



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DEUSIMAR PIRES FERREIRA

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR E SUA APLICAÇÃO NAS AÇÕES REVISIONAIS DOS
CONTRATOS BANCÁRIOS

SOUSA - PB
2008

DEUSIMAR PIRES FERREIRA

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR E SUA APLICAÇÃO NAS AÇÕES REVISIONAIS DOS
CONTRATOS BANCÁRIOS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

SOUSA - PB
2008

Deusimar Pires Ferreira

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
E SUA APLICAÇÃO NAS AÇÕES REVISIONAIS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e sociais, da
Universidade Federal de Campina
Grande, em cumprimento dos requisitos
necessários para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em ____ de _____ de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Prof^o Leonardo Figueiredo de Oliveira

Nome – Titulação – UFCG
Professor(a)

Nome – Titulação – UFCG
Professor(a)

DEDICATÓRIA

A minha mãe Francisquinha, a meu pai Amadeu, a Monarah e a minha filha Sara, inspirações do caminho certo e a todos os responsáveis pela consagração da vitória do povo.

“Um passo de coragem define a vitória,
um passo firme desbrava a justiça e um
passo destemido decide a história”.

Luiz Correia Filho.

RESUMO

Na tentativa de compreender as relações de consumo, objetiva-se com essa pesquisa identificar e esmiuçar os principais aspectos e problemas relacionados com a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor nas ações de revisão dos contratos bancários. Representa em face uma análise do tema onde se percebe uma pacificação de opinião doutrinária e jurisprudencial quanto da aplicação deste instituto. O assunto será estudo com base no artigo 6º, VIII e artigo 38, ambos previstos na lei consumerista. O primeiro se refere à inversão judicial do ônus da prova e terá aplicabilidade quando, a critério do juiz e nas regras ordinárias de experiência, ocorrer as hipóteses de verossimilhança da alegação do consumidor ou hipossuficiência do mesmo. Já o segundo, trata da inversão legal do ônus da prova, já que a própria lei atribui ao fornecedor responsável pela comunicação ou informação publicitária de que a mesma é correta ou verídica, na busca de conter as práticas comerciais publicitárias consideradas abusivas e enganosas. Verificando a amplitude do tema, a pesquisa se delinha a aplicação da inversão do ônus da prova nas ações de revisão dos contratos bancários baseando nas relações de consumo existente entre o cliente-consumidor e o banco-fornecedor. Através da utilização do método de pesquisa bibliográfica de doutrinas, leis e jurisprudências observa-se que a inversão do ônus da prova é um direito decorrente do princípio da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo e do princípio constitucional da isonomia, que busca dar uma igualdade material e processual àqueles que são econômico e tecnicamente desiguais.

Palavras-chave: Inversão. Ônus da prova. Contratos bancários.

ABSTRACT

In the attempt of understanding the consumption relationships, it is aimed at with that research to identify and to crumble the main aspects and problems related with the inversion of the obligation of the proof in the Code of Defense of the Consumer in the actions of revision of the bank contracts. It acts in face one analyzes of the theme where it is noticed an opinion pacification would indoctrinate and jurisprudencial as of the application of this institute. The subject will be study with base in the article 6th, VIII and article 38, both foreseen in the law consumerista. The first refers to the judicial inversion of the obligation of the proof and he/she will have applicability when, to the judge's criterion and in the ordinary rules of experience, to happen the hypotheses of verisimilitude of the consumer's allegation or hipossuficiência of the same. Already the second, he/she treats of the legal inversion of the obligation of the proof, since the own law attributes to the responsible supplier for the communication or advertising information that the same is correct or truthful, in the search of containing the advertising commercial practices considered abusive and deceiving. Verifying the width of the theme, the research if delinha the application of the inversion of the obligation of the proof in the actions of revision of the bank contracts basing on the relationships of existent consumption between the customer-consumer and the bank-supplier. Through the use of the method of bibliographical research of doctrines, laws and jurisprudences it is observed that the inversion of the obligation of the proof is a right due to the beginning of the consumer's vulnerability in the consumption relationships and of the constitutional beginning of the isonomia, that looks for to give a material and procedural equality to those that are economical and technically unequal.

Word-key: Inversion. Obligation of the proof. Bank contracts.

SUMÁRIO

RESUMO.....	06
ABSTRACT.....	07
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 O DIREITO DO CONSUMIDOR E O ÔNUS DA PROVA.....	12
1.1 Breve histórico do Direito do Consumidor.....	12
1.2 Conceitos básicos.....	14
1.2.1 Prova.....	14
1.2.2 Ônus da prova.....	15
1.2.3 Diferença entre ônus e dever.....	16
1.3 A vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo.....	17
1.3.1 Relações de consumo.....	17
1.3.2 A vulnerabilidade como princípio fundamental da proteção do consumidor nas relações de consumo.....	18
1.3.3 A vulnerabilidade do consumidor decorrente do princípio constitucional da isonomia.....	19
1.3.4 Diferença entre vulnerabilidade e hipossuficiência.....	20
CAPÍTULO 2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	23
2.1 Busca do reequilíbrio entre consumidores e fornecedores.....	24
2.2 Rompimento com a tradicional regra de distribuição do ônus da prova do Artigo 333 do Código de Processo Civil.....	25
2.3 Tipos de inversão do ônus da prova.....	27
2.3.1 Inversão judicial do ônus da prova.....	27
2.3.2 Requisitos da inversão judicial do ônus da prova.....	28
2.3.2.1 Verossimilhança da alegação do consumidor.....	29
2.3.2.2 Hipossuficiência do consumidor.....	30
2.3.3 A alternatividade dos requisitos da inversão judicial.....	32
2.3.3.1 A inversão do ônus da prova a critério do Juiz.....	33
2.3.3.2 A inversão do ônus da prova segundo as regras ordinárias de experiência.....	35
2.4 inversão legal do ônus da prova.....	35
2.4.1 A importância da publicidade.....	36
2.4.2 A publicidade antes do Código de Defesa do Consumidor.....	37
2.4.3 A publicidade no Código de Defesa do Consumidor.....	38
2.4.4 Princípios norteadores da atividade publicitária.....	39
CAPÍTULO 3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUA APLICAÇÃO NAS AÇÕES REVISIONAIS DE CONTRATOS BANCÁRIOS.....	42
3.1 Dos serviços bancários.....	42
3.2 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários.....	42
3.3 A inversão do ônus da prova nas ações revisionais de contratos bancários.....	44
3.4 Princípio do ônus da impugnação específica na contestação dos fatos narrados na inicial.....	45

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

A publicação do presente trabalho de conclusão de curso tem como finalidade propor uma análise objetiva e estrutural sob a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor com ênfase mais precisa nas ações revisionais dos contratos bancários, em virtude de ser um tema bem discutido pelas doutrinas e jurisprudências brasileiras, como também, estar cotidianamente inserido na vida das sociedades modernas.

É neste sentido que se desenvolvem a pesquisa científica, na tentativa de compreender as relações de consumo, principalmente as relacionadas aos contratos bancários, propondo uma análise sucinta e precisa do Código de Defesa do Consumidor abordando os princípios básicos que o norteia e que se destacam expressamente em virtude da constante superioridade dos fornecedores em detrimento dos consumidores.

Para sua realização e desenvolvimento, faz-se necessário a utilização dos métodos bibliográficos e exegético-jurídico, com pesquisas a doutrinas, códigos, leis e jurisprudências, objetivando aprimorar o tema abordado: A inversão do ônus da prova e suas aplicações nas ações revisionais dos contratos bancários.

Primeiramente, o capítulo inicial abordará um breve comentário acerca do Direito do Consumidor, situando as origens que fazem com que o tema alcance relevância atual e tratará os principais conceitos e princípios que envolvem esse ramo do Direito.

Em seguida, será observado que por está o Código de Defesa do Consumidor fundamentado em alguns princípios básicos, as suas demais normas deverão sofrer influência destes. Assim, como decorrência do princípio da vulnerabilidade do consumidor e do princípio da isonomia, reconheceu-se que dentre os meios de proteção dos direitos do consumidor está incluída a facilitação de sua defesa, nos termos do artigo 6º, VIII e artigo 38, ambos do Código de Defesa do Consumidor, demonstrando os tipos permitidos da inversão do ônus da prova (judicial e legal) e rompendo com o tradicional ônus da prova disposta no artigo 333 do Código de Processo Civil, objetivando assim um equilíbrio entre o consumidores e fornecedores no mercado de consumo.

Após a análise detalhada dos conceitos, características, requisitos e hipóteses de incidência, será abordado no capítulo final a inversão do ônus da prova

e sua aplicação nos contratos bancários. Para tanto, será exposto os fundamentos dos serviços bancários, sua relação com o consumidor e a observação do princípio da Impugnação específica na contestação narrados na inicial quando se verificar abuso nesta relação de consumo.

Certamente não é o intuito deste trabalho esgotar um assunto tão complexo e discutido dentro do cenário jurídico, mas sim colaborar para uma melhor compreensão do tema.

CAPÍTULO 1 O DIREITO DO CONSUMIDOR E O ÔNUS DA PROVA

1. 1 Breve histórico do Direito do Consumidor

A preocupação em conhecer o mundo, em contribuir para que o homem viva melhor é o grande objetivo daqueles que entendem a história como a ciência dos homens no tempo. Vislumbrando o Direito, não interessa especificar puramente o passado com fatos que não venham acompanhados de uma preocupação do presente.

A história do Direito oferece ao Direito contemporâneo a compreensão de fatos esclarecedores, levantando suas causas e características, até atingir o seu significado mais preciso.

A importância deste estudo no âmbito do ônus da prova no Direito do Consumidor permite avaliar o desenvolvimento de princípios que norteiam este ramo do saber construindo a própria evolução da ciência do Direito.

Somente em meados dos anos cinquenta é que os consumidores passaram a ganhar proteção contra os abusos sofridos, tornando-se uma preocupação social, gerando uma preocupação de todo o mundo, mas principalmente nos países da América e da Europa Ocidental, primeiros países que criaram os órgãos de defesa do consumidor.

No entanto, existem evidenciadas, diversas regras entre consumidores e fornecedores de serviços e produtos em vários códigos, constituições e tratados, bem antes da criação do direito do Consumidor. Era possível no antigo Código de Hamurábi observar certas regras que, mesmo indiretamente, visavam proteger o consumidor, a exemplo da Lei nº. 233 que rezava sobre o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las as suas próprias expensas. As conseqüências para o desabamento para vítimas fatais eram ainda mais severas; o empreiteiro além de ser obrigado a reparar os danos poderia ser condenado à morte se o acidente vitimasse o chefe da família. Em se tratando do falecimento do filho do empreendedor da obra a pena de morte se aplicaria a algum parente do responsável técnico pela obra.

