

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)

ANDRÉ CABRAL MORRAL GARRID

A NECESSIDADE DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SEARA CONSUMERISTA.

RIO DE JANEIRO
2018

ANDRÉ CABRAL MORRAL GARRID

A NECESSIDADE DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SEARA CONSUMERISTA

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
APRESENTADO AO CURSO DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES - CENTRO,
COMO REQUISITO PARCIAL À OBTENÇÃO DO
TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO.

ORIENTADOR: _____

RIO DE JANEIRO
2018

ANDRÉ CABRAL MORRAL GARRID

A NECESSIDADE DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SEARA CONSUMERISTA

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
APRESENTADO AO CURSO DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES - CENTRO,
COMO REQUISITO PARCIAL À OBTENÇÃO DO
TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO.

RIO DE JANEIRO, 13 DE JULHO DE 2018.

NOTA (____)

ORIENTADOR

AVALIADOR

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a necessidade e aplicabilidade da Dinamização do Ônus da prova presente no Código de Defesa ao Consumidor pátrio, assegurando aos consumidores o equilíbrio processual necessário a evitar prejuízos em razão da situação fática e jurídica estabelecidas nas relações consumeristas, aplicando-se princípios constitucionais de modo a alcançar seu objetivo.

Palavras-chave: Dinamização. Ônus. Prova. Equilíbrio. Princípio.

ABSTRACT

The objective of this study is to demonstrate the need and applicability of the Dynamization of the Burden of Proof present in the Brazilian Consumer Defense Code, assuring to consumers the procedural balance necessary to avoid damages due to the factual and legal situation established in the consumer relations, are constitutional principles in order to achieve their goal.

Keywords: Burden. Promotion. Onus. Proof. Balance. Principle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR.....	9
1.1 - Histórico da incumbência relativa à prova.....	11
1.2 - Advento do código de defesa do consumidor.....	12
1.3 - Dinamização do ônus da prova no direito processual pátrio.....	15
2 - PRESSUPOSTOS DE APLICABILIDADE: VEROSIMILHANÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA.....	18
2.1 - Alternatividade ao uso dos requisitos.....	21
2.2 - Dinamização do ônus da prova: aplicações no direito do consumidor.....	22
2.3 – Distinções.....	24
2.4 - Momento processual de aplicação.....	25
3 - ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA APLICAÇÃO.....	28
CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS.....	37

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo demonstrar a concessão e uso do instituto processual da Inversão do Ônus da prova positivado no artigo 373 do Novo Código de Processo pátrio, que comumente é utilizado na seara Consumerista através do artigo 6º, VIII do CDC, de forma que haja o balanceamento na relação entre o fornecedor, o mais forte e o consumidor, presumidamente hipossuficiente.

No primeiro capítulo será abordada a evolução histórica das relações no âmbito consumeristas, principalmente a época da Revolução industrial, onde houve o ápice nas produções industriais. Nesse mesmo ponto, é demonstrado que com o constante crescimento das produções, nasceram novas formas contratuais, em que eram produzidos unilateralmente, sem que fosse conferido qualquer direito a quem laborava em extensas jornadas.

No entanto com o crescimento desse monopólio dos meios de produção e controle começaram a aparecer os movimentos pró-consumidor, tendo seu clímax em 15 de março de 1962, onde o Presidente Norte-Americano Kenedy, se referiu aos consumidores como uma das partes mais importantes e geradoras de renda da sociedade americana, tornando-se esse dia como “Dia mundial dos Direitos dos consumidores”.

Já no Brasil, tem-se o advento do Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de tornar as relações consumeristas comutativas e sem prejuízo ao consumidor, o mais fraco da relação. Havendo criações de sociedades civis visadas a proteção do consumidor.

A seguir, como será tratado o procedimento da Dinamização do ônus *probandi* de acordo com o Novo Código de Processo, como se institui em um processo judicial, trazendo sempre os preceitos constitucionais do contraditório e ampla defesa, para que não seja cerceado qualquer meio de prova devido a ambas as partes.

No capítulo seguinte, aborda-se os pressupostos de concessão, verossimilhança e hipossuficiência, os conceituando e explicando a necessidade de incidência de ambos para a correta inversão da obrigação de se provar.

Entretanto, após definições acerca dos pressupostos, é visto que não há a necessidade máxima de aplicação conjunta de ambos, para que aconteça a correta aplicação deste instituto e não seja criado qualquer tipo de injustiça quanto ao direito do consumidor.

Ato contínuo, inicia-se a demonstração da aplicação do instituto no âmbito consumerista, delimitando-se os pressupostos e corroborando aos dispositivos contidos no Código de Defesa do Consumidor.

Por conseguinte, demonstra-se em destaque qual o momento processual mais adequado para o julgador dinamizar o ônus da prova, sempre visando os princípios constitucionais e transpassando pelas duas correntes acerca do momento correto.

Para concluir o presente, será analisada a forma exemplificada na prática por meio das jurisprudências, como há a aplicação no caso concreto sobre o instituto objeto do trabalho bem como passando por diversas formas e sempre corroborando ao correto andamento da lide.

1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Tal tópico demonstrará como aconteceram as iniciais relações consumeristas no mundo em que vivemos, passando por diversas épocas como a Revolução industrial até os tempos contemporâneos com o direito já positivado.

As relações de base consumerista aconteciam a todo tempo há séculos, tendo como um marco inicial na Era Moderna a Revolução Industrial.

Visto que, a Revolução industrial aumentou em elevados patamares a capacidade produtiva do ser Humano. Já que antes a produção sempre foi caseira e manual, mobilizando um minúsculo contingente, no entanto, com o advento da Revolução Industrial a produção passou a ser em massa e em grande quantidade, também para fazer jus a enorme expansão demográfica daquela época.¹

Nesse tocante, houve a cisão entre a produção e distribuição dos produtos, eis que com a manufatura o próprio produtor gerava seu produto e o vendia e tinha total domínio do seu processo produtivo. Em consequência disso, a distribuição aos consumidores dos produtos, passaram a ser lacrados e embalados, assim sem nenhuma condição de conhecer o contido dentro daquelas encomendas.²

Necessário salientar, que com a explosão dos meios de produção, junto a tal acontecimento, é visto a criação de novos instrumentos jurídicos, a exemplo dos contratos coletivos, contratos de massa, contratos de adesão, cujas cláusulas já seriam preestabelecidas pelo contratante de forma totalmente unilateral, sem que houvesse qualquer opinião do contratado.³

Neste diapasão, com a criação desses contratos unilaterais, sem que acontecesse a devida evolução dos remédios contratuais clássicos, o direito material logo sucumbiria, pois não se revelava eficaz a proteção do consumidor. Dessa forma, tendo os dogmas clássicos como o *pacta sunt servanda* e a responsabilidade civil apenas fundado na culpa, tão logo, não tendo forças normativas e punitivas para a segurança dos consumidores da época.⁴

Assim, com a iminente falta de norma reguladora moderna, robusta e eficiente, houve a proliferação de praticas abusiva de toda ordem, sem que houvesse nenhum tipo de indenização por doença, acidente ou a simples demissão. Não havia limitação de responsabilidade, o mercado não havia controle estatal, até havia a concorrência desleal,

¹FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 3ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2011

²IDEM

³IDEM

⁴IDEM

resulta-se isso da fraqueza da norma a época, além da discrepante desigualdade jurídica e econômica entre os produtores e os consumidores.⁵

Semelhante ao desenfreado meio de produção, com as inovações científicas e tecnológicas, não obstante os benefícios que são trazidos a sociedade, há a possibilidade de ocorrer riscos aos consumidores, pois em uma produção em série, um único erro de concepção ou fabricação pode gerar enormes danos a um numero indeterminado de consumidores, chamamos de Riscos do Consumo.⁶

Nessa linha, ao final do século XIX, bem no inicio do século XX, surgem os primeiros movimentos pró-consumidor, em países que estavam a todo vapor no desenvolvimento industrial, exemplo clássico seria a França e os Estados Unidos.⁷

Entretanto, somente na década de 60, primeiro contato com a defesa ao consumidor na Era Contemporânea ocorreu, onde o consumidor, realmente, passou a ter importância e ser reconhecido como sujeito de direitos tutelados pelo Estado. Por assim dizer, em 15 de março de 1962, o qual posteriormente, tornou-se o dia Mundial do Consumidor.⁸

O advento se deu no momento em que o Presidente Kennedy proferiu uma famosa frase, a se referir a maior parte da economia americana à época, que seriam os consumidores, afirmando assim:

*“Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas [...]. Mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos.”*⁹

Entretanto, apesar da lisonjeira importância atribuída, sendo o maior grupo da sociedade, não recebia a devida atenção e proteção a que fazia jus, dessa forma, o Presidente norte-americano enumerou diversos direitos básicos dos consumidores: À saúde, à segurança, à informação, à escolha e o principal, serem ouvidos.¹⁰

Na visão do presidente, o direito a saúde, se relaciona a proteção ao consumidor quando a venda de produtos que teriam risco para saúde ou vida. À informação, quanto o que cada produto ou serviço continha em sua formula ou efeito, para que assim, não houve

⁵FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 3ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2011

⁶IDEM

⁷IDEM

⁸IDEM

⁹IDEM

¹⁰IDEM

tentativa de praticas fraudulenta, bem como, fosse recebido aquilo que desejava em sua integralidade, não sendo, o consumidor, enganado¹¹

Portanto, lançando as bases do movimento consumerista internacional esse dia 15 de março tornou-se o “Dia mundial do dos Direitos dos consumidores”, data comemorada em todo o mundo.¹²

1.1 – Histórico da incumbência relativa à prova

Tratando-se da evolução da incumbência de se trazer as provas ao processo judicial, é visto que tem origem histórica no Direito Romano, assim, o código de processo pátrio toma como base que “semper onus probandi ei incumbit qui dicit” ou “semper necessitas probandi incumbit illi qui agit” (o ônus da prova incumbe a quem afirma ou age), dessa forma, não havia a transferência do ônus *probandi* para o réu, mesmo que simplesmente negasse os fatos alegados pelo autor.

