

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

FACULDADE DE DIREITO

Rovana Chaves

INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Palmeira das Missões
2013

Rovana Chaves

INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Adriana Tolfo de Oliveira.

Palmeira das Missões
2013

RESUMO

O presente estudo versa sobre a inversão do ônus da prova nas relações de consumo. Tem como objetivo verificar a necessidade dos requisitos constantes no artigo 6º, inciso VIII, para que a inversão probatória seja promovida ou não, tendo em vista que processos que dizem respeito ao Direito do Consumidor são cotidianos, pois toda e qualquer pessoa é consumidora diariamente e pode ocorrer alguma situação em que suas intenções não sejam atendidas nas relações consumeristas, ocasionando um conflito jurídico. O método utilizado para atingir tal objetivo foi, primeiramente, com embasamento teórico para, por fim, realizar estudo de caso com base em algumas jurisprudências constantes no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como marco teórico a Lei 8.078/90 e outras doutrinas.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Lei 8.078/90. Provas.

ABSTRACT

The present study concerns the inversion of burden of proof in consumer relations. It aims to verify the need of requirements established in Article 6, section VIII, so that the probative inversion is promoted or not, given that processes regarding Consumer Rights are ordinary because every person is a daily consumer and some situations may occur where their intentions are not met in consumer relations, causing a conflict of law. The method used to achieve such goal was, primarily theoretical foundation, to perform a case study based in some jurisprudences established at the Court of Justice of Rio Grande do Sul, with Law 8.078/90 and other doctrines as theoretical marks.

Keywords: Consumer Right. Inversion of burden of proof. Law 8.078/90. Proof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR	7
1.1 Considerações iniciais sobre a prova	7
1.2 Caracterização, natureza jurídica e objeto da prova	8
1.3 Valoração da prova	12
1.4 Tipos de prova.....	14
1.5 Ônus da prova.....	19
1.6 Sistema de avaliação das provas.....	26
2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS PROVAS NA RELAÇÃO DE CONSUMO	28
2.1 Os princípios da Lei 8.078/90	28
2.1.1 O princípio da transparência	31
2.1.2 O princípio da boa-fé	33
2.1.3 O princípio da harmonização dos interesses das partes nas relações de consumo.....	37
2.1.4 O princípio do reconhecimento da vulnerabilidade e o princípio da coibição aliado à repressão nas práticas abusivas das relações de consumo.....	39
2.2 Princípios pertinentes à prova	43
2.2.1 Princípio da verdade real.....	43
2.2.2 Princípio dispositivo.....	44
2.2.3 Do contraditório e da ampla defesa.....	46
2.2.4 Inversão do ônus da prova	47
3 INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	50
3.1 O que é a inversão e o momento que ocorre	50
3.2 Requisitos para a inversão	57
3.3 Da inversão nos direitos individuais e coletivos	63
3.4 A inversão em segundo grau de jurisdição.....	67
3.5 Análise de jurisprudência	68
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	75
ANEXO A – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70054059969	81
ANEXO B – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053950770	89
ANEXO C – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053940185	94
ANEXO D – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053950770	98
ANEXO E – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053950770	103
ANEXO F – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053940185	108
ANEXO G – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053773032	112

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo o estudo sobre a inversão do ônus da prova sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor, envolvendo aspectos do Direito Processual Civil. Observa-se que a luta pela proteção dos direitos dos consumidores insere-se como um subtema referente aos Direitos Humanos. A qualidade de vida, a segurança e a saúde, tanto física quanto mental do homem, é um objetivo a ser buscado constantemente.

Desse modo, nada mais justo que nas relações consumeristas busque-se justamente o equilíbrio entre ambas as partes para que, a partir disso, a solução dos problemas seja a mais coerente possível, respeitando sempre a capacidade do consumidor e do fornecedor. E, pensando nessa harmonia entre as partes, adotou-se como marco teórico a Lei 8.078/90, que trouxe princípios especiais direcionados à regulamentação das relações consumeristas, para a garantia de uma prestação jurisdicional clara e justa, bem como doutrinas que complementaram o presente estudo.

O foco desta pesquisa consiste em verificar a necessidade dos requisitos constantes no artigo 6º, inciso VIII, para que a inversão probatória seja promovida ou não, tendo em vista que processos que dizem respeito ao Direito do Consumidor são cotidianos, pois toda e qualquer pessoa é consumidora, diariamente, e pode ocorrer alguma situação em que suas intenções não sejam atendidas nas relações consumeristas, ocasionando um conflito jurídico.

Logo, o Código de Defesa do Consumidor prevê a inversão probatória em favor do consumidor como uma alternativa para facilitar a sua defesa no processo – desde que esteja presente pelo menos um dos dois aspectos principais: verossimilhança dos fatos ou a hipossuficiência do consumidor. A inversão se justifica como uma norma dentre tantas outras estabelecidas neste dispositivo legal e que é garantida pela Constituição Federal Republicana do Brasil de 1988, por meio do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, para garantir a harmonia da relação de consumo, em face da reconhecida hipossuficiência do consumidor.

Quanto à estrutura do presente estudo, ele está organizado em três capítulos. O primeiro diz respeito ao embasamento teórico acerca da definição de prova, seu objeto, sua natureza, além das suas espécies e de sua valorização no processo. Já o segundo capítulo ilustra os princípios que estão diretamente relacionados à prova, bem como os princípios norteadores das mesmas nas relações consumeristas. Neste capítulo, a análise teve como base a Lei 8.078/90, bem como as demais doutrinas que ensejam sobre esta norma legal. No que diz respeito ao capítulo terceiro, este trata especificamente da inversão probatória nas relações de consumo. Para tanto, aborda o que é a inversão do ônus probatório e o momento em que ela ocorre, bem como os requisitos para a inversão probatória e a sua posição, tanto em ações individuais como coletivas, até que por fim sejam analisadas algumas jurisprudências acerca do tema.

