida que deve ser aplicada pelo magistrado assim que verifique a existência no processo de questões envolvendo relações de consumo. Dessa forma, ocorre o equilíbrio entre as partes envolvidas, afastando dificuldades para a comprovação da violação dos direitos do consumidor.

Palavras-Chave: Hipossuficiência. Provas. Consumidor.

¹Acadêmica do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Prof. Mestre em Direito, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

THE SHIFTING OF THE BURDEN OF PROOF IN THE CONSUMER PROTECTION CODE

Mariana Silva Andrade³
Caroline Ribeiro Bianchini⁴

ABSTRACT

This monograph presents as objective analyzing the shifting of the burden of proof in the Consumer Protection Code. The research begins with a brief study on the origins and evolution of Consumer Rights and also on the parties that integrate the consumption relation. Next, the research moves on to the study of procedural aspects concerning the distribution of the burden of proof in Consumer Rights, before the recognized consumer insufficiency, as a way to finding the isonomy between the parties involved in the process. It consists of a measure that must be applied by magistracy as soon as it observes the existence of matters involving consumption relations in a process. Thus, balance between the involved parties takes place, driving away difficulties to evidencing violation of consumer rights.

Key words: Insufficiency. Proofs. Consumer.

³Law School undergraduate student, 10^o period, University Center UNIFACVEST.

⁴Law School professor, University Center UNIFACVEST.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário UNIFACVEST, a coordenação do curso de Direito, o orientador do trabalho e demais membros da banca examinadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lages, 07 de dezembro de 2018

MARIANA SILVA ANDRADE

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 HISTÓRICO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	09
2.1 Direito do Consumidor antes da Lei 8.078/90.....	09
2.2 Implementação do Código de Defesa do Consumidor	12
2.3 Conceito de Consumidor	16
2.4 Conceito de Fornecedor.....	18
3 DAS PROVAS.....	20
3.1 Definição.....	20
3.2 Depoimento Pessoal.....	21
3.3 Confissão	22
3.4 Exibição de Documento ou Coisa.....	23
3.5 Prova Documental	23
3.6 Prova Testemunhal	24
3.7 Prova Pericial.....	24
3.8 Inspeção Judicial.....	25
4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	26
4.1 Distribuição do Ônus da Prova.....	26
4.2 Aplicabilidade.....	30
4.3 Momento da Inversão	34
4.4 A Inversão do Ônus da Prova nos Tribunais	35
5 CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia apresenta como objetivo institucional cumprir requisito para a conclusão do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest.

O tema adotado se relaciona com a distribuição do ônus da prova no direito do consumidor. Trata-se de uma matéria que envolve o direito material no que concerne a presença de uma parte considerada insuficiente com reflexos no direito processual, quando estabelece a inversão do ônus da prova.

A lei 8.078/90 instituiu o denominado Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de proporcionar a proteção do consumidor nas relações de consumo. Contudo, era necessário apresentar disposições referentes aos meios processuais para efetivar essa proteção, uma vez que o processo deve garantir a tutela efetiva dos direitos.

Nesse contexto, ainda quando estava em vigência o Código de Processo Civil de 1973, vislumbrou-se a necessidade de determinar a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, quando o Código de Processo Civil contemplava ainda a distribuição estática do ônus da prova. Era preciso estabelecer uma forma de buscar a isonomia entre as partes no processo.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil surgiu a contemplação da distribuição dinâmica do ônus da prova, ou seja, compete ao juiz distribuir o ônus da prova de forma diversa da regra geral, quando o caso concreto exigir essa medida para equilibrar a relação entre os litigantes. Dessa forma, a pesquisa tem início com o questionamento sobre o ônus da prova no direito do consumidor.

A pesquisa apresenta como objetivo geral analisar a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor e como objetivos específicos analisar o histórico do direito do consumidor, apreciar a implementação da lei 8.078/90, verificar o conceito de consumidor e fornecedor, identificar as provas admitidas e analisar os requisitos exigidos para a inversão do ônus da prova pelo Código de Defesa do Consumidor, e por fim analisar a aplicabilidade nos tribunais.

No desenvolvimento do estudo foi empregado o método dedutivo, sendo aplicada pesquisa bibliográfica e documental, através de análise de doutrinas e decisões judiciais sobre o tema da monografia.

A monografia foi estruturada em três capítulos. Inicialmente analisando as origens e a evolução do direito do consumidor. Verificando os conceitos de consumidor e fornecedor.

Seguindo, o segundo capítulo verificou-se acerca das provas admitidas na legislação processual civil brasileira, incluindo o ônus da prova instituído pelo artigo 373 do CPC/15, onde

existe a possibilidade da inversão do ônus probatório, com a chamada inversão dinâmica do ônus da prova.

Por fim, o terceiro capítulo, o qual identificou a aplicabilidade da inversão do ônus da prova, analisando o artigo 6º inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor e identificando o momento da inversão, que se dá por decisão do magistrado. E por fim uma breve análise acerca da aplicabilidade da inversão nos tribunais.

2 HISTÓRICO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A necessidade por produtos ocorre desde o princípio das relações humanas, sendo assim houve a necessidade de regulamentação de normas para estabelecer a relação jurídica entre consumidor e fornecedor, e conceitua-las para que assim ficassem claros os direitos e deveres de cada parte na relação jurídica.

2.1 Direito do Consumidor antes da Lei 8.078/90

Desde o início da civilização as relações de consumo estão presentes no dia a dia dos indivíduos, mesmo antes do direito surgir para regulamentar as relações entre os sujeitos. Tempo este em que se realizava a troca de produtos, onde cada família se especializava em alguma área e trocavam seus produtos entre vizinhos.

As legislações antigas timidamente já concediam a proteção aos consumidores. O Código de Hamurabi criado por volta do século XVIII a.C, na Mesopotâmia, ficou conhecido por ser o código do “olho por olho, dente por dente”. Dessa forma, vislumbra-se o motivo das punições, quando o causador do dano deveria reparar na mesma forma e medida, através de sanções severas.

Segundo Lerner (*apud* FILOMENO, 2010, p.2-3):

Já no antigo “Código de Hammurabi” certas regras que, ainda que indiretamente, visavam a proteger o consumidor. Assim por exemplo a Lei nº 233 rezava que o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las às suas próprias expensas. Extremas, outrossim, eram as consequências de desabamentos com vítimas fatais: o empreiteiro da obra, além de ser obrigado a reparar cabalmente os danos causados ao empregador, sofria punição (morte), caso houvesse o mencionado desabamento vitimando o chefe da família; caso morresse o filho do dono na obra, pena de morte para o respectivo parente do empreiteiro, e assim por diante.

Desse modo, a relação de consumo é desde cedo protegida pelo Estado. O que ocorre é que houve uma evolução nos objetos de consumo, logo as consequências para os fornecedores que de algum modo causem danos ao consumidor mudou também, deixou de ser imposta na mesma moeda. Assim, temos o Código de Manu, que estabelecia multa e punição, e ainda o ressarcimento de danos.

Conforme ensina Almeida (2011, s.p) “[...] Independentemente da classe social e da faixa de renda, consumimos desde o nascimento e em todos os períodos da nossa existência.” Logo, a relação de consumo faz parte do dia a dia, e sua evolução é diária e necessária para se adequar à saciedade atual.

Logo, na Grécia também já se realizavam medidas para que os consumidores não fossem lesados, de modo que haviam fiscais no mercado para garantir que as mercadorias ali adquiridas não sofressem qualquer tipo de adulteração.

De acordo com Filomeno (2010, p.03):

Na Grécia, conforme a lição extraída da *Constituição de Atenas*, de Aristóteles (1995:103-247), também havia essa preocupação latente com a defesa do consumidor. Como explicitado pelo mestre estagirita, “são também designados por sorteio os fiscais de mercado, cinco para o Pireu e cinco para a cidade; as leis atribuem-lhes os encargos atinentes às mercadorias em geral, a fim de que os produtos vendidos não contenham misturas nem sejam adulterados.

Neste momento com a preocupação em o consumidor não ser lesado passou a ser objeto de fiscalização as relações nos mercados da época, de forma a prevenir que o conflito se realizasse.

Deste modo, com a nova sociedade que se formava, as características de consumo foram alteradas, conforme explica Bolzan (2014), de início o fornecedor era quem ditava as regras, decidia qual a matéria-prima a ser utilizada e o modo de confecção de certo produto, excluído a unilateralidade da produção.

Com a evolução da sociedade e a necessidade da implementação de uma sociedade de direitos, quando as relações passaram a ser regulamentadas, escritas e legitimadas, o consumo passou a ser ponto importante de regularização e fiscalização.

Segundo Nunnes (2011) no período pós-Revolução Industrial com crescimento populacional nas metrópoles, a indústria teve a necessidade de produzir mais, para alcançar um maior número de pessoas, criando assim a chamada produção em série, aqui denominada “standartização”.

Dessa forma, com a migração que acontece em grande escala do campo para a cidade, o produtor nesta fase não consegue suprir todas as necessidades dos consumidores pela alta demanda. Passou-se a priorizar a produção e nem tanto a qualidade, para conseguir suprir a necessidade da população.

Nesse contexto, surge a necessidade de conceder a proteção ao grupo de consumidores, uma vez que passou a ocorrer a opção do consumo e a imposição da oferta. Daí aparecem os grupos de consumidores que passaram a buscar a qualidade dos produtos que seriam adquiridos.

