

Vol 5 Issue 11 August 2016

ISSN No : 2249-894X

*Monthly Multidisciplinary
Research Journal*

*Review Of
Research Journal*

Chief Editors

Ashok Yakkaldevi
A R Burla College, India

Ecaterina Patrascu
Spiru Haret University, Bucharest

Kamani Perera
Regional Centre For Strategic Studies,
Sri Lanka

Review Of Research Journal is a multidisciplinary research journal, published monthly in English, Hindi & Marathi Language. All research papers submitted to the journal will be double - blind peer reviewed referred by members of the editorial Board readers will include investigator in universities, research institutes government and industry with research interest in the general subjects.

Regional Editor

Manichander Thammishetty
Ph.d Research Scholar, Faculty of Education IASE, Osmania University, Hyderabad.

Advisory Board

Kamani Perera Regional Centre For Strategic Studies, Sri Lanka	Delia Serbescu Spiru Haret University, Bucharest, Romania	Mabel Miao Center for China and Globalization, China
Ecaterina Patrascu Spiru Haret University, Bucharest	Xiaohua Yang University of San Francisco, San Francisco	Ruth Wolf University Walla, Israel
Fabricio Moraes de Almeida Federal University of Rondonia, Brazil	Karina Xavier Massachusetts Institute of Technology (MIT), USA	Jie Hao University of Sydney, Australia
Anna Maria Constantinovici AL. I. Cuza University, Romania	May Hongmei Gao Kennesaw State University, USA	Pei-Shan Kao Andrea University of Essex, United Kingdom
Romona Mihaila Spiru Haret University, Romania	Marc Fetscherin Rollins College, USA	Loredana Bosca Spiru Haret University, Romania
	Liu Chen Beijing Foreign Studies University, China	Ilie Pinteau Spiru Haret University, Romania
Mahdi Moharrampour Islamic Azad University buinzahra Branch, Qazvin, Iran	Nimita Khanna Director, Isara Institute of Management, New Delhi	Govind P. Shinde Bharati Vidyapeeth School of Distance Education Center, Navi Mumbai
Titus Pop PhD, Partium Christian University, Oradea, Romania	Salve R. N. Department of Sociology, Shivaji University, Kolhapur	Sonal Singh Vikram University, Ujjain
J. K. VIJAYAKUMAR King Abdullah University of Science & Technology, Saudi Arabia.	P. Malyadri Government Degree College, Tandur, A.P.	Jayashree Patil-Dake MBA Department of Badruka College Commerce and Arts Post Graduate Centre (BCCAPGC), Kachiguda, Hyderabad
George - Calin SERITAN Postdoctoral Researcher Faculty of Philosophy and Socio-Political Sciences Al. I. Cuza University, Iasi	S. D. Sindkhedkar PSGVP Mandal's Arts, Science and Commerce College, Shahada [M.S.]	Maj. Dr. S. Bakhtiar Choudhary Director, Hyderabad AP India.
REZA KAFIPOUR Shiraz University of Medical Sciences Shiraz, Iran	Anurag Misra DBS College, Kanpur	AR. SARAVANAKUMARALAGAPPA UNIVERSITY, KARAIKUDI, TN
Rajendra Shendge Director, B.C.U.D. Solapur University, Solapur	C. D. Balaji Panimalar Engineering College, Chennai	V.MAHALAKSHMI Dean, Panimalar Engineering College
	Bhavana vivek patole PhD, Elphinstone college mumbai-32	S.KANNAN Ph.D , Annamalai University
	Awadhesh Kumar Shirotriya Secretary, Play India Play (Trust), Meerut (U.P.)	Kanwar Dinesh Singh Dept.English, Government Postgraduate College , solan

More.....



THE POSSIBILITY OF REVERSE BURDEN OF PROOF IN ORDER TO HEARING AND TRIAL

Heloisa Correia Rodrigues¹, Julia Rebonato de Souza¹ and Kaiomi de Souza Oliveira Cavalli²

¹Graduating students in Law at Federal University of Rondônia – UNIR, Campus Prof. Francisco Gonçalves Quiles, Cacoal City, RO, Brazil.

²Professor and researcher at Federal University of Rondônia.- UNIR, Campus Prof. Francisco Gonçalves Quiles, Cacoal City – RO, Brazil.