Portanto, este estudo ilustrará reflexões sobre este tema tão presente no cotidiano brasileiro, além de demonstrar algumas decisões jurisprudenciais envolvendo a inversão probatória. Desse modo, essa pesquisa não possui pretensão de verdade, de forma que a pesquisadora assume o relativismo e o caráter provisório de toda a argumentação exposta.

1 PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1 Considerações iniciais sobre a prova

O que diz respeito à prova é de grande valia na sistemática processual, pois se compreende perfeitamente que a prova, no processo judicial (seja qual for sua natureza), é indispensável para a solução dos conflitos de interesses. Tudo porque é ela quem busca trazer a verdade dos fatos alegados por ambas as partes, servindo como base para a pretensão jurídica.

Conforme José Eduardo Carreira Alvim,

Tem-se distinguido o conceito lógico do conceito jurídico de prova, chamando de prova *in generi* a tudo aquilo que persuade de uma verdade o espírito, e de prova judicial o meio regulado pela lei para descobrir e estabelecer, com certeza, a verdade de um fato controvertido (2010, p. 221).

Observa-se, a partir das palavras de Alvim, que a atividade probatória confirma-se como parte integrante do processo. Ela é o veículo essencial para que o deslinde tenha a solução mais apropriada. Ao partir-se desta premissa, é preciso ressaltar a relação existente entre a prova e o princípio do devido processo legal, assegurado pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federativa Brasileira:

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

[...]

LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Para Nelson Nery Junior, o devido processo legal é o princípio basilar do processo civil, por sustentar os demais princípios. Ele considera que “[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due processo of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais garantidas aos litigantes: o direito a um processo e uma sentença justa” (2002, p. 125). O devido processo legal engloba uma série de direitos e deveres, dentre os quais está a obrigação de propiciar ao litigante a oportunidade de mostrar provas ao magistrado. A parte tem o direito de produzir as provas para argumentar sobre suas pretensões jurídicas na demanda processual. A produção da prova e da contraprova pelos litigantes no processo são inerentes ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, é entendido na doutrina jurisprudencial que “[...] somente a dinâmica do processo revelará a necessidade quanto à realização concreta e específica desse ou daquele meio de prova (2010, p. 130). No entanto, há a necessidade de produção de uma ou de outra prova para só depois ser aferida a contestação do réu e a definição do objeto litigioso.

Portanto, como menciona Humberto Theodoro Junior, “às partes não basta simplesmente alegar os fatos” (2010, p. 421). Ou seja, para que a solução do litígio seja garantida, é necessário que o magistrado certifique-se da verdade sobre a situação alegada – o que ocorre apenas por meio das provas.

1.2 Caracterização, natureza jurídica e objeto da prova

Para que a pesquisa de modo mais aprofundado desenvolva-se, faz-se salutar mencionar a maneira como se pode definir a prova e seu objeto. A prova, no vocabulário usual, significa: “Prova, sf (lat proba) 1 Filos, aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração. 2 Aquilo que mostra ou confirma a verdade de um fato, etc.” (MICHAELIS, 2013, p. 915). O sentido desta palavra esclarece e auxilia na conceituação do instituto no tocante ao processo, porém, não abarca as diferentes acepções jurídicas.

Para Ovídio A. Baptista da Silva, o sentido da palavra prova no processo civil não difere do sentido comum. Segundo ele, a prova “[...] pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz” (2000, p. 34).

Para Theodoro Junior, a prova na questão técnica tem dois caminhos: o objetivo e o subjetivo:

- a) Um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou o meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.);
- b) E outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado (2010, p. 421).

Desse modo a parte, quando busca a prestação jurisdicional para solucionar um conflito de interesse apresenta sua pretensão jurídica através dos fatos ocorridos, ou também por aqueles que não ocorreram. Tais fatos alegados pela parte é que são verificados no momento em que as provas são produzidas. Neste tocante, para o processo, a prova é uma direção lógica, um caminho onde se apresenta a existência positiva ou negativa do fato probando.

Prova, de acordo com Manuel Aureliano de Gusmão, “[...] vem do latim *probatio*, derivada do verbo *probare*, que é sinônimo de: aprovar, estar satisfeito com alguma coisa. Persuadir alguém de alguma coisa. No sentido vulgar é sinônimo de ensaio, experiência, confrontação” (1934, p. 13, grifo do autor).

O valor da prova consiste no fato de que o juiz ou tribunal não consegue decidir com base em suposições ou alegações por meio de indícios, mas sim de acordo com o que foi alegado e provado nos autos. No que diz respeito ao que é apresentado nos autos, Scarpinella Bueno (2010, p. 131) menciona que o autor precisa demonstrar para o juiz como ele pretende provar suas afirmações, convencendo o magistrado de que os fatos constitutivos de seu direito ocorreram da

maneira como ele expõe em sua petição inicial, reclamando a incidência das consequências jurídicas que o próprio autor compreende que lhes incidam.

Observa-se, então, que a finalidade da prova é demonstrar a verdade dos fatos para que seja possível autorizar a incidência da norma, ou seja, para que o magistrado forme sua convicção alicerçada na verdade apurada no processo e aplicada aos direitos no caso concreto. A prova é imprescindível à instrumentalização do processo, seja ela produzida na fase de instrução ou previamente apresentada por ambas as partes.

Para Ada Pellegrini, “[...] através das provas se procura demonstrar a ocorrência ou in ocorrência dos pontos duvidosos de fatos relevantes para a decisão judicial, ou seja, a conformação das afirmações de fato feitas no processo com a verdade objetiva” (1996, p. 45). A produção da prova pode ser observada como o confronto dos fatos apresentados, a demonstração da verdade em relação ao que é alegado nos autos. É o veículo para se chegar ao que ocorreu de forma relevante, pois o que é insignificante não constitui objeto de prova.

No que diz respeito ao objeto da prova, Alvim menciona que “um objeto (*thema probandum*) são os fatos da causa. Toda pretensão, seja de parte ou interveniente, tem por fundamento um fato, e este é que constitui o objeto da prova” (2010, p. 222).