O sagrado código de Manú da Índia do século XXIII a. C., previa multa e punição, além de ressarcimento de danos, àqueles que adulterassem gênero (Lei nº 697) ou entregasse coisa de espécie inferior àquela acertada, ou vendesse bens de

igual natureza por preços diferentes (Lei nº 698).

Na Grécia a proteção ao consumidor preocupava Aristóteles, que advertia para existência de fiscais afim de que não houvessem vícios nos produtos comercializados, em Roma a Cícero.

Atualmente, existe o Direito do Consumidor cujo objetivo é adaptar e melhorar o direito das obrigações entre as pessoas, de forma a buscar e restabelecer o equilíbrio das partes abaladas pelo poder do mercado fornecedor, muitas vezes fruto da constituição de monopólios e oligopólios, ou até mesmo pela displicência no tratamento dado as pessoas, constituindo um verdadeiro rolo compressor sobre as queixas e os direitos dos consumidores. Como direito novo, o Direito do Consumidor busca inspiração no Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, Financeiro e Administrativo, para de uma forma coerente atingir seus objetivos sem ofender os demais princípios e regras existentes.

A união de sistemas e legislações vigente no Brasil serviu de base para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, que foi criada para regulamentar as relações de consumo, entendidas como sendo o vínculo estabelecido entre fornecedor e consumidor, ligados por um objeto que será necessariamente um serviço ou um produto, esses requisitos devem vir obrigatoriamente, sob consequência de não aplicar o Código de Defesa do Consumidor e sim o Direito Comum.

Os direitos do consumidor começaram a aparecer de forma ainda que tímida, entre as décadas de 40 e 60, quando foram sancionadas leis e decretos federais legislando sobre saúde, proteção econômica e comunicações. Somente em 1988 a nossa Constituição Federal atualizou o Ordenamento Jurídico brasileiro, implantando, de vez por todas, o "ideal de justiça distributiva e igualdade substancial, ao lado da dignidade da pessoa humana e solidariedade social". (FARIAS, 2006, p. 30). No artigo 5º, XXXII, prevê a obrigação do Estado em promover a defesa do consumidor, no artigo 170, V, apresenta a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica e o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que expressamente determinou a criação do Código de Defesa do Consumidor, que foi a primeira Lei brasileira de cunho especialmente consumerista, uma vez que antes dele, a única fonte utilizada para regulamentar as relações de consumo era o Código Civil de 1916, fundamentado no patrimonialismo e no individualismo dos países europeus do início do século XX.

O Código de Defesa do Consumidor se revela como instrumento mais avançado no tocante a defesa deste, cuja atividade primordial é o de protegê-lo através da divulgação de informação sobre a qualidade dos bens e serviços e através do exercício de pressão sobre as entidades públicas com o objetivo de defender os direitos dos consumidores. Não se baseando apenas na punição dos que praticam ilícitos e violam os direitos do consumidor, como também na conscientização dos consumidores de seus direitos e deveres e dos fabricantes, fornecedores e prestadores de serviços sobre suas obrigações demonstrando que agindo corretamente eles respeitam o consumidor e ampliam seu mercado de consumo contribuindo para o desenvolvimento do país.

1.2 Conceitos básicos

1.2.1 Prova

Em sentido amplo, o vocábulo prova significa tudo o que demonstra a veracidade de uma proposição ou a realidade de um fato. A prova, assim, deve circunscrever-se aos fatos envolvidos na lide, justamente porque todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios a serem solucionados pelo processo originam-se de fatos. Por isso, o autor, quando propõe a ação, e o réu, quando oferece sua resposta, não de invocar fatos com que procurem justificar a pretensão de um e a resistência do outro, pois do exame dos fatos e de sua adequação ao direito objetivo, o juiz extrairá a solução do litígio que será revelada na sentença. Sendo assim, às partes não basta simplesmente alegar os fatos. É preciso, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado, o que se faz através das provas. Dispõem Teixeira Filho (1991, p. 22):

É a demonstração, segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos no processo. trata-se de uma atividade probatória consistente em trazer ao processo os elementos necessários à demonstração da verdade dos fatos alegados e com base nos quais deverão desenvolver um raciocínio lógico, tendente a influir na formação do convencimento do órgão judicial.

Nesse mesmo sentido, a prova para Tania Lis Nogueira (2000, p. 69) “é a forma de demonstrar os fatos ao juiz”. A função da prova é permitir a reconstituição dos fatos ocorridos, uma vez que para julgar, deve-se aplicar a norma legal ao fato

ou ao conjunto de fatos concretos. A norma legal o julgador conhece; o fato precisa ser a ele demonstrado; e a forma (o elemento), que leva o fato ou a certeza de sua ocorrência ao juiz, é a prova.

As partes procuram, assim, demonstrar ao juiz a forma pela qual ocorreu ou ocorre determinada situação ou fato. Para tanto, trazem ao processo a prova da existência dos fatos ou situações ocorridas ou, então, o próprio fato em si, e o fazem por intermédio dos meios de prova, a fim de formar a convicção do julgador para que este se convença da veracidade do fato, acontecimento ou afirmação.

A prova, portando, é de extrema importância para o processo, pois será na convicção da existência do fato ou acontecimento provado, que o julgador irá concluir pela procedência ou improcedência do pedido.

1.2.2 Ônus da prova

A palavra ônus, em sentido amplo, tem significado de carga, peso. Já a expressão *onus probandi* pode ser traduzida pela necessidade de provar, ou melhor, pela necessidade de provar para vencer a causa. Portando, o ônus probatório é tão somente, conforme dispõe Moacyr Amaral (1993, p. 93) “um dever no sentido de interesse, de necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a sobre os fatos alegados, correndo para a parte o risco de não ver acolhida a sua pretensão”.

De acordo com o sistema legal do ônus da prova trazido pelo art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova é repartido entre os litigantes do seguinte modo: I) ao autor, incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito. II) ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Percebe-se, no caso, que o art. 333 do Código de Processo Civil é fiel ao princípio dispositivo.

O princípio dispositivo tem como fundamento, a necessidade de salvaguardar a imparcialidade do juiz, já que a cada um dos litigantes envolvidos no conflito é que deve caber a conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Todavia, diante da natureza publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial, pois nos últimos tempos os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados, passando este de espectador inerte á posição ativa, cabendo-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas

também determinar provas, conhecer de ofício de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, como também reprimir eventuais condutas irregulares etc.

Porém, mesmo com toda essa evolução do processo no tocante à participação do juiz, cabe ainda às partes, na maioria dos casos, o ônus da prova.

Esse ônus, no entanto, conforme Humberto Theodoro (2002, p. 391) “consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz”.

Por isso que, de acordo com a sistemática do CPC, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, a questão relativa ao ônus da prova assume uma relevante importância.

1.2.3 Diferença entre ônus e dever

O *onus probandi*, antes conceituado, vincula-se ao interesse da parte em ver provados os fatos narrados em juízo, contudo, debatem os doutrinadores se o ônus da prova corresponde a um ônus ou encargo, ou significa um dever a ser satisfeito.

Desse modo, Isis de Almeida (1991, p. 125), distingue:

O dever do ônus, antes de tudo, porque neste não há a obrigação no sentido jurídico que caracteriza aquele. Ao dever jurídico se vincula uma sanção externa, positiva, pois existe uma cominação ou ameaça legal de uma pena. No ônus da prova há uma incumbência, um encargo. O conceito não contém a idéia de pena e por consequência, nada é cominado juridicamente a quem não prova.

Então, a diferença entre ônus e dever se funda na sanção diversa a quem não cumpre determinado ato; existe dever quando a inatividade dá lugar a uma sanção jurídica; se, ao contrário, a abstenção, em relação ao ato determinado, faz perder somente os efeitos últimos desse mesmo ato, encontra-se frente à figura do ônus.

Diz-se, portando, que o ônus probatório não é um dever, uma vez que não existe um direito correspondente ou a aplicação de uma sanção decorrente, pois embora não tenha a parte desincumbido-se dessa necessidade probatória, sua pretensão poderá ser acolhida.

O ônus da prova vem a ser, no entanto, a necessidade de provar para vencer a causa, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa caso não prove.

os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela judicial. Correlativa à idéia de ônus está a idéia de risco, não a idéia de subordinação ou sujeição.

1.3 A vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo

1.3.1 Relações de consumo

As relações de consumo são relações jurídicas por excelência, pressupondo, por conseguinte, dois pólos de interesses: Consumidor – Fornecedor e a coisa, objeto desses interesses.

O conceito de consumidor, adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, levou em conta apenas o aspecto econômico, ou seja, levou em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial. Sendo assim, quis o legislador retirar do conceito de consumidor quaisquer elementos de natureza sociológica ou psicológica. Por isso, José Geraldo Filomeno (1991, p. 26) entende que “abstraídas todas as conotações de ordem filosófica e psicológica, consumidor é qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço”. Em tese, toda pessoa que adquira ou use produto ou serviço é consumidor. O CDC, todavia, restringe esse conceito ao estabelecer uma condição para que a pessoa seja considerada consumidor: a pessoa deve adquirir ou utilizar os produtos ou serviços como destinatário final.

Porém, o traço marcante desta conceituação, está na perspectiva de considerar o consumidor como a parte vulnerável na relação de consumo, já que os consumidores são aqueles que não dispõem de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes. O consumidor é, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares dos bens de produção, isto é, os empresários.

Já o outro protagonista das relações de consumo, é o fornecedor de produtos ou serviços. De acordo com o CDC, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica,

pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Portanto, José Geraldo Filomeno (1991, p. 26) explica a relação de consumo dispondo que:

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

É o fornecedor, portando, todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessários a seu consumo, ou seja, é o responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor.

1.3.2 A vulnerabilidade como princípio fundamental da proteção do consumidor nas relações de consumo

A vulnerabilidade do consumidor é o princípio basilar que rege a Política Nacional de Relações de Consumo, conforme disposto no art. 4º, I, CDC: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendido o seguinte princípio: Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

A Política Nacional das Relações de Consumo, em linhas gerais, tem por finalidade harmonizar, no mercado de consumo, a participação equilibrada de fornecedores e consumidores, tornando possível à realização de uma ordem econômica mais justa, com desenvolvimento tecnológico e econômico, sem que haja preponderância da parte mais forte, que é o fornecedor.