Conforme Ramsay *apud* Miragem (2010, p.28):

As origens do direito do consumidor, de que a organização de grupos de consumidores, a partir de seus interesses específicos foi a base do consumerismo, e que no ambiente de múltiplas tendências nas quais se destacavam também os ambientalistas e os movimentos urbanos, dão origem ao direito do consumidor.

Dessa forma, com grande procura em produtos específicos, a sociedade começou a formar grupos de consumo, formando neste instante o consumerismo, este que foi

regulamentado com a finalidade tutelar o direito dos consumidores, pois a migração para a cidade alavancou o comércio, tornou o consumo frequente e cada vez mais necessário. Fato este que fez com que o Estado tivesse que intervir para que a relação fosse mais igualitária.

Cabe ao Estado promover os interesses de sua população, preservando o direito da coletividade, conforme disciplina Reali (*apud* FILOMENO, 2010, p.02), vejamos:

Se considerarmos, por exemplo, os vários grupos organizados para a produção e circulação das riquezas, necessário é reconhecer que o Estado não se confunde, nem pode se confundir, com nenhum deles, em particular, porquanto cabe ao governo decidir segundo o bem comum o qual, nesta hipótese, se identifica com o interesse geral dos consumidores.” E conclui o referido pensamento, enfatizando que “a autoridade do Estado deve manifestar-se no sentido da generalidade daqueles interesses, representando a totalidade do povo.

Neste viés, cabe ao Estado prover por seus cidadãos, pois é o ente que possui força para representa-los, e defende-los de qualquer abuso sofrido, e ainda visar o bem da coletividade para que haja harmonia.

A preocupação com o consumidor como vimos vem mesmo antes de Cristo, e está em constante evolução. Segundo Miragem (2010) para o consumidor conseguir reconhecer direitos houve a necessidade de observar seu crescimento, para consolidar uma posição jurídica.

Com o crescimento populacional houve grande aumento nas relações de consumo, fator importante para este crescimento foi a implementação do capitalismo na maioria dos países. Segundo Nunnes (2011) os Estados Unidos é um país que possui grande influência na economia mundial, e desde 1890 com o advento da Lei Sherman, já havia regulamentado a defesa do consumidor.

Fato importante para todo o movimento consumerista foi o ano de 1962, quando John F. Kennedy, então presidente dos Estados Unidos, encaminhou ao Congresso Nacional carta com dizeres sobre o consumidor, relatando sua preocupação com a população e também com a economia. O discurso apresentado para o congresso teve como foco o direito a segurança, direito a informação, direito de escolher e o direito de ser ouvido. Sendo que este pronunciamento se tornou significativo para a aquisição de direitos básicos do consumidor em uma nova era do consumerismo. (SODRÉ, 2009)

A preocupação do então presidente dos Estados Unidos, versou sobre direitos que se tornaram básicos ao consumidor, e para que a relação entre consumidor e fornecedor se torne equânime. De modo que se preserve uma boa relação entre os sujeitos de consumo, prevenindo litígios.

Após, em 1972, em Estocolmo foi realizada a Conferência Mundial do Consumidor, onde a Comissão das Nações Unidas considerou que todo consumidor deveria gozar de todos

os direitos enunciados pelo Presidente Kennedy. Pronunciamento este que levou vários países a criarem leis em defesa do consumidor, exemplo disto é a Espanha, que em 1978 regulamentou em sua constituição o artigo 51 (MIRAGEM, 2010)

O pronunciamento do então presidente dos Estados Unidos, foi um marco para a história do direito do consumidor, alertando o mundo de que era necessário regulamentar a relação entre consumidor e fornecedor.

A Resolução nº39/248 da ONU aprovada na sessão plenária de 9-4-1985, inspirada na fala do Presidente John Kennedy apresentou como objetivo fazer com que outros países tomassem conhecimento sobre a vulnerabilidade do consumidor, reconhecendo suas necessidades e que os direitos básicos aprovados na referida sessão fossem colocados em prática, para dar certo equilíbrio a relação de consumo.

Segundo Filomeno (2010, p.06):

A Resolução nº 39/248, em última análise, traçou uma política geral de proteção ao consumidor destinada aos Estados filiados, tendo em conta os seus interesses, e necessidades em todos os países e, particularmente, nos em desenvolvimento, reconhecendo que o consumidor enfrenta, amiúde, desequilíbrio em face de capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação. Reconhece, ainda, que todos os consumidores devem ter o direito de acessar os produtos que não sejam perigosos, assim como o de promover um desenvolvimento econômico e social justo, equitativo e seguro.

Verifica-se que o principal objetivo da ONU foi promover igualdade, para que não haja abuso nestas relações, como referido existe disparidade no nível de educação entre fornecedor e consumidor. Então promover a regulamentação de normas traz segurança aos consumidores, e estabelece uma relação segura e de confiança.

2.2 Implementação do Código de Defesa do Consumidor

O Brasil apresentou proteção específica ao consumidor na Constituição Federal de 1988 sendo promulgada após a ditadura militar.

Acontece que no Brasil império já se observava timidamente uma proteção ao consumidor. Segundo Efig, (2004, p.22) “Como matéria constitucional, as primeiras normas de cunho protetivo à economia popular despontam em 1934.” Portanto, mesmo que timidamente, a legislação brasileira tratou a respeito da defesa do consumidor.

Sendo assim, a Constituição de 88 consagrou vários direitos, um deles estando previsto em seu artigo 1º inciso III “a dignidade da pessoa humana”, mas para que a pessoa tenha sua dignidade preservada se faz necessário que haja proteção ao consumidor, e que seja de fácil acesso.

Tendo como base para a implementação do Código de Defesa do Consumidor a Constituição Federal, temos que evidenciar que os princípios constitucionais “são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico” Nunes (2011, p.64), devendo serem sempre respeitadas, pois é o alicerce do sistema jurídico.

Assim, momento importante para a efetivação da defesa do consumidor foi a CRFB, sendo o alicerce de todo o ordenamento jurídico, efetivando a defesa do consumidor como garantia constitucional.

Para Ataliba *apud* Nunes (2011), os princípios são o norte para a sociedade, portanto devem ser seguidas por todos, principalmente pelos poderes constituídos por ela, pois a constituição trás os princípios fundamentais para que os indivíduos possam viver em harmonia. Como as constituições expressam os anseios populares, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas razões não podem ser contrariados, têm que ser prestigiados até as últimas consequências.

Dessa forma, a Constituição deve ser respeitada em sua integralidade, pois o que está promulgado ali ampara todo o ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 88 instituiu ali a proteção ao consumidor, promulgando a defesa do consumidor no Título II, como direito e garantia fundamental, sendo assim não podem ser alteradas, e nem mesmo sofrer qualquer tipo de restrição.

Destarte, conforme prevê o Artigo 5º inciso XXXIII, cabe ao estado promover a defesa de todo consumidor, tornando o direito à proteção um dever do estado, dando-lhe o papel de defende-lo de terceiros.

Logo, ao instituir como garantia constitucional a defesa do consumidor, trouxe igualdade em uma relação que é desfavorável ao consumidor. Observa-se que em um lado da relação jurídica está quem detém maior conhecimento e recursos financeiro, e de outro, quem possui pouca instrução, e economicamente mais vulnerável.

Destarte, é necessário buscar uma equidade na relação jurídica, sendo assim, a elaboração de uma legislação própria para o consumidor é uma solução para levar igualdade, que seja justo para ambas as partes. Segundo Miragem (2011, p.41) “pelo estabelecimento do direito do consumidor, é a clássica formula de raiz aristotélica, sobre igualdade, do tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade.”

Ainda a CRFB/88 teve a preocupação com a atividade econômica, disciplinado sobre o assunto em seu art. 170, em que determina que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano, para que assim assegure a existência digna do ser humano.

Devendo o referido artigo servir como base dos princípios a serem seguidos por toda a ordem econômica.

Cabe destaque ao inciso IV do aludido dispositivo legal em que menciona a livre concorrência sendo necessário para haja uma variedade nos serviços prestados não constituindo monopólio. Faz se necessário a livre concorrência para que cada fornecedor decida a forma, os meios e os produtos que irá utilizar, e para que o consumidor possua o poder de escolha, é necessário que haja a concorrência para que o consumidor não fique à mercê de determinado produto.

Neste sentido Filomeno (2010, p.75) explica que: “[...] é fundamental que exista a livre concorrência entre empresas, já que é por seu intermédio que se obtém a melhoria de qualidade de produtos e serviços, o desenvolvimento tecnológico na fabricação, e melhores opções ao consumidor ou usuário final.”

A livre concorrência precisa existir, para que haja geração de renda, mas esta deve preservar os direitos constitucionais ali inseridos, sendo um deles a defesa do consumidor.

Neste sentido, cabe falar da importância que possui o Art. 4º da lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que busca a proteção e o respeito ao consumidor, para garantir a dignidade, saúde, segurança, e ainda proteger seus direitos econômicos, busca, portanto, garantir que o consumidor tenha transparência e harmonia em suas relações de consumo. Destarte em relação aos direitos econômicos se faz de grande importância o princípio previsto na CRFB/88, para que não aconteça abuso na relação jurídica.