Vemos também a influencia germânica sobre a prova e o processo, já que diferentemente do Direito Romano, não bastava que houvesse a negação do réu ao direito do autor.

O ônus da prova incumbia ao réu, e, em virtude do caráter formalista do processo e da importância entorno do juramento, era visto como um direito do que propriamente como um encargo. De certo, ao longo dos acontecimentos históricos, as influências fundiram-se em decorrência do destino e evolução da humanidade, a exemplo da queda do Império Romano.

No Brasil a influência do direito comum fincou raízes por meio das Ordenações do Reino, texto em que se acumulava a legislação do Império, onde se manifestavam os “princípios romanos segundo os quais o ônus da prova incumbe ao autor e, quanto à exceção, ao réu excipiente; entretanto nelas se encontravam expressas referências à “teoria das negativas”“. Assim as Ordenações do Reino espelham fielmente o legado dos princípios romanos sobre o ônus da prova ao direito brasileiro, por intermédio das Ordenações Filipinas, que aqui vigoraram por mais de três séculos, até 1917.

Dessa forma, nos dias atuais, a influencia que o ônus da prova possui sobre o processo civil e sobre as normas consumeristas, é enorme, pois através de sua dinamização pode-se obter a construção de novos paradigmas processuais, assim, podendo alcançar um direito quase que perfeito e conseqüentemente ajudando o Estado na tutela jurisdicional.

¹¹FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 3ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2011

¹²IDEM

O instituto da dinamização da prova é fundamental para teoria moderna de quem se incumbem o ônus, bem como, inovando julgados, pois há uma ampla dilação de provas, facilitando, portanto o livre convencimento do Magistrado e também gerando facilidade para resolução de conflitos em contra sensu do ônus estático.

1.2 - Advento do Código de Defesa do Consumidor

No Brasil, a questão da defesa do consumidor começou a ser discutida, de forma vagarosa, nos idos anos 70, com a criação de associações e sociedades civis visadas a esse fim. Entretanto só se despertou apenas nos anos 80 durante a implantação do Plano Cruzado, para seus direitos, eis que, o fornecedor tornou-se mais forte econômica e tecnicamente, em consequência disso, a Constituição de 88 finalmente estabeleceu o dever do Estado de promover a defesa do consumidor, através da elaboração de uma lei especial.¹³

Tal lei específica, é o Código de Defesa do Consumidor, mais conhecido como CDC uma das grandes conquistas do Direito pátrio, trouxe consigo a busca pela comutatividade entre as relações consumeristas para ambas as partes: empresário fornecedor de bem ou serviço e consumidor direto ou presumido.

Insta salientar que a época da criação do CDC, houve diversos vetos à criação da norma que visava o alinhamento entre as partes, pelo forte lobby das poderosas empresas.

Entretanto, com diversos debates de vários entes da sociedade, foi possível chegar a um acordo e coroar o árduo trabalho legislativo para a criação do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse diapasão, faz-se necessário que tal lei consumerista tenha bastante força normativa para que adeque a relação jurídica entre o consumidor presumidamente hipossuficiente e o as grandes empresas, caso contrário, voltaríamos à época da revolução industrial onde eram produzidos produtos sem que houvesse qualquer conferência em relação à qualidade, segurança e principalmente riscos e defeitos.

Antigamente havia a dificuldade de acesso à justiça, eis que, predominantemente mais forte, o fornecedor ditava as regras na relação de consumo, dificultando qualquer meio de prova para que o consumidor presumidamente hipossuficiente tecnicamente pudesse produzir provas a seu favor para corroborar seus anseios judicialmente.

Com o advento do CDC veio juntamente a tutela jurisdicional consumerista com a inversão do ônus probatório, mudando a visão da distribuição estática da prova, assim

¹³FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 3ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2011

gerando uma maior proteção ao consumidor, sendo o desafio dos “genitores” do tal Código, sendo uma delas a conhecida e influente jurista Ada Pellegrini Grinover.

Portanto, é correto afirmar que o Código de Defesa do Consumidor, o único do mundo, é uma norma predominantemente principiológica, eis que, a finalidade principal é a de compreender todas as relações de consumo, sem que haja especificação de cada caso. Facilitando, assim, o julgador, com seus dispositivos de rol meramente exemplificativo, dando maior autonomia ao poder julgador.

Importante salientar a preponderância constitucional do que se refere ao tema. A Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXII assegurou a defesa dos interesses do consumidor que deverá ser promovida pelo Estado. Senão vejamos:

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

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.¹⁴

Ainda, no que tange à Constituição, o artigo 170, inciso V, assegura que na ordem econômica vigente deverão ser observados os direitos do consumidor, a fim de que e não somente, seja possível que haja existência digna e justiça social.¹⁵

Outrossim, na mesma linha de raciocínio, os artigos do CDC foram criados, dentre os quais os principiológicos e conceituais merecem acentuada atenção.

Inicialmente, o artigo 4º corrobora e atende ao texto constitucional acerca do amplo âmbito de relações que estão envolvidas, chamando-a de “Política Nacional das Relações de Consumo”.¹⁶

Nesse ponto, há o interesse maior em resguardar a dignidade humana - sumariamente protegida pela CRFB -, a saúde, segurança, qualidade de vida e proteção do interesse econômico.¹⁷

¹⁴BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12. Set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm> Acesso em: 18 jun. 2018.

¹⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 18 jun. 2018.

¹⁶BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12. Set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm> Acesso em: 18 jun. 2018.

¹⁷GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa o Consumidor Comentado: artigo por artigo**. 12ª Ed. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.

O referido artigo é um dos mais importantes do código consumerista, visto que são trazidos pela norma os objetivos da política de proteção ao consumidor, bem como enumera os princípios atinentes à busca da proteção do consumidor.¹⁸

Além disso, elencou o mencionado dispositivo as relações de consumo, principalmente no que se refere à transparência que deve haver nestas, de modo que tem por objetivo o equilíbrio e a segurança.

Outro dispositivo constante e de suma importância ser aqui elencado, é o art. 6º do CDC¹⁹, que contém os direitos básicos de todo consumidor, onde contém uma síntese de direito processual e material ajudando o julgador no deslinde de causas da seara consumerista.²⁰

Inicialmente, tal artigo preza pela proteção da vida, saúde e segurança dos consumidores, contra qualquer prática no fornecimento de produtos e serviços, assim sendo, visando a Dignidade da Pessoa Humana, mais um dispositivo totalmente constitucional, que servirá de base na instrumentalização das relações de consumo²¹

A publicidade clara de informações sobre qualquer produto e serviço, visando sempre a igualdade nas contratações, para que evite propagandas enganosas e usos errôneos gerando danos, para qualquer consumidor.²²

Por fim, tratando-se do que é consumidor, sendo a parte que delimita quem deve ser acobertada pelo CDC, encontram-se os artigos 2º e 17²³ desta norma.

O artigo 2º demonstra que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire produtos ou serviços com objetivo de ser o destinatário final. É muito importante o conceito de destinatário final, pois é aquela que não visa o lucro ao adquirir tal produto ou serviço, ou seja, tem em mente o uso de forma doméstica, para o uso familiar, no âmbito da sua casa.

Enquanto que o artigo 17, o legislador entendeu existir outros consumidores, que podem ser chamados de “consumidores por equiparação”. Quem são eles? – São estranhos a

¹⁸GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa o Consumidor Comentado: artigo por artigo**. 12ª Ed. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.

¹⁹BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12. Set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm> Acesso em: 18 jun. 2018

²⁰GARCIA, Leonardo de Medeiros Garcia. **Código de Defesa o Consumidor Comentado: artigo por artigo**. 12ª Ed. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.