ABSTRACT

Will be examined in this article the issue of reverse burden of proof in favor of the consumer as provided in section VIII of art. 6 of the Code of Consumer Protection, your requirements and most emphatically, the specific time and the possibility of reversing the burden of proof in order for hearing and trial.

KEYWORDS :Consumer, Inversion of Burden of Proof, Moment.

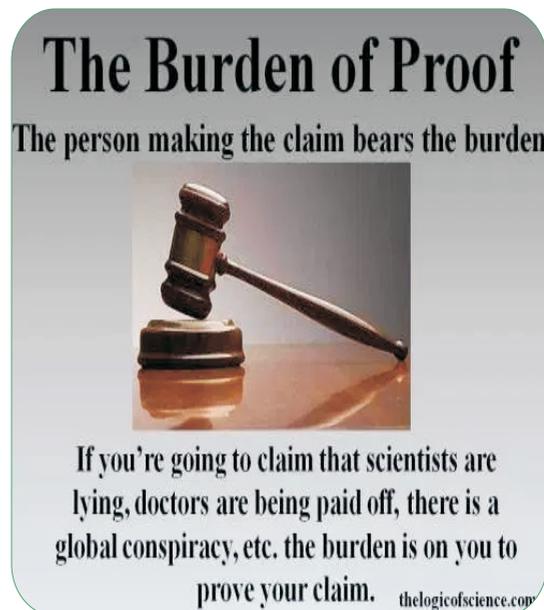
A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DESPACHO PARA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

RESUMO: Será analisada no presente artigo a questão da inversão do ônus da prova a favor do consumidor conforme prevê o inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, seus requisitos e mais enfaticamente, o momento específico e a possibilidade da inversão do ônus da prova no despacho para audiência de instrução e julgamento

Palavras Chave: Consumidor, Inversão do Ônus da Prova, Momento.

1 INTRODUÇÃO

Com o crescimento da sociedade e o conseqüente



aumento das relações de consumo, a Constituição Federal de 1998 veio tutelar o consumidor. Posteriormente a criação da Lei Federal nº. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, teve como objetivo colocar consumidor e fornecedor em pé de igualdade na relação jurídica de consumo.

Diante do seu artigo 6º, no rol dos direitos básicos do consumidor, seu inciso VIII estabelece que constitui direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos seus direitos em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova.

Contudo, pela omissão do legislador quanto ao momento específico em que se deve fazer a inversão no procedimento, gera-se uma incerteza nesse aspecto. Vozes respeitáveis na doutrina tem se pronunciado e defendido o momento exato dessa

inversão, todavia a jurisprudência ainda não segue um padrão nas decisões.

Por meio de pesquisas bibliográficas, com o método dedutivo, partindo de análises históricas, teleológicas e dogmáticas, será objeto de exame do presente artigo a possibilidade da inversão do ônus da prova no despacho para a audiência de instrução e julgamento.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Antes de buscar compreender a extensão da aplicação da Lei n.8.078, de 11 de Setembro de 1990, é importante fazer a apresentação dos fundamentos que lhe deram origem. (NUNES, 2005).

O direito do consumidor surgiu mediante a necessidade de uma lei para amparar as relações de consumo que teve como marco inicial a revolução industrial. Nesta fase, houve um aumento da população nos grandes centros urbanos, e como conseqüência, houve o aumento da procura por novos produtos e novos serviços, forçando o mercado a iniciar uma produção em série, a “standartização” da produção, ou seja, um novo modelo de produção capaz de entregar para um maior número de pessoas, mais produtos e mais serviços. Segundo Rizzatto Nunes (2005, p.3) este modelo de produção é um modelo que deu certo; veio crescendo na passagem do século XIX para o século XX; a partir da Primeira Guerra Mundial houve um incremento na produção, que se solidificou e cresceu em níveis extraordinários a partir da Segunda Guerra Mundial com o surgimento da tecnologia de ponta, do fortalecimento da informática, do incremento das telecomunicações etc.

A importância dessa evolução histórica para o direito do consumidor se deve ao fato de que antes o conceito de relação de consumo, era algo pouco amplo, restrito apenas a pessoa que estava fornecendo e a pessoa que estava comprando. Eles discutiam entre outras coisas, o tecido que iria ser utilizado assim como também cláusulas contratuais, etc. Com a evolução e a homogeneização da produção, passou-se a ter o monopólio da produção nas mãos do fornecedor, que estabelece o que, como, e quando produzir. Assim, em detrimento dessa produção em escala, “defeitos” começaram a surgir, e para sanar tais vícios, interveio nessa relação o direito consumerista.