Com a previsão da defesa do consumidor na constituição federal, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), trouxe em seu art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. Cumprindo o disposto, a lei 8.078/90 foi promulgada no dia 11 de setembro de 1990, mas entrou em vigor em março de 1991. A lei 8.078/90 veio para consagrar o que já havia sido instituído na CRFB/88.

De acordo com o ensinamento de Bruno Miragem (2010, p.47):

A Constituição, ao determinar no Art.48 do ADCT, a realização de Código de Defesa do Consumidor, estava em verdade determinando a realização do conteúdo eficaz da norma constitucional consagradora do direito fundamental (art. 5º, XXXII), que tinha seus efeitos integrais condicionados à produção da lei- portanto norma de eficácia limitada.

Entrando em vigor o Código de Defesa Consumidor, como lei ordinária, para garantir a realização do direito fundamental. Sodré (2009) relata que o Código do Consumidor por ser editado de acordo com a Constituição Federal, e recepcionar seus princípios torna o código uma garantia constitucional.

A lei 8.078/90 estabelece em seu Art. 1º normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos da Constituição Federal e do ADCT, sendo, portanto, um fator de cidadania e respeito à dignidade humana.

De acordo com Filomeno (2010, p.10):

É um elenco de princípios epistemológicos e instrumental adequado àquela defesa. E em última análise, cuida-se de um verdadeiro exercício da cidadania, ou seja, a qualidade de todo ser humano, como destinatário final do bem comum de qualquer Estado, que o habilita a ver reconhecida toda gama de seus direitos individuais e sociais, mediante tutelas adequadas colocadas a sua disposição pelos organismos institucionalizados.

Tendo em vista que para que os direitos básicos sejam respeitados é necessário a existência de programas governamentais, portanto cabe ao Estado a responsabilidade de garantir todos os direitos instituídos pela constituição, devendo prover o acesso à justiça de forma rápida e simples.

A lei 8.078/90 é de grande relevância social, pois trata da proteção e defesa do consumidor, conforme ensina Efig (2004) o CDC concede a sociedade uma mudança jurídica e social.

Estabelece normas para serem seguidas na relação de consumo, buscando igualdade, e assim evitando que qualquer das partes obtenha prejuízo.

Ainda ensina Filomeno (2010), que o Código de Defesa do Consumidor é um microsistema jurídico, pois ele trata desde a proteção do consumidor, como também do destinatário final. Tendo ainda característica interdisciplinar e multidisciplinar, pois trata de assuntos relacionados ao constitucional, administrativo, civil e processual civil, como também prevê normas de caráter penal.

Apresenta ainda a assistência judiciária gratuita, para os consumidores carentes, instituindo órgãos de proteção ao consumidor, buscando, portanto, a defesa da cidadania. Segundo Tartuce e Amorim, (2017, p.34): “O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento.” Sendo assim a aplicabilidade do CDC se dá aos fatos, e também não será usado se verificada a abusividade do consumidor, pois é para protegê-lo quando vulnerável e não para levar vantagem.

Como o CDC visa garantir uma relação justa entre consumidor e fornecedor, buscando a igualdade e uma relação harmônica no negócio jurídico. Elenca direitos básicos aos consumidores, tais como a vida, saúde e segurança, pois são direitos básicos da pessoa humana, provindos da Carta Magna, e um direito muito importante é o da livre escolha, ter a

possibilidade de escolher o que é melhor para si, dentro de suas necessidades e possibilidades, pois é importante ressaltar que a vulnerabilidade se faz presente no consumidor, seja por aspectos econômicos ou mesmo intelectuais.

O CDC ainda disciplina que o direito à informação é fundamental, obter transparência na relação de consumo para que saiba exatamente no que está se envolvendo. Isto posto, existe também a proteção contra publicidade enganosa ou abusiva, esta que demorou a ser firmada. Segundo Rizzato Nunes (2011, p.210) “Pode-se definir o abuso do direito com o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem.”

Trouxe ainda a possibilidade de revisão e modificação nas cláusulas contratuais, direito de suma importância para corrigir qualquer abusividade, ou até mesmo por motivos supervenientes. Neste sentido cabe também reparação de danos sofridos em detrimento da relação de consumo. Tanto para danos materiais quanto morais. Como já relatado o CDC instituiu o acesso à justiça, estabelecendo inclusive o acesso gratuito, neste sentido, dentro do processo tem a possibilidade da Inversão do Ônus da Prova, para tirar do lado mais vulnerável o encargo da produção de provas, ficando encargo do juiz aplicação deste direito, entre outros procedimentos adotados durante o andamento do processo, que serão abordados a diante.

Feito uma breve síntese de vários direitos promulgados pelo Código de Defesa do Consumir, lei de grande importância para a evolução da sociedade, visto que se vive em uma sociedade capitalista movida pelas relações de consumo.

2.3 Conceito de Consumidor

De acordo com Filomeno (2010, p.18): “Trata-se como se observa, da noção asséptica e seca que vê no consumidor tão somente o *homo economicus*, e como partícipe de uma dada relação de consumo, sem qualquer consideração de ordem política, social ou mesmo filosófico-ideológica.”

O consumidor é visto como aquele que efetua a compra, tendo relação direta econômica, entre pagamento e a entrega do produto ou serviço. É o gerador da relação de consumo, também sendo considerado consumidor aquele que utiliza do produto, o destinatário final, mesmo não tendo relação com a compra.

Fábio Konder Comparato (*apud* ALMEIDA, 2011, p.57-58) conceitua que consumidor são aqueles “que não dispõe de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”. Para melhor definição é necessário utilizar-se do conceito estipulado pelo próprio CDC, apresentado no artigo 2º. “Consumidor é toda pessoa

física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

O caput do art. 2^a traz a consumidor concreto, aquele que de fato usará determinado produto. Neste sentido importante falar do consumidor equiparado, presente no parágrafo único do presente artigo, que para ser considerado consumidor não se faz necessário que seja de fato o indivíduo que gerou a relação jurídica, com a aquisição (pode ser fato oneroso ou gratuito), mas sim quem usa o produto.

Como ensina Nunes (2010, p.162):

Porém, como se percebe, não se trata apenas de “adquirir”, mas também de utilizar o produto ou o serviço, ainda quando quem o utiliza não o tenha adquirido. Isto é, a norma define como consumidor tanto quem efetivamente adquire (obtem) o produto ou o serviço como aquele que, não o tendo adquirido, utiliza-o ou consome.

Segundo Lopes (1992, *apud*, FILOMENO 2010, s.p) explica “que uma pessoa jurídica pode ser consumidora em relação a outra; mas tal condição depende de dois elementos que não foram adequadamente explicitados neste particular artigo do código.” Portanto, a relação de fornecedor passa para a pessoa jurídica, mas não significa que ela não possa ser consumidora. Pois se levarmos em consideração que a pessoa jurídica faz uso do consumo quando precisa de equipamentos para seu trabalho, portanto vai ser parte vulnerável em relação a estes produtos.

Neste sentido Donato (*apud* EFING 2004) esclarece que no momento em que a legislação inclui a pessoa jurídica como consumidor está se referindo quando atua como ‘consumidor-destinatário final’, pois aceita as condições impostas pelo fornecedor para utilizar de determinado produto ou serviço, mas não obtém valor econômica em razão desta relação.

Portanto o modo que a pessoa jurídica possui para ser consumidor é quando os produtos lhe servem como meio de produção, para seu efetivo funcionamento.

Logo, o consumidor equiparado, é o destinatário final do produto, aquele que de fato consome. Neste sentido precisamos abordar a pessoa jurídica, pois apesar de ela consumir, muitas vezes não é o destinatário final.

Conforme Nunes (2010), a aquisição de um automóvel na concessionária é uma relação regida pelo CDC, mas para que o automóvel esteja à disposição do consumidor é preciso uma relação entre a concessionária e a montadora, relação esta que o Código de Defesa do Consumidor não protege. Para ser objeto de proteção a concessionária tem que ter o papel de destinatário final.

O objetivo do Código de Defesa do Consumidor é regular as situações em que são ofertados produtos e serviços, independe de quem possa ser o destinatário final.

Então o conceito de consumidor está diretamente ligado a relação de consumo, está ligado à sua vulnerabilidade em relação ao fornecedor. Dessa forma, Filomeno (2010, p.23) conclui que a relação de consumo está ligada a 3 fatores, vejamos:

1. envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (produtor/ fornecedor);
2. destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor;
3. o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

Verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor apresenta como conceito de consumidor todo indivíduo que de alguma forma faz uso de produto fornecido através da relação de consumo.

2.4 Conceito de Fornecedor

O artigo 3º. do Código de Defesa do Consumidor apresenta o conceito de fornecedor

Art. 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.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Para melhor entendimento Plácido e Silva (1996, *apud* FILOMENO, 2010, p.41) conceitua fornecedor “derivado do francês ‘*fournir*’ (fornecer, prover) de que se compôs ‘*fournisseur*’ (fornecedor), entende-se todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessários ao seu consumo”. Então fornecedor é aquele que põe à disposição do consumidor os produtos, que leva a oferta de mercadorias.

Seguindo o que preceitua o art. 3º, o código de defesa do consumidor, não limita quem pode ser fornecedor, busca ter sentido mais amplo possível, para atingir maior número de gênero.