Cumprido esclarecer que a palavra *fato*, no que diz respeito ao processo, tem um significado amplo, de modo a entender os diversos acontecimentos do mundo exterior, abarcando locais, pessoas e documentos. “*Fato* exprime tudo o que não é *direito*” (ALVIM, 2010, p. 222, grifo do autor). A prova cumpre um papel de formar a convicção do magistrado sobre a veracidade (ou não) dos fatos apresentados pelas partes. “Primeiro, cria a certeza quanto à existência dos fatos e, depois, esta certeza tornada inabalável pela exclusão de todos os motivos contrários, faz-se convicção” (ALVIM, 2010, p. 222, grifo do autor). Assim, um fato está provado porque se construiu uma convicção no juiz com relação à veracidade do que ora se apresenta diante dele.

Theodoro Junior julga pertinente esta definição de Alvim, pois afirma que “provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos” (2010, p. 423). Logo, para a lei processual, os meios legais de prova e os

moralmente considerados como legítimos são utilizados no processo “para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa” (artigo 332 Código Civil). São, pelas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, os fatos litigiosos o objeto da prova. Para ele,

Há dois momentos na instrução probatória: (I) o da alegação dos fatos em que se fundam o pedido e a defesa; e (II) o de sua comprovação segundo os meios probatórios utilizáveis no processo. Cabe às partes, antes de tudo, definir o suporte fático de suas posições processuais, de maneira que não são quaisquer fatos que constituirão objeto da prova judiciária, mas apenas os invocados na fundamentação das alegações dos litigantes. “O fato principal com que trabalha o órgão judicial é sempre e só fornecido pelas partes” (2003, p. 46).

Com base no artigo 131 do Código de Processo Civil, o magistrado pode apreciar livremente a prova, considerando até mesmo fatos não alegados pelas partes. Mas isso não o autoriza a considerar fatos constitutivos ou extintivos da pretensão que não tenham figurado na argumentação das situações jurídicas apresentadas por ambos os litigantes. A prova de fatos estranhos àqueles sobre os quais as partes estão fundamentadas apenas será pertinente na instrução e no julgamento da causa. E isto quando “direta ou indiretamente refletirem sobre os fatos principais arrolados pelos litigantes, servindo, pois, de prova indireta do fato jurídico constitutivo da causa pretendida” (OLIVEIRA, 2003, p. 154). Logo, o artigo aqui referido trata da liberdade de apreciação dos fatos secundários, por meio dos quais se pode chegar (direta ou indiretamente) a alguma convicção acerca dos fatos jurídicos – objeto do processo:

Art. 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Diferente do que menciona o dispositivo acima, via de regra, as decisões são baseadas nos fatos notórios ao processo. Assim, Theodoro Junior menciona que:

São notórios os acontecimentos ou situações de conhecimento geral incontestes, como as datas históricas, os fatos heroicos, as situações geográficas, os atos de gestão política, etc. O conceito de generalidade pode não se referir à unanimidade de um povo, já que a notoriedade pode ocorrer apenas num determinado círculo social ou profissional” (2010, p. 424).

Desse modo, pode-se considerar que os fatos notórios são aqueles que ingressam naturalmente no conhecimento ou, até mesmo, na formação individual e social das pessoas. E quando a lei exige a notoriedade como fator essencial de um direito ou fato jurídico, como na ação pauliana (onde a insolvência do devedor precisa ser notória para desejar a anulação do ato oneroso de transmissão de bens – artigo 159 do Código civil), a própria visibilidade se configura em objeto de prova, que se demonstra salutar.

Por fim, observa-se então que a prova consiste em toda maneira adotada para demonstrar a existência (ou não) de um determinado fato jurídico. Também se pode absorver das ideias aqui apresentadas, que as formas direcionadas a embasar o magistrado em sua decisão diante dos fatos apresentados no processo também são sinônimas de prova.

1.3 Valoração da prova

Observa-se que a prova tem como fundamento produzir o convencimento do magistrado para que este possa decidir a respeito dos fatos alegados no litígio. No entanto, ao entrar em contato com os meios probatórios, o juiz precisa estar atento a

um determinado sistema – como aponta Humberto Theodoro Junior em seu *Curso de Direito Processual*. De acordo com esse autor (2010, p. 425), há três sistemas a serem observados: *o critério legal; o da livre convicção e o da persuasão racional*.

Nas palavras de Theodoro Junior, o aspecto legal diz respeito à situação onde o magistrado simplesmente afere as provas de acordo com uma hierarquia legal, e as conclusões surgem automaticamente. Desta hierarquia, aponta Theodoro Junior que brotava a verdade formal (que em algumas situações não parecia ter vínculo com a realidade concreta).

Para Alvim (2010, p. 237), o critério legal está contemplado por alguns dispositivos legais como no artigo 366 do Código de Processo Civil – *Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta* – e artigo 401 também do Código de Processo Civil – *A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceder o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados*.

No que tange à livre convicção, trata-se do oposto da prova legal. O que se ressalta é a convicção do magistrado. Por fim, a persuasão racional brota da compreensão jurisdicional. Theodoro Junior (2010) menciona que no livre convencimento o juiz pode decidir sem atentar para as provas dos autos, munindo-se de métodos que fogem ao controle das partes; no sistema de persuasão racional a decisão deve advir de uma questão lógica fundamentada nos fatores de convicção existentes no processo. Complementa ainda Scarpinella Bueno (2010) que o livre convencimento demonstra as situações em que o magistrado pode aferir dentro dos limites jurídicos a valoração das provas, de acordo com seu entendimento. Seria esta uma interpretação coerente ao artigo 131 do Código de Processo Civil, indo ao encontro do artigo 93, IX, da Constituição Federal, que engloba o princípio da motivação das decisões jurisdicionais.

Para Scarpinella Bueno (2010, p. 266), por mais que o magistrado valha-se de seu convencimento privado – o que lhe é autorizado pelo artigo 335 do Código de Processo Civil – é indispensável que ele fundamente a formação de seu posicionamento, considerando as circunstâncias que lhe parecem salutares para tomar a decisão processual.