O contexto histórico da necessidade da criação de uma lei específica foram as três revoluções industriais: a revolução inicial, a revolução tecnológica, e a informatização envolvendo a era globalizada, e com essa nova modalidade de consumo e novo modelo de produção o direito da época não era mais suficiente para regulamentá-lo, razão pela qual surgiu em todo o mundo leis específicas de defesa do consumidor. Ciente dessa evolução histórica, podemos então abordar sobre o código de defesa do consumidor.

3. RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Sabe-se que a relação consumerista é desigual, tendo em vista que o fornecedor, o profissional, detém o monopólio de informações dos meios de produção; e o consumidor, tem naturalmente um déficit informacional, é um leigo. (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2013).

Para a verdadeira proteção do consumidor, é decisivo que o intérprete, o juiz ou o aplicador da lei determine com exatidão que se trata de uma relação de consumo. Para Claudia Lima Marques o grande desafio do interprete e aplicador do CDC, é o exercício de definir quem é o sujeito ou quem são os sujeitos da relação contratual e extracontratual, que vai definir o campo de aplicação desta lei, isto é, se esta lei se aplica. (2013, p.89).

A relação de consumo é aquela estabelecida entre um consumidor e um fornecedor, que se ligam pela transação de produtos ou serviços. Dessa forma, para que se possa compreender de fato a relação jurídica de consumo, faz-se necessário que se compreenda, antes de tudo, o conceito de consumidor, fornecedor, produtos e serviços.

3.1. Conceito de Consumidor

A Constituição Federal do Brasil determina ao Estado promover a defesa do consumidor, mas não define quem seria esse sujeito de direitos. Esta conceituação se encontra no Código Defesa do Consumidor (CDC), que traz expressamente em seu texto, o conceito no artigo 2º, e completa essa conceituação nos artigos 17 e 29.

Art. 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.

A lei consumerista complementa este dispositivo com os artigos 17 e 29, equiparando a consumidor todas as vítimas do evento/ acidente de consumo (art. 17); e todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais (art.29).

Assim, pode-se determinar que o consumidor possa ser uma pessoa física, uma pessoa jurídica ou, até mesmo, por meio de equiparação, a coletividade de pessoas, independente de serem determináveis ou não, que adquirem ou utilizam produtos ou serviços, para o seu próprio benefício ou de outrem.

3.2. Conceito de Fornecedor

O artigo 3º do CDC conceitua como sendo fornecedor:

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

O CDC classificou o fornecedor como todo e qualquer praticante de uma atividade econômica dirigida ao mercado de consumo, abrangendo então, o produtor, importador, fabricante, exportador, comerciante, prestador de serviços. Isto é todo aquele que de alguma forma interfere no produto ou serviço assumido sua participação e responsabilidade. É necessário salientar que essa atividade deve ser exercida com caráter habitual na prestação de um determinado serviço, na colocação de um determinado produto no mercado de consumo

3.3. Conceito de Produto

Este conceito está disposto no artigo 3º, §1º: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” O produto pode ainda ser novo ou usado, fungível ou infungível, e destina-se a satisfazer a necessidade do consumidor, adquirindo-o mediante remuneração.

3.4. Conceito de Serviço

Na mesma linha de raciocínio, no artigo 3º, §2º, tem-se o conceito de 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.”

O serviço protegido no Código de Defesa do Consumidor é o contratado mediante remuneração seja ele direta ou indiretamente adquirido pelo consumidor, excluída a relação de caráter trabalhista e tributária.

Em suma, todas às vezes em que estiver presente uma relação de consumo, ou seja, presentes os requisitos: De um lado o fornecedor e do outro o consumidor, ligados por um produto ou serviço, estaremos diante de uma relação de consumo. Aplica-se então às regras do Código de Defesa do Consumidor.

4. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor é um micro-sistema multidisciplinar, onde em um único sistema encontram-se regras de Direito Constitucional (dignidade da pessoa humana) Direito Civil (responsabilidade civil do fornecedor), Processo Civil (inversão do ônus da prova), Direito Administrativo (sanções administrativas), como também Direito Penal (aplicação de sanções penais para o descumprimento da lei)

Outra característica do Código de Defesa do Consumidor é que este é uma lei principiológica, em que no seu corpo há princípios que visam reequilibrar uma relação jurídica desigual, dando prerrogativas ao vulnerável da relação jurídica, por todos nós conhecido como consumidor. Esses princípios objetivam uma proteção que reflete concretamente aos princípios constitucionais, estritamente ligados a essa relação de consumo, pois a Constituição trata o Direito do Consumidor como direito fundamental (Art. 5º, XXXII). Além disso, a defesa do consumidor é um princípio da ordem econômica, tendo como princípio a livre iniciativa, esta deve estar pautada em uma defesa dos interesses dos consumidores.

4.1 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR, ART 6º INC VIII

Deve-se entender os direitos básicos do consumidor, como sendo o mínimo de direitos que o consumidor possui nas relações jurídicas de consumo. Os direitos básicos do consumidor são, portanto,

Aqueles interesses mínimos materiais ou instrumentais, relacionados a direitos fundamentais universalmente consagrados que, diante de sua relevância social e econômica, pretendeu o legislador ver expressamente tutelados. (NORAT, 2010).

De acordo com o Código do Consumidor, e de maneira simples e direta, em seu art. 6º, os direitos básicos do consumidor são em número de 9 (nove):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

- I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
- V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
- VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
- VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
- 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;(...)

(...)X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Portanto, nas relações jurídicas de consumo, devem ser observados esses direitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Porém o que vem a ser abordado por com mais ênfase no presente artigo, é a facilitação de defesa de seus direitos, encontrado no inciso VIII do artigo 6º que trata justamente da inversão do ônus da prova.

5. ÔNUS DA PROVA- CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Para o inciso VIII do art. 6º ser analisado, é preciso partir do Art. 333 do código de processo Civil. CPC - Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Nas palavras de Rizzatto Nunes, é de se levantar a pergunta sobre o ônus da prova, e a resposta será a mesma: o ônus da prova do dano, do nexo de causalidade entre ele e o serviço incompleto, ausência do serviço, manutenção do produto viciado e extinção do prazo de 30 dias, com a indicação do fornecedor responsável, é do consumidor. Porém, tal ônus pode – e deve- ser invertido nas hipóteses do inciso VIII art 6º. do CDC.

Porém no artigo 333 do CPC, o dispositivo trata que deve o autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, e o réu os fatos modificativos e impeditivos ou extintivos do direito do autor. Assim percebe-se uma divisão do ônus da prova: autor sabe o que ele tem que comprovar, e o momento em que ele tem que comprovar; e o réu o momento que tem que desconstituir a prova do autor. Portanto, no Código de Processo Civil, o ônus da prova é dividido.

Já no Código de Defesa do Consumidor é possível ao consumidor, postular a inversão do ônus da prova, sendo esse um direito básico do consumidor com objetivo de facilitar a sua defesa em juízo. Assim há a possibilidade dessa inversão, que dependerá do que o juiz irá analisar no caso concreto, e se este entender plausível, não precisará o consumidor provar a culpabilidade do fornecedor, ou o defeito do produto, cabendo ao fornecedor então, provar.

José Geraldo Brito Filomeno postula que:

O Código de Defesa do Consumidor inovou, mais uma vez quando tratou da inversão do ônus da prova, pois tal norma vai de encontro ao código de processo Civil, que no artigo 333, incube o ônus da prova ao autor. O CDC, por sua vez atribuiu ao magistrado o poder para determinar a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, quando for possível aferir a verossimilhança das alegações e/ou a hipossuficiência do consumidor.(...) Sendo assim, ao juiz e facultado inverter o ônus da prova inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e expert na relação, pois o espírito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores, e não o contrário, impondo provar o que é em verdade o “risco profissional” ao – vulnerável e leigo – consumidor(NORAT, 2010).

Ainda segundo Filomeno, é importante observar que a inversão do ônus da prova, dependerá de fatos a serem observados no caso concreto pelo magistrado, ou seja, se trata de uma inversão “ope

judicis”, “a critério do juiz”. Além disso, esses requisitos devem ser analisados de forma objetiva, devendo ser levado em conta a plausibilidade da verdade, o *fumus bonis iuris*, a hipossuficiência, e a verossimilhança.

Nesse contexto, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor, confere prerrogativas, a parte mais fraca da relação.

