SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

PROOF OF BURDEN OF REVERSAL IN CONSUMER LAW

Lorraine Rodrigues Campos Silva
Sérgio Henriques Zandona Freitas [1]

Resumo

Para efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da Constituição de 1988, nas relações de consumo, é preciso respeitar a condição vulnerável do consumidor. Tendo como base essa particularidade, e a consequente dificuldade de produção de provas no caso concreto, torna-se necessária, a facilitação da defesa do consumidor com a aplicação da inversão do ônus da prova. Utilizar-se-á o método jurídico dedutivo na pesquisa bibliográfica, com marco teórico no processo constitucional participativo democrático e a proteção constitucional ao consumidor.

Palavras-chave: Vulnerável, Inversão do ônus da prova, Momento de aplicação

Abstract/Resumen/Résumé

To carry out the principle of human dignity, which is one of the 1988 Constitution fundamentals in consumer relations, it is necessary to respect the vulnerable condition of the consumer. Based on this feature, and the consequent difficulty in producing evidence in this case, it becomes necessary, the facilitation of consumer protection with the application of inversion of the burden of proof. Use shall be the legal deductive method in the literature, with theoretical framework in the democratic participatory constitutional process and the constitutional protection to the consumer.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Vulnerable, Reversal of the burden of proof, Time of application

[1] Professor Orientador da Pesquisa

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, os fornecedores, de forma habitual, desrespeitam as normas presentes no Código de Defesa do Consumidor, aproveitando-se da vulnerabilidade própria dos consumidores, que são a parte mais frágil das relações de consumo.

Assim como todo o ordenamento jurídico, essas relações consumeristas também devem ser interpretadas com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da Constituição da República de 1988.

Para tanto, torna-se necessário o reconhecimento dessa condição vulnerável do consumidor pelo Estado e sua atuação como meio de amenização dessa posição desfavorável.

Uma das formas de atuar nesse equilíbrio das relações de consumo é facilitando a defesa dos direitos do consumidor por meio da inversão do ônus da prova.

Se esse instituto não for aplicado pelos juízes nos processos, o conhecimento dos fatos restará prejudicado, o que acarretará em um resultado útil da demanda também comprometido.

Utilizar-se-á o método jurídico dedutivo na pesquisa bibliográfica, com marco teórico no processo constitucional participativo democrático e a proteção constitucional ao consumidor.

2 DIMENSÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição de 1988 elencou como direito e garantia fundamental a defesa do consumidor em seu art. 5º, XXXII, ao estabelecer que o Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) é obrigado a promovê-la. Igualmente, determinou o legislador constitucional, a defesa do consumidor, como princípio conformador da ordem econômica brasileira, a limitar a livre iniciativa e a autonomia da vontade, conforme o art. 170, V (MARQUES, 2016, p.740). Ainda, a regulamentação dos direitos do consumidor por lei ordinária foi imposta constitucionalmente pelo art. 48 do ADCT (PFEIFFER, 2015, p.41).

A fim de materializar esse princípio constitucional de defesa do consumidor, o legislador brasileiro editou a Lei 8.078, de 11/09/1990, denominada de Código de Defesa do Consumidor. Tal diploma legal traz princípios norteadores da Política Nacional das Relações de Consumo em seu art. 4º, inclusive o de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor

no mercado de consumo, que é a base de todo o microssistema por reconhecer que há um desequilíbrio nas relações de consumo (CANTO, 2015, p. 66).

Essa condição desigual decorre da situação de que o consumidor é suscetível de ser ofendido nos sentidos físico, psíquico ou econômico. Isso porque não conhece de forma especializada os produtos ou serviços que está contratando – vulnerabilidade técnica -, não sabe os direitos e deveres das relações de consumo – vulnerabilidade jurídica -, não possui acesso aos níveis de concorrência, o mesmo poderio econômico ou segurança proporcional ao risco que está exposto – vulnerabilidade fática ou socioeconômica- e também por ser informado de forma direcionada, parcial e com lacunas – vulnerabilidade informacional- (CANTO, 2015, p. 66-69)

Em razão dessa incontroversa disparidade, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), estabeleceu uma série de normas compensatórias, a fim de conferir um tratamento desigual àqueles que são intrinsecamente desiguais (PFEIFFER, 2015, p. 41).

Uma dessas normas é a prevista no art. 6º, VIII da Lei 8.078/1990, que facilita a defesa dos direitos do consumidor no que tange à matéria probatória ao permitir a inversão do ônus da prova em seu favor.

Em razão dessa facilitação ser eminentemente processual, é preciso que respeite, conforme explica Rosemiro Pereira Leal, os três princípios institutivos do processo: o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, que serão definidos a seguir (LEAL, 2014, p. 98).

2.1 O contraditório

O princípio do contraditório é um referencial lógico-jurídico do processo constitucionalizado que traduz como seu conteúdo, o diálogo necessário entre as partes, que se apresentam em defesa ou disputa de direitos, podendo inclusive, exercerem a faculdade de permanecerem caladas, apesar do direito-garantia de se exporem. Esse direito de manifestação e de contradizer previne a ocorrência de um procedimento inquisitório e do arbítrio do julgador (LEAL, 2014, p. 99).

2.2 A isonomia

O princípio da isonomia é referente lógico-jurídico sem o qual não há procedimento em contraditório, tendo em vista que a liberdade de contradizer no processo equivale à igualdade temporal de dizer e refutar para construir, entre partes, a estrutura procedimental. Ou seja, é um direito que garante igualdade na realização construtiva do procedimento (LEAL, 2014, p. 99).

2.3 Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa se faz, nos limites temporais permitidos pela lei, do procedimento em contraditório, e se traduz na produção pelos meios e elementos totais de alegações e provas ou na oportunidade de exaurir as articulações de direito e produção probatória (LEAL, 2014, p. 100).