Cabe, assim, à Política Nacional das Relações de Consumo, proteger o

princípio da vulnerabilidade do consumidor, garantindo a proteção dos direitos e interesses do lado mais fraco e desprotegido da relação de consumo, já que é a própria lei que presume ser o consumidor a parte mais fraca e suscetível de ser lesada, exigindo do fornecedor que os produtos e serviços posto à disposição do consumidor no mercado atentam a certos padrões de qualidade, durabilidade, desempenho e segurança.

Paulo Valério de Moraes (1999, p. 96) ao dispor sobre o princípio da Vulnerabilidade expõe:

O princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação.

O princípio da vulnerabilidade é, no entanto, a espinha dorsal da proteção do consumidor nas relações de consumo, já que sobre ele é que se assenta toda a política de proteção do consumidor e, conseqüentemente, todos os benefícios que o CDC carrega em favor dos consumidores. Isto ocorre porque a própria Constituição Federal de 1988 reconhece claramente essa situação de vulnerabilidade, ao declarar em art.5º, XXXII, que ao Estado caberá promover a defesa do consumidor, reconhecendo-o como carecedor de proteção. Como conseqüência dessa vulnerabilidade, estabeleceu o CDC que dentre os direitos básicos do consumidor, está a facilitação de seu acesso aos instrumentos de defesa, especialmente com o estabelecimento da inversão do ônus da prova em seu favor.

Portando, justifica-se a proteção do consumidor pelo CDC em face do reconhecimento de sua vulnerabilidade nas relações de consumo, pois caso admita-se que o consumidor seja pessoa consciente de seus direitos e deveres, ou seja, esteja informado e educado para o consumo, atuando de igual para igual em relação ao fornecedor, a tutela acima referida, não mais se justificaria.

1.3.3 A vulnerabilidade do consumidor decorrente do princípio constitucional da isonomia

O princípio da vulnerabilidade decorre diretamente do princípio da isonomia, pois foi através da aplicação desse princípio constitucional que se tornou possível ao legislador ordinário materializar a vulnerabilidade do consumidor no Código de

Defesa do Consumidor, ou seja, foi com base no princípio da igualdade que se reconheceu expressamente a vulnerabilidade do consumidor, pondo fim à desigualdade material existente entre consumidores e fornecedores nas relações de consumo. Por ser, no entanto, o consumidor reconhecidamente a parte mais fraca, Nelson Nery Júnior (1992, p. 53) esclarece que os consumidores devem ser tratados de forma desigual pela lei, a fim de que se atinja, efetivamente, a igualdade real, em obediência ao dogma constitucional da isonomia, pois devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades”.

A partir daí, abriu-se um caminho na busca da efetiva superação das desigualdades existentes nas relações de consumo, numa tentativa de se buscar a igualdade real, pois aponta Olga Maria do Val (1994, p.78) que “no âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável da relação de consumo, levando-se em conta que os detentores dos meios de produção é que possui todo o controle do mercado”. Assim, é a vulnerabilidade a característica imanente, a qualidade intrínseca e indissociável do consumidor.

Portando, observa-se que alguns grupos de pessoas existentes na sociedade merecem uma proteção especial pelas condições sociais, políticas e econômicas em que se encontram. Porém, como este desnível tem como responsável o próprio Estado, é justamente por isso que ele determina, por via do princípio constitucional da isonomia, que essas pessoas devam ser tratados de forma desigual, para que depois se obtenha a igualdade material. É, exatamente, neste grupo de pessoas onde se encontra o consumidor.

Por tudo, é o princípio da vulnerabilidade a aplicação plena do princípio constitucional da isonomia.

1.3.4 Diferença entre vulnerabilidade e hipossuficiência

No âmbito da tutela especial do consumidor, é este sem dúvida a parte mais vulnerável, levando-se em conta que os fornecedores são os detentores dos meios de produção e os controladores do mercado. Isto, porém, ocorre porque para que o consumidor possa satisfazer as suas necessidades de consumo, inevitavelmente, deverá comparecer ao mercado e, nessas condições e ocasiões, ficará submetido às condições que lhe são impostas pelo fornecedor.

Contudo, é proveitoso fixar que o conceito de vulnerabilidade é distinto da hipossuficiência, pois de acordo com Judith Martins Costa (1993, p. 222)

Um e outro conceito denotam realidades jurídicas distintas, com conseqüências jurídicas também distintas. Nem todo o consumidor é hipossuficiente. O preenchimento valorativo da hipossuficiência - a qual se pode medir por graus - se há de fazer, nos casos concretos, pelo juiz, com base nas regras ordinárias de experiência e em seu suporte fático encontra-se, comumente, elemento de natureza socioeconômica. Sua aplicação depende da discricionariedade judicial e a sua conseqüência jurídica imediata é a da inversão do ônus prova, no processo civil, para a facilitação da defesa de seus direitos. Todo consumidor, seja considerado hipossuficiente ou não é, ao contrário, vulnerável no mercado de consumo. Aqui não há valoração do grau de vulnerabilidade individual, porque a lei presume que, neste mercado, qualquer consumidor, seja ele hiper ou hipossuficiente do ponto de vista sócio-econômico, é vulnerável tecnicamente.

Portando, é a definição da hipossuficiência feita pelo juiz, no caso concreto e segundo as regras ordinárias de experiência, admitindo-se prova em contrário, enquanto a vulnerabilidade é um conceito que a própria lei atribui a todo e qualquer consumidor, não se admitindo do fornecedor a prova em contrário.

É evidente, assim, a existência de diferenças entre ambos os conceitos. A primeira tem fundamento na hermenêutica, traduzindo a idéia de não poder a lei conter palavras inúteis Carlos Maximiliano (1961, P. 331), dispõe:

Não se presumem, na lei, palavras inúteis. Literalmente, se devem compreender as palavras como tendo alguma eficácia. As expressões do direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real; vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto, porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperante ou supérflua, nula ou sem significação alguma.

Assim, como todo consumidor é vulnerável, caso a expressão vulnerabilidade usada na lei fosse igual a hipossuficiência, em todas as demandas em que existisse um consumidor existiria um hipossuficiente e, conseqüentemente, em todas as demandas sempre deveria ser invertido o ônus da prova. Ou seja, se tivesse o mesmo significado, não teria sentido atribuir ao juiz a função de aferir, segundo as regras ordinárias de experiência e no caso concreto, a hipossuficiência do consumidor, já que existe a presunção legal absoluta de vulnerabilidade do consumidor, a qual obrigaria o juiz à sempre inverter o ônus da prova, tornando, conseqüentemente, a norma do art.6º, VIII, do CDC sem utilidade.

Portando, o consumidor é vulnerável seja qual for sua condição financeira, instrução, econômica, por presunção absoluta, etc. Hipossuficiente sê-lo-á, ao revés, por presunção relativa, cabendo, destarte, prova em contrario por parte do fornecedor da inexistência de deficiências de ordem técnica, econômica, cultural.

A segunda diferença decorre da destinação específica da norma, visto que a vulnerabilidade é uma categoria jurídica de direito material, tendo como destinação justificar a existência no CDC da proteção do consumidor, enquanto a hipossuficiência é de direito processual, tendo a destinação de legitimar certos tratamentos processuais diferenciados, como a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, conforme se constata pela evidência de que a norma do art.6º, VIII, de CDC serve para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Portando, vislumbra-se, de acordo com Renato Franco, que "a hipossuficiência nada mais é que um atributo, de índole processual, da vulnerabilidade do consumidor (...) Sendo, ao nosso ver, mais correta a assertiva segundo a qual a hipossuficiência é a manifestação processual da vulnerabilidade".(ALMEIDA, 2002, p. 39).

Portando, é de se seguir a brilhante orientação de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, (1993, p.42), que aponta que:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do código como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art.6º,VIII)

Por tudo, considera-se a hipossuficiência uma vulnerabilidade de ordem econômica ou técnica, ou seja, é a hipossuficiência um plus à vulnerabilidade, visto que o consumidor será considerado vulnerável pelo simples fato de ser consumidor, enquanto que para ser hipossuficiente além de ser consumidor, terá que ter uma vulnerabilidade econômica ou técnica em relação ao fornecedor.

CAPITULO 2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova trazida pelo Código de Defesa do Consumidor tem como pressuposto fundamental o princípio da isonomia, inscrita no art.5º, *caput*, da Constituição Federal. Esse princípio traz consigo uma idéia de igualdade real, efetiva, que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, que só se verifica, quando além da igualdade jurídica, houver também uma igualdade técnica e econômica, já que numa sociedade massificada o consumidor apresenta-se em posição bastante inferior ao fornecedor.

Foi com base no princípio da isonomia, que houve uma decisão política no sentido de reconhecer expressamente a desigualdade material existente entre consumidores e fornecedores (art. 4º, I, CDC), dando fim a séculos de hipocrisia liberal, abrindo, conseqüentemente, um caminho na busca da efetiva superação das desigualdades, na tentativa de uma convivência mais harmônica entre os homens.

Do princípio constitucional da isonomia, no entanto, subtrai-se o direito de acesso a uma ordem jurídica mais justa, que suprimindo a ineficiência das regras de distribuição do ônus da prova do procedimento ordinário, transformou a inversão do ônus da prova do CDC em um dos instrumentos mais eficazes na garantia de uma tutela judicial efetiva em benefício do consumidor, prevenindo-o de maiores lesões.

Assim, antes de constituir privilégios, é a inversão do ônus da prova em favor do consumidor considerado um dos meios através dos quais o direito procura atingir o seu objetivo maior de obtenção de justiça, compensando-se a real desigualdade em que se encontram os litigantes, já que em face da crescente sofisticação da sociedade contemporânea, é por demais cristalina a verdadeira impossibilidade para o consumidor de fazer frente contra o fornecedor, principalmente nos casos de produtos e serviços de alta complexidade tecnológica.

Portando, através da inversão do ônus da prova é possível fazer com que a pretensão trazida pelo consumidor seja solucionada de modo que faça justiça a ambos os litigantes do conflito e do processo, pois o processo deve ser manipulado de modo a propiciar ao consumidor o acesso à ordem jurídica justa, que não se identifica, com a mera admissão ao processo ou possibilidade de ingresso em juízo, mas com a criação de meios, entre eles o de inversão do ônus da prova, que permita com que o consumidor possa demandar e defender-se adequadamente, eliminando as dificuldades que impeçam ou desanimem os consumidores de

litigarem ou dificultem o oferecimento de defesa adequada.