Temos como prerrogativa o privilégio do poder; do direito; da regalia que uma pessoa ou uma corporação usufrui mais que outras, ou que as distingue de outras (NETTO, 2010). Assim, não se deve confundir prerrogativas com privilégios, sendo esse “direito ou vantagem especial que se concede a uma ou mais pessoas para que esta ou estas gozem com exclusão de todas as outras, assim do que faz exceção ao direito comum ou à regra geral (NETTO, 2010).

Segundo o princípio da vulnerabilidade, o consumidor é considerado a parte mais fraca, tanto no aspecto técnico, quanto econômico, jurídico e científico. Desse modo, CDC tem por finalidade, conferir prerrogativas ao consumidor, buscando o equilíbrio das relações de consumo, pelo fato da relação entre consumidor e fornecedor ser considerada uma relação jurídica desigual. Sobre o aspecto técnico, o fornecedor é considerado o detentor dos meios de produção, cabendo a ele saber o material que deve ser usado para prestação de um serviço. No aspecto econômico, o consumidor é considerado economicamente mais fraco em relação às instituições financeiras. No aspecto jurídico ou científico, o consumidor é nivelado em um parâmetro sob perspectiva da não mobilização com a finalidade de almejar aquilo que lhe é de pleno direito, por esse fato é considerado vulnerável.

Existindo essas prerrogativas acima mencionadas, entende-se que a análise do magistrado não é firmada em bases arbitrárias, pois estas são embasadas por critérios como verossimilhança e hipossuficiência, e também de uma maneira mais técnica, segundo conjunto principiológico, devendo o magistrado se pautar em princípios como da harmonia, do equilíbrio e da boa fé objetiva.

O direito clássico, durante muito tempo, analisou a boa fé sobre seus aspectos internos, ou seja, sobre um prisma subjetivo, por exemplo, no art 1.567 do código civil, quando trata dos efeitos do casamento putativo.

Art. 1567 CC: A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

Parágrafo único: Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

A boa fé subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É pois, a falsa crença sobre determinada situação pela qual o detentor do direito acredita em sua legitimidade, porque desconhece a verdadeira situação.

Quando se fala em relação jurídica de consumo, ou no Código de Defesa do Consumidor, o enfoque deve ser pautado em uma análise objetiva, em um aspecto externo, ou seja, deve ser analisadas regras de conduta: a relação de fornecedor e consumidor na prática e no caso concreto.

Para Rizzato Nunes:

A boa fé objetiva é uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal. Toda vez que no caso concreto, por exemplo, o magistrado tiver que avaliar o caso para identificar algum tipo de abuso, deve levar em consideração essa condição ideal a priori, na qual as partes respeitam-se mutuamente, de forma adequada e justa.

Com isso tem-se que a boa fé não serve somente para defesa do débil, mas sim como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica, que tem na harmonia dos princípios

constitucionais do art. 170, sua razão de ser.

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Em relação ao equilíbrio, este é outro princípio que pretende, concretamente, a realização do princípio magno da justiça (Art. 31, I da Constituição). Relações jurídicas equilibradas implicam a solução do tratamento equitativo.

Segundo Rizzato Nunes, a harmonia das relações de consumo nasce então dos princípios constitucionais da isonomia, da solidariedade, e dos princípios gerais da atividade econômica. Pode-se falar em harmonia toda vez que existir boa fé objetiva juntamente com o equilíbrio.

6. VEROSSIMILHANÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA

Verossímil é aquilo que é plausível, é um nexos entre fatos que é crível ou admissível por não contrariar a verdade. Trata-se da chamada prova de primeira aparência, ou até mesmo podemos falar em fumaça de bom direito, ou seja, prova de verossimilhança, decorrente das regras de experiência comum, que pertence um juízo de probabilidade.

O direito do consumidor funda-se na vulnerabilidade do consumidor, previsto no art. 4º, inciso I do CDC, sendo um elemento informador da Política Nacional de Relações de Consumo, em que as normas do CDC estão sistematizadas a partir dessa ideia básica de proteção de um determinado sujeito, o consumidor, por ser ele vulnerável. Trata-se a vulnerabilidade, de um estado da pessoa, uma situação permanente ou provisória que fragiliza o consumidor (CAVALIERI FILHO, 2010)

Kazuo Watanabe considera que, no que diz respeito à verossimilhança, não haveria uma genuína inversão do ônus da prova, mas simples aplicação do disposto no art. 335 do CPC, que estabelece o emprego das regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece:

O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra

parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.