Deste modo, vê-se que a valoração das provas cabe ao magistrado quando este tem contato com o processo e as alegações nele apresentadas. Respeitando os limites jurídicos e os três sistemas abarcados, o magistrado mune-se dos subsídios basilares para que sua convicção seja modelada, facultando-lhe decidir da maneira mais coerente para ambas as partes.

1.4 Tipos de prova

Com relação à classificação das provas, é salutar a informação de que não há em doutrina uniformidade de fatores para classificá-las. E isto se confere à sua simplicidade, tendo em vista que cada área as direcionam conforme o caso concreto, pois as provas aplicam-se em qualquer ramo do Direito: civil, trabalhista e penal.

Alvim classifica as provas em três modalidades: quanto ao sujeito, ao objeto e à forma. No que diz respeito ao sujeito, ela divide-se em pessoal e real. A prova pessoal é resultante da afirmação ou contestação emanada de uma pessoa. Assim, “o testemunho de quem presenciou um fato ou o reconhecimento da própria assinatura num documento, a confissão do devedor, são provas pessoais” (2010, p. 223).

Prova real é a atestação emanada de algo que o fato probando lhe imprimiu. Desse modo, “a verificação dos instrumentos que serviram à prática de um delito, a averiguação de um dano produzido por um incêndio, uma cerca divisória entre dois imóveis, as trincas numa parede são provas reais” (2010, p. 223).

Quanto ao objeto, a prova divide-se em direta e indireta:

Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina também prova indiciária ou por presunção (OLIVEIRA, 2003, p. 154).

Um exemplo de prova direta em caso concreto poderia ser o pagamento de um débito; em caso de prova instrumentária, o recibo passado pelo credor ou qualquer outro comprovante de pagamento (inclusive bancário). Já no tocante à prova oral, o depoimento de quem narra ter visto o credor receber o crédito das mãos do devedor, a título de pagamento da dívida. Exemplo de prova indireta poderia ser – ainda relacionado ao pagamento de dívidas – a testemunha narrar que, num dado dia e horário, viu o credor receber do devedor uma determinada quantia em dinheiro, mas não sabe exatamente que título foi, ao mesmo tempo em que outra testemunha ouviu o credor dizer que receberia do devedor certa quantia em dinheiro para saldar uma dívida. Em exemplos cotidianos assim, pode-se observar um aspecto importante no que diz respeito à prova: a verossimilhança – o que é delineado por Humberto Theodoro Junior (2010, p. 424).

A verossimilhança, de acordo com o Dicionário Michaelis, pode ser conceituada como “verossímil, 1. Semelhante à verdade, que parece verdadeiro. 2. Que não repugna à verdade; provável” (2012, p. 476). Assim, ela é uma característica daquilo que tem aparência de verdadeiro. Um fato pode ser considerado verossímil quando é muito próximo do que se considera como provável.

No que tange à forma, a prova divide-se em: testemunhal, documental e material. A prova testemunhal, de acordo com Alvim, é:

[...] aquela formada pela atestação de pessoas capazes, quer desinteressadas na causa, quer como partes, quer como terceiros intervenientes, e que, direta ou indiretamente, originalmente ou não, tiveram conhecimento do fato que se pretende provar, ou, em sentido amplo, é a afirmação pessoal oral. Nesta compreendem-se a testemunha e o depoimento de parte (2010, p. 234).

Por meio das palavras acima, observa-se que a prova testemunhal é aquela obtida por meio de relatos prestados em juízo. E isso ocorre através da abordagem de pessoas que conhecem o fato litigioso em virtude de o terem presenciado, ou, além disso, de terem ouvido alguém lhes contar sobre dada situação. Vê-se que a prova testemunhal é colhida em juízo, no momento da audiência, havendo o

compromisso legal de dizer a verdade, estando também a testemunha à disposição de eventuais perguntas de qualquer das partes acerca das informações que está prestando no momento.

Mais uma maneira de prova a ser abordada é pelo depoimento pessoal. De acordo com os artigos 342 e 343 do Código de Processo Civil, há uma diferença entre interrogatório e depoimento pessoal. Observa-se, por meio dos dispositivos, que no interrogatório o juiz pode, de ofício, em qualquer estado processual, determinar o comparecimento pessoal das partes com o intuito de interrogá-las sobre os fatos apresentados no litígio (artigo 342). Já no que diz respeito ao depoimento pessoal, o magistrado não pode determinar de ofício. Compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, com o objetivo de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento (artigo 343).

Assim, o depoimento pessoal pode ser tomado como um meio de prova quando existe a coleta direta de elementos fáticos através das partes envolvidas, que são ouvidas pelo juiz sobre suas versões acerca do que está apresentado nos autos. É, desse modo, assim como a testemunhal, uma modalidade de prova oral.

Em se tratando do depoimento pessoal, a parte é intimada pessoalmente por oficial de justiça, e no mandado deve constar advertência de que presumir-se-ão confessados os fatos contra ela alegados caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor - § 1º do artigo 343, Código de Processo Civil. Ainda na data da audiência, se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão - § 2º do dispositivo mencionado anteriormente.

Outro meio de prova importante é a pericial. Em conformidade com o artigo 420 a 439 do Código de Processo Civil, observa-se que esta produção de prova destina-se a encaminhar ao magistrado aspectos de convicção acerca dos fatos que dependem de conhecimento técnico, ou seja, juízos especializados sobre os apontamentos relevantes na causa e que precisem de perícia.

Essa prova pericial, conforme as normas apresentadas entre os artigos aqui mencionados, tem como papel colocar à disposição do processo a experiência técnica dos peritos, para que desta maneira encontre-se a realidade dos fatos apresentados no litígio. Tal prova depende de um profissional devidamente

qualificado e inscrito no órgão competente, conforme o que apresenta o artigo 145, § 1º do Código de Processo Civil:

Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no artigo 421. § 1º Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitando o disposto no Capítulo IV, seção VII, deste Código.

Na falta de alguém especializado, a indicação será realizada por escolha do magistrado, conforme menciona o parágrafo terceiro deste mesmo dispositivo legal.