²¹IDEM

²²IDEM

²³BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12. Set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm> Acesso em: 18 jun. 2018

relação bilateral consumerista, que de algum modo sofreu prejuízo com algum acidente de consumo.²⁴

Podem ser chamados de *bystander*, conforme a doutrina americana, assim, sendo aqueles que foram afetados em sua integridade, na esfera física e de segurança, pelo fato ou defeito do produto, mesmo não sendo consumidores diretos.²⁵

Portanto demonstrado a importância do advento do Código de Defesa do Consumidor no âmbito jurídico nacional, foram expostos alguns artigos que possuem uma grande relevância para a construção de uma norma forte, que visa a comutatividade entre as partes nas relações diárias.

Neste diapasão passa-se a ver como é aplicada a dinamização através do Código de Processo pátrio.

1.3 – Dinamização do Ônus da Prova no Direito Processual Pátrio

Tal procedimento encontra-se com previsão legal no Novo Código de Processo Civil pátrio, precisamente em seu art. 373, que modifica o entendimento anterior do CPC/73 em relação a distribuição do ônus da prova, tornando-se, portanto, dinâmico a distribuição do *onus probandi*.²⁶

Com a criação do Novo Código de Processo Civil, adveio a “carga dinâmica da prova”, ou seja, não mais engessado ao autor ter que alegar qualquer fato necessário para se ter satisfeito seu direito legítimo, dessa forma, tratando-se de grande novidade, a qual foi positivada pelo NCPC.²⁷

Porém, como sabemos, no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, é possível ver que já existia tal novidade processual, eis que, por ser lei especial, se trata de dar maior segurança ao consumidor que é presumidamente o elo mais fraco na relação de consumo.²⁸

Um ponto bastante interessante que se torna mister salientar, em relação a carga dinâmica da prova, seria a pretensão de tornar-se mais eficaz quanto a busca da verdade

²⁴BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12. Set. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm> Acesso em: 18 jun. 2018

²⁵GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo. 12ª Ed. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.

²⁶FUGA, Bruno Augusto Sampaio **A prova no Processo Civil Principais inovações e aspectos contraditórios**. 1 ed. Birigui. Editora Boreal. 2016. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/22643438/livro-em-pdf-provas-ncpc-2016>> Acesso em 15 jun. 2018.

²⁷FUGA, Bruno Augusto Sampaio **A prova no Processo Civil Principais inovações e aspectos contraditórios**. 1 ed. Birigui. Editora Boreal. 2016. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/22643438/livro-em-pdf-provas-ncpc-2016>> Acesso em 15 jun. 2018.

²⁸IDEM

material, dando maior horizonte de provas ao julgador e conseqüentemente, maior segurança jurídica a ao proponente da lide, para que de forma justa, aconteça o julgamento de forma correta.²⁹

Vale mencionar que: “A finalidade do ônus da prova é servir como regra de “fechamento do sistema””.³⁰

Assim, dando mais um auxílio ao julgador como deverá prosseguir o julgamento, bem como, haverá a orientação devida às partes da lide.³¹

Já que a verdade é o fim da prova, a dinamização torna-se instrumento máximo para que se possa atingir, esse fim, e possa auxiliar o convencimento do julgador.³²

Vale enfatizar que, ainda, a incumbência quanto ao ônus da prova é do Autor, sendo assim, a regra é o ônus estático, entretanto, havendo qualquer fato característico do §1º do art. 373 do Código de Processo, ao julgador ficará facultado a inversão do já supracitado ônus da prova para que se faça satisfeito ao nexos causal ou a escassez de provas para complementar seu entendimento acerca do caso concreto.³³

O ônus da prova é um dos principais institutos do direito processual, pois está diretamente ligado ao êxito da pretensão autoral, ademais, existindo a insuficiência material, é de extrema importância que compete ao julgador a distribuição das provas para que haja a correta instrução e não prejudicial a nenhuma das partes integrantes a lide.³⁴

Outrossim, é garantia constitucional corroborando-se ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, que não poderá ser excluído da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, com fulcro no art. 5º, inciso XXXV, devendo sempre tentar chegar o mais perto da realidade com a produção de provas lícitas para a instrução da lide.³⁵

Assim, tornando-se, objeto para a busca da verdade, o ônus dinâmico da prova, já houvera sido adotado em julgamentos mesmo sem expressa previsão legal, para a busca de uma maior efetividade ao caso concreto.³⁶

A peculiaridade do caso concreto poderá nortear quem possui ou não maior facilidade ou suficiência técnica para a produção das provas. Como diz em seu livro, Bruno Augusto Sampaio Fuga, em “A prova no processo civil...”, acerca, senão veja-se:

²⁹FUGA, Bruno Augusto Sampaio **A prova no Processo Civil Principais inovações e aspectos contraditórios**. 1 ed. Birigui. Editora Boreal. 2016. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22643438/livro-em-pdf-provas-ncpc-2016>> Acesso em 15 jun. 2018.

³⁰IDEM

³¹IDEM

³²IDEM

³³IDEM

³⁴IDEM

³⁵IDEM

³⁶IDEM

‘A maior facilidade da prova está diretamente ligada à economia processual e à parte com maior facilidade de suportar os efeitos da não realização da prova. A impossibilidade ou excessiva dificuldade tem ligação com as possibilidades das partes produzirem provas de fatos constitutivos ou impeditivos, modificativos ou extintivos.’³⁷

Para exemplificar, em uma ação de alimentos quem possui maior facilidade, para que, se possa obter a renda do requerido a alimentar, senão o próprio réu? Portanto devendo, o requerido levar até os autos sua condição financeira para que haja o correto andamento do feito, sem que nada passe despercebido.³⁸

Nesse mesmo raciocínio, Marinoni, nos chama atenção em relação a ambas as partes possuírem dificuldade na produção de provas, explanando que apesar de poder transferir o ônus da prova seria mudar a dificuldade de lado, nestes casos, deve sofrer com a produção das provas quem viola como ele mesmo diz “uma norma ou de prevenção ou de proteção”, ademais sempre respeitando a ampla defesa e o contraditório.³⁹

Tendo visto como se aplica o instituto da inversão do ônus *probandi* na seara processual cível, passará a serem expostos e explicados, os pressupostos de admissibilidade para se conceder tal benesse no âmbito consumerista.

³⁷FUGA, Bruno Augusto Sampaio **A prova no Processo Civil Principais inovações e aspectos contraditórios**. 1 ed. Birigui. Editora Boreal. 2016. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22643438/livro-em-pdf-provas-ncpc-2016>> Acesso em 15 jun. 2018.

³⁸IDEM

³⁹FUGA, Bruno Augusto Sampaio **A prova no Processo Civil Principais inovações e aspectos contraditórios**. 1 ed. Birigui. Editora Boreal. 2016. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22643438/livro-em-pdf-provas-ncpc-2016>> Acesso em 15 Jul. 2018.

2 - PRESSUPOSTOS DE APLICABILIDADE: VEROSIMILHANÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA

Para que a dinamização do ônus da prova possa ser aplicada com clareza, deve-se examinar dois requisitos que são apontados na norma consumerista, qual se já a hipossuficiência da parte mais fraca, o consumidor e a verossimilhança de suas alegações.⁴⁰

Começando pela verossimilhança – vemos que esse termo traz o significado de algo que se assemelha a verdade, que tem semblante de verdadeiro.⁴¹

Ao se dizer que, o consumidor deva estar dispensado do ônus da prova, quando alegar algo verossímil, é algo obvio, na hipótese de tão somente ser verdadeira tal alegação. Já que o julgador sempre terá que trabalhar com o passado, deve sempre tomar aqueles relatos iniciais como verdadeiros, até que se prove o contrario, pois em uma primeira visão não é possível se valorar tal manifestação. Assim, sendo o júízo responsável por demonstrar quem possui o relato mais verossímil.⁴²

Poderia não haver uma dinamização comum, mas o magistrado se valer de sua experiência em relação a tal tema, visto que demandas consumeristas comumente giram em volta da má prestação de serviços de grandes empresas, que visam somente o lucro, calculando sempre qual é o mais benéfico, se um serviço mal prestado ou uma indenização baixa.⁴³

No entanto, não se pode dinamizar o ônus somente com tal fundamento, se não possuir pelo menos um indicio, que haja como inferência da provável validade de tal alegação.⁴⁴

A verossimilhança pode ser concretizada, através de provas indiciárias, que permitem proporcionar ao julgador associar dois elementos: A comprovação, as quais são as provas indiciarias e pelo outro lado apenas o alegado pelo consumidor. Consequentemente, com a prova comprovada, o magistrado pode presumir que o segundo fato, somente alegado, pode ter sido verossímil, desta forma, sendo necessário um indicio forte para que tal

⁴⁰ANDRADE, André Gustavo C. de. **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – O momento em que se opera a inversão e outras questões**. Rio de Janeiro. 2008. p. 4-6. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2> Acesso em: 12 Jun. 2018.