(WATANABE, Kazuo. 617.)

A Lei, de acordo com o jurista ao fazer referência à verossimilhança buscou apenas explicitar uma regra já existente, com propósitos didáticos. Com efeito, não se afigura admissível a inversão do ônus probatório com fundamento em verossimilhança da alegação se não se tem pelo menos uma prova indireta (indício) da qual se possa inferir que provavelmente é verdadeira a alegação do consumidor.

O juízo de verossimilhança é formado, portanto, a partir da prova indiciária, que possibilita ao juiz realizar uma associação entre dois fatos: um comprovado (o fato indiciário) e outro apenas alegado (o fato constitutivo do direito do consumidor).

A hipossuficiência é um estado de vulnerabilidade superior à média. A hipossuficiência não se refere a todos os consumidores, mas sim a um determinado consumidor específico, ou a uma coletividade. O parâmetro a ser analisado para aferir a hipossuficiência deve ser analisado a partir do consumidor mais frágil, mais ignorante, menos atento, sendo, portanto o mais vulnerável entre os vulneráveis (NORAT, 2012, p.96).

A hipossuficiência está prevista no art. 6º, inciso VIII da lei consumerista, em que são direitos básicos 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 experiência.

José Geraldo Brito Filomeno afirma que quando o inciso VIII do art. 6º diz que o juiz poderá decretar a inversão do ônus da prova, quando for verossímil a alegação do consumidor, ou quando for ele hipossuficiente, as situações serão completamente diversas. (FILOMENO, 2005, p.371). Para o jurista Sergio Cavalieri Filho a hipossuficiência é marca pessoal. Limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores (CAVALIERI, 2010, p 39).

A doutrina, depois de algumas vacilações, passou a tender para um conceito ampliativo de hipossuficiência, abrangente não apenas da situação de insuficiência ou fraqueza econômica, mas de uma situação de inferioridade ou desvantagem em geral do consumidor perante o fornecedor.

Hipossuficiente, de acordo com esse conceito mais amplo, seria o consumidor que, por razões de ordem econômica, social, cultural (dentre outras) tivesse grandes dificuldades de comprovar a veracidade de suas alegações. Daí se poder falar em uma hipossuficiência econômica, social, cultural, etc. (MATTOS, 1994 p.166)

7. MOMENTO DA INVERSÃO

A distribuição do ônus probatório, mais especificamente o momento processual de inversão do ônus da prova tem merecido análise dos maiores estudiosos do direito, visto que é um tema de divergência entre os doutrinadores e a jurisprudência. Existem diversos debates diante da dificuldade de uma melhor forma de efetivação e aplicação destas regras em cada caso concreto.

Não se discute que ambas as partes fazem jus ao direito de prova, e de sua importância para a consecução de uma prestação de tutela jurisdicional adequada, assegurando de todas as maneiras o direito de se provar as alegações feitas, garantindo a continuidade do processo. Ao longo da vigência do CDC, estudiosos evoluíram para a teoria em que o ônus da prova deve ser repartido entre as partes do processo. É pacífico o entendimento de que esse ônus da prova, não pode ser interpretado como um dever ou obrigação, mas sim como um encargo: a parte a que a lei atribuiu o ônus tem o interesse em dele se desincumbir, mas nem por isso se não o fizer será automaticamente prejudicada, contudo

poderá colocá-la em desvantagem para um julgamento favorável.

O Código de Processo Civil definiu o ônus da prova, e o Código de Defesa do Consumidor trouxe determinações particulares, inovando no que se trata especificamente das questões jurídicas de consumo, no que diz respeito à matéria probatória. Tal fato pode ser considerado positivo, e um avanço para a legislação, visto que o consumidor é a parte mais frágil da relação firmada entre o mesmo e um fornecedor, merecendo, portanto, proteção. O CDC confere ao magistrado o poder-dever para que diante dos requisitos necessários, sejam eles: a verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor faça a inversão.

Contudo, o legislador foi omissivo quanto ao momento específico em que se deve fazer a inversão no procedimento, gerando uma incerteza nesse aspecto. Como consequência, surgiram divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do momento mais adequado para a aplicação da disposição do artigo 6º, VIII do CDC. A inversão inadequada gera prejuízo, tanto às partes quanto ao Estado, visto que o processo volta praticamente ao início.