Desse modo, podemos dizer que estas são as razões que permitem dizer que, em relações de consumo, presentes os requisitos legais, o devido processo legal se revela com a inversão do ônus da prova, sob pena de denegação de justiça ao consumidor.

2.1 Busca do reequilíbrio entre consumidores e fornecedores

O CDC parte da constatação genérica da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Em virtude disso, constata-se que é da essência do Código de Defesa do Consumidor a busca do equilíbrio entre consumidores e fornecedores, seja reforçando a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas por parte do fornecedor.

Nesse sentido, expõe João Batista de Almeida (2002, p. 33) sobre vulnerabilidade:

Se há reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, do que resulta a intervenção estatal no sentido de protegê-lo, inclusive legislativamente, remanesce cristalino que a tutela do consumidor também se justifica pelo objetivo de harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, com o que se busca o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, se existe consenso no que se refere ao desequilíbrio nas relações de consumo, estando o consumidor em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo, nada mais justo e correto do que se buscar restabelecer o equilíbrio desejado, quer protegendo o consumidor, quer educando-o, quer fornecendo-lhe instrumentos e mecanismos de superação desses desequilíbrios. Com isso, as relações de consumo poderão cumprir seus objetivos, com maior harmonia e redução de conflitos.

Portando, o mecanismo de inversão do ônus da prova insere-se nessa política protetora do consumidor e deve ser aplicado até quando seja necessário para superar a vulnerabilidade do consumidor e estabelecer seu equilíbrio processual em face do fornecedor. Porém, a inversão do ônus da prova deverá ser imposta de forma racional e prudente, pois não pode ser utilizada como meio de impor um novo desequilíbrio na relação entre as partes, a tal ponto de atribuir ao fornecedor um encargo absurdo e insuscetível de desempenho.

Nesse sentido, dispõe Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 144) que “arruinar a empresa por meio de demandas absurdas, cuja solução se dê à luz da inversão do

ônus da prova empregado da maneira a inviabilizar a defesa do fornecedor, é medida que, à evidência, agride o princípio fundamental da harmonização das relações entre as partes do mercado de consumo”.

A inversão do ônus deve ser vista, isto sim, como uma forma de forçar o aperfeiçoamento do sistema empresarial, inclusive com a finalidade de dotá-lo de maior competitividade e eficiência. Enfim, a aplicação da inversão do ônus da prova é de ser feita sempre de forma a assegurar uma justa e adequada proteção ao consumidor, sem, no entanto, representar uma ameaça desabusada ao fornecedor.

Portando, a inversão do ônus da prova é um instrumento importante de que dispõe o magistrado para compensar as desigualdades existentes entre consumidores e fornecedores e, por isso mesmo, é necessário do mesmo uma conduta eminentemente moderada, para que não se pratique injustiças a nenhuma das partes. Exatamente assim é que há de ser interpretado e aplicado o preceito, já que a inversão do ônus da prova em favor do consumidor somente se legitima como forma de facilitar a defesa do seu direito em juízo.

Desse modo, fica constatado que o objetivo é tão somente o de facilitar a defesa do seu direito em juízo, e não privilegiá-lo para vencer mais facilmente uma demanda, em detrimento das garantias processuais do fornecedor-réu, pois, em suma, inverte-se o ônus da prova porque ao fornecedor é mais fácil fazê-lo e, em muitos casos, somente a ele é possível a produção da prova.

Por isso, caso um dia o consumidor alcance uma condição de igualdade frente ao fornecedor, não haverá mais necessidade da referida proteção, já que o consumidor não será mais considerado hipossuficiente ou vulnerável em relação ao fornecedor. Porém, infelizmente, devido às condições sociais em que se encontra o Brasil, atualmente o consumidor brasileiro necessita da referida proteção, e tudo indica que precisará por muito mais tempo.

2.2 Rompimento com a tradicional regra de distribuição do ônus da prova do Artigo 333 do Código de Processo Civil

De acordo com as regras tradicionais de distribuição do ônus da prova no Código Processo Civil (art. 333, I e II) é do Autor o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito e do Réu o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Assim, de acordo com a norma geral

do CPC, cada parte tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretende seja aplicado pelo juiz na solução do litígio, ou seja, incumbe o ônus da prova àquela das partes que alega a existência ou inexistência de um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito. Desse modo, cabe ao consumidor o ônus da prova relativamente ao fato constitutivo de seu direito.

Essa regra geral, no entanto, foi modificada sempre que referente às relações de consumo, uma vez que aos consumidores em geral o ônus da prova tornar-se um fardo pesadíssimo, e quase impossível de suportar, isto porque, para que os consumidores possam produzir as provas quase sempre lhes faltam os meios, sejam econômicos ou técnicos.

Portando, em face da vulnerabilidade do consumidor e da sua completa boa fé no momento de negociar, dificilmente em uma relação de consumo, o consumidor irá pré-constituir uma prova acerca de seus direitos para apresentá-la posteriormente na hipótese de ajuizamento de uma ação contra o fornecedor, o que só vem a demonstrar que pelas normas do Código de Processo Civil, dificilmente o consumidor ajuizaria ação com razoáveis possibilidades de vencer a demanda.

Para resolver esse problema, o Código de Defesa do Consumidor facilitou, consideravelmente, a defesa dos direitos do consumidor em juízo, adotando a figura da inversão do ônus da prova, quebrando, assim, com a tradicional regra de distribuição do ônus da prova trazida pelo art.333, I e II do CPC, conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Prova - Ônus - Inversão - Cabimento - Ação de obrigação de fazer - Existência de verossimilhança nas alegações do autor - Provas do adimplemento não apresentadas pelo requerido - Inaplicabilidade do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, em face da prevalência do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, por ser norma específica. Recurso não provido. (Apelação cível nº 240.757-2 de 22/09/94, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Debatin Cardoso).

Para a ocorrência desse rompimento, o Código de Defesa do Consumidor trouxe entre seus dispositivos legais alguns específicos sobre o tema, entre eles o art.6º, VIII e o art. 38. O primeiro, insere entre os direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, desde que no entendimento do juiz, seja o consumidor hipossuficiente ou quando for verossímil a sua alegação. Já o segundo artigo, ao

inserir a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, o fez de forma obrigatória, isto é, transformou o fornecedor desde logo o responsável pelo ônus probatório.

Essa regra especial do CDC autorizadora da inversão do ônus da prova, que permite sua transferência para o fornecedor, ocorre como consequência da observância dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, como também dos princípios informativos do próprio Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a norma do art.333 do CPC continua a vigor, mas no que concerne às relações de consumo, a regra foi mitigada, já que caso o juiz observe que estão presentes os requisitos legais, na hipótese do art.6º,VIII, ou caso a própria lei estabeleça invertido o ônus da prova, na hipótese do art.38, o juiz deverá decretar e inverter o ônus da prova em favor do consumidor, não aplicando a regra geral do art.333 do Código de Processo Civil.

2.3 Tipos de inversão do ônus da prova

O Código de Defesa do consumidor traz entre seus dispositivos legais duas formas de inversão do ônus da prova. A primeira, prevista no art.6º, VIII, dispõe sobre a inversão judicial do ônus da prova (inversão *Ope Judicis*). Já a segunda, tratada no art.38, dispõe sobre a inversão legal do ônus da prova (a inversão *Ope Legis*).

A inversão judicial é aquela que não resulta da lei, fundando-se na experiência da vida, permitindo ao juiz formar a própria convicção. Já a inversão legal é aquela que resulta da própria lei. Nesse ponto, contrapõe-se à primeira, pois aqui a lei tratou de prevenir o fornecedor de produtos e serviços de que a regra favorecerá ao consumidor, independentemente da convicção do juiz.

2.3.1 Inversão judicial do ônus da prova

O art.6º, VIII, do Código de Defesa do consumidor dispõe que são direitos básicos do consumidor: "A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência". (OLIVEIRA, 1991, p. 3)

Com efeito, o consumidor para satisfazer suas necessidades de consumo, comparecia ao mercado, e, nessa circunstância, precisando de determinado produto ou serviço, submetia-se às condições que lhe eram impostas, não possuindo forças para contestar ou reclamar sobre eventuais prejuízos ou defeitos, devido a sua vulnerabilidade ou hipossuficiência. Assim, diante dos problemas sociais surgidos pela complexidade da sociedade moderna, o legislador pátrio buscando minimizar os reclamos dos consumidores, instituiu o CDC como um poderoso instrumento capaz de proteger os anseios da população consumerista que, devido à sua vulnerabilidade, ficava nas mãos dos fornecedores de serviços ou de produtos. A propósito, essa situação fática foi vivida durante muitos anos, até que surgiu a proteção do consumidor pelo CDC, quando a partir de então se reconheceu expressamente a situação de fragilidade, dependência e vulnerabilidade do consumidor em sua relação com o fornecedor.

Portando, vê-se logo, a partir do que dispõe o art.6º, VIII do CDC, que a inversão judicial não se trata de uma inversão compulsória, pois cabe ao juiz verificar se estão presentes os pressupostos legais que o autorizam a assim proceder.

2.3.2 Requisitos da inversão judicial do ônus da prova

A lei é expressa ao elencar os requisitos para a inversão judicial do ônus da prova: o consumidor precisa ser hipossuficiente ou a sua alegação precisa ser verossímil. Porém, a efetiva existência dos requisitos no caso concreto há de ser aferida a critério do juiz e segundo as regras ordinárias de experiência.

Portando, o CDC institui a inversão judicial do ônus da prova que caberá ao juiz efetuar quando considerar configurado os requisitos previstos na lei. Isto quer dizer que não é automática a inversão judicial do ônus do prova, já que ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ou seja, o art.6º,VIII, do CDC autoriza a inversão do ônus da prova apenas quando o juiz venha a constatar a verossimilhança da alegação do consumidor ou sua hipossuficiência, segundo as regras ordinárias de experiência:

Prestação de Serviços - Indenização - Ônus da Prova - Inversão - Artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade, tendo em vista a falta de verossimilhança na alegação e de hipossuficiência do consumidor – Recurso não provido. (Apelação Cível nº238.799-2 de 20/09/94, 16ª Câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Pereira Calças).

Caso o juiz inverta o ônus da prova em favor do consumidor, sem basear-se em nenhum dos requisitos legais, configurará ato abusivo, com a conseqüente quebra do devido processo legal.