Há também a inspeção judicial como meio de prova. Diz o artigo 440 do Código de Processo Civil que, em qualquer fase do processo, de ofício ou a requerimento da parte, pode o juiz inspecionar pessoas ou coisas a fim de se esclarecer sobre fatos que interessem à decisão da causa. Observa-se, então, que a inspeção judicial é baseada na percepção direta do magistrado sobre o processo, quando intenta recolher diretamente as suas próprias impressões sobre pessoas ou coisas que estejam ligados ao que é objeto do litígio. Difere-se da perícia, pois nesta o exame é realizado por alguém especializado que, em seguida, apresentará um laudo, e já na inspeção é o próprio magistrado que extrai suas conclusões de leigo, com as percepções de um cidadão comum, mesmo que esteja acompanhado de um ou mais peritos, como mostra o artigo 441 do Código de Processo Civil. Porém, apenas a presença direta e pessoal do magistrado identifica a prova como inspeção judicial.

Outro tipo de prova importante é a documental (ou instrumental), que se define por

Todo e qualquer escrito demonstrativo da existência de um fato, do qual se origina uma relação de direito, ou qualquer ato gráfico testificante da realidade de um fato *iuris genético*; ou, ainda, toda a firmação escrita ou gravada: a escritura pública ou particular, carta missiva, planta, projeto, desenho, fotografia, etc. (2010, p. 234).

Comprova-se, então, que a prova documental envolve instrumentos tanto públicos quanto privados. Os documentos apresentados precisam representar a situação em voga, com o objetivo de dar real credibilidade aos direitos solicitados naquele litígio. Observa-se, também, que cabe ao magistrado admitir ou não determinado documento no processo. Para a admissão deste, o juiz levará em consideração o momento da proposição do documento, quem está apresentando tal prova, e se ela foi obtida por meios lícitos.

Pode-se dizer que prova material define-se como

Toda materialidade ou todo o fenômeno físico, de caráter transitório ou permanente que, apresentando-se à percepção direta do juiz, serve para produzir no seu espírito a certeza do fato probando; ou a consistente em qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando (2010, p. 234).

Vê-se que, de maneira ampla, toda prova que não é testemunhal e nem depoimento pessoal pode ser definida como prova material. Isso porque a única prova que ao ser apresentada não for de forma escrita ou por meio de imagem é a testemunhal, e as demais, todas, estão enquadradas sob uma destas duas espécies.

Em suma, observa-se que diante de tantas maneiras a serem utilizadas na produção da prova, dentro do direito processual, existe claramente a necessidade de reconhecer a verdade nos autos ou, ainda, aquela que aparenta ser – de acordo com os fatores elencados no processo – a realidade.

1.5 Ônus da prova

A palavra “ônus”, conforme o cotidiano processual jurídico, significa obrar de determinado modo para que o interesse próprio seja satisfeito e, por consequência, seja evitada uma desvantagem. Tal fato confirma-se com o latim *onus*, que significa peso, carga. Desse modo, para Alvim, *onus probante* pode ser considerado como encargo de provar. Nota-se que para este autor o sentido da palavra encargo é oferecer dada prova à convicção do magistrado acerca dos fatos alegados.

Assim, a viabilidade da parte que não desejar ser atingida pelos resultados do estado de dúvida do julgador deve provar suas afirmações, manifestando-se de maneira subjetiva. Porém, aproximam-se as definições de obrigação e ônus, tendo em vista que ambos os institutos precisam provar. Há, pois, uma diferença entre as duas expressões anteriormente mencionadas, no tocante ao contexto processual:

O ônus probatório corresponde ao encargo que pesa sobre as partes, de ministrar provas sobre os fatos que constituem fundamento das pretensões deduzidas no processo. Ônus não é sinônimo de obrigação e ônus de provar não é o mesmo que obrigação de provar. O conceito de ônus (encargo), enquanto necessidade de prova para prevenir um prejuízo processual corresponde ao conceito de “obrigação”, mas pertence à área distinta do direito: o ônus, ao direito processual; a obrigação, ao direito material. Esta distinção foi posta em relevo por Goldschmidt, ao formular a teoria do processo como situação jurídica (ALVIM, 2010, p. 226).

Acerca do que menciona Alvim, percebe-se então que ônus não é o mesmo que um “dever jurídico”, mas um “encargo”. O dever é sempre em relação a alguém, diferentemente do encargo, que é em relação a si mesmo. Satisfazer o ônus é interesse do próprio onerado. Desse modo, o réu tem o ônus da contestação.

Quando se fala em ônus da prova, incumbe-se a quem alega a possibilidade de agir de acordo com o comando jurídico para conseguir que sua pretensão seja correspondida. Ou seja, a parte interessada no reconhecimento do interesse busca,

por meio dos fatos que alegou, aliados à argumentação, a comprovação de suas afirmações. Sendo assim, a parte que tem o ônus de provar precisa fazê-lo, pois se esta omitir-se, pode ver sua pretensão negada por insuficiência de provas.

Para Ovídio A. Baptista (2000, p. 65), há regras do ônus da prova consideradas dominantes no sistema probatório brasileiro, quando a parte que alega a existência de determinado fato, para dele derivar a existência de algum direito, incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Já Theodoro Junior define o ônus da prova como uma “[...] conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela narrados seja admitida pelo juiz” (2010, p. 430).

Observa-se que é pacífico o entendimento acerca do ônus da prova no tocante a este ser uma conduta que se espera da parte incumbida de provar. Se não provar os fatos alegados, assume o risco de perder a causa. Em suma, o ônus pode ser considerado como o interesse da parte em produzir a prova que lhe acarrete no atendimento de suas pretensões.

Para tanto, o artigo 333 do Código de Processo civil reparte o ônus da prova entre os litigantes da seguinte maneira: “I – ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito; e II – ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

No momento em que o réu contesta, utilizando-se apenas de negativas acerca do fato em que é baseada a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Theodoro Junior menciona que “[...] mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretensão direito” (2010, p. 430). Se porventura o réu defender-se por meio de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar os resultados jurídicos daquele outro fato apresentado pelo autor, a regra inverte-se:

É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 430).