André Luís de Paula afirma ser nítida a existência de duas correntes sobre o momento adequado para a inversão do ônus da prova: a) Aquela que define ser o momento ideal para a inversão do ônus da prova, o da prolação da sentença; e b) Aquela que entende que deve se dar antes da prolação da sentença, máxime na fase de saneamento.

7.1 Na prolação da Sentença

Nesta corrente, tem-se que o momento exato da inversão do ônus da prova deve ser na prolação da sentença. Isso se deve pelo fato de que somente após a instrução, no momento de valoração das provas é que o juiz estará habilitado para afirmar se há no caso concreto os requisitos necessários para a inversão, ou seja, a verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor.

Dentre os doutrinadores, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, João Batista Lopes, Nelson Nery Jr. e decisões do STJ, TJ-RS e TJ-MG, seguem esta corrente, e têm-na como certa.

Manifestou-se o TJ do Paraná:

Todavia, penso que a inversão do ônus da prova deverá ser analisada apenas na sentença, quando o julgador avalia o conjunto probatório e vê quem faltou com o seu dever de comprovar os fatos do processo e por isso ficou prejudicado por essa omissão. Ou seja, depende de todo o contexto probatório [...]. A dita inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor se dá no momento do julgamento, quando o magistrado avalia quem deveria ter provado tal fato, em face do acesso à prova. (TJ-PR, AC n. 8319, rel. Des. Domingos Ramina, j. em 26-03-2002).

7.2 Antes da Prolação da Sentença

Nesta segunda corrente, tem-se como momento adequado para a inversão do ônus da prova, aquele que antecede a prolação da sentença, máxime na fase de saneamento ou probatória. Aqueles que defendem esta posição têm como argumento o fato de que se tal inversão vier a ser determinada em um momento posterior, aquele ônus deixa de o ser, e passa a uma obrigação, visto que se deduz seguir a regra geral do Código de Processo Civil, ou seja, cabe ao autor quanto a fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Seria, então, uma situação de cerceamento da defesa, contrariando o princípio do contraditório e da ampla defesa. Isto posto, é claramente mais adequado que a inversão seja feita antes da prolação da

sentença.

Antonio Gidi, Luiz Guilherme Marinoni, Eduardo Cambi, Artur Carpes, Maristela da Silva Alves, Manoel de Souza Mendes Junior, Francisco Gama Netto e decisões do STJ, TJ-MG, TJ-RS e a Súmula nº 91 do TJ-RJ, são adeptos desta corrente.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já se posicionou pela inversão antes da sentença:

Sentença que julga o processo antecipadamente, carreando ao réu a inversão do ônus da prova - cerceamento de defesa caracterizado. Embora perfeitamente cabível a inversão do ônus da prova, esta não pode ser determinada no momento do julgamento, sem oportunizar à parte, à qual o ônus foi imposto, a dilação probatória. Sentença anulada Recurso provido (TJSP, APL 0015662-92.2009.8.26.0000, j. em 31/10/2012).

Súmula nº 91 do TJ-RJ

A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença. Referência: Súmula da Jurisprudência Predominante nº 2005.146.00006 - Julgamento em 10/10/2005 - Votação: unânime - Relator: Desembargador Silvio Teixeira.

No mesmo sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6371/2013, que vem definir qual o momento da inversão do ônus da prova nos processos que tramitam sob a égide do CDC: “Art. 6º A – A inversão do ônus da prova dar-se-á no mesmo despacho que designar a audiência de instrução e julgamento”.

Tal projeto, segundo Deputado Eli Corrêa Filho é justificável, pois que tem como objetivo, acabar, em bom tempo, com o impasse do momento oportuno da inversão da prova, e por fim as controvérsias, garantindo a consecução do devido processo legal, contraditório e especialmente da ampla defesa.

8. VEDAÇÃO DA INVERSÃO PREJUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

Conforme o artigo 51, VI do CDC, que dispõe sobre as cláusulas abusivas: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.”

Esclareça-se inicialmente, que o ônus processual não significa exatamente dever ou obrigação da parte, e sim um encargo que, se descumprido, acarreta em regra, consequências negativas ao interessado, como a própria derrota judicial. (BESSA, 2013).

As inversões do ônus da prova estabelecidas no CDC (artigos 6º, VIII, e 38) não podem ser alteradas por disposição contratual, visto que as normas do CDC são de ordem pública e interesse social, e, portanto, inafastáveis por acordo de vontade entre consumidor e fornecedor.