2.3.2.1 Verossimilhança da alegação do consumidor

A verossimilhança não é necessariamente a verdade, mesmo porque um fato somente poderá ser considerado juridicamente verdadeiro (verdade formal), após o trânsito em julgado da sentença que o reconhece. No entanto, está a verossimilhança intimamente relacionada com a verdade, pois aquela somente se configurará quando a prova apontar para uma probabilidade muito grande de que sejam verdadeiras as alegações do consumidor.

A doutrina define a verossimilhança como a aparência da verdade, recebendo a denominação de prova de primeira aparência, prova por verossimilhança. Esta prova funda-se nas regras de experiência que transmitem ao julgador a probabilidade de terem os fatos ocorridos de determinada maneira.

Pode-se dizer que a verossimilhança é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feitiço indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor. Assim, deve a verossimilhança partir de dados concretos, que como indícios, autorizem ser muito provável a veracidade da versão do consumidor. Assim, sobre os indícios é que o juiz, segundo as regras ordinárias de experiência, poderá chegar ao juízo de probabilidade, conforme disposto na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Prova - ônus - Critério do juiz, quando reputar verossímil a alegação deduzida – artigo 6º, inciso VIII, do Código de Proteção do Consumidor – recurso não provido. O artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, com o flagrante intuito de facilitar o ajuizamento da ação, reserva ao juiz o poder de dispensar o autor do encargo de provar o fato constitutivo de seu direito, quando, a critério exclusivo do magistrado, reputar verossímil a alegação deduzida. (Apelação cível nº198.391-1 de 20/10/93, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Leite Cintra).

Em verdade, a verossimilhança da alegação diz respeito ao convencimento do juiz a ser elaborado em conformidade com a causa de pedir do consumidor que pretende a inversão do ônus da prova.

Portando, é importante destacar que a verossimilhança não nasce simplesmente da palavra do consumidor, pois depende dos indícios que sejam trazidos ao processo, já que sobre estes é que o juiz, segundo as regras ordinárias de experiência, poderá chegar ao juízo de probabilidade.

Desse modo, pode-se ia fazer, ainda que sem um certo rigor técnico, uma aproximação entre a verossimilhança das alegações do consumidor e o *fumus boni iuris* do processo cautelar; sendo, a verossimilhança, por assim dizer, uma espécie de *fumus boni facti*.

2.3.2.2 Hipossuficiência do consumidor

Trata-se a hipossuficiência de uma impotência do consumidor, seja de origem econômica, seja de origem técnica, ou seja, a hipossuficiência tratada no CDC refere-se tanto a econômica como a técnica, já que o seu conceito não se refere apenas ao consumidor carente financeiramente, mas também ao carente tecnicamente. Qualquer dessas duas hipóteses, sem sombra de dúvida, pressupõe situações em que concretamente se estabelece uma dificuldade muito grande para o consumidor desincumbir-se de seu natural ônus probatório, em virtude do fornecedor está em melhores condições de provar o evento danoso. Posição semelhante assume Cecília Matos (1994, p. 166-167) ao dizer que "interpretar o conceito de hipossuficiência para além do critério econômico é proporcionar uma melhor e mais ampla tutela ao consumidor, sem impor restrições". Isso ocorre em virtude do fornecedor possuir um alto poder aquisitivo, além de conhecimentos técnicos, que por serem inerentes à sua atividade, somente eles podem demonstrar em juízo.

Por isso, a hipossuficiência é um critério que necessita ser aferido levando-se em consideração os sujeitos da relação processual entre si, a fim de que possa ser feita uma hierarquização valorativa voltada para a posição individual de ambos, resultando numa distribuição mais justa do ônus da prova.

Porém, caso o consumidor não seja pessoa hipossuficiente, por ter tenha acesso aos meios de prova necessários à demonstração do fato constitutivo do seu direito, à inversão do ônus da prova não terá cabimento, a fim de que não cause um

prejuízo indevido ao fornecedor.

Portando, a definição sobre a hipossuficiência é ope juris, cabendo ao magistrado a definição no caso concreto, segundo as regras ordinárias de experiência, conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Contrato de Adesão – Plano de Saúde – Ressarcimento dos Valores Desembolsados com Internação Hospitalar – Admissibilidade - Verossimilhança do Alegado que, aliada à hipossuficiência do consumidor, impõem a inversão do ônus probante - Aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. (Apelação Cível nº240.429-2 de 25/10/94, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Pereira calças).

Porém, a realidade brasileira admite que, pelo menos em tese, todo o consumidor brasileiro deveria ser considerado hipossuficiente, tanto economicamente como tecnicamente.

Com relação a hipossuficiência técnica, é razoável presumir que a inversão do ônus da prova seja feita em favor do consumidor em virtude dos altos índices de analfabetismo. Portando, hipoteticamente, constata-se que a hipossuficiência técnica do consumidor brasileiro é inerente, até prova em contrário pelo fornecedor.

Sob o aspecto da hipossuficiência econômica, não é diferente a presunção da inversão do ônus da prova em favor do consumidor brasileiro em virtude da má distribuição de renda existente na realidade social brasileira, pois a grande maioria da população brasileira é altamente precária de recursos econômicos e, apenas, uma pequena parte possui condições financeiras de arcar com os custos da demanda.

Conclui-se, portanto, pela necessidade social, de presumir-se, em tese, hipossuficiente qualquer consumidor brasileiro que requeira a inversão do ônus da prova expressa no art.6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cabendo, entretanto, ao fornecedor o ônus de provar em contrário.

Não pode o juiz, portanto, deixar de analisar a realidade sócio-cultural e econômica em que vive, já que a partir do momento que não visualizar que a hipossuficiência constitui presunção de todo consumidor, estará malferindo o princípio da igualdade material no processo que, desde a concepção aristotélica, possui sentido mais do que simples igualdade formal.

Assim, embora a existência da hipossuficiência econômica ou técnica, deva ser analisada pelo juiz no caso concreto e segundo as regras ordinárias de

experiência, essa presunção faz-se necessária já que, geralmente, todos os consumidores brasileiros são hipossuficientes, e somente em raras situações não o serão.

Portando, essa presunção de hipossuficiência do consumidor brasileiro é possível, quando for aquela analisada levando-se em consideração a necessidade social de se atribuir a essa norma (art.6º,VIII do CDC) uma interpretação sociológica e não apenas literal.

2.3.3 A alternatividade dos requisitos da inversão judicial

A primeira observação que teve ser feita pelo o juiz está na utilização da partícula "ou" ao unir a hipossuficiência do consumidor à verossimilhança da sua alegação. Desse modo, cumpre saber se essa partícula teria um sentido disjuntivo ou aditivo, ou seja, se é suficiente a presença de apenas um dos requisitos ou se o sentido do texto exigiria a concomitância de ambos os requisitos para autorizar a inversão.

Atualmente, a doutrina predominante entende que o legislador ao editar a referida norma, acrescentando ao texto legal a partícula alternativa, quis transmitir a idéia que mesmo que as alegações do consumidor não possuam a certeza da verossimilhança, poderá este ser beneficiado pela inversão do ônus probante, desde que prove a condição de hipossuficiente. Esse é o entendimento de Eduardo Cambi (2002, p. 30), ao dispor que "a conjunção *ou* designa *alternativa*; logo, não expressa adição, mas opção entre duas coisas independentes e autônomas".

Assim, a inversão vai ocorrer se o magistrado verificar, no caso concreto, a presença de um dos requisitos legais, quais sejam: a verossimilhança da alegação *ou* a hipossuficiência do autor da ação. Portando, torna-se clara a intenção do legislador ordinário em beneficiar a defesa do consumidor em juízo, pois precisa apenas à presença de um dos requisitos legais autorizadores da inversão do ônus da prova.

Levando-se em consideração essa idéia, devemos considerar que os requisitos para o deferimento da inversão judicial do ônus da prova estão previstos de forma alternativa no art.6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cabendo ao juiz verificar suas ocorrências segundo as regras ordinárias de experiência. Isto significa que, o juiz ao verificar segundo as regras ordinárias de experiência a

ocorrência de apenas um dos requisitos, não pode indeferir a pretensão, sob pena de não promover a defesa do consumidor na forma da lei, como manda o comando constitucional, previsto no art.5º, XXXII, da C.F. Isto porque, a República Federativa do Brasil foi instituída para assegurar, entre outros direitos, a defesa do consumidor, na forma da lei.

Estas são as razões que nos permitem dizer que, em relação de consumo, presente um dos requisitos legais, a inversão do ônus da prova se revela necessária, como decorrência da norma constitucional do art.5º, XXXII e do princípio da legalidade, sob pena de denegação de justiça ao consumidor, ou seja, de denegação do direito de acesso à justiça, assumido pelo Estado perante os cidadãos, quando então se verifica a importância do poder judiciário no que se refere ao acesso a uma ordem jurídica mais justa.

Para que ocorresse a utilização da partícula *ou*, foi necessário que o CDC reconhecesse ser o consumidor a parte mais fraca na relação de consumo. Por isso que o legislador ordinário, em atendimento aos acima mencionados princípios constitucionais, utilizou a partícula alternativa.

2.3.3.1 A inversão do ônus da prova a critério do Juiz

A circunstância de constar no texto legal a expressão a critério do juiz, deu margem a que se afirmasse que o magistrado, ainda que presentes os requisitos, tinha o poder discricionário de inverter ou não o ônus da prova em favor do consumidor. Todavia, esse entendimento afronta a interpretação que é dada pela maioria da doutrina contemporânea, pois a discricionariedade atribuída ao juiz restringe-se a avaliação da presença ou não dos requisitos legais.

Com efeito, não diz a lei que fica a critério do juiz inverter ou não o ônus da prova. Contudo, o que fica a critério do juiz é a tarefa de aferir, no caso concreto levado à sua presença, se o consumidor é hipossuficiente ou se a versão dos fatos é verossímil. Apenas até aí vai a sua esfera de poder de decisão. Portando, uma vez que o magistrado reconhece a ocorrência de um desses pressupostos, no caso concreto, não mais lhe cabe decidir a seu critério se inverterá ou não o ônus da prova. Isso ocorre porque, sendo a inversão do ônus da prova um direito do consumidor, conforme preceitua o art. 6º, caput, do Código de Defesa do Consumidor, e estando indicados nos autos qualquer dos dois pressupostos, o juiz

terá o dever de inverter o ônus da prova. Expondo sobre o assunto, Tânia Lis (2000, p. 124), dispõe que:

O critério do juiz para avaliar a semelhança com a verdade da alegação do consumidor e a hipossuficiência não se trata de uma norma de conceito vago, mas de norma de conceito discricionário, no que concerne à avaliação da presença dos requisitos. Assim, não é dado a ele a escolha de inverter ou não, o ônus da prova, uma vez que, preenchendo o consumidor um dos requisitos elencados no art.6º, inciso VIII, do CDC, deve inverter o ônus da prova. A norma em exame, portanto, é de conceito discricionário na avaliação, pois estando presente um dos requisitos legais a inversão é determinação legal, sendo direito do consumidor.