O fato constitutivo do direito do autor torna-se, destarte, incontroverso, dispensando por isso mesmo a respectiva prova, conforme expõe o artigo 334, III do Código de Processo Civil:

Art. 334. Não dependem de prova 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.

Atenta-se para o fato de que a controvérsia direciona-se para a resposta do réu (caso este decida por argumentar além de simplesmente negar o fato apresentado pelo autor). Cabe, neste ensejo, a diferenciação ilustrada por Theodoro Junior acerca da negação do fato e fato negativo: “A simples negação do fato constitutivo, naturalmente, não reclama prova de quem a faz. O fato negativo, porém, aquele que funciona como fato constitutivo de um direito, tem sua prova muitas vezes exigida pela própria Lei” (2010, p. 431).

Salienta-se, então, que independentemente da parte que estiver com o *ônus probandi*, a prova, para ter eficácia, precisa estar completa e, além disso, bem argumentada no que diz respeito ao fato do qual deriva o direito discutido nos autos. A falta da prova ou, ainda, a prova incompleta, igualam-se na sistemática processual do ônus da prova.

De acordo com Theodoro Junior, quando não há obrigação ou dever de provar para a parte, o ônus da prova fica, em última análise, um aspecto de decisão para o juiz. Assim, se as regras do ônus da prova são dispensáveis, entende-se que já há prova suficiente para o julgamento, não sendo relevante quem a produziu, restando ao magistrado adequar os fatos provados às normas jurídicas pertinentes, reafirma Theodoro Junior.

Com base no artigo 125 do Código de Processo Civil, observa-se que o princípio da iniciativa das partes é o norteador do procedimento probatório, pois a indicação das provas é ato de iniciativa das partes interessadas no esclarecimento

da verdade dos acontecimentos manifestados no processo. Porém, esta iniciativa não é exclusiva, pois ao mesmo tempo aplicam-se os princípios da autoridade e da iniciativa oficial. O primeiro, como se pode ver logo abaixo, confere ao magistrado o comando do processo. Já o segundo encontra-se em diferentes dispositivos do Código de Processo Civil, que preveem o impulso oficial sobre várias situações:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

II – velar pela rápida solução do litígio;

III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça;

IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Já no artigo 130 do mesmo dispositivo legal, define-se que depende da avaliação do magistrado o deferimento (ou não) das provas requeridas pelas partes. Ele é quem observará a conveniência, ou melhor, a necessidade da apresentação de determinada prova, podendo indeferir por considerá-la inútil ou protelatória aos autos: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

É importante mencionar que se a demanda versar sobre direitos disponíveis, o ônus da prova pode ser convencionado, ou seja, pode ser modificado por vontade das partes. Mas se tratar de direitos indisponíveis, não pode ocorrer convenção – tais direitos não podem ser objeto de transação (artigo 1.035 do Código Civil), nem a respeito destes direitos pode o instituto da revelia ter efeitos (artigo 320, II, Código de Processo Civil), tampouco é válida a confissão.

No artigo 333, parágrafo único, do Código de Processo Civil, existe a nulidade de convenção quando esta recair sobre direito indisponível da parte, ou quando o direito for disponível e o acordo tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício de seu direito. Cabe, portanto, ao magistrado, utilizar-se do impulso oficial para determinar a complementação de prova produzida quando esta for insuficiente para

decidir sobre o deslinde. Mas se a prova complementar não for o bastante, ao juiz resta decidir com o que consta no processo.

No tocante ao Código de Defesa do Consumidor, a regra acerca da prova é diversa. Isto ocorre porque a previsão de inversão do ônus da prova é uma exceção à norma geral trazida pelo Código de Processo Civil. Esta afirmativa comprova-se através do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, ao mencionar que

Art.6º. São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Observa-se que, pela vulnerabilidade do consumidor numa relação de consumo, o legislador percebeu a necessidade de sua proteção, declarando como um de seus direitos a inversão na produção de provas no processo em favor do consumidor. Este é geralmente a parte menos munida de informações numa relação jurídica, pois é considerado economicamente menos favorecido, podendo ter contra si exercido algo que sequer soubesse que poderia ter cunho prejudicial.

Por meio da inversão busca-se o equilíbrio processual das partes, impedindo-se a demanda desleal. Assim, considera-se o princípio da disparidade das armas, para que o deslinde seja solucionado da melhor maneira possível para ambos os lados. Para tanto, torna-se importante mencionar que para Hugo Nigro Mazzili,

O fundamento para inverter-se o ônus da prova em defesa do consumidor não consiste apenas no custo econômico de sua produção: esse custo normalmente existe e também deve ser levado em conta pelo juiz, quando se resolve a usar a faculdade da inversão. Contudo, há ainda um outro aspecto a ser considerado pelo juiz: muitas vezes seria totalmente impraticável atribuir ao consumidor, ou ao substituto processual que o defenda, o ônus da provar que o produto está desconforme com especificações técnicas de alta complexidade que nem o consumidor, nem seus advogados, nem o Ministério Público ou qualquer outro colegitimado para as ações coletivas ou individuais teriam facilidade de demonstrar. Para o fabricante, por exemplo, a prova em sentido contrário poderá ser perfeitamente factível e exigível. (2004, p. 163).

O melhor momento processual para decidir sobre a inversão probatória está entre o pedido inicial e o despacho saneador. Contudo, não há vício em acolher-se a inversão por ocasião da decisão, quando já produzida a prova (STJ – Ac. RESP 203225/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DJ 05.08.2002).

Assim, a inversão probatória não é regra, mas exceção. Portanto, quando o equilíbrio processual é ameaçado pela dificuldade de uma das partes provar seus direitos, a tal ponto que corre o risco de tê-lo perdido, é salutar que se aplique o permissivo processual da inversão. Contudo, é um benefício que apenas pode ser concedido diante da hipossuficiência.

Desse modo, há que se estabelecer a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência:

A vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência, que é característica restrita aos consumidores que, além de presumivelmente vulneráveis, veem-se agravados nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou, como ocorre com frequência, ambas (ALVIM, 1995, p. 45).