Miragem (2010) relata sobre a amplitude que o legislador trouxe para o conceito de fornecedor, abrangendo empresas privadas e públicas, nacionais e multinacionais, podendo até o Estado ser considerado como fornecedor, ainda tendo em vista ser uma lei que proporciona a dinâmica em relação ao desenvolvimento de atividades prestados. É justamente pelo fato da diversidade de prestação de serviços que se dá a extensão de personalidades, para que o CDC possa proteger todas as formas na relação de consumo.

Portanto, é considerado fornecedor quem exerce atividade com fim lucrativo. Sendo assim temos ainda no parágrafo segundo a prestação de serviços, sendo ela parte do conceito de fornecedor, deste modo é necessário que se obtenha remuneração para que caracterize relação de consumo sobre o serviço prestado.

Segundo Nunes (2011, p.189): “quando a lei fala em “remuneração” não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto “remuneração” no sentido estrito de absolutamente qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto.” Dessa maneira a remuneração é uma característica para que se possa obter a prestação de serviço.

Abstrai-se da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, com conceito para fornecedor, todo aquele que de alguma forma preste serviço, forneça, transporte ou exporte, crie, transforme e comercialize, qualquer tipo de produto, no âmbito nacional ou estrangeiro.

3 DAS PROVAS

Em uma ação judicial a fase probatória é relevante, pois o julgamento do pedido estará condicionado a comprovação do que é alegado pelos litigantes, buscando-se o convencimento do magistrado.

3.1 Definição

As partes litigantes devem ater-se a fase de produção de provas para comprovar suas alegações. Através da atividade instrutória é que o magistrado formará sua convicção a ser apresentada na sentença a ser proferida.

Segundo Didier Jr, Braga e Oliveira, (2011, p.28): “Considera-se o direito à prova como direito fundamental, derivado dos direitos fundamentais ao contraditório e ao acesso à justiça.” Assim, percebe-se que o direito a produzir provas é uma garantia constitucional, visto que visa garantir a idoneidade do processo, e que tenha resultado justo.

Logo, a prova no processo é a oportunidade de demonstrar a existência ou inexistência do fato em litígio. Segundo Barreto (2003, p.269): “Provar é convencer da verdade do que se alega, visando formar a convicção do julgador, para fins de julgamento do processo.”

Verifica-se que o momento probatório permite as partes levar ao conhecimento do juiz tudo aquilo que julgam necessário para seu convencimento de que o direito ali pleiteado existe.

De acordo com Câmara, (2011, p.389) “Denomina-se prova a todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato.” Dessa forma, todo fato levado ao processo com a finalidade de convencer o juiz terá característica de prova.

Portanto, todo e qualquer fato levada o conhecimento do magistrado é necessário que se objeto de prova, para que assim, se obtenha uma apreciação justa, baseada nas provas produzidas no decorrer do litígio, e não apenas, sob as alegações das partes envolvidas. Ainda, as provas devem ser obtidas em conformidade a legislação e respeitando o contraditório e a ampla defesa.

Segundo Barroso (2003) ressalta a garantia constitucional da prova pelo Estado Democrático de Direito, onde não se admite que sejam levadas ao processo provas de caráter ilícito, ou seja, que tenham sido obtidas em contrariedade da lei, no entanto admite-se a chamada prova ilegítima, podendo ser usada na fundamentação de sentença.

Tendo as provas natureza processual o Código de Defesa do Consumidor segue as regras presentes no Código de Processo Civil, visto que o mesmo regulamenta toda questão processual de uma ação, pois cabe ao Estado prover para melhor aplicação da justiça uma uniformidade no processamento. O CDC disciplinou as relações de consumo, porém não trouxe de forma específica as regras do processo, portanto segue o que dispõe o CPC.

De acordo com Câmara (2011, p.390):

Ainda que se admita a ideia de que a prova é instituto de natureza mista, com aspectos processuais e substanciais, é o Código de Processo Civil a sede adequada de sua regulamentação. Isto se dá porque o direito probatório é o mesmo, qualquer que seja a natureza da matéria de fundo.

Dessa forma, o Código de Processo Civil de 2015 apresenta como meios de prova os seguintes: depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial, as quais serão objeto de estudo a partir de agora.

3.2 Depoimento Pessoal

O depoimento pessoal, é a forma de prova oral admitida no ordenamento jurídico brasileiro, momento onde o juiz ouve as partes e testemunhas, confrontando as informações prestadas por elas, com as provas até então produzidas no processo.

De acordo com Barroso, (2003, p.399): “O depoimento pessoal e o interrogatório representam espécie de prova oral, pela qual as partes são chamadas à presença do magistrado para serem ouvidas acerca dos fatos da causa.”

O depoimento é o momento em que o magistrado pode fazer perguntas diretas a parte com a finalidade de sanar suas dúvidas em relação aos fatos, sendo ato personalíssimo das partes somente elas podem prestar depoimento, sendo vedado o depoimento por mandado, podendo ser colhido o depoimento inclusive por videoconferência ou outro recurso tecnológico como dispõe o CPC/15.

Segundo Miranda, (*apud* DIDIER JUNIOR, BRAGA E OLIVEIRA, 2011, p.109) depoimento pessoal: “É o conjunto de comunicações (julgamento do fato) da parte, autor ou réu, para dizer o que sabe a respeito do pedido, ou da defesa, ou das provas produzidas ou a serem produzidas, como esclarecimento de que sirva o juiz para seu conhecimento.”

Este é o momento da relação direta entre parte e magistrado, podendo o depoimento da parte ser essencial ao convencimento do magistrado, visto que é o momento em que poderá

fazer perguntas diretamente ao autor ou réu, onde fará ligação aos fatos apresentados e poderá confrontar as provas até ali produzidas.

Respeitando o que preceitua o CPC/15 cabe a parte requerer o depoimento pessoal, fato este que ocorre na audiência de instrução e julgamento. Segundo Barreto, (2003, p.278) “O depoimento pessoal não poderá ser tomado na presença da parte contrária”, portanto para que não haja interferência no relato dos fatos o magistrado pede que a outra parte do processo se retire da sala enquanto colhe o depoimento, visando que não haja nenhuma influência nos fatos que ali serão relatados.

3.3 Confissão

A confissão está ligada aos fatos, assim o confitente declara ser verdade fato que não lhe interessa, mas que beneficia a outra parte.

Para Câmara, (2001, p.409): “Confissão é a admissão, por alguma das partes, de fato contrário aos seus interesses e favorável ao adversário. Não se concebe, como se vê do conceito do instituto, que alguém confesse fato favorável aos seus próprios interesses.” Portanto, a confissão acontece quando a parte confessa ser verdade fato que não seja de seu interesse, passando o benefício para a outra parte.

Dessa forma, a confissão deixa a outra parte em situação mais favorável, pois admite serem verdadeiras as alegações por ela ali expostas. Porém, a confissão é relacionada aos fatos, mas não as consequências jurídicas que o fato tem, pois, o reconhecimento do fato nem sempre gera o convencimento do magistrado para que ao final se obtenha a procedência do pedido.

Segundo Medina (2017, p.459) “A confissão diz respeito a fatos, e não a consequências jurídicas do fato. Nesse ponto, afasta-se do reconhecimento da procedência do pedido, muito embora possam tais declarações – confissão e reconhecimento- apresentarem-se concomitantemente.”

Logo, a confissão ocorre quando o confitente torna os fatos alegados como verdadeiros, produzindo provas apenas contra si, os litisconsortes não serão prejudicados como prevê o CPC/15, e ainda dispõe que se admite a confissão judicial ou extrajudicial, podendo ser espontânea ou provocada.

3.4 Exibição de Documento ou Coisa

A legislação prevê a possibilidade de exibição de documento ou coisa dentro da ação judicial, possibilitando ao magistrado trazer ao processo documento ou coisa que entenda necessário mesmo que estejam na posse de outra parte, ao até mesmo com terceiros.

Segundo Barroso (2003, p.401): “A exibição é o instrumento processual colocado à disposição da parte ou do juiz para fazer com que sejam levados aos autos do processo documentos ou coisas que se encontrem em poder da parte adversária ou mesmo na posse de terceiros estranhos à lide.”

A exibição de documento ou coisa pode ser feita de forma incidental, ou ainda em uma ação autônoma, com a finalidade de buscar a prova antes mesmo de ingressar com a ação principal, pois a finalidade é obter documento ou coisa que estejam em poder de terceiros.

Segundo Medina (2015, p.419): “A exibição de documento ou da coisa, também pode ser pedida em ação autônoma (ação exhibitória) voltada exclusivamente à exibição documento ou da coisa.”

Logo, para que haja a exibição de coisa ou documento o magistrado pode ordenar a exibição dentro da própria ação, ou ainda ser ação que dará origem ao direito material para propositura de uma ação em busca de um direito.

3.5 Prova Documental

Documento é a forma física da prova, todo objeto capaz de representar os fatos que ali pretendem ser alegados. Sendo assim podemos chamar de prova material, possuindo natureza declaratória, pois é introduzida aos autos pelas partes.

Destarte, existem vasto número de “coisas” que podem ser consideradas documento, assim para Medina (2017, p. 463): “Documento é a forma representativa e permanente de um fato”, então sendo objeto lícito, que tenha a possibilidade de contribuir para o convencimento do juiz será prova documental.