Desse modo, somente a avaliação da presença ou não dos requisitos é que será considerado um ato discricionário.

Essa decisão dada pelo juiz para verificar se estão presentes os requisitos legais, deverão ser a partir do seu livre convencimento motivado. Pois, como toda decisão judicial tem de ser fundamentada por exigência constitucional, prevista no art.93, IX, há o juiz, ao pronunciar-se pela inversão do ônus da prova, de demonstrar a presença de alegações verossímeis ou de hipossuficiência do consumidor. Porém, não se deve imaginar que o juiz poderá cingir-se a repetir, ritualisticamente, as palavras da lei, para justificar o ato da inversão. De nada valerá a garantia constitucional e legal (C.F, art.93, IX e CPC, art.165, 2ª parte) se reputar válida decisão em que o julgador se limite a dizer, por exemplo, que é verossímil a alegação do consumidor ou que é o consumidor hipossuficiente. Ao contrário, deverá ele, de forma obrigatória, aludir aos elementos de convicção que o levaram a enxergar verossimilhança na versão apresentada pelo consumidor, ou dos quais extraiu a sua hipossuficiência. Portanto, cabe ao juiz observar, antes de tudo, o princípio da motivação das decisões judiciais, que impõe de forma clara e precisa o dever ao julgador de fundamentar, sob pena de nulidade, as decisões proferidas.

Portanto, a inversão ou não do ônus da prova não fica a critério do juiz, pois estando presente nos autos qualquer dos dois requisitos legais, ou seja, caso a alegação do consumidor seja verossímil ou em sendo ele hipossuficiente - hipossuficiência econômica ou técnica - o juiz deve inverter o ônus da prova. Contudo, o que fica a critério do juiz é a presença ou não dos requisitos legais autorizadores da inversão do ônus da prova.

2.3.3.2 A inversão do ônus da prova segundo as regras ordinárias de experiência

O juiz, a seu critério, verificará se ocorreu ou não a presença da hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança de sua alegação, para decidir sobre a inversão do ônus da prova. Para chegar a tal conclusão, porém, o juiz deverá analisar os fatos segundo as regras ordinárias de experiência, ou seja, segundo as convicções formadas pelo julgador a partir da análise do que habitualmente acontece. Segundo o entendimento de Eduardo Cambi (2002, p. 30) As regras ordinárias de experiência são:

Critérios cognoscitivos com base nos quais são efetuadas atividades probatórias lógico-rationais (deduções, ilações e inferências probatórias). São constituídas de todas as noções, regras, generalizações e leis que podem abarcar desde noções científicas até generalizações empíricas, dados estatísticos e observações constatadas pelo senso comum, abrangendo uma esfera ampla e indefinida que inclui vários campos do saber (técnico, médico, econômico, psicológico, biológico, moral e etc).

Desse modo, pode-se considerar as regras ordinárias de experiência como aquelas que fazem parte da cultura geral, sendo resultado da observação dos fatos comuns, isto é, juízos formados da observação do que habitualmente acontece e que, como tais, podem ser formados por qualquer pessoa de cultura média, a partir de conhecimentos científicos ou artísticos do homem e das coisas que integram a cultura em geral.

Portando, cabe ao magistrado para decidir segundo as regras ordinárias de experiência usar da sua experiência como julgador, mas principalmente como pessoa que está integrada na sociedade, observando para isso todas as realidades que em geral circundam uma demanda judicial, bem como com vistas à implementação concreta das funções sociais da direito.

2.4 Inversão legal do ônus da prova

O artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina. Esse dispositivo trata do princípio da inversão do ônus da prova que informa a matéria publicitária, ou seja, refere-se à constatação legal de que o consumidor dificilmente terá condições técnicas e econômicas de provar os desvios

da atividade publicitária, incumbindo, assim, ao fornecedor, beneficiário da mensagem, o encargo da prova da veracidade e correção do que foi veiculado. A lei, nesse caso, estabelece uma presunção relativa de culpa contra o fornecedor do produto ou serviço, podendo este elidi-la.

Neste caso, verifica-se que a inversão do ônus da prova é obrigatória e legal, ou seja, o ônus da prova da inexistência do defeito ou do vício no produto ou no serviço não é do consumidor, e sim imposto legalmente ao fornecedor. Assim, não está a critério do juiz a modificação do ônus da prova, quando se tratar da aferição de veracidade e correção da informação publicitária, que incumbe, obrigatoriamente a seu patrocinador. Isto significa que havendo dúvida quanto à veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, caberá sempre ao patrocinador de tal informação a comprovação de sua correspondência com a verdade, independentemente da análise do juiz quanto à verossimilhança do alegado pelo consumidor ou quanto a sua hipossuficiência.

Sendo assim, em regra caberá sempre ao fornecedor provar que a publicidade foi coincidente com o produto, ou seja, que ela retratou fielmente os atributos, de que o produto é, efetivamente, portador. Aqui, sim, pode-se falar em inversão legal e automática do ônus da prova, posto que independe de requisitos previstos em lei. O Código de Defesa do Consumidor adotou, portando, um sistema onde o ônus da prova de que a publicidade não é falsa ou incorreta incumbe sempre a quem a veicula (patrocinador), e não aos destinatários finais (consumidor).

2.4.1. A importância da publicidade

A importância da publicidade ocorre devido à grandiosa influência que esta exerce diante do consumidor, já que no decorrer do tempo a publicidade deixou de ser um meio apenas informativo, passando a influir profundamente na vida do consumidor, a ponto de ditar os seus hábitos e comportamentos. Diante do exposto, podemos dizer que, atualmente, a publicidade transformou-se num poderosíssimo instrumento de influência do consumidor nas relações de consumo, atuando, assim, no seu convencimento e na sua decisão na hora de consumir os produtos e serviços oferecidos pelo fornecedor. Hermano Duval (1975, p. 152) preocupado-se também com a influência e importância que a informação ou comunicação publicitária possui diante do consumidor.

E fato notório que a mensagem publicitária vai, hoje, além da mera informação. Em primeira etapa, ela informa; na segunda, sugere, e, na terceira, ela capta em definitivo o consumidor. De tanto insistir na mesma tecla, mas sempre revestida de novos recursos propiciados pela chamada criatividade; a publicidade comercial passa habilmente da informação à sugestão e desta à captação, eliminando do consumidor a sua capacidade crítica ou censura ao que lhe é proposto (anunciado), o que importa numa violação ao princípio da liberdade de pensamento. E ao fim de tantas e marteladas repetições, incapaz de distinguir a sugestão do erro, o público consumidor apresenta-se 'condicionado' à mensagem publicitária.

Dessa forma, podemos dizer que o consumidor está o todo momento sendo induzido pela mensagem publicitária a consumir os produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores, já que a publicidade está presente constantemente no seu dia-dia. Fica claro, assim, que a sociedade contemporânea, tem na comunicação publicitária uma de suas características marcantes, pois é através dela que os consumidores ficam sabendo as últimas novidades sobre os produtos e serviços colocados à sua disposição pelos fornecedores, ou seja, para que os consumidores possam saciar o seu intenso desejo de consumir, é necessário que ele tenha conhecimento sobre quais produtos ou serviços estão no mercado a sua disposição. Essa tarefa, no entanto, é incumbida à publicidade.

Portando, por ser a publicidade considerada o símbolo verdadeiro da sociedade moderna e, conseqüentemente, como decorrência de sua importância no mercado de consumo, surge a necessidade de que o fenômeno publicitário seja regido pelo direito, especialmente pela perspectiva da proteção do consumidor, por ser este o ente vulnerável na relação jurídica de consumo. É necessário que o judiciário, usando o regramento da matéria publicitária, defenda o consumidor dos efeitos nocivos da publicidade enganosa ou abusiva.

2.4.2 A publicidade antes do Código de Defesa do Consumidor

O ordenamento jurídico brasileiro, antes do Código de Defesa do Consumidor, era insatisfatório no controle da publicidade, pois não ocorria uma sistematização no combate da publicidade, onde somente certos aspectos recebiam regulamentação legal, ou seja, faltava-lhe uma proibição, expressa e geral, no combate da informação ou comunicação publicitária enganosa ou abusiva. Assim, podemos dizer que a disciplina legal da publicidade era meramente superficial e insuficiente.

É verdade que o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária cuidava da publicidade enganosa e abusiva, mas, isso não bastava, pois a sanção ético-disciplinar aplicada pelo CONAR, Clube Associativo de Censura Ética, ao fornecedor, não resultava em benefício para o consumidor, pois não tinha poderes para retirar propaganda enganosa do ar e conceder ressarcimento aos prejudicados, podendo, no máximo, sugerir a retirada do ar da publicidade viciada, sem qualquer via de coercibilidade, entendendo os doutrinadores e os meios jurídicos como medida insuficiente para obviar a proteção do consumidor. Assim, à toda evidência, constatava-se que as citadas medidas não proporcionavam cobertura ampla aos interesses dos consumidores, pois não se coibia a publicidade enganosa ou abusiva.

Além disso, mostrou-se da mesma forma insuficiente para garantir a proteção do consumidor, posto que em nenhum momento foi levado em conta o grande poder da publicidade na indução do consumidor ao consumo dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores. Isso ocorria porque até o advento do CDC a publicidade não gerava conseqüências jurídicas ao fornecedor que dela abusasse, pois se entendia que esse era o preço a ser suportado pela sociedade para o desenvolvimento das atividades econômicas, ou seja, afirmava-se que era um *dolus bonus*, tolerado ou desconsiderado pelo direito, pois sua função era apenas a de estimular e atrair o consumidor ao consumo.

2.4.3 A publicidade no Código de Defesa do Consumidor

A moderna sociedade de consumo, conforme visto anteriormente, é acentadamente marcada pela publicidade, que exerce poderosa influência sobre a vida das pessoas, atingindo seus padrões de comportamento, seus hábitos, seus valores, suas idéias etc. Outras vezes, a mensagem publicitária tem a finalidade de conseguir simpatia por um produto ou serviço, além de formar ou orientar a opinião do consumidor acerca de um fornecedor. De todo caso, o fato é que a publicidade exerce significativa influência sobre os componentes existentes em uma sociedade consumerista.