Há duas maneiras de hipossuficiência com tratamentos diferenciados: a hipossuficiência econômica encontra fundamentação na aplicação da legislação concessiva de assistência judiciária gratuita (Lei Federal 1.060/50) e nada tem a ver com ônus probatório; já a hipossuficiência técnica, inscrita no já mencionado artigo

6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor encontra base na aplicação da regra de inversão do ônus da prova.

Observa-se como de total relevância o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, pois este se revela como uma exceção à inversão do ônus probatório:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

O § 4º deste artigo 14 defende a teoria da responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais, de modo que o consumidor, ao deduzir a sua pretensão em juízo, precisará provar a culpa do profissional liberal como, por exemplo, médico, engenheiro, advogado.

Logo, salienta-se que o fornecedor pode munir-se de melhores maneiras para apresentar provas no processo do que o consumidor. E esta situação ocorre em virtude de o objeto em debate integrar as atividades habituais do fornecedor, sendo mais do que natural que este tenha domínio acerca dos principais aspectos de determinado bem ou serviço – o que não ocorre com o consumidor.

1.6 Sistema de avaliação das provas

Sob o prisma processual, a apreciação probatória realizada pelo magistrado pode ou não ser suficiente para que este tome sua decisão. Assim, pode-se pensar na avaliação das provas como a apreciação dos elementos probatórios contidos no processo por parte do juiz. Para tanto, ressalta-se que os meios de prova envolvem os tipos de prova já explanados, como por exemplo: prova testemunhal, documental, pericial.

Segundo Scarpinella Bueno, a doutrina apresenta uma série de sistemas acerca do direito probatório (2010, p. 266). Isso envolve uma gama grande de normas jurídicas que regulam a maneira como o magistrado aprecia as provas e, com base nelas, faz suas decisões. Desse modo, os sistemas dividem-se em três segmentos: sistema da prova legal; sistema do livre convencimento e sistema da persuasão racional.

Para Livia Paula de Almeida Lamas, em seu artigo “Visões críticas sobre a prova e sua relação com a verdade no processo”, no sistema da prova legal a lei define quais provas são aceitas e qual o valor de cada uma delas. Corrobora com tal raciocínio Pontes de Miranda, ao mencionar que a benesse deste sistema “era a de saber a parte, ao ter de litigar, com que provas contava e como calcular o valor delas em relação aos adversários. Por outro lado, o juiz, feito arrolador de valores de prova, lavava as mãos como Pilatos” (2012, http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11103&revista_caderno=21).

Esse primeiro sistema, na maioria das vezes, era adotado em regimes de pouca liberdade, pois retira do magistrado a sua autonomia de avaliar as provas em conformidade com os aspectos racionais, coerentes na formação de sua compreensão, pois sua decisão vincula-se a fatores definidos em lei.

No que tange ao sistema do livre convencimento, Scarpinella Bueno (2010, p. 266) menciona que é o momento em que o magistrado, atento aos limites do regime jurídico, pode avaliar as provas conforme sua compreensão. No entanto, esse sistema adentra no sistema da persuasão racional, tendo em vista que o magistrado

precisa justificar a construção de sua convicção. Para o autor, seria esta a melhor interpretação referente ao artigo 131 da Constituição Federal. Entretanto, esse sistema abre espaço tanto para o arbítrio como para julgamentos.

Pelo sistema da persuasão racional, o magistrado é livre para apreciar as provas (sistema do livre convencimento), sendo-lhe imposto que fundamente suas decisões. Significa dizer que o juiz pode fundamentar suas decisões da maneira que melhor lhe aprouver; porém, não deve se afastar das provas apresentadas nos autos e tampouco dos limites determinados pela lei e pela Constituição Federal.

Portanto, vê-se que a construção da verdade, no processo jurídico, pode estar legitimada pelo sistema de avaliação das provas que é seguido durante a lide. Enquanto no sistema da prova legal o magistrado vincula-se ao que define a lei, nos sistemas do livre convencimento e da persuasão racional tudo o que é apresentado pelas partes passa aos olhos do juiz – dotado de uma posição imparcial que busca a verdade possível para guiar-se na melhor aplicação dos dispositivos legais.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS PROVAS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

2.1 Os princípios da Lei 8.078/90

O artigo 4º desta lei aborda a política nacional das relações de consumo, tendo como meta a compreensão das necessidades inerentes aos consumidores, que são: dignidade, saúde, segurança, proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da qualidade de vida, atingindo por consequência a harmonia nas relações de consumo. Veja-se:

Art. 4º. 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 da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21/ 03/1995).

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Complementando esse dispositivo legal, cabem as palavras de Idemir Luiz Bagatini, ao mencionar que o artigo citado estaria “promovendo a justiça social e prevenindo a exploração do mais fraco pelo mais forte” (2001, p. 101). Percebe-se que este artigo abre espaço para alguns princípios. Antes de mencioná-los, de acordo com Bagatini, faz-se salutar enfatizar o que se compreende por princípios.

Para Eros Roberto Grau, o Código de Defesa do Consumidor mostra um tipo de norma diferenciada no artigo 4º, pois em suas palavras:

A política nacional de relações de consumo tem por objetivo o entendimento das necessidades dos consumidores com respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção dos seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência. Eu aprendi na Faculdade, e suponho que os senhores também tenham aprendido, que as normas jurídicas classificadas desde uma determinada perspectiva são “normas de conduta” ou “de organização”. De repente eu me dou conta de que existem profusamente no Direito – e o caso do art. 4º do DCD é exemplar – normas que não cabem nem no modelo da norma de conduta, nem no modelo da norma de organização. Que tipo de norma é essa? [...] A partir da década de 70 surge, então, a ideia de que existem normas que definem fins, que estabelecem polícias, que podemos e devemos chamar, eu suponho, de “normas-objetivo”; nem norma de conduta, nem norma de organização (1993, p. 185-186).