⁴¹IDEM

⁴²IDEM

⁴³IDEM

⁴⁴IDEM

presunção possa acontecer, já que dificilmente não será feita em caso de não se poder extrair a verossimilhança da alegação.⁴⁵

Contudo há a possibilidade não ser o consumidor capaz de trazer provas, aplicando-se a dinamização do ônus da prova, destarte fundamentado na hipossuficiência do consumidor. Hipossuficiência, que logo será exposta e elucidada pelo presente artigo.⁴⁶

Passamos, portanto, ao fundamento da Hipossuficiência – possui o significado de algo inferior, escasso, indicando algo que não satisfaz. Trazendo para o âmbito jurídico, é aquela parte que carece de recurso ou fontes técnicas para produção ou manutenção de provas a serem produzidas, sem que haja qualquer dificuldade.⁴⁷

É certo que no art. 6º, VIII do CDC vemos tal alegação no tocante ao consumidor, sendo ele de manifesta inferioridade perante o fornecedor que possui diversos meios pelo qual se pode ludibriar esse usuário.⁴⁸

Devemos lembrar que a doutrina, tendia a inclinar-se para teoria finalista, a qual, sempre visava o consumidor direto como vulnerável, algo que fora refutado com a chegada da teoria finalista mitigada, que ampliou esse rol, visando não somente a insuficiência ou fraqueza econômica, mas sim, de uma situação de extrema inferioridade ou desvantagem em relação à parte adversa.⁴⁹

Não obstante já ter como essa característica o consumidor pessoa física, a pessoa jurídica poderá se enquadrar em tal em hipótese, sempre com a demonstração de prejuízo ou extrema desvantagem em relação à outra pessoa jurídica.⁵⁰

Há que se falar também, nos hipervulneráveis, são aqueles que em razão da sua especial condição, como idosos, crianças, deficientes de qualquer espécie, analfabetos e semianalfabetos, ficam ainda mais vulneráveis as praticas de comercio, que podem ser extremamente danosas a esses, ou seja, a toda a atividade praticada por esses fornecedores.⁵¹

⁴⁵ANDRADE, André Gustavo C. de. **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – O momento em que se opera a inversão e outras questões**. Rio de Janeiro. 2008. p. 2-4. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2> Acesso em: 12 Jun. 2018.

⁴⁶IDEM

⁴⁷IDEM

⁴⁸IDEM

⁴⁹IDEM

⁵⁰IDEM

⁵¹GUGLINSKI, Vitor. Consumidores hipervulneráveis. **Jusbrasil**. Minas Gerais. 2013. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/111824697/consumidores-hipervulneraveis>> Acesso em: 15 Jun. 2018

Acerca de tal tema, ao ser proferido voto no REsp. 586,316/MG⁵², o Ministro do STJ Antônio Herman cita, que no Estado Social não é apenas importante somente os vulneráveis, mas, sobretudo os hipervulneráveis, que são a minoria ignorada, pois sofrem com a massificação do consumo, assim sofrendo com o enriquecimento da sociedade moderna.⁵³

Ademais, ressalta-se que acordando com um conceito bastante amplo, hipossuficiente é o consumidor, a título de exemplo, é que possui dificuldades de ordem social, econômica e cultural de comprar suas a verossimilhança de suas alegações.⁵⁴

É visto que, a referida hipossuficiência do consumidor, é gerado pelo desconhecimento de aspectos aos meios de produção, fabricação, transportes de bens ou até a forma de realização de serviços, bem como a extrema dificuldade de produção de provas relacionadas a tal cadeia supracitada. Visível, que o monopólio de informações por parte das grandes empresas fornecedoras de produtos e serviços justifica não só a dificuldade dos consumidores a produzir provas contundentes mas como também, a necessidade de se dinamizar o *ônus probandi*.⁵⁵

Mister salientar a existência de alguns tipos de hipossuficiência, a exemplo da técnica, em que se há a complexidade de “Know How” ou conhecimentos específicos, por parte do consumidor para produzir prova tão específica para corroborar a seus anseios perante a Justiça. Outro exemplo, muito comum como a técnica, seria a patrimonial, bastante comum nas demandas de alta complexidade, onde a parte carece de fontes para que se possa ir à busca de provas concludentes, exemplificando-se pela figura de um perito, já que não possui renda necessária para se pagar um. Portanto sendo de extrema importância o reconhecimento da hipossuficiência, qualquer que seja, para que não ocorram injustiças.⁵⁶

Assim sendo, a hipossuficiência é aferível apenas numa relação consumerista concreta, onde está flagrante o desequilíbrio entre o fornecedor em detrimento do consumidor,

⁵²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº586,316/MG (2003/0161208-5). Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA.. Relator: Ministro Herman Benjamin, 17 de Abril de 2007. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

⁵³GUGLINSKI, Vitor. Consumidores hipervulneráveis. **Jusbrasil**. Minas Gerais. 2013. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/111824697/consumidores-hipervulneraveis>> Acesso em: 15 Jun. 2018.

⁵⁴ANDRADE, André Gustavo C. de. **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – O momento em que se opera a inversão e outras questões**. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2008. p. 2-4. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2> Acesso em: 12 Jun. 2018.

⁵⁵IDEM

⁵⁶IDEM

assim, tornando qualquer tentativa de produção de prova bastante laboriosa e árdua, para corroborar a veracidade do fato constitutivo de seu direito.⁵⁷

2.1 – Alternatividade ao uso dos requisitos

Há a possibilidade de haver a alternatividade dos preceitos da hipossuficiência e da verossimilhança, de acordo com a interpretação mais congruente, da letra e do espírito do texto legal.⁵⁸

Verifica-se que o uso de apenas um conceito não é de toda forma ilógico, para que acarrete a inversão do ônus da prova. Já que parcela da doutrina, que preleciona sobre a comutatividade, parte do princípio de que ou uma alegação é verossímil ou não.⁵⁹

Desta forma, se uma alegação é inverossímil, não se autoriza a inversão do ônus, em consequência, a verossimilhança não seria bastante e suficiente para se autorizar a dinamização do ônus, razão pela qual, não é crível de presunção um fato inverídico, ou seja inacreditável.⁶⁰

Havendo a necessidade de a hipossuficiência ser acompanhada da verossimilhança, já que não é plausível onerar a parte adversa de uma alegação inverossímil, torna-se lógico quando há a dinamização somente se baseando no argumento verossímil, já que como mencionado a hipossuficiência desacompanhada não desempenharia qualquer papel relevante para se onerar a parte adversa.⁶¹

Kazuo Watanabe comenta no que tange a intensidade da Verossimilhança: “O Juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue.”⁶²

⁵⁷ ANDRADE, André Gustavo C. de. **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – O momento em que se opera a inversão e outras questões**. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2008. p. 2-4. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2> Acesso em: 12 Jun. 2018.

⁵⁸ CALDEIRA, Mirella D’Angelo. Inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 39. Brasília: Revista dos Tribunais, 2013. p. 173.

⁵⁹ ANDRADE, André Gustavo C. de. **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – O momento em que se opera a inversão e outras questões**. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2008. p. 6-9. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2> Acesso em: 12 Jun. 2018.

⁶⁰ IDEM

⁶¹ IDEM

⁶² WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. IN: TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo. Saraiva, 1996. p. 30.

Tendo como premissa, a verossimilhança possuir distintas intensidades (frágil há *possibilidade* até a forte *probabilidade*) pode ser aceito tranquilamente a interpretação de alternatividade entre os já citados requisitos para a concessão da Inversão do ônus da prova.⁶³

Portanto, para que haja a autorização a dinamização do ônus, não deve ser a verossimilhança uma *possibilidade* de a alegação ser verdadeira podendo gerar danos à parte contrária, mas sim a qual configura uma *probabilidade*, essa referente ao art. 6º, VIII, do CDC.⁶⁴

Dessa forma, foram demonstrados os pressupostos necessários para a concessão da inversão, entretanto, não há necessidade de que sejam empregados ambos em consonância, podendo-se comprovar com a verossimilhança. Por conseguinte será apresentada a aplicação, no âmbito consumerista, após apresentados os pressupostos necessários à concessão da mesma.

2.2 - Dinamização do ônus da prova: aplicações no direito do consumidor.

No presente tópico será abordado como acontece a aplicação da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor, delimitando-se a necessidade dos pressupostos e dessa forma, corrobora-se aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

Como é previsto no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, entre seus direitos básicos: "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."⁶⁵

A principal característica para a aplicação no âmbito consumerista é a verossimilhança, ou seja, é a aparência da verdade, assim, é a existência de um direito, pois

⁶³ ANDRADE, André Gustavo C. de. **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – O momento em que se opera a inversão e outras questões.** Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2008. p. 6-9. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2> Acesso em: 12 Jun. 2018.

⁶⁴ ANDRADE, André Gustavo C. de. **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – O momento em que se opera a inversão e outras questões.** Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2008. p. 6-9. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2> Acesso em: 12 Jun. 2018.