Assim, com a revelação de insuficiência do regime legal anterior ao Código de Defesa do Consumidor e a preocupação protetiva surgida com o Código de Defesa do Consumidor, fez com que o legislador constituinte e ordinário reprimisse a publicidade enganosa ou abusiva com a criação de várias sanções ao fornecedor.

Esse controle mais eficaz feito pelo Código de Defesa do Consumidor em torno da publicidade enganosa e abusiva, não tem, porém, como objetivo eliminar a publicidade, mas, tão-somente, conter os abusos praticados contra os interesses dos consumidores, posto que em todos os países democráticos do mundo, de uma forma ou de outra, controla-se a publicidade ilícita. Assim, importa destacar que o CDC, fiel ao espírito da constituição de 1988, não fez nenhuma restrição à atividade publicitária, sancionando, apenas, a publicidade ilícita e prejudicial ao consumidor, posto que esse controle não caracteriza inibição ou interferência indevida na liberdade de criação ou expressão.

O grande avanço do Código de Defesa do Consumidor nesta matéria foi, justamente, em apresentar um regramento jurídico claro no combate da publicidade enganosa e abusiva, pois após o surgimento do CDC, houve uma regulamentação mais detalhada sobre a publicidade ilícita, parecendo não mais haver lugar algum ao *dolus bonus* antes citado, visto que o direito consumerista recuperou a dimensão humana do consumidor, na medida em que o afirma como sujeito titular de direitos constitucionalmente protegidos.

Portando, com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, a publicidade passou a ser regulada seriamente e os consumidores começaram a ter seus interesses, verdadeiramente, zelados por um diploma moderno, eficiente e de fácil compreensão. Em virtude disso, exigiu-se do fornecedor a utilização da mensagem publicitária de forma sadia, lícita, honesta e verdadeira, resguardando-se, assim, a boa-fé do consumidor, já que o CDC não visa punir os fornecedores, mas sim proteger o pólo mais vulnerável da relação, o consumidor. Isto ocorreu, para que os direitos dos consumidores não fossem lesados por aqueles que buscam o lucro fácil e em desconformidade com a lei.

Daí a razão de a matéria ter sido regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor.

2.4.4. Princípios norteadores da atividade publicitária

O princípio basilar que rege a publicidade é o da veracidade, que dispõe que as mensagens publicitárias devem ser verdadeiras e corretas, como decorrência do respeito ao princípio da boa-fé e em reconhecimento da situação de vulnerabilidade do consumidor no mercado, devido à multiplicidade de anúncios nos meios de

comunicação, sempre com o escopo de alcançar o público alvo e de estimulá-lo ao consumo de produtos e serviços, os quais, devem corresponder às legítimas e normais expectativas dos consumidores, tal como veiculadas nas peças de publicidade, ou seja, a publicidade deve conter uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido.

Assim, exige a lei que as qualidades e características divulgadas pelo fornecedor a respeito do produto ou serviço, que atraem os consumidores - os destinatários da mensagem publicitária - sejam verdadeiras e autênticas.

Através do princípio de veracidade tenta-se coibir a publicidade enganosa - aquela que induz o consumidor em erro, afirmando falsidade ou sonegando informações essenciais acerca do objeto da demanda - de forma a manter o consumidor corretamente informado acerca dos produtos e serviços oferecidos pelo fornecedor, para assegurar-lhe a escolha livre e consciente dos mesmos. Portanto, tenta-se coibir que a publicidade enganosa vicie a vontade do consumidor, que, iludido, acabe adquirindo produto ou serviço em desconformidade com o pretendido.

O princípio da veracidade tem uma extrema ligação com um outro princípio que, embora não busque reprimir a enganiosidade da mensagem publicitária, tem por objetivo reprimir desvios que prejudicam igualmente os consumidores: o princípio da não-abusividade.

Portanto, outro princípio importante que rege a publicidade é o da não abusividade, que dispõe que as informações ou comunicações publicitárias devem preservar valores éticos de nossa sociedade e não induzir o consumidor à situação que lhe seja prejudicial. Essa publicidade, assim, não chega a ser mentirosa, mas é desvirtuada dos padrões morais e violadora de valores éticos que a sociedade deve preservar.

Através do princípio da não-abusividade tenta-se afastar a publicidade abusiva - aquela que discrimina pessoas e grupos sociais ou agride outros valores morais - de modo que o consumidor não tenha a sua vontade deturpada, podendo, inclusive, ser induzido a comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde e segurança.

Conclui-se que a lei consumerista tem como finalidade principal a proteção do consumidor em relação a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção da informação ou comunicação publicitária. Fica claro que o CDC adotou os chamados princípios da veracidade e o da não-abusividade, ao qual deve ater-se o

fornecedor sempre que prestem informações, de qualquer natureza, sobre produtos e serviços, proibindo-se, no direito pátrio, as publicidades ilegais, tais como a enganosa e a abusiva.

A informação diante do que é apresentado pode atrair o consumidor para a confirmação da aquisição de algum bem ou da prestação um serviço que muitas vezes acaba sendo maquiado em cláusulas contratuais que posteriormente vão ao descontentamento do consumidor que assina contratos sem antes tomar conhecimento do que realmente almeja. Tal acontecimento é muito comum nos contratos bancários onde o consumidor muitas vezes sem dispor de conhecimento técnico os aceita ou é induzido a assiná-los, ocasionando o caráter abusivo de cobranças de taxas por parte do fornecedor do serviço, especificadamente os bancos e/ou financeiras. Dessa forma, exige a lei que o fornecedor não denigra ou deturpe valores socialmente aceitos, com objetivos meramente comerciais.

CAPÍTULO 3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUA APLICAÇÃO NAS AÇÕES REVISIONAIS DE CONTRATOS BANCÁRIOS

3.1 Dos serviços bancários

As sociedades modernas encontram-se inseridas em uma conjuntura formada pelo aumento constante da circulação, fomento de riquezas o que garante a aplicação rentável do capital investido por elas possibilitando na obtenção de novos recursos tão necessários ao incremento das relações comerciais diversas. Como gestores destas atividades, apresentam-se os estabelecimentos bancários presentes nas sociedades de consumo em diversas formas, desde o recebimento de proventos salariais até empréstimos e financiamentos mais completos, surgindo evidentemente uma relação contratual entre o cliente (consumidor) e o banco (fornecedor) de seus serviços.

Os serviços bancários estão previstos no código de defesa do consumidor , Lei 8.078/90 em seu artigo 3º, § 2º:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

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

No nosso país, os bancos públicos e privados são considerados instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, regulamentado pela lei 4.595/64, submetendo-se às normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, que faz cumprir as determinações.

Pela luz do Código de defesa do Consumidor, as instituições financeiras bancárias também são consideradas fornecedoras, estando possíveis de responsabilização perante os órgãos de defesa do consumidor.

3.2 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários

Inicialmente, faz-se mister ressaltar que os contratos bancários estão

inseridos no âmbito de abrangência da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor que, na órbita jurídica define princípio, normas e regras. Este complexo jurídico de defesa do consumidor provém da Constituição Federal em seu artigo 170, caput e inciso V que determina a defesa do consumidor como princípio básico da ordem econômica e nacional.

Atualmente, com a moderna concepção da relação de consumo, temos que ficar atentos ao conceito de consumidor e de fornecedor. Dentro da órbita do Código de Defesa do Consumidor, encontramos de início clara definição de consumidor, vejamos o caput do Artigo 2º da lei 8.078/90, que versa que "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que admite ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Estabelece portanto o artigo 2º do CDC que o consumo é consequência tanto da aquisição ou utilização do produto ou da prestação de serviço sempre ao destinatário final.

Para alguns autores, a questão do enquadramento do cliente como consumidor depende do cliente fluir a atividade bancária (Produtos e serviços) como destinatário final. No caso do cliente se inserir neste quadro, sua relação será regida pela legislação do consumidor.

Exemplo claro é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em seu enunciado nº 297, com Relação aos contratos bancários que se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor:

Os bancos, como prestadores de serviços, especialmente contemplados no art. 3º § 2º estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor." (Res 175.795-RS, DJ de 10.05.99, p. 0171, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª turma, v.u. e, no mesmo sentido Resp. 142.799-RS, 57.974-RS, 129.753-RS).

Analisando atentamente a questão Luiz Araújo Torres Corrêa Filho (2004, p. 21) entende que:

Não é correta afirmativa de que os contratos bancários não se sujeitam às normas do Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento de que bancos não são fornecedoras de serviço, pois estes são fornecedores de pleno exercício cujo outro pólo da relação está o consumidor cuja relação deve necessariamente submeter às normas consumeiristas e aos princípios de Defesa do Consumidor.

3.3 A inversão o ônus da prova nas ações revisionais de contratos bancários

O Superior Tribunal de Justiça tem autorizado redução na taxa de juros remuneratórios contratada ou mantida decisões que o determinam, justamente por reconhecer a incidência do Código de Defesa do Consumidor nestas avenças. No entanto, tal redução está condicionada a revisão dos juros originalmente previstos por meio de prova de que os mesmos encontram-se revestidos da abusividade, outra forma de constatar tamanha abusividade é se a taxa de juros está ou não em descompasso substancial com a taxa média praticada pelo mercado.

O método utilizado para aferição da abusividade ou não da taxa de juros contratada é a comparação com patamares normalmente praticados em operações semelhantes no local em que foi tomado o empréstimo. Se for percebida distorção sensível, estará autorizada a redução dos juros.

Ocorre que para o consumidor assumir o ônus desta comprovação é extremamente árduo. Afinal, a prova da abusividade demanda de detalhada pesquisa de mercado na praça em que o empréstimo foi celebrado e, para tanto, conhecimentos técnicos de economia, finanças e contabilidade, ou ao menos recursos próprios e suficientes para pagar honorários dos profissionais habilitados para fazer esta análise.

É perceptível na análise em que se faz a hipossuficiência técnica do consumidor em ações judiciais deste tipo. Poucos são os consumidores que dispõem de conhecimentos contábeis para apurar se os juros contratados estão em consonância com a taxa média eleita pelo mercado.