3 REQUISITOS LEGAIS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Considerando que o instituto da prova no direito processual, muitas vezes, está intrínseco ao resultado útil da demanda, e leva ao juiz, o conhecimento dos fatos, é de suma importância que esse ônus seja distribuído considerando as particularidades das partes envolvidas.

Com base na condição especial de vulnerabilidade dos consumidores e na dificuldade de possuir meios adequados para se desincumbir do ônus de provar os fatos alegados em muitas situações, o legislador determinou em seu art. 6º, VIII do Código de Defesa do consumidor, a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Como pode ser observado, esses requisitos legais possuem condição alternativa, justificada pela própria conjunção "ou" do diploma legal, sendo necessário apenas um deles: ou a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor.

Ainda, tal inversão foi possibilitada de forma excepcional e possui requisitos para ser aplicada, já que vai de encontro com o art. 373 do Novo Código de Processo Civil que

determina que o ônus probatório incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Devido à relevância já explanada, vale explicar separadamente esses requisitos legais.

3.1 Critério do juiz

Por ser, a inversão probatória, uma possibilidade descrita em uma norma de consumo, que tem natureza de ordem pública e de interesse social, pode ser aplicada de ofício pelo juiz, sem a necessidade de provocação do consumidor, bastando estar convencido da veracidade das alegações ou da hipossuficiência deste.

Como qualquer decisão judicial, é importante que seja devidamente motivada, conforme determinação do art. 93, IX da Constituição de 1988.

3.2 Verossimilhança

A verossimilhança das alegações está atrelada à aparência de verdade, que pode ser deduzida pelas experiências do que ordinariamente acontece, sem precisar de elementos probatórios que a corroborem. Mesmo porque, é exatamente devido à dificuldade de provar que se institui a inversão.

Nesse sentido, expõe Sergio Cavalieri Filho: “Em suma, verossímil é aquilo que é crível ou aceitável em face de uma realidade fática. Não se trata de prova robusta ou definitiva, mas da chamada prova de primeira aparência […]” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 352).

3.3 Hipossuficiência

A hipossuficiência do consumidor decorre da dificuldade, ou até impossibilidade, de possuir os meios necessários para se desincumbir do ônus de provar o que alega ou de instruir adequadamente a defesa de sua pretensão.

Diferentemente, o fornecedor, por ter o conhecimento técnico que facilita a demonstração das alegações, será responsabilizado pelo ônus da prova a partir da inversão processual probatória.

Dessa forma, admite-se que a hipossuficiência é uma "espécie de vulnerabilidade processual" (MARQUES, 2014, p.88).

Cabe relevar que a vulnerabilidade amparada no art. 4º, I do Código de Defesa do Consumidor nada tem a ver com a hipossuficiência discutida. Isso porque esta é admitida em cada caso concreto e àquela trata-se de uma presunção legal de que todo consumidor, pessoa física ou jurídica, encontra-se em posição inferior ao fornecedor.

4 MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Apesar do Código de Defesa do Consumidor permitir a inversão do ônus da prova, a lei é omissa quanto ao momento de aplicação desse instituto facilitador. Devido à essa omissão, são vários os entendimentos da literatura e jurisprudência acerca dessa questão.

Em síntese, pode-se dizer que existem três posicionamentos: aqueles que acreditam que o momento de inversão seria no início do processo, quando do despacho de citação do réu; outros, que defendem ser mais adequada no momento do saneamento ou instrução processual; e ainda, os que preferem que ocorra na sentença.

Há questionamentos sobre a posição de inverter o ônus na sentença por considerar que dessa forma, estariam sendo desrespeitados os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa. Isso porque o fornecedor não foi comunicado antes da fase instrutória sobre a distribuição do ônus da prova, o que o impossibilitou de provar os elementos necessários para formar o convencimento do juiz.

No que tange à inversão no início do processo, julga-se ser precipitada, tendo em vista que o juiz não conhece nessa fase ainda, os pontos controvertidos da demanda, o que lhe impossibilita delimitar adequadamente um juízo de valor sobre o objeto da prova.

Muitos dão preferência à inversão no momento do saneamento do processo para evitar qualquer cerceamento de defesa. Assim, o fornecedor poderá, a partir do conhecimento dessa nova forma de ônus probatório, se desincumbir de trazer aos autos todas as provas necessárias para se defender das alegações do consumidor.

5 CONCLUSÃO

Partindo do pressuposto de que o consumidor é vulnerável, torna-se indispensável tratá-lo de forma diferenciada, inclusive processualmente, a fim de que os seus direitos sejam respeitados, sem que isso signifique ferimento ao devido processo constitucional, no respeito aos princípios institutivos do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia).

Apenas por meio da aplicação efetiva dos meios de facilitação da defesa dos consumidores, como a inversão do ônus da prova, que as diretrizes constitucionais de proteção e defesa do consumidor conseguirão ser cumpridas nas relações de consumo, dentro do devido processo constitucional.

Se esse instituto não existisse, devido à dificuldade de possuir os meios necessários para provar as alegações, os consumidores não conseguiriam formar o convencimento do juiz, o que acarretaria no comprometimento das decisões judiciais e na violação dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANTO, Rodrigo Eidelvein do. **A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico**: a reconstrução da confiança na atualização do código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed, São Paulo: Atlas, 2011.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei 8.078 de 11/09/1990. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 12. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, Diário Oficial da União, 2015.

OLIVEIRA de, Josinaldo Leal. **Os meios de facilitação da defesa dos direitos dos consumidores**. Florianópolis/SC: CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VIEGAS, Thais Emilia de Sousa e ALMEIDA, Roberto de Oliveira. **O direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova e o novo código de processo civil**. Florianópolis/SC: CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015.