⁶⁵ THEODORO, Fernanda. Inversão do ônus da prova e o CDC. Migalhas. <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI188019,101048-Inversao+do+onus+da+prova+e+o+CDC>> Acesso em 11 de jun. 2018.

caso haja hipossuficiência técnica pela parte requerente, torna-se de extrema necessidade para a eficácia do pleito autoral, já que o fornecedor é possuidor de grande parte das informações.⁶⁶

Contudo, sendo direito do Consumidor a inversão, está deve passar pela apreciação de um magistrado para que haja o crivo se há a necessidade e a comprovada hipossuficiência técnica ou econômica do autor, para que possa se realizar tal incidente processual.⁶⁷

É importante frisar que foi admitida a dinamização pelo legislador, todavia pressupondo a dificuldade ou impossibilidade de busca da prova, o que seria apenas em relação ao consumidor, já que o fornecedor é presumidamente o elo mais forte de tal relação jurídica.⁶⁸

Consoante o entendimento de Francisco Cavalcante⁶⁹ tal benesse deve acontecer no âmbito das lides consumerista, onde o fornecedor tem a obrigação de manter todas as informações e dados acerca do fato de seus produtos e serviços, portanto sendo de maior facilidade a comprovação pela empresa em detrimento do consumidor, presumidamente hipossuficiente.

De importância impar, salienta-se o uso conjunto do Código de Processo Civil em relação a dispositivos processuais que se aplicam a ambas as partes, principalmente nos momentos que asseguram o cumprimento das garantias constitucionais bem como, a ampla defesa e o contraditório que também são aplicáveis na tutela consumerista.⁷⁰

Vemos também a ponderação do grande doutrinador Alexandre Câmara, acerca da teoria dinâmica do ônus da prova:

*“Deste modo, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova se revela como uma forma de equilibrar as forças na relação processual, o que nada mais é do que uma aplicação do princípio da isonomia. Assim, penso que a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova independe de qualquer previsão expressa em lei, e se dá no direito brasileiro por aplicação dos princípios constitucionais que regem o processo”.*⁷¹

⁶⁶THEODORO, Fernanda. Inversão do ônus da prova e o CDC. Migalhas. <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI188019,101048-Inversao+do+onus+da+prova+e+o+CDC>> Acesso em 11 de jun. 2018.

⁶⁷IDEM

⁶⁸IDEM

⁶⁹CAVALCANTE, Francisco. **Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.83.

⁷⁰BRITO, Michelle Macieski. **Inversão do Ônus da Prova nas Relações de Consumo**. 2013. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso (Pós-Graduação Lato Sensu) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n22013/pdf/MichelleBrito.pdf> Acesso em: 26 Jun. 2018.

⁷¹CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V.I. 24.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013. p.381.

Deve-se mencionar a Dignidade da pessoa humana, acerca das violações ao direito do consumidor que vai a juízo pleitear reparação, seja ele por danos materiais ou mais, de produtos mal elaborados e serviços mal prestados, obstante não resultando o simples mero aborrecimento, pois sim há prejuízo à dignidade da pessoa humana que confia em produtores que apenas intendem em lucrar em cima da parte hipossuficiente.⁷²

2.3 – Distinções

É visto que comumente o ato de se inverter o ônus é por força de lei, será demonstrado que há distinções a forma de proceder a tal deferimento.

Disposto no art. 38 do CDC⁷³ “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Tal dinamização é por força de lei, ou seja, *ope legis*, como a prevista nos artigos 12, §3º; 14, §3º e 38, ambos do CDC e não *ope iudicis*, disposta no art. 6º, VIII do mesmo diploma legal. Insta mencionar que, não prescinde de decisão do julgador ou requerimento do autor, para que aconteça tal procedimento.⁷⁴

Tornando-se obrigatória a dinamização neste caso sem que haja qualquer juízo de valor por parte do julgador. Neste caso, os agentes de publicidade e veículos de comunicação, por exemplo, apenas responderão por culpa e dolo, recaindo a responsabilidade de provar a veracidade sobre o fornecedor que patrocinou a campanha publicitária.

Portanto, a inversão nomeada *ope iudicis*, diferentemente, necessita de uma análise do caso concreto e assim, com a conseqüente apuração de um dos pressupostos, que foram demonstrados supra, deferirá a Dinamização do ônus.

Insta salientar que, independentemente da forma em que se opera, a inversão se dará a partir do momento em que houver necessidade, ou seja, quando da falta de proteção ou vulnerabilidade de uma das partes litigantes, em regra, o consumidor, salientando-se a necessidade dos requisitos para tanto.

⁷²BRITO. Michelle Macieski. **Inversão do Ônus da Prova nas Relações de Consumo**. 2013. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso (Pós-Graduação Lato Sensu) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n22013/pdf/MichelleBrito.pdf> Acesso em: 26 Jun. 2018.

⁷³BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12. Set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm> Acesso em: 18 jun. 2018

⁷⁴GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa o Consumidor Comentado: artigo por artigo**. 12ª Ed. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.

Isto posto, a aplicação da dinamização do ônus da prova advém de dois pressupostos, a verossimilhança e/ou hipossuficiência, havendo necessidade de despacho saneador, entretanto podendo haver algumas distinções por força de lei. Assim, no próximo tópico será debatido em que fase processual, deve acontecer à aplicação.⁷⁵

2.4 – Momento processual da aplicação.

Por conseguinte, aqui será tratado o momento adequado a se dinamizar o ônus, para que não haja supressão de defesa por qualquer parte.

Quanto ao tema, será visto qual o momento apropriado para a dinamização do ônus, bem como as correntes que se manifestam a respeito.

Discute-se bastante acerca do tópico em razão da importância processual que lhe é atribuída, visto que há existência de duas correntes quanto o momento correto da aplicação do quem será incumbido o ônus.

Nas palavras de Júlio Moraes Oliveira⁷⁶:

“Parece-nos que o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova é realmente a fase de saneamento do processo. Tal atitude evita que as partes sejam surpreendidas em um momento que não seja mais possível providencia sobre o assunto e também preserva os princípios processuais do contraditório e ampla defesa, já que, à medida que o processo avança instancias superiores, elimina-se a análise fática.”

Nota-se que novamente, que no que tange ao Direito do Consumidor prioriza-se a proteção da manifestação igualitária das partes nas lides, logo se faz a produção probatória na fase de conhecimento, entretanto, caso seja necessário produzir novas, sem que uma das partes, em razão da sua vulnerabilidade não consiga fazê-la, dinamiza-se através do despacho saneador.

Neste momento processual, entende-se que o juízo intervém de modo a identificar os elementos *probandis* essenciais ao deslinde da controvérsia que não foram apresentados quando da instrução.

Vale destacar que só é possível ao julgador intervir de tal forma, após definir os pontos controvertidos capazes de serem satisfeitos através de novos possíveis elementos a serem carreados pelas partes litigantes.⁷⁷

⁷⁵GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa o Consumidor Comentado: artigo por artigo**. 12ª Ed. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.

⁷⁶OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso de Direito do Consumidor Completo**. 3 ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016. p.122.

⁷⁷FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 3ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2011.

Ao agir desta forma, abre-se às partes a possibilidade de manifestação recíproca sobre as provas produzidas ou requeridas, em atenção direta ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Não obstante, há mais de uma corrente jurídica acerca do momento correto de aplicação da inversão do ônus da prova.

Trata-se da corrente em que visa o deferimento somente em sede de Sentença, onde após certa análise das provas juntadas aos autos determinará a mudança do ônus.

Insta salientar que tal posicionamento é observado mais comumente nos procedimentos de rito sumaríssimo, nos quais, não há a possibilidade de ser proferido despacho em razão dos princípios da celeridade e economia processual, inerentes ao rito *supra*.

Para os que defendem tal tese, mencionam que na lei, a critério do julgador poderá ou não ser invertido o ônus a partir dos pressupostos, portanto não gerando surpresa às partes, logo tendo de estar preparada a produção de provas diante de qualquer decisão.

Ademais, como já mencionado acerca dos Juizados Especiais e seu rito sumaríssimo, não é crível que um fornecedor, litigante contumaz, esteja em total desconhecimento à regra da dinamização, bem como reivindique um aviso prévio do juiz quanto à produção de suas provas.⁷⁸

Em que pese à divergência entre ambas correntes, parece mais benéfico ao Consumidor que a inversão se dê através de Despacho Saneador em momento seguinte à instrução dos autos e conseqüentemente anterior à fase decisória. Tal situação previne que sentenças sejam proferidas sem que, todas as provas tenham sido arroladas ou produzidas, evitando-se ainda equívocos processuais no que se refere à livre convicção do julgador.⁷⁹

Assim, demonstra-se que apesar da divergência, o interesse fim tem por primazia a defesa do consumidor visando o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, salientando-se que, independentemente do momento em que ocorrerá não poderá ser esta possibilidade excluída. Senão vejamos:

⁷⁸BRITO, Michelle Macieski. **Inversão do Ônus da Prova nas Relações de Consumo**. 2013. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso (Pós-Graduação Lato Sensu) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n22013/pdf/MichelleBrito.pdf> Acesso em: 26 Jun. 2018.

⁷⁹IDEM

Art. 51 - 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;⁸⁰

Assim, logo percebe-se que, ainda na fase contratual, a defesa do consumidor em seus interesses é de suma importância, a fim de que se evitem futuros danos, processualmente falando.