Por muitas vezes o valor discutido é relativamente pequeno a ponto de não compensar a contratação especializada de um técnico para verificação do estudo. Trata-se do caso de hipossuficiência financeira, em que o possível benefício a ser conseguido com ajuizamento da demanda é superado pelo custo da prova e o acesso da justiça acaba se tornando inviável e proibitivo. Caso em que é perfeitamente aplicado o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Muitas são as jurisprudências que enfatizam a aplicação da inversão do ônus da prova nos contratos bancários, a exemplo do que preleciona o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. Indeferido o pedido de

inversão do ônus da prova e desconstituição da sentença. A revisão contratual pleiteada em sede de embargos do devedor deve ficar restrita ao título em execução. Incidente o CDC nos contratos bancários e de cartão de crédito, conforme disposição do seu artigo 3º, parágrafo 2º. Constatada a abusividade nos juros remuneratórios contratados, declara-se a nulidade da respectiva cláusula com fundamento nos arts. 6º, V e 51, IV do CDC, determinando-se a incidência da Taxa Selic como índice de remuneração. Mantido o reconhecimento da inépcia da inicial em relação ao pedido de exclusão de encargos e tarifas sobre o excesso, sem especificação de quais sejam, pois configura pedido genérico, vedado pelo art. 286 do CPC. Ônus de sucumbência redistribuídos. (Apelação Cível Nº 70026509349, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 23/10/2008)

Ainda inerente ao tema acrescenta o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NÃO-INSCRIÇÃO OU CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO, DEFERIMENTO. MANUTENÇÃO OU REINTEGRAÇÃO NA POSSE, DEFERIDA SOB CONDIÇÃO. DEPÓSITOS, DEFERIDOS. ASTREINTES, POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, ADMITIDA. CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Ônus da prova. Aplica-se o art. 6º, VIII, do CDC, pois sendo o contrato bancário uma relação de consumo, a prova cabe à parte não aderente, ou seja, à instituição financeira. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70026967729, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do SP, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 16/10/2008)

Em se tratando das ações específicas de revisão de cláusulas contratuais de contrato bancário, cujo objetivo é a redução de taxas de juros remuneratórios, deverá o consumidor, autor da ação, pugnar na exordial pelo reconhecimento da abusividade dos juros contratados. O consumidor demandante deve demonstrar sua hipossuficiência técnica, financeira e jurídica para que o Estado representado pelo juiz da causa determine a inversão do ônus da prova, sendo que tal procedência é de obrigação do magistrado.

3.4 Princípio do ônus da impugnação específica na contestação dos fatos narrados na Inicial

O princípio da Impugnação Específica aborda o fato apontado por Diogo Bernadino Pereira em Artigo publicado pela revista consulex que “a mera afirmação do consumidor na inicial de que os juros contratados são abusivos, exige que a peça

contestatória faça afirmação no sentido contrário, o que na maioria dos casos não acontece” (PEREIRA, 2006, p. 64).

As defesas apresentadas muitas vezes, limitam-se a discorrer sobre as desgastadas controvérsias acerca da aplicabilidade do revogado § 3º do art. 192 da Constituição Federal de 1988, da aplicação da do princípio *pacta sunt servanda*, e da não incidência da Lei de Usura dos contratos firmados com instituições que integram a Sistema Financeiro Nacional.

As contestações apresentadas sugerem uma formação genérica, muitas vezes pré-redigidas que vão ao desencontro específico da questão principal: a abusividade dos juros no caso em análise.

O Direito Civil brasileiro adotou o princípio da impugnação específica pelo qual “deve sempre o requerido manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial” (*Caput* do art. 3302 do CPC), cuja penalidade pode advir de uma presunção verdadeira dos fatos não impugnados.

Desta feita, Doutrinadores como Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2005, p. 38), dicorrendo sobre o tema, explica:

Princípio da impugnação específica. No processo civil é proibida a contestação genérica, isto é, por negação geral. Pelo princípio do ônus da impugnação específica cabe o réu impugnar um a um dos fatos articulados pelo autor na petição inicial. Deixando de impugnar um fato, será revel quanto a ele incidindo os efeitos da revelia.

A preclusão consumativa significa manifestar-se especificamente tanto indicandi a espécie como descrevendo os pormenores, ou apontando individualmente, ou determinando de modo preciso e explícito. A contestação por negação geral não é admissível como defesa apropriada. O silêncio também evidencia a concordância por parte do réu sobre os fatos não contestados.

O consumidor ao afirmar a abusividade da taxa de juros contratada na exordial e caso o banco contestante não contrarie a assertativa a matéria se tornará preclusa e repousará nos autos como incontroversa. Resultando que a abusividade dos juros prescindirá de prova para o seu reconhecimento, assim dispõe o artigo 334do CPC:

Art. 334: Não dependem de provas os fatos:

- I. Notórios
- II. Afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária.
- III. Admitidos no processo como incontroversos.

IV. Em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

A situação exposta resulta no julgamento antecipado da lide na forma da parte final do artigo 330 do CPC que versa que quando houver revelia o juiz conhecerá diretamente o pedido proferindo a sentença.

Seja pela inversão do ônus da prova (art. 6, VIII, do CDC) ou pelo princípio da impugnação específica dos fatos narrados na inicial (arts. 302, *caput c/ c* 334, II e II do CPC), a instituição demandada deverá sempre impugnar de forma específica a afirmação da abusividade lançada na inicial a fim de impedir a revisão dos juros contratados, além de comprovar, ou seja, produzir provas de que as taxas da lide não discrepa dos índices normais praticados na praça onde foram tomados os empréstimos.

Não se realizando a impugnação ou não comprovada a normalidade dos juros, restará indiscutível o direito do consumidor em ver reduzida a taxa prevista no contrato revisão.

Como desafio para a moderna sociedade, a proteção do direito do consumidor deve atingir as várias fases de atuação para que a posição do dele dentro deste modelo associativista caracterizada pelo consumo de bens e serviços, não venha colocá-lo em uma posição de inferioridade perante o fornecedor.

A legislação de proteção ao consumidor tem portanto que reequilibrar a relação de consumo seja reforçando a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas abusivas do mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após identificar e esmiuçar os principais aspectos e problemas quanto a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor percebeu-se que esse tema está muito inserido nas diversas relações de consumo, apresentando-se de uma maneira muito vasta onde vários caminhos poderia ter sido trabalhado.

Para se chegar ao resultado final, iniciou-se, em um primeiro momento, a pesquisa bibliográfica onde foi analisado várias regras contidas em antigas leis que remontam a era Antes de Cristo, a exemplo do antigo Código de Hamurábi e o de Manú. Códigos que serviram de base para que se criasse no Brasil um sistema e legislações que defendessem de fato o direito do consumidor.

Observou-se inicialmente vários conceitos que se inserem neste tema entre eles a definição de prova onde se apresenta como a "espinha dorsal" do processo, pois através dela que a parte demonstrará ao juiz a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação e, será na convicção da existência do fato ou acontecimento provado, que o julgador irá concluir pela procedência ou improcedência do pedido. Neste mesmo sentido, observou-se que às partes incubem o ônus de provar suas alegações, não se tratando de um dever, mas o interesse de produzir determinada prova para atender seu próprio interesse.

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo eram regidas por legislações que, em virtude de ter em vista o equilíbrio e igualdade de condições entre consumidores e fornecedores, não davam proteção eficaz àquelas situações onde a condição fosse inversa, já que não apresentavam mecanismos eficientes e adequados para superar a vulnerabilidade do consumidor. Tendo em vista, assim, a notória desvantagem a que estavam expostos os consumidores, tornou-se imprescindível a intervenção do Estado nas relações de consumo, surgindo a necessidade de se reestruturar o sistema legal existente, a fim de assegurar a paridade de tratamento entre as partes componentes da relação de consumo. Nesse contexto, percebeu-se a importância do nascimento o Código de Defesa do Consumidor, que veio baseado no princípio da vulnerabilidade do consumidor e no princípio constitucional da isonomia, atender os reclamos da sociedade e restabelecer o equilíbrio e a igualdade entre consumidores e fornecedores.

No segundo capítulo do trabalho onde se verificou os requisitos e a previsão da inversão do ônus da prova nas relações de consumo conclui-se que este foi um dos mecanismos utilizados pelo legislador ordinário para ser aplicado como forma de restabelecer o equilíbrio processual entre consumidores e fornecedores, outorgando vários direitos básicos àquele mais vulnerável, entre os quais: a inversão do ônus da prova em seu favor, previsto no artigo 6º, VIII e artigo 38, ambos do Código de Defesa do Consumidor rompendo-se para isso com a tradicional regra de distribuição do ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Diante de inúmeras reclamações relativas aos contratos bancários procurou-se evidenciar o foco da discussão da inversão do ônus da prova em uma vertente própria, especificando as ações revisionais dos contratos bancários, onde se percebeu que a doutrina majoritária e os Tribunais pacificam suas opiniões acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nessa relação de consumo, onde se vê o cliente - consumidor de um lado e o banco-fornecedor do outro, objetivando um produto ou destinatário final, que a base principal das relações de consumo.

A pesquisa realizada para desenvolver o terceiro capítulo do trabalho permitiu concluir que é perfeitamente cabível a inversão do ônus da prova quando se observar a hipossuficiência técnica e financeira do consumidor quando este alegar a abusividade da cobrança de taxas de juros aferidas pelos bancos que são fornecedores de pleno exercício submetendo-se às normas consumeiristas e aos princípios de defesa do consumidor.

O presente trabalho de conclusão de curso serviu para melhorar os conhecimentos relativos a inversão do ônus da prova proposta no Código de Defesa do Consumidor com ênfase na sua aplicação nas ações de revisão dos contratos bancários, que servirá instrução e conhecimento tanto no campo jurídico quanto aos mais leigos ou quem se interessar na defesa da parte hipossuficiente do processo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Franco de. *O Ministério Público, o codecon e a inversão do ônus da prova*. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Editora Consulex, nº125, 31 mar. 2002.

ALVIM, Teresa Arruda. *Noções gerais sobre o processo no código do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 13 mar. 1994.

ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____, José Carlos. *Temas de direito processual*. segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: 1991.

CAMBI, Eduardo. *Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais*. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Editora Consulex, nº128, 15 mai. 2002.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Direito constitucional simplificado*. 1. ed. São Paulo: Nelpa, 1998.

DUVAL, Hermano. *A publicidade e a lei*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
FILHO, Luiz Araújo Torres Correia, *Estabelecimentos bancários e suas práticas abusivas*. São Paulo, RCN, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. *Manual de direitos do consumidor*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LUZ, Aramy Dornelles. *Código do consumidor anotado*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, pág.311.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

OLIVEIRA, Juarez de. *Código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ROSA, Josimar Santos. *Relações de consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio. *A prova no processo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, volume I.

_____, Humberto. *Direitos do consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

ZENUN, Augusto. *Comentários ao código do consumidor*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.