Segundo Bessa, (2013, p.385-385) o artigo 51, VI, possui o significado de que qualquer disposição contratual que procure alterar a distribuição do ônus da prova estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, ou seja, aquelas dispostas nos artigos 6º, VIII, e no 38, é nula e deve ser desconsiderada pelo juiz ao julgar a causa.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da problemática estabelecida, embasadas em dados da nossa pesquisa, firmamos o posicionamento de que, o momento ideal para a inversão do ônus da prova, deverá ser antes da fase de julgamento, no mesmo despacho que designar a audiência de instrução e julgamento.

Discordamos do posicionamento que concorda com a inversão entre a fase postulatória até a saneatória, pois que nessa fase a relação jurídica processual começa a formar-se, não tendo ainda o juiz critérios firmes para postular um tratamento equitativo às partes. Além disso, ausente a comunicação

prévia do juízo acerca da inversão do ônus da prova, o fornecedor não teria como saber que as provas que refutassem as alegações do consumidor seriam produzidas por ele, ate então, sem essa comunicação supunha o fornecedor que o ônus recaía sobre o consumidor por força de regra geral.

Também discordamos sobre os tribunais que decidiram sobre a inversão no momento da sentença, pois se o juiz somente determinar a inversão na sentença, a produção da prova pelo fornecedor perderia sua substancia, ficando a inversão do ônus equiparada a uma apelação.

Assim, acreditamos ser a fase mais viável para a inversão a fase do momento do despacho de homologação para audiência de instrução e julgamento, onde através do despacho o juiz firma seu entendimento em prol da inversão, para possibilitar o fornecedor de produtos ou serviços a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe está sendo entregue.

REFERÊNCIAS

- 1.A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor: O momento em que se opera a inversão e outras questões. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_consu/a_inversao_do_onus_da_prova_no_cdc.pdf>. Acesso em 04 de março de 2014.
- 2.BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- 3.BRASIL. Lei 5.869 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 01 de março de 2014.
- 4._____.Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 01 de março de 2014.
- 5._____.Constituição 1988. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01 de março de 2014.
- 6.FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. 2. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- 7.FILOMENO, José Geral do Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- 8.FILOMENO. José Geraldo Brito. Sinopses jurídicas Direito do Consumidor. Trad. sob a direção de Markus Samuel Leite Norat. 1ª Ed. São Paulo: Edijur.
- 9.Inversão do Ônus da Prova no CDC. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/4939/inversao-do-onus-da-prova-no-cdc/2#ixzz2v97ftc4Z>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2014.
- 10.MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, 11: 161-169, julho/set. 1994.
- 11.NETTO, José Oliveira. Dicionário Jurídico Universitário. 4ª Ed. São Paulo: Edijur, 2010.
- 12.NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva 2005.
- 13.PL define momento da inversão do ônus da prova. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-set-27/andre-luis-pl-define-momento-inversao-onus-prova>>. Acesso em 05 de março de 2014.
- 14.STJ decide se inversão do ônus da prova importa em adiantamento de perícia. Disponível em <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/stj_inversao_onus_prova.pdf>. Acesso em 05 de março de 2014.
- 15.WATANABE, Kazuo. Código brasileiro de defesa do consumidor. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense.

Publish Research Article

International Level Multidisciplinary Research Journal

For All Subjects

Dear Sir/Mam,

We invite unpublished Research Paper, Summary of Research Project, Theses, Books and Books Review for publication, you will be pleased to know that our journals are

Associated and Indexed, India

- ★ Directory Of Research Journal Indexing
- ★ International Scientific Journal Consortium Scientific
- ★ OPEN J-GATE

Associated and Indexed, USA

- DOAJ
- EBSCO
- Crossref DOI
- Index Copernicus
- Publication Index
- Academic Journal Database
- Contemporary Research Index
- Academic Paper Database
- Digital Journals Database
- Current Index to Scholarly Journals
- Elite Scientific Journal Archive
- Directory Of Academic Resources
- Scholar Journal Index
- Recent Science Index
- Scientific Resources Database

Review Of Research Journal
258/34 Raviwar Peth Solapur-413005, Maharashtra
Contact-9595359435
E-Mail-ayisrj@yahoo.in/ayisrj2011@gmail.com
Website : www.ror.isrj.org