Por fim, além do posicionamento doutrinário quanto ao tema da Inversão do Ônus da Prova, no capítulo a seguir será demonstrado o posicionamento jurisprudencial e assim, a aplicação prática nos casos concretos.

⁸⁰BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12. Set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm> Acesso em: 18 jun. 2018

3 - ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA APLICAÇÃO

O Direito Brasileiro atual é pacificado no que se refere ao acolhimento da jurisprudência na formação de teses e na aplicabilidade prática da ordem normativa vigente pátria. Cabe ressaltar que a jurisprudência, leia-se entendimento jurídico das cortes superiores, tem maciça importância no “dizer o direito”.

De forma exemplificada, não raras vezes há diversas interpretações e/ou direcionamentos de textos legais dados pela jurisprudência que são aplicados, ainda que de forma um tanto quanto diversificada da norma a que se trata.

Ademais, impera ressaltar que algumas brechas e vazios normativos são preenchidos pelas jurisprudências, razão pela qual é de suma importância apresentá-las de modo a corroborar com a tese apresentada.

Seguindo o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, vemos que há a necessidade de se examinar, por parte do julgador, a incidência dos pressupostos da verossimilhança e da hipossuficiência, baseando-se no art. 6º, VIII, CDC, para o deferimento da medida que dinamiza o ônus *probandi*. Podemos ver a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. *Discricionariedade permitida, após o Julgador examinar os fatos e documentos apresentados pelo autor. Configuração dos requisitos autorizadores do instituto, nos termos do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Inexistência de erro na avaliação feita pelo Magistrado. Inversão que pode ser operada mesmo de ofício. Observância à Súmula nº 227 do Tribunal de Justiça, de modo a prevalecer a decisão guerreada. Por tais fundamentos, com fulcro no art. 932, IV, 'a' do novo CPC, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo na íntegra a decisão vergastada.*⁸¹

A jurisprudência inclina-se no sentido de que concedida à inversão do ônus, não desincumbirá a parte requerente de produzir provas mínimas, apenas fará com que a parte adversa tenha que possuir tal ônus, de ir a busca da prova para demonstrar sua pretensão resistida, como se depreende a seguir:

⁸¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0027086-14.2018.8.19.0000. Agravante: Agata corretora e administradora de seguros LTDA-ME. Agravada: Ana Paula de Melo. Relatora: Desembargadora Sirley Abreu Biondi, 15 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004371F4CB4CC59B84E01DFE7D521A60338C5082B4E4957&USER=>>>. Acesso em: 26 jun. 2018

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEFERIMENTO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE MOTIVOS PARA REFORMA DA DECISÃO ATACADA. MANUTENÇÃO DO JULGADO. Aplicação do CDC. Inversão do ônus da prova cabível no presente caso. Hipossuficiência do consumidor. Requerimento para que seja especificado nesta sede recursal que o ônus probatório sobre os danos morais e materiais não seja invertido e continue com o consumidor agravado. Desnecessidade. A inversão do ônus da prova não desincumbe o consumidor de comprovar os fatos constitutivos de seu direito. Aplicação da Súmula nº 330 do e. TJRJ. Conjunto probatório que será analisado no momento de prolação da sentença. Consoante entendimento assente, a decisão que deferir ou rejeitar a inversão do ônus da prova somente será reformada se teratológica (S. 227/TJRJ). Recurso a que se nega provimento. (grifo nosso)⁸²

No que se refere à inversão do ônus da prova, a jurisprudência é uníssona. Há de ser verificada a necessidade da inversão com base nos princípios norteadores e, sobretudo, com base do Código de Defesa do Consumidor. Senão vejamos:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGAÇÃO DE INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA POR DOIS DIAS. PRETENSÃO CONDENATÓRIA EM OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM COMPENSATÓRIA DE DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. APELAÇÃO CIVEL INTERPOSTA PELA PARTE AUTORA, VISANDO À REFORMA INTEGRAL DO JULGADO. 1) O Código de Proteção e Defesa do Consumidor consagrou, de maneira inquestionável, a responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pela reparação dos danos causados aos consumidores pelos fatos ou vícios de produtos ou de serviços (artigos 12, 14, 18 e 20, Código de Proteção e Defesa do Consumidor), independentemente da existência de culpa, desconsiderando, no campo probatório, quaisquer investigações relacionadas à conduta do fornecedor - ressalva se faz à responsabilidade civil dos profissionais liberais que, nos termos do artigo 14, §4º, da Lei nº 8.078/90, se estabelece mediante verificação de culpa. 2) A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo, que surge para recompor dano (patrimonial ou extrapatrimonial) decorrente da violação de um dever jurídico originário (legal ou contratual). Destarte, para que se configure o dever de indenizar, não basta a simples existência de danos; mais do que isso, é preciso que decorram de conduta (comissiva ou omissiva) ilícita do sujeito a quem se imputa responsabilidade, sem o que não se estabelece o necessário e indispensável nexo causal. O comportamento antijurídico, portanto, deverá ser a causa eficiente, direta e imediata dos danos reclamados. 3) **Milita em prol da parte Autora, segundo os princípios e as regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, presunção de defeito na prestação do serviço, operando-se, em seu benefício, inversão legal do ônus da prova em relação do defeito de segurança do produto/serviço. Competirá ao fornecedor, deste modo, para se eximir de qualquer responsabilidade, provar a inexistência de defeito na prestação do serviço ou que o fato danoso seria atribuível exclusivamente a terceiros. É, portanto, ônus da concessionária Ré a produção inequívoca da prova liberatória.** 4) No caso concreto, a parte Autora alega que permaneceu dois dias sem energia elétrica em sua residência. Para tanto, apresentou protocolos de reclamações efetuadas perante a concessionária Ré. 5) Por outro lado, a Ré nega a interrupção no fornecimento de

⁸²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0064330-11.2017.8.19.0000. Agravante: Alliage S A Indústrias Médico Odontológica. Agravado: Wilson Gomes Costa. Relatora: Desembargadora Nilza Bitar, 26 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000474D76E6FECCBDE106BB85EF407CD75F4C50740265925&USER=>> Acesso em: 12 jun. 2018.

*energia elétrica à unidade consumidora da Autora e continua sua tese defensiva no sentido de que, ainda que haja a interrupção de serviço por necessidade de reparo na rede, esta é possível e está dentro da legalidade. 6) **Todavia, nada obstante a ré não ter refutado os protocolos apresentados, por certo, no caso, estes não comprovam que a parte autora ficou sem o fornecimento de energia por dois dias.** 7) **Destaque-se que o processo movido por terceiros (0228171-53.2015.0001) não permite a este Relator concluir se tratar da mesma causa de pedir destes autos, uma vez que aqueles autos não são eletrônicos. Caberia, pois, a parte autora trazer provas robustas de suas alegações.** 8) **Mesmo nas demandas subsumidas ao campo de incidência principiológico-normativo da legislação consumerista, em princípio, não se dispensa o consumidor do ônus da prova do fato constitutivo de seu alegado direito. As hipóteses - legais e judiciais - de inversão do ônus da prova não eximem o consumidor de provar, minimamente, a existência das situações concretas (acidentes de consumo) que ensejaram os danos reclamados em sua petição inicial.** 9) **RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**⁸³*

Ainda, no que se refere à jurisprudência apresentada, o Relator assevera que cabe à parte autora, ainda que deferida a inversão do ônus *probandi*, carrear aos autos provas mínimas das situações fáticas que deram ensejo à sua lesão.

Em outras palavras, ao mover a justiça para ver sanado dano, faz-se necessária a apresentação de elementos probatórios a fim de que seja possível, inclusive, ao magistrado, requerer a produção de demais provas ou deliberar sobre pedido acerca destas.

Destaca-se no caso transcrito que o fornecedor, quando da inversão, tem o papel de se exonerar da responsabilidade, enquanto que a parte hipossuficiente já deverá, em momento anterior, atribuir-lhe esta.

No julgado transcrito abaixo é possível perceber a inclinação do julgador à percepção de que o fornecedor leia-se, parte mais favorecida no que se refere à prova, é quem, obviamente, detém informações extremamente necessárias e principalmente, técnicas, as quais têm o poder de destrinchar a lide.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA OBSERVANDO QUE A HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DA PARTE AUTORA É EVIDENTE TENDO EM VISTA QUE A MATÉRIA EM DISCUSSÃO ESTÁ INTIMAMENTE LIGADA AOS SERVIÇOS DISPONIBILIZADOS PELOS RÉUS, FLAGRANTEMENTE MAIS HABILITADOS À DISCUSSÃO DO ASSUNTO EM RELEVO. O CDC ASSEGURA A FACILITAÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR COM A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. O INSTITUTO EM TELA POSSUI SOMENTE A FINALIDADE DE POSSIBILITAR A TUTELA EFETIVA AO DIREITO DA PARTE QUE, NA FASE DE COGNIÇÃO, ENCONTRA DIFICULDADES EM PRODUZIR A PROVA QUE ESTARIA A SEU CARGO PELA REGRA GERAL, PRINCIPALMENTE EM RELAÇÃO ÀS PROVAS QUE EXIJAM CERTA

⁸³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0057433-95.2016.8.19.0001. Apelante: Maria do Carmo Santos de Jesus. Apelada: Light Serviços de Eletricidade S A. Relator: Desembargador Werson Franco Pereira Rêgo, 28 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044649ABB08B7261954CC1DE45D9CE7B2BC50832432712>> Acesso em: 30 jun. 2018.