Quando se fala na forma representativa e permanente, é importante falar que com a grande evolução tecnológica a cada dia se tem produtos novos e que podem auxiliar a justiça. Podendo ser considerado como forma física vários objetos, desde cartas até gravações.

Segundo Barroso (2003, p.407):

Por documento podemos entender toda e qualquer coisa corpórea capaz de representar um fato, e de qual se possa extrair uma verdade sobre os fatos alegados pelas partes no processo. Assim, podemos considerar como documentos: os escritos (documento em sentido estrito da palavra, como as declarações, cartas, instrumentos, etc.), as fotografias, fitas de gravações, ou qualquer outra coisa que possa ser juntada ao processo.

Verifica-se que a prova documental é introduzida no processo pelas partes, devendo ser produzida junto com a inicial ou contestação. Porém admite-se a juntada posterior de provas, sendo elas provenientes de fato novo, ou aquelas que se tenha obtido conhecimento posterior.

3.6 Prova Testemunhal

Prova testemunhal é aquela produzida pelo magistrado com o depoimento de testemunhas. Câmara (2011, p.415) conceitua testemunha como: “pessoa estranha ao feito”, sendo assim, traz uma percepção diferente aos fatos. Como dispõe o CPC/15 a prova testemunhal é admissível, mas não pode ser o único meio probatório utilizado.

Para que o depoimento seja considerado idôneo e íntegro o processo, se faz necessário que as testemunhas não sejam incapazes, impedidas ou suspeitas, seguindo a lei em vigor. Ainda, as testemunhas são pessoas que não possuam interesse no assunto, que irão apenas relatar o que sabem sobre o fato.

Segundo Barroso (2003, p.417): “As testemunhas são pessoas que não tem interesse na solução do litígio, são indivíduos *absolutamente imparciais* e capazes de narrar, diante do magistrado, o que conhecem, ou sabem sobre os fatos litigiosos.”

É a possibilidade de ouvir os mesmos fatos sob perspectivas diferentes, lembrando que a testemunha tem o compromisso de falar a verdade, podendo ser penalizada se não o fizer, portanto a testemunha é uma peça importante para a apreciação do magistrado.

3.7 Prova Pericial

A prova pericial se faz necessário acerca de conhecimento específicos, ou seja, para a produção de prova técnica, fato probatório que não sejam de conhecimento específico do magistrado.

Prova pericial para Didier Jr, Braga e Oliveira, (2011, p.227): “[...] se dá com o auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado *laudo pericial*”.

Para a confecção do laudo pericial, o magistrado formula os quesitos que devem estar presentes para que possa fazer a apreciação da prova, e assim valorá-la nos autos, ainda como dispõe o CPC/15 admite-se a assistência técnica, que serão de confiança da parte.

3.8 Inspeção Judicial

Este meio probatório é o que permite que o magistrado tenha contato direto sobre o fato do litígio. Segundo Câmara (2011, p.423): “[...] trata-se de meio de prova em que o próprio juiz, através de seus sentidos, examina uma coisa ou pessoa, a fim de obter esclarecimento sobre os fatos da causa.” Podendo realizar inspeção de ofício ou por requerimento das partes, podendo realizar a inspeção quando julgar necessário, e ainda poderá ser assistido por peritos, sendo direito as partes acompanhar a inspeção como disciplina o a legislação processual em vigor.

Segundo Medina, (2017, p.482): “A inspeção judicial é meio de prova que permite ao juiz obter, diretamente, suas impressões sobre coisas ou pessoas, ou mesmo sobre o local onde os fatos aconteceram.”

Desse modo, a inspeção judicial é o meio probatório que traz mais proximidade do fato com o magistrado, para que possa tirar suas próprias conclusões sobre o objeto da ação.

4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O artigo 373 do Código de Processo Civil estabelece como regra geral que o ônus de provar, é atribuído a parte que alega possuir o direito. No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 6º, inciso VIII, estabelece a inversão do ônus probatório, baseando-se na vulnerabilidade atribuída ao consumidor, levando o encargo da prova para a parte que possuir melhores condições.

4.1 Distribuição do Ônus da Prova

A prova é levada ao processo pela parte que alega possuir direito, como visto anteriormente. O ônus da prova segundo Goldschmidt (*apud* DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2011, p.76): “[...] são imperativos do próprio interesse, ou seja, encargos sem cujo desempenho o sujeito se põe em desvantagem perante o direito.” Logo, o ônus da prova se dá quando a parte alega ter um direito, porém precisa provar que o possui de fato.

Destarte, o magistrado utiliza-se da distribuição do ônus da prova quando não se obteve o resultado esperado das demais provas já existentes no processo, logo utiliza desse meio para obter as informações necessárias para seu julgamento. Conforme Moreira (*apud* THEODORO JUNIOR, 2015, p.884) “O juiz não tem que preocupar-se com as regras legais de distribuição do ônus da prova, a não ser no momento de sentenciar.”

O ônus da prova tem previsão legal no art. 373 do CPC/15, sendo que pode ser encargo da parte autora como da parte ré. A incumbência do ônus irá depender do fato que esteja em discussão. Desse modo, o CPC/15 dispõe que o ônus da prova seja distribuído da seguinte maneira: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato da constitutivo de seu direito: II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo direito do autor.”

Verifica-se que o ônus será atribuído a quem tenha interesse de que o fato seja provado, tanto fato constitutivo, quanto modificativo, impeditivo ou extintivo.

Conforme ensina Medina (2017, p.447):

O ônus da prova, como regra geral, é atribuído pela lei a uma das partes tomando-se por base o interesse em que determinado fato fique provado, e, também, a proximidade- o que implica em maior facilidade- entre a parte e o fato respectivo. À luz dessas premissas, chegou-se à fórmula segundo a qual o autor incumbe demonstrar o fato constitutivo, e ao réu o fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito.

Conforme disciplina o CPC/15, atribuindo o fato constitutivo ao autor, e o fato impeditivo, modificativo ou extintivo ao réu, possui característica de Distribuição Estática do Ônus da Prova, pois determina os fatos que incumbe a cada parte da ação.

Segundo Câmara (2011, p.396): “[...] a lei processual brasileira opta por uma distribuição estática do ônus da prova.” Visto que ele dispõe em seu art. 373 o que incumbe a cada uma das partes provar.

Entretanto, cabe as partes a decisão de levar aos autos a prova constituinte de determinado direito. Sendo que não cabe a parte contrária exigir prova de que o direito existe, por este motivo se dá o ônus a quem se diz no direito da pretensão jurídica.

De acordo com Theodoro Júnior, *apud* Barroso (2003, p.386):

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os atos alegados dos quais dependem a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

Assim, quando a parte opta por não produzir determinadas provas no processo deve estar ciente do risco que corre em obter a improcedência do pedido. Pois para cada fato alegado se faz necessário comprovar, pelos meios de provas admitidos no processo.

Ainda nas palavras de Theodoro Júnior (2015, p.885), a distribuição estática do ônus da prova se dá pelo fato de acreditar que as partes são igualmente capazes de produzir suas provas, considera-se que há um equilíbrio entre as partes, de forma que seja incumbido a cada uma delas o encargo de produzir as provas ao magistrado.

Acontece que em determinados processos não existe esta igualdade entre as partes, perde-se o equilíbrio até então considerado entre os litigantes.

Portanto, existindo desigualdade é necessário que haja uma forma para tornar o processo justo entre ambas as partes. Logo, tem-se a teoria da “Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova”, que ocorre quando uma das partes litigantes possui melhores condições de produzi-la, ou seja, perde-se aquela imposição do CPC/15 ao determinar a cada parte o que lhe incumbe na produção de provas.

Logo, o Código de Processo Civil regulamenta em seu parágrafo 1º do artigo 373 a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, esta que quando utilizada conterà decisão devidamente fundamentada pelo magistrado, vejamos dispositivo legal:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A legislação em vigor trás os requisitos para que o magistrado possa transferir o ônus da prova entre as partes, apenas quando existe excessiva dificuldade ou ainda a impossibilidade. Portanto transfere-se o ônus da prova aquele que obtenha melhores condições de produzi-las.

Desse modo, ensina Didier Jr, Braga e Oliveira, (2011, p.96): “[...] a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode.” Logo o encargo da produção de provas deixa de analisar quem é o autor ou réu da ação, mas qual parte tem mais facilidade em produzi-las.

A distribuição dinâmica não tem a finalidade de retirar a incumbência, mas sim de tornar mais fácil a produção da prova, por isso a incumbência pode alternar entre as partes. Neste sentido Peyrano *apud* Medina (2017, p.449) dispõe: “à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.”

Portanto, a distribuição dinâmica do ônus da prova tem como objetivo facilitar a produção de provas, de modo que o ônus se dá para aquele que possuir melhores condições de produzi-las, podendo ser por obter um conhecimento técnico superior, informações sobre o objeto em litígio, ou ainda por ter facilidade em produzi-las.

Ainda o parágrafo 3º do artigo 373 do CPC/15, dispõe que a distribuição pode ocorrer por vontade das partes, exceto quando recair sobre direito indisponível ou tornar-se de difícil realização. Vejamos: “[...] § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

Portanto, a distribuição dinâmica passa o ônus de provar para aquele que tem mais facilidade e melhores condições de levar aos autos a prova, seja ela constituinte, impeditiva, modificativa ou extintiva de direito, ainda visando preservar o princípio da boa-fé entre as partes litigantes.

Desse modo, cabe análise ao julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, onde em apelação civil, em provimento confirmando a distribuição dinâmica do ônus da prova, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC - ATO ILÍCITO - DANO PRESUMIDO - FALTA DE COMPROVAÇÃO DO DÉBITO - ART. 333 DO CPC - ÔNUS DA PROVA INCUMBE À PARTE QUE TIVER INTERESSE NO RECONHECIMENTO DO FATO A SER PROVADO - TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. Nas ações declaratórias de inexistência de débito c/c nulidade do título, a regra da distribuição do ônus da prova pode vir a sofrer alteração, justamente para obstar a imposição de produção de prova negativa à parte autora. In casu, plenamente aplicável ao caso concreto a teoria da carga dinâmica da prova, a qual consiste na imputação do ônus de produzir a prova negativa à parte que detém melhores condições materiais, detendo em seu poder a documentação alusiva aos fatos controvertidos, ou seja, a ora acionada. CONSECTÁRIOS LEGAIS DA CONDENAÇÃO - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - MODIFICAÇÃO DE OFÍCIO - JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES DESDE O EVENTO DANOSO - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 54 DO STJ - APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE 1% AO MÊS, ATÉ O ARBITRAMENTO DOS DANOS MORAIS, QUANDO INCIDIRÁ A TAXA SELIC, QUE COMPREENDE A CORREÇÃO MONETÁRIA (Apelação Cível n. 2014.029095-6, de Joinville, rel. Des. FRANCISCO OLIVEIRA NETO, j. 24-06-2014). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.054106-4, de São João Batista, rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, Segunda Câmara de Direito Público, j. 16-12-2014).

Nas palavras do Desembargador Rodolfo C. R. S. Tridapalli, o respectivo processo versou sobre inscrição indevida no Serviço de Proteção ao Crédito em decorrência de suposto atraso em mensalidades de ensino superior. Logo, o autor da ação apresentou comprovante de pagamento, o magistrado tendo aplicado a dinâmica da prova, a parte ré não levou aos autos documentos necessários que comprovassem a inadimplência do requerente.

Desse modo, em apelação cível, julgada pela segunda câmara, se manteve a sentença de primeiro grau, beneficiando o autor com a exclusão de seu nome do serviço de proteção ao crédito, e ainda a procedência pelos danos morais causados ao mesmo.

Segundo Theodoro Júnior (2015, p.890) “A redistribuição dinâmica do ônus da prova justifica-se como meio de equilibrar as forças das partes litigantes e possibilitar a cooperação entre elas e o juiz na formação da prestação jurisdicional justa.”

Destarte a dinamicidade se dá em prol de garantir a igualdade no processo, visando a cooperação entre as partes, buscando sempre atingir a verdade dos fatos que envolvem o litígio.

Sendo ainda uma forma de evitar que decisões surpresas aconteçam no processo, de modo que a ação siga sempre os preceitos instituídos pela Constituição Federal e os princípios basilares do Código de Processo Civil.

Dessa forma, este instituto se dá conforme a necessidade de cada caso. Em face da disparidade que acontece em alguns tipos de contrato. Como já demonstrado as relações

estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor visa possibilitar a igualdade processual, entre as partes.

Verifica-se que em relação ao consumidor bom exemplo se dá com as empresas de telefonia, que em geral firmam contrato por telefone, sendo assim o consumidor fica sem meios de provar o aceite ou não do produto ofertado.

Logo, para que haja a devida proteção instituída pela lei 8.078/90, em favor do consumidor, o artigo 6º, inciso VIII, disciplina acerca da inversão do ônus da prova, onde se faz necessário observar os princípios instituídos para a utilização deste direito. Fato é que os meios de produção de provas se dão de forma complementas as do Código de Processo Civil.

O objeto de estudo do próximo capítulo trata do ônus da prova no direito do consumidor, verificando sua aplicação nos processos que envolvem relações de consumo.

4.2 Aplicabilidade

O referido art. 6º, inciso VIII, da Lei 8.078/90, apresenta como direito básico do consumidor a facilitação ao acesso à justiça, na proteção de seus direitos, atribuindo a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Verifica-se:

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;

Desse modo, Filomeno (2010, p.390) dispõe: “[...] em geral, como se sabe, a prova de um fato incumbe a quem o alega. No caso do consumidor, contudo em face da sua reconhecida vulnerabilidade, pode haver a inversão desse ônus, ou seja, fica a cargo do réu demonstrar a inviabilidade do fato alegado pelo autor.”

Logo, com o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, a inversão do ônus probatório acontece pela complexidade que o consumidor possui em produzir as provas, dificuldade atribuída pelo seu conhecimento técnico inferior em relação ao produto ou serviço prestado pelo fornecedor.

A possibilidade da inversão do ônus da prova ocorre em virtude da garantia de tornar o processo igualitário, visto que há uma disparidade entre fornecedor e consumidor. Fato este condicionado a decisão do magistrado. Conforme Miragem, (2010, p.142-143):

O legislador do CDC, neste sentido, consagrou a possibilidade de inversão do ônus da prova como o mais importante instrumento para a facilitação dos direitos do consumidor em juízo, condicionada, todavia, à verificação pelo juiz da causa, alternativamente, da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança das alegações, a serem identificados em acordo com as regras ordinárias de experiência.

Portanto, a inversão só acontece após apreciação do magistrado em relação a ação processual, verificando-se a hipossuficiência do consumidor e ainda se existe coerência nas alegações de direito.

Logo, é preciso diferenciar a hipossuficiência no âmbito do CDC e a vulnerabilidade que lhe é atribuída pelo art. 4º inc. I. O CDC por ser uma lei principiológica, tem como base para a garantia e preservação dos direitos dos consumidores o princípio da vulnerabilidade e da hipossuficiência, que possuem características distintas.

O Princípio da Vulnerabilidade encontra-se previsto no artigo 4º, inciso I do Código de Defesa do consumidor, onde reconhece a vulnerabilidade do consumidor, caracterizando-a como a parte frágil na relação de consumo.

Segundo Tartuce e Neves (2017, p.34): “[...] para se reconhecer a vulnerabilidade, pouco importa a situação política, social, econômica ou financeira da pessoa, bastando a condição de consumidor.”

A vulnerabilidade é imputada ao consumidor por não possui conhecimento técnico sobre os produtos e serviços que adquire, no entanto presume-se que o fornecedor obtenha os conhecimentos específicos do que oferta, ainda há de se falar na vantagem econômica que possui em relação ao consumidor via de regra.

De acordo com Miragem (2010, p.68): “O princípio da vulnerabilidade é aquele que estabelece a presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de consumo, de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação na relação de consumo.”

Logo, este princípio torna o consumidor a parte vulnerável na relação jurídica, apenas por ser consumidor.

Já o Princípio da Hipossuficiência encontra-se junto ao dispositivo da inversão do ônus da prova, sendo uma das condições para que ocorra a inversão. Este princípio não está ligado diretamente a questão econômica. A hipossuficiência se dá pela parte não possuir conhecimento para produzir a prova.

Sendo assim, a hipossuficiência está ligada com a inversão do ônus da prova, pois transfere para a outra parte a função de originar as provas necessárias para o esclarecimento dos fatos e apreciação do magistrado.

Conforme Bolzan (2014, p.154):

Hipossuficiência é um agravamento da situação de vulnerabilidade, um plus, uma vulnerabilidade qualificada. Além de vulnerável, o consumidor vê-se agravado nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou ambos. O conceito de hipossuficiência está mais ligado a aspectos processuais. O CDC empregou a expressão hipossuficiência só para as hipóteses de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) a ser determinada pelo juiz em face do caso concreto.

Assim, para que o consumidor seja considerado hipossuficiente será analisado seus conhecimentos, e não somente a parte econômica em que se encontra o consumidor.

Destarte, a hipossuficiência aqui possui característica diversa aos casos comuns, deixa de ser apenas em relação a vulnerabilidade econômica e passa a ser utilizada sob o conhecimento técnico e informacional em relação ao produto ou serviço, visto que nas relações de consumo é possível que o consumidor esteja economicamente superior ao fornecedor, portanto o princípio da hipossuficiência se atrela a inversão do ônus da prova.

No entanto, as relações de consumo nem sempre acontecem de modo a propiciar que o consumidor consiga produzir as provas de seu direito, neste momento cabe ao juiz averiguar os requisitos para determinar a inversão do ônus da prova.

Conforme Miragem (2012, p.142) expõe:

Considerando o modo como se desenvolvem as relações de consumo, a impossibilidade de o consumidor demonstrar suas razões pode se dar, simplesmente, pelo fato de que as provas a serem produzidas não se encontram em seu poder, mas sim com o fornecedor, a quem se resguarda o direito de não produzir provas contra seus próprios interesses. Nesta situação não se trata de causa econômica que impeça a produção da prova, mas impossibilidade fática decorrente da dinâmica das relações de consumo, cujo poder de direção pertence, como regra ao fornecedor.

Com o grande avanço tecnológico é comum que algumas relações de consumo se encontrem estabelecidas de forma que o acesso a prova se torne de difícil acesso por parte do consumidor.