CAPACIDADE TÉCNICA. DECISÃO QUE SE MANTÉM. A inversão do ônus da prova constitui norma de natureza processual que, em vista do princípio da vulnerabilidade do consumidor, almeja equilibrar a posição das partes no processo, atendendo aos critérios estipulados no inciso VIII, do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, para que se aplique tal instituto, cabe ao julgador aferir, no caso concreto, a presença das condições necessárias para sua incidência. Nesse sentido, para se conceder a inversão do ônus da prova é necessário que a demandante, mesmo em uma relação de consumo, demonstre a verossimilhança de suas alegações e sua hipossuficiência técnica. Na hipótese dos autos, a aludida inversão foi deferida pelo juízo a quo que, em valoração discricionária e analisando as narrativas e documentos que lhe foram apresentados, considerou que há verossimilhança na versão autoral, bem como hipossuficiência técnica e probante a ensejar a aludida inversão. Precedentes do STJ e desta Corte Estadual. Outrossim, a inversão do ônus da prova não afasta a necessidade da autora demonstrar, minimamente, o que alega, nos termos da Súmula nº 330 do TJERJ, senão vejamos: "Os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo, notadamente o da inversão do ônus da prova, não exoneram o autor do ônus de fazer, a seu encargo, prova mínima do fato constitutivo do alegado direito." Note-se que a controvérsia gira em torno de possível erro médico e, assim, sob qualquer ângulo que se verifique a questão ora em debate, a empresa ré (agravante), indubitavelmente, é a parte que melhor reúne as condições na produção das provas, mormente diante da vulnerabilidade da consumidora. Nessa esteira, nenhum reparo deve ser feito à decisão impugnada quanto à inversão do ônus da prova. Além disso, incide na hipótese a Súmula nº 227 do TJRJ, in verbis: "A decisão que deferir ou rejeitar a inversão do ônus da prova somente será reformada se teratológica". Recurso que se conhece e ao qual se nega provimento. (grifo nosso)⁸⁴

Cabe ressaltar que além da facilitação ao deslinde da demanda, é de suma importância que o consumidor tenha elementos probatórios carreados pela parte contrária que de fato lhe sirvam de forma positiva e que possibilitem ao juízo exercer a jurisdição de modo a analisar as provas e proferir posicionamento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. - Decisão agravada que indeferiu a inversão do ônus da prova. - Observa-se, in casu, que é nítida a hipossuficiência técnica da parte ré, ora agravante, impondo-se a inversão do ônus da prova, diante da necessidade de se constituir elementos de facilitação à defesa do consumidor que, sem esta inversão, não poderia comprovar certos fatos constitutivos de seu direito. - Provimento ao recurso para deferir a inversão do ônus da prova. REFORMA DO DECISUM. PROVIMENTO DO RECURSO (grifo nosso).⁸⁵

⁸⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0024204-79.2018.8.19.0000. Agravante: Pronto Hospital da Criança LTDA. Apelada: Loraine de Oliveira Verly. Relator: Desembargador Wilson do Nascimento Reis, 21 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040315E644563994BC418AA02515531828C5082F434802>> Acesso em: 22 jun. 2018.

⁸⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0002973-93.2018.8.19.0000. Agravante: Paulo Andre Barboza dos Santos. Apelado: Banco Bradesco. Relatora: Desembargadora Tereza Cristina Sobral Bittencourt, 20 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E4435051323DDB91C6C43F53BF3D90ADC5082F1E081E&USER=>>> Acesso em: 23 jun. 2018.

As Cortes Superiores também seguem a vertente direcionada à proteção do consumidor, levando-se em consideração os requisitos necessários, bem como a situação fática estabelecida, conforme se observa do julgado abaixo:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO POR PAGAMENTO INDEVIDO. ESCRITURA PÚBLICA DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO FIRMADO PERANTE O BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. SÚMULAS 5 E 7/STJ. INCIDÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO CDC. VEROSSIMILHANÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO CONFIGURADAS. REEXAME VEDADO NO ESPECIAL. AGRAVO IMPROVIDO

1. Acolher, no caso em exame, a pretensão da parte agravante, no sentido de que o comportamento da recorrida ao exigir o cumprimento da avença no prazo contratualmente estabelecido, ainda que inferior a doze meses se contado da data de liberação dos valores, violaria o princípio da boa-fé objetiva, demandaria interpretação das cláusulas contratuais, bem como o reexame do conjunto fático-probatório, providências que encontram óbice nas Súmulas 5 e 7/STJ.

2. A inversão do ônus da prova não ocorre em todas as situações em que a relação jurídica é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, nos termos do art. 6º, VIII, do referido Códex, a facilitação da defesa somente ocorre nos casos em que as alegações sejam verossímeis ou a parte seja hipossuficiente, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos delineado nas instâncias ordinárias, cujo reexame é vedado na via estreita do recurso especial.

3. Agravo interno a que se nega provimento (grifo nosso).⁸⁶

Notório é que nos Tribunais Superiores apenas a questão processual é analisada sem que se possa interferir na esfera material e fático probatória, restando aos ministros a análise da correta aplicação ou até mesmo a inaplicabilidade da dinamização.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO AUTOR.

1. "Esta Corte Superior consolidou o entendimento no sentido de que no contrato de compra e venda de insumos agrícolas, o produtor rural não pode ser considerado destinatário final, razão pela qual, nesses casos, não incide o Código de Defesa do Consumidor. Ausente a relação de consumo, torna-se inaplicável a inversão do ônus da prova prevista no inciso VII do art. 6º, do CDC, a qual, mesmo nas relações de consumo, não é automática ou compulsória, pois depende de criteriosa análise do julgador a fim de preservar o contraditório e oferecer à parte contrária oportunidade de provar fatos que afastem o alegado contra si. Precedentes." (AgRg no AREsp 86.914/GO, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 28/6/2012).

2. Para configuração do dever de indenizar da recorrida, como pretende a recorrente, seria imprescindível derruir as conclusões a que chegou a Corte

⁸⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.533.169. Agravante: Fábrica de Móveis Leopoldo S/A. Agravado: Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul. Relator: Ministro Lázaro Guimarães, 02 de maio de 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=82259408&tipo=5&nreg=201200960128&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180502&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 28 jun. 2018.

local, o que demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, em razão do óbice contido na Súmula 7 deste Tribunal.

3. Agravo interno desprovido. (grifo nosso)⁸⁷

Na jurisprudência acima do E. Superior Tribunal de Justiça tem-se, exemplificada, a situação na qual não é deferido ao litigante a inversão do ônus da prova em razão de não satisfazer os requisitos necessários para tal.

Logo, mantem-se, na visão do julgador, o equilíbrio necessário entre as partes, a fim de que não haja alguma parte desfavorecida ou prejudicada quando da formação de seu convencimento.

Em diversos julgados da Suprema Corte é possível observar o posicionamento que se curva em favor da parte menos favorecida no âmbito probatório.

Ademais, é claro, ao observar as decisões, que, ainda que, duas pessoas jurídicas estejam litigando, essa sistemática sempre será observada, conforme abaixo:

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. PRESTAÇÃO DEFICIENTE. SENTENÇA QUE SE BASEIA EM LAUDO DA ANATEL. ART. 333, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO A CONTENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS AUTORIZADORES. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE COM DISPENSA DE PRODUÇÃO DE PROVA CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM REEXAME. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO A DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS DO ART. 535 DO CPC. PRETENSÃO DE REEXAME E ADOÇÃO DE TESE DISTINTA.

1. Não são cabíveis os embargos de declaração cujo objetivo é ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com tese distinta.

2. Procede a alegação de erro material no julgado quanto à presença na indexação d ementa da expressão "danos ambientais", uma vez que a presente demanda diz respeito deficiência na prestação de serviços de telefonia, motivo pelo qual o termo deve ser decotado.

3. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias consideraram que a empresa TIM CELULAR S.A., em contestação, não infirmou a contento o relatório produzido pela agência reguladora que instruiu a inicial, deixando de apontar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC. Afirmaram, ainda, a notoriedade dos fatos alegados na inicial da ação civil pública que, nos termos do inciso I do art. 334 do CPC, não dependem de prova, tampouco aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

4. A alteração das premissas fáticas consideradas pela Corte de origem ou mesmo a análise acerca da existência dos requisitos autorizadores da inversão do ônus probatório demandaria análise do material fático-probatório dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

⁸⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial nº 1657303. Agravante: Ismael Edson Boiani. Agravado: Rhône Poulenc Agro LTDA. Relator: Marco Buzzi, 18 de abril de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1697841&num_registro=201102276241&data=20180418&formato=PDF> Acesso em: 28 jun. 2018.