A inversão do ônus da prova tem a finalidade de designar o ônus aquele que possua melhores condições de levar a prova ao conhecimento do magistrado, na aplicabilidade da lei 8.078/90 esta inversão se dá pelo fato da vulnerabilidade do consumidor.

Dessa forma, como descreve o dispositivo legal do Código de Defesa do Consumidor para ser aplicada a inversão é necessário que haja a verossimilhança das alegações ou que exista a hipossuficiência, portanto, o consumidor não está totalmente liberado de provar os fatos constitutivos de seu direito.

Conforme ensina Theodoro Júnior, (2015, p.895):

Em primeiro lugar, a lei tutelar do consumidor condiciona a inversão a determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), que haverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal. Em segundo lugar, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova.

Logo, para que o magistrado decida pela inversão do ônus se faz necessário que o consumidor prove que faz jus a esta inversão, é necessário que fique claro sua dificuldade em produzir a prova no processo.

De acordo com Nunes (2012, p. 851): “[...] deverá o magistrado determinar a inversão. E está ocorre pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.”

Logo, comprovada pelo consumidor que não possui condições de produzir as provas o magistrado irá inverter o ônus da prova.

Dessa maneira, a verossimilhança é um dos requisitos para a aplicação da inversão, conforme propõe Gidi (*apud* MIRAGEM, 2010, p.145-146): “[...] verossímil é o que tem aparência de verdade, o provável, que deste modo não contrarie a norma jurídica, fatos notórios, ou regras de experiência comum.”

Destarte a verossimilhança é a probabilidade de os fatos alegados na inicial serem semelhantes aos fatos acontecidos.

Assim, a inversão é a possibilidade de equilibrar a relação jurídica, pois como estabelece o dispositivo legal só há inversão quando o consumidor for hipossuficiente, e a hipossuficiência é a falta de conhecimentos para produção de provas.

Theodoro Júnior (2015, p.896) destaca a importância deste instrumento ser usado de forma moderada, vejamos:

O expediente da inversão do ônus da prova tem de ser utilizado com equidade e moderação, dentro da busca de harmonização dos interesses em conflito nas relações de consumo. Dessa maneira, tem de ser visto como “instrumento para a obtenção do equilíbrio processual entre as partes, não tendo por fim causar indevida vantagem, a ponto de se conduzir o consumidor ao enriquecimento sem causa, vedado pelo art. 884 do Código Civil”

Logo, a inversão do ônus da prova, é uma forma de nivelar a relação jurídica, sendo aplicada com equidade e moderação, para levar harmonia a ação processual. E ainda afastar qualquer possibilidade de gerar vantagem indevida para as partes.

Ainda ensina Nunes (2012, p.846) que a inversão do ônus da prova acontece independentemente do tipo de ação judicial, sendo aplicada tanto nas ações individuais como nas ações coletivas.

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro possui diversas formas de ação perante o poder judiciário, ocorre que a inversão do ônus da prova se aplica independentemente da forma que corra este processo, pois o objeto da inversão é levar igualdade para as partes.

4.3 Momento da Inversão

A inversão está prevista no CDC em seu artigo 6º, inciso VIII, porém não estabelece em qual momento da ação judicial o magistrado irá aplicar a inversão do ônus da prova se preenchidos todos os requisitos ali previstos.

Desse modo, na doutrina existe algumas divergências sobre o momento em que o magistrado deve aplicar a inversão.

Como já relatado, para que ocorra a inversão é necessário que se tenha verossimilhança nas alegações e a hipossuficiência, deste modo a inversão não é automática, precisa da decisão do magistrado em aplica-la ao caso.

Para Miragem (2010, p.146) a inversão pode ocorrer em três momentos. Sendo o primeiro na fase inicial da ação, quando feita a citação do fornecedor, ora réu, o magistrado informará sobre sua decisão de inverter o ônus. O segundo momento, na fase de saneamento do processo, o magistrado por meio de despacho, informa as partes sobre sua decisão em aplicar a inversão do ônus da prova. O terceiro momento em que pode o magistrado determinar a inversão é na sentença, na qual levará em conta para o seu julgamento, tornando o julgamento definitivo da ação.

Logo, o momento da inversão pode variar de acordo com cada ação, pois o juiz pode determinar a inversão desde o momento da contestação até a sentença final.

De outra forma a Promotora de Justiça, Dra. Cecilia Matos Sustovich (*apud*, FILOMENO, 2010, p.393) pondera:

A inversão do ônus da prova é direito de facilitação e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida. É dispensável caso forme sua convicção, nada impedindo que o juiz alerte, na decisão saneadora que, uma vez em dúvida, se utilizará das regras de experiência a favor do consumidor. Cada parte deverá nortear sua atividade probatória de acordo com o interesse em fornecer as provas que embasam seu direito. Se não agir assim, assumirá o risco de oferecer desvantagem de sua própria inércia, com incidência das regras da experiência a favor do consumidor.

Logo, o momento da inversão deve ocorrer na fase de valoração da prova, para que as partes estejam cientes da forma em que o magistrado irá utilizar as provas, até mesmo para que não haja surpresa na decisão, uma vez que cada parte sabe o que lhe incumbe provar. Assim, utilizando da inversão no momento da valoração não coloca em risco o direito da facilitação da justiça em favor do consumidor.

Segundo Nunes (2012, p.856):

[...] o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento.

Entende-se que o melhor momento para o juiz determinar a inversão do ônus, se dá entre o oferecimento da contestação até o ato saneador do processo, onde ambas as partes já terão se manifestado, e o magistrado terá condições de analisar os requisitos para a aplicação da inversão.

Desse modo, a inversão do ônus da prova, no âmbito do consumidor se dá de forma *ope judicis*, ou seja, cabe ao magistrado a decisão de aplicar ao caso concreto a inversão

Destarte, referente a publicidade há a aplicação *ope legis*, ou seja, a aplicação obrigatória da inversão do ônus da prova, conforme determina o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, sendo uma exceção, onde em relação a publicidade o ônus cabe a quem patrocina, ou seja, cabe ao fornecedor provar a veracidade, conforme o dispositivo legal: “*Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.*”

Neste sentido Tartuce e Neves (2017, p.329) explicam

[...] a inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no art. 6.º, VIII, não está na esfera de discricionariedade do juiz. É obrigatória”. E além de obrigatória, por ser *ope legis*, independe “de qualquer ato do juiz. Logo, não lhe cabe sobre ele se manifestar, seja no saneador ou no momento posterior.

Logo, em relação a publicidade o ônus se incumbe diretamente ao fornecedor, independe de qualquer apreciação do magistrado. A inversão é determinada pelo próprio dispositivo legal.

Ainda o artigo 51 do CDC estabelece que “são nulas de pleno direito, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.” Portanto, será nulo o ato que gerar prejuízos ao consumidor. Pois perde a função de proteção ao consumidor e de deixar a relação jurídica equilibrada.

4.4 A Inversão do Ônus da Prova nos Tribunais

A Lei 8.078/90 foi promulgada para proteger o consumidor e tornar a relação processual igualitária, deste modo a inversão do ônus da prova nos tribunais tem seguido os preceitos instituídos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Para que o disposto no art. 6º, VIII, do CDC, seja aplicado é necessário que haja a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, portanto, havendo um dos dois critérios o magistrado aplicará a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Tendo em vista que o consumidor é sempre parte vulnerável em relação ao fornecedor, conforme estabeleceu a lei 8.078/90, porém nem sempre hipossuficiente, deste modo não se deve confundir estes direitos conferidos aos consumidores.

Logo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em julgado através do ilustríssimo Desembargador Luiz Zanelato, aplicou a inversão do ônus da prova em favor de consumidor enquadrado como destinatário final. Verifica-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (ARTIGO 1.015, INCISO XI, DO CPC/2015). [...] INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PARTE DEMANDANTE QUE PODE SER ENQUADRADA COMO DESTINATÁRIA FINAL DO SERVIÇO PRESTADO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. [...] RELAÇÃO DE CONSUMO EVIDENCIADA PELO ENQUADRAMENTO AOS CONCEITOS JURÍDICOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 2º E 3º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO COMO DIREITO BÁSICO E INSTRUMENTO FACILITADOR DO ACESSO À JUSTIÇA. DECISÃO MANTIDA NO PONTO. "Reza o art. 6º, VIII, do CDC que é direito básico do consumidor 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. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4013501-80.2018.8.24.0000, de Campos Novos, rel. Des. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 08-11-2018).

Conforme o caso em análise, o litígio versou entre instituição financeira e pessoa jurídica, sendo esta destinatária final da relação de consumo, que caracteriza a aplicação da lei 8.078/90. Logo sendo objeto da demanda processual contrato bancário de conta corrente, se torna evidente a hipossuficiência entre o estabelecimento bancário e o consumidor, de modo que a instituição financeira obtém conhecimentos específicos acerca dos serviços ali prestados.

Diante aos fatos, Desembargador Luiz Zanelato concedeu provimento a inversão do ônus da prova, mantendo decisão de primeiro grau em favor do consumidor, ora pessoa jurídica, em detrimento de sua fragilidade econômica e hipossuficiência em relação aos conhecimentos técnicos.

No mesmo sentido, o Desembargador Jaime Machado Junior, manteve inversão do ônus da prova no litígio entre instituição financeira e consumidor na condição de pessoa jurídica, observemos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DECISÃO QUE DETERMINOU A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. VIABILIDADE DO COMANDO JUDICIAL. EXEGESE DOS ARTIGOS 6º, VIII, E 43 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. HIPOSSUFICIÊNCIA CONFIGURADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4016233-68.2017.8.24.0000, de Anchieta, rel. Des. Jaime Machado Junior, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 08-11-2018).

O presente agravo de instrumento, busca retirar a aplicação da lei 8.078/90, para que assim não se obtenha a inversão do ônus da prova incumbida a instituição financeira, acontece que o Superior Tribunal de Justiça com a Súmula 297 já definiu que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”, como bem fundamentado pelo ilustríssimo desembargador Jaime Machado Junior, que manteve a procedência para aplicação do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, conforme esclarece Miragem (2010, p.143) a hipossuficiência é um “plus” condicionado ao consumidor em relação a vulnerabilidade, possibilitando ao juiz a conceder a inversão baseando-se em suas condições técnicas.

Com o avanço da tecnologia, atualmente é quase impossível viver sem alguns meios de comunicação, deste modo, existem inúmeras ações judiciais envolvendo as empresas de telefonia. O Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, em agravo retido manifestou-se sobre a inversão do ônus da prova, definida pela lei 8.078/90, nos seguintes termos:

[...] CDC. APLICABILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA HIPÓTESE. POSSIBILIDADE. É pacífico o entendimento no sentido que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos vinculados ao serviço de telefonia, mesmo que contenha cláusula de investimento em ações. Disto decorre a possibilidade de se inverter o ônus da prova em desfavor da empresa de telefonia demandada, visto que ela se encontra em uma posição visivelmente privilegiada (econômica e técnica, inclusive) e o contrato de participação financeira é de cunho adesivo, de modo que o consumidor, destinatário final do serviço ofertado, é, portanto, hipossuficiente. (TJSC, Apelação Cível n. 0006988-51.2012.8.24.0041, de Mafra, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 08-11-2018).

Logo, os agravados estabeleceram com a agravante contrato para que obtivessem acesso ao serviço de telefonia, ocorre que por falta deste os consumidores sofreram prejuízo material. Conforme decisão do digníssimo desembargador, houve contrato para a realização do serviço, deste modo se caracteriza a relação de consumo, de modo que considerada a hipossuficiência dos consumidores em produzir as provas, é possível a inversão do ônus da prova.

Em relação a verossimilhança presente no art. 6º, VIII, do CDC, para esclarecer a matéria colaciono o julgado da lavra do Desembargador Marcos Tulio Sartorato.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA C/C PERDAS E DANOS. [...] EVIDENCIADA A RELAÇÃO CONSUMERISTA. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES JÁ ACOLHIDA POR ESTA CÂMARA EM AGRAVO ANTERIOR NESTE MESMO PROCESSO. RECONHECIDA A PROBABILIDADE DO DIREITO INVOCADO PELA PARTE AUTORA. SITUAÇÃO INALTERADA ATÉ O MOMENTO. ÔNUS PROBATÓRIO INVERTIDO. INTERLOCUTÓRIO REFORMADO. RECURSO PROVIDO. [...] 2. Verossímil é a alegação que, segundo a regras de experiência comum, aparenta ser verdadeira. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4014433-84.2018.8.24.0900, de Brusque, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 06-11-2018).

A procedência do pedido em razão da verossimilhança se deu pelo fato de o agravante ter comprovado que suas alegações aparentam serem verdadeiras, visto que corre processo criminal contra os agravados pela prática de crime previsto no art. 67, do CDC, porém não se pode determinar a culpa, preservando o direito ao contraditório e a ampla defesa. Diante a verossimilhança das alegações o ilustríssimo desembargador optou pelo provimento da inversão do ônus da prova, atribuindo ao agravado o ônus da prova.

No mesmo sentido o Ilustríssimo Desembargador André Carvalho manteve a decisão de primeira instância em aplicar a inversão do ônus da prova, após constatada a verossimilhança das alegações da parte que no caso foi agravado. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. [...] DECISUM QUE, DENTRE OUTRAS PROVIDÊNCIAS, DETERMINA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, NOS TERMOS DO ART. 6º, VIII, DO CDC, E CONCEDE A GRATUIDADE JUDICIÁRIA AO AUTOR. RECURSO DOS DEMANDADOS. [...] INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 6º, INCISO VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. HIPOSSUFICIÊNCIA CONSTATADA. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DEDUZIDAS NA EXORDIAL. PROVAS DOCUMENTAIS QUE CORROBORAM A NARRATIVA FÁTICA. ADEMAIS, FATO DO SERVIÇO (ART. 14, § 3º, DO CDC). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA OPE LEGIS. ADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO. [...]DECISUM INALTERADO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NESTA, DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4018213-50.2017.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. André Carvalho, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 13-11-2018).

O agravo de instrumento aqui interposto, buscava retirar a aplicabilidade da inversão do ônus da prova que fora concedido em primeira instancia, sob o argumento de que a inversão lhe causaria o cerceamento de defesa, em virtude de dificultar a imposição de prova negativa. Onde o litígio versa sobre furto em shopping center.

Conforme fundamentado pelo magníssimo desembargador é direito de todo consumidor obter a facilitação a defesa de seus direitos, portanto a inversão do ônus da prova se aplica no caso, de modo que o ora embargado demonstrou nos autos a verossimilhança do fato com as provas juntadas aos autos.

Deste modo, manteve a decisão do magistrado em primeira instância, conferindo ao autor a inversão do ônus da prova, baseado na verossimilhança dos fatos, e dando desprovimento ao agravo.

Desta forma, a inversão do ônus da prova vem cumprindo sua função de propiciar igualdade na produção de provas, para que assim o magistrado possa desenvolver seu papel de julgar o mérito convencido da verdade.

5 CONCLUSÃO

Os doutrinadores apresentam as origens históricas desde os séculos antes de Cristo, uma vez que as relações de consumo sempre existiram. Desse modo, o Estado desde o seu início teve a preocupação em zelar pelo bem do consumidor, de modo que não fosse lesado.

Vislumbra-se no âmbito do Código de Hamurabi, conhecido por ser o “código do olho por olho e dente por dente”, em que o ato de fornecedor que causasse prejuízo ao consumidor, seria a este atribuído o mesmo prejuízo, se ocasionasse morte, teria como sanção a morte do respectivo membro da família do prestador de serviço, ou seja, o fornecedor.

Com a constante evolução do ser humano, as relações de consumo se aprimoraram, com a implementação do sistema capitalista se fortificou o consumo, deste modo a ONU estabeleceu que os países deveriam possuir legislação que protegesse os direitos do consumidor.

Logo, o Brasil institui a previsão ao Código de Defesa do Consumidor com a Constituição Federal de 88, esta que elencou como direito fundamental a proteção do consumidor, prevendo ainda a ADCT, que seria promulgado legislação específica em defesa do consumidor. Elaborada portanto, a Lei nº 8.078/90 quando os legisladores estabeleceram quem é considerado consumidor e fornecedor, regulando a relação de consumo.

Destarte, instituindo a vulnerabilidade do consumidor, a facilitação do acesso a justiça, possibilitou-se a inversão do ônus da prova. Logo para melhor compreensão se faz necessário uma análise ao sistema processual civil brasileiro, que rege o meio probatório, sendo necessário o respeito aos princípios instituídos pelo ordenamento processual civil brasileiro. As provas são levadas ao processo com a finalidade de convencer o magistrado de que possuem direito alegado no litígio.

Desta forma, pode acontecer que a produção de determinadas provas se torne de difícil realização para algumas das partes, prevendo isto, o CPC/15 disciplina sobre o a distribuição do ônus da prova, sendo de forma estática o inciso I e II, e tendo a forma dinâmica no §1º do art. 373.

Logo, a inversão dinâmica do ônus da prova incumbe o ônus de provar a parte que possua melhores condições, podendo ser técnica, econômica, ou simplesmente por possuir maior facilidade em produzir a prova.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, para ocorrer a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, que é parte vulnerável na relação, é necessário que haja verossimilhança nos fatos alegados ou hipossuficiência do consumidor.

De acordo com a pesquisa realizada, há divergência entre os doutrinadores do momento mais adequado a se realizar a inversão do ônus da prova, pois como demonstrado esta pode ocorrer desde a fase inicial do processo até o momento da sentença.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. B. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

BARRETO, R. O. P. **Curso de Direito Processual Civil: conforme jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, D. **Teoria Geral e Processo de Conhecimento**. Barueri, SP, Manole, 2003.

BESSA, R. L.; MOURA, W. J. F. **Manual do direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BOLZAN, F. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2018.

_____. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2018.

_____. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2018.

CÂMARA, A. F. **Lições de Direito Processual Civil**. V. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIDIER JUNIOR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

EFING, A. C. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FILOMENO, J. G. B. **Manual de Direitos do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, J. M. G. **Direito Processual Civil Moderno** (livro eletrônico). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRAGEM, B. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, L. A. R. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 7 ed. Lages: Papervest, 2014.

SODRÉ, M. G. **A Construção do Direito do Consumidor: um estatuto sobre as origens das lições principiológicas de defesa do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.

TARTUCE, F.; NEVES, D. A. A. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Jurisprudência catarinense**. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br>> Acesso em: 12/nov/18.