5. No que diz respeito à transindividualidade do direito tutelado, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública.

6. O acórdão embargado também foi categórico ao afirmar que o Tribunal de origem apreciou a controvérsia sobre a ausência de comprovação da "existência de qualquer dano moral coletivo na presente demanda", a partir de argumentos de natureza eminentemente fática, não há como aferir eventual violação sem que se reexamine o conjunto probatório dos presentes autos, tarefa que, além de escapada função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do STJ, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame.

7. Diferente do ocorre na espécie, contradição, omissão ou obscuridade, porventura existentes só se dão entre os termos do próprio acórdão, ou seja, entre a ementa e o voto, entre o voto e o relatório etc, segundo a inteligência do art. 535 do CPC. Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos modificativos, apenas para decotar a expressão "dano ambiental" da indexação da ementa do acórdão embargado.⁸⁸

Importante destacar que, como no caso acima, a inversão é requerida também quando uma das partes de vê prejudicada quando da produção de alguma prova nos autos, requerendo, assim, a produção de uma nova diversa das já produzidas.

Entretanto, nesses casos, a inversão não se opera tão facilmente, será necessário, para tanto, que a parte demonstre o prejuízo, a hipossuficiência probatória quanto às suas alegações e ainda a verossimilhança.

Portanto, a partir da análise das jurisprudências colacionadas ao presente trabalho, pode-se perceber a aplicação fática do instituto da inversão do ônus da prova e a real necessidade da presença dos seus requisitos e principalmente, a análise casuística, a fim de que a igualdade processual e os princípios da ampla defesa e contraditório sejam observados e aplicados em consonância aos ditames da Constituição Pátria.

⁸⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1526946. Embargante: Tim Celular S.A. Embargada: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Relator: Humberto Martins, 18 de abril de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1461280&num_registro=201500829391&data=20151113&formato=PDF> Acesso em: 01 jul. 2018.

CONCLUSÃO

Nos primórdios as ideias e relações consumeristas geravam em torno da básica produção manufatureira, a partir da qual, já era possível identificar as partes que compunham tais relações, quais sejam comprador e vendedor/produtor.

Dando continuidade a esta linha interpretativa, tem-se a evolução do consumidor durante todos os períodos históricos, a partir dos elos existentes nas respectivas sociedades no que tange ao consumo em geral.

Diante dos cenários históricos, foi possível vislumbrar as proteções necessárias às relações estabelecidas, de modo a assegurar o equilíbrio e principalmente a proteção dos mais vulneráveis.

Tem-se então, o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, a qual tem por interesses precípuos estabelecer normas e conceitos necessários a defesa dos interesses consumeristas.

Assim, tem-se, efetivamente, a proteção ao consumidor, leia-se, destinatário final dos produtos e serviços comercializados, seja na fase pré-contratual, contratual ou no âmbito processual.

Mister salientar, que quando da necessidade de proteger a parte hipossuficiente principalmente no que se refere à fase processual, é preciso que estejam configurados os pressupostos de hipossuficiência e verossimilhança, chamando-se tal instituto de Dinamização do ônus da prova.

Sendo o primeiro requisito relativo à possibilidade de produção probatória, enquanto o segundo a veracidade das alegações feitas, cabendo ressaltar que, não raras vezes, tais pressupostos não se fazem necessários conjuntamente.

De suma importância o momento processual em que se opera a inversão do ônus da prova foi demonstrado à existência de correntes principais no que se refere ao tema. Uma na qual, o momento mais apropriado é quando do Despacho saneador – fase imediatamente seguinte a de conhecimento, e a outra corrente se encurva no sentido de ser o melhor momento a fase decisória definitiva, qual seja, sentença.

Neste diapasão, questão de relevância, como visto anteriormente, é a proteção do consumidor, assim, entende-se, a partir do presente trabalho, ser mais aprazível aquele entendimento acerca da dinamização quando do despacho saneador, vez que, ainda será extremamente possível às partes produzirem novas provas e manifestarem-se reciprocamente.

Destaca-se que as criações protetivas e interpretações legislativas apenas foram possíveis a partir da aplicação dos princípios e direitos constitucionais na seara consumerista. Dentre eles, os principais: Ampla defesa e contraditório, ordem pública, interesse social, dignidade da pessoa humana e ainda interesses econômicos, todos direcionados à harmonia das relações de consumo, conforme preceitua o CDC.

Ainda, quando da exposição das ideias, demonstrou-se também suas aplicações práticas, trazidas diretamente de julgados nos quais foi possível observar de que forma e em que situações são aplicadas as disposições legais referentes à proteção do consumidor, corroborando estas com as afirmações teóricas realizadas.

Isto posto, é pacífico que a inversão do ônus da prova deva ser operada em prol daqueles que necessitam de produção *probandi* da qual são incapazes de alcançar.

Conclui-se, assim, a partir das análises realizadas, das interpretações e conclusões expostas que o Código de Defesa do Consumidor tem suma importância no âmbito jurídico, quer seja processualmente ou não, uma vez que protege os consumidores em todos os aspectos e situações em que se apresentem situações desfavoráveis ou vulneráveis.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo C. de. **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – O momento em que se opera a inversão e outras questões.** Rio de Janeiro. 2008. p. 2-6. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2> Acesso em: 12 Jun. 2018.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil. **Diário Oficial Republica Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 18 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providencias. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12. Set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm> Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº586,316/MG (2003/0161208-5). Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA.. Relator: Ministro Herman Benjamin, 17 de Abril de 2007. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0002973-93.2018.8.19.0000. Agravante: Paulo Andre Barboza dos Santos. Apelado: Banco Bradesco. Relatora: Desembargadora Tereza Cristina Sobral Bittencourt, 20 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E4435051323DDB91C6C43F53BF3D90ADC5082F1E081E&USER=>>> Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0024204-79.2018.8.19.0000. Agravante: Pronto Hospital da Criança LTDA. Apelada: Loraine de Oliveira Verly. Relator: Desembargador Wilson do Nascimento Reis, 21 de junho de 2018.

Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040315E644563994BC418AA02515531828C5082F434802>> Acesso em: 22 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0027086-14.2018.8.19.0000. Agravante: Agata corretora e administradora de seguros LTDA-ME. Agravada: Ana Paula de Melo. Relatora: Desembargadora Sirley Abreu Biondi, 15 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004371F4CB4CC59B84E01DFE7D521A60338C5082B4E4957&USER=>>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0064330-11.2017.8.19.0000. Agravante: Alliage S A Indústrias Médico Odontológica. Agravado: Wilson Gomes Costa. Relatora: Desembargadora Nilza Bitar, 26 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000474D76E6FECCBDE106BB85EF407CD75F4C50740265925&USER=>>> Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0057433-95.2016.8.19.0001. Apelante: Maria do Carmo Santos de Jesus. Apelada: Light Serviços de Eletricidade S A. Relator: Desembargador Werson Franco Pereira Rêgo, 28 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044649ABB08B7261954CC1DE45D9CE7B2BC50832432712>> Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.533.169. Agravante: Fábrica de Móveis Leopoldo S/A. Agravado: Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul. Relator: Ministro Lázaro Guimarães, 02 de maio de 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=82259408&tipo=5&nreg=201200960128&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180502&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial nº 1657303. Agravante: Ismael Edson Boiani. Agravado: Rhône Poulenc Agro LTDA. Relator: Marco Buzzi, 18 de abril de 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/me>>

diado/?componente=ITA&sequencial=1697841&num_registro=201102276241&data=20180418&formato=PDF> Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1526946. Embargante: Tim Celular S.A. Embargada: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Relator: Humberto Martins, 18 de abril de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1461280&num_registro=201500829391&data=20151113&formato=PDF> Acesso em: 01 jul. 2018.

BRITO. Michelle Macieski. **Inversão do Ônus da Prova nas Relações de Consumo**. 2013. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso (Pós-Graduação Lato Sensu) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n22013/pdf/MichelleBrito.pdf> Acesso em: 26 Jun. 2018.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 39. Brasília: Revista dos Tribunais, 2013. p. 173.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V.I. 24.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013. p.381.

CAVALCANTE, Francisco. **Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.83.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 3ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2011.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio **A prova no Processo Civil Principais inovações e aspectos contraditórios**. 1 ed. Birigui. Editora Boreal. 2016. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22643438/livro-em-pdf-provas-ncpc-2016>> Acesso em 15 jun. 2018.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa o Consumidor Comentado: artigo por artigo**. 12ª Ed. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.

GUGLINSKI, Vitor. Consumidores hipervulneráveis. **Jusbrasil**. Minas Gerais. 2013. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/111824697/consumidores-hipervulneraveis>> Acesso em: 15 Jun. 2018.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso de Direito do Consumidor Completo**. 3 ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016. p.122.

THEODORO, Fernanda. Inversão do ônus da prova e o CDC. Migalhas. <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI188019,101048Inversao+do+onus+da+prova+e+o+CDC>> Acesso em 11 de jun. 2018.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. IN: TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo. Saraiva, 1996. p. 30.