Este ponto de vista vai ao encontro da reflexão exposta por Bagatini, ao mencionar que o *Estado*, “até o começo do século XX, só era responsável pela manutenção da ordem e da segurança” (2001, p. 102). Porém, num dado momento, este passa a exercer seu papel sobre o mundo econômico e social e, no entender de Roberto Grau, o Estado, no contexto atual, define-se por desenvolver as políticas públicas, tendo em vista que sua função concentra-se sobre a realidade e não como um simples responsável pela ordem e segurança. Desse modo, reflete-se que o Estado precisa implementar o desenvolvimento ao lado da saúde, da educação e também da defesa do consumidor.

O que se observa como fins – expostos por Roberto Grau – que o Estado persegue, parecem concentrar-se no quesito da ordem e segurança, sem atentar-se ao exercício das políticas públicas (que se mostram como objetivos específicos). Ainda através das palavras deste autor, observa-se que as normas-objetivo são

sinônimas de resultados obtidos por meio da execução das políticas públicas. Para ele, as normas-objetivo colocam-se de forma diversa tanto no campo constitucional quanto no infraconstitucional, atingindo os microssistemas – neste caso, em específico, o Código de Defesa do Consumidor. Portanto, pode-se considerar o artigo 4º deste, uma “norma-objetivo”, pois determina os fins da política nacional no que diz respeito às relações de consumo e as consequências que pretende atingir.

Para Bagatini (2001), a interpretação do Código de Defesa do Consumidor é imposta pelos princípios inseridos no artigo 4º. Os demais princípios que baseiam as relações de consumo – consequentes deste dispositivo legal – trabalham a conduta e a organização, bem como menciona Roberto Grau, ao escrever que:

Aprendemos na Faculdade que existem normas e princípios jurídicos. Errado. Princípio é norma. Se princípio não for norma não tem nada a ver com o Direito. O Direito, digamos assim, é um universo de normas. Então o princípio é norma também. O sistema jurídico é uma ordem teleológica de princípios. Eu diria que norma é gênero que compreende duas espécies: as regras e os princípios. Temos que ir além do que tem afirmado o Direito clássico e a doutrina brasileira sistematicamente. É a frase de Augustin Gordillo, que “violar um princípio é mais grave que violar uma norma”. Não. Violar um princípio é mais grave do que violar uma regra – e por quê? Porque os princípios são normas que se colocam num plano distinto daquele em que se acham as regras. As regras não comportam exceção, é um “tudo ou nada”; já os princípios aceitam exceção (1993, p. 188-189).

Existindo divergência entre princípios, numa situação concreta, eles podem conviver no sistema. Porém, Bagatini (2001, p. 104), em sua obra *O consumidor brasileiro e o acesso à cidadania*, menciona que o mesmo não ocorre com relação às regras, pois se há confronto entre elas, uma delas deve ser aplicada em detrimento da outra. Em um caso específico submetido à apreciação do magistrado, para este autor, o juiz precisa optar conforme seu convencimento e, na medida em que escolhe aplicar um ou outro princípio, não consegue excluir os demais do sistema legal, apenas afastando-os daquela decisão em especial.

Outro ponto importante para Bagatini é que “os princípios não têm pretensão de exclusividade” (2001, p. 104). Ou seja, quando um princípio vem à baila, poderão outros embasar a decisão do conflito. Mesmo que o artigo 4º seja composto por oito

incisos, observa-se que há entendimento da existência de apenas três princípios, pois os demais seriam somente normas preceptivas. Seriam eles: princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (I), o da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo (III) e o da coibição e repressão eficientes dos abusos praticados no mercado de consumo (VI). De acordo com os autores Cláudio Bonatto e Paulo Moraes,

Os princípios exercem uma função básica, qual seja a de serem os padrões teleológicos do sistema, com base nos quais poderá ser obtido o melhor significado das regras, como peças integrantes de uma engrenagem jurídica que é posta em ação pelas diretrizes maiores que dão movimento ao todo (1998, p. 28).

Mais uma vez, firma-se que os princípios constantes no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor são os basilares das demais regras e de alguns outros princípios presentes neste mesmo Código. Salienta-se, então, que a Lei 8.078/90 é interpretada de maneira teleológica, buscando os fins elencados nos princípios formadores do artigo aqui mencionado.

2.1.1 O princípio da transparência

Na realização dos contratos entre consumidor e fornecedor, o novo princípio básico norteador, salientado pelo artigo 4º, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, denomina-se como transparência. O foco, segundo Cláudia Lima Marques, em sua obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, seria o de propiciar uma aproximação sincera e com menos risco de danos a qualquer das partes. Observa-se que, para Marques (2002, p. 594), a transparência pode ser considerada como a informação correta sobre o produto ou serviço a ser vendido

pelo fornecedor e, além disso, significa também ausência de cláusulas abusivas e vocabulário de difícil compreensão.

O Código de Defesa do Consumidor regula desde o início e mostra o melhor caminho para qualquer contrato consumerista. Propõe as normas para a oferta realizada pelo fornecedor, envolvendo também a publicidade veiculada por ele. Ainda sobre o princípio da transparência, Marques menciona que “institui o CDC um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato” (2002, p. 595). Ora, essa explanação só demonstra que o legislador, ao escrevê-lo, assim o fez com o intuito de evitar qualquer tipo de prejuízo ao consumidor, pois sem ter conhecimento do conteúdo contratual e tampouco das obrigações nele embutidas, poderia vincular-se a obrigações que não tem condições de responsabilizar-se – ou, ainda, que simplesmente não deseja. E, ao adquirir um produto ou serviço sem conhecer suas informações claramente, pode estar comprando algo que não é de acordo com o que pretende.

A transparência atua positivamente, inclusive na ideia de equilíbrio entre as partes na relação de consumo – e em especial no encerramento contratual, imposto pelo Código de Defesa do Consumidor como meio de alcançar a justiça contratual. Portanto, como reflexos do princípio da transparência, segundo Marques, há

O dever de informar o consumidor, seja através da oferta, clara e correta (leia-se aqui publicidade ou qualquer outra informação suficiente, art. 30) sobre as qualidades do produto e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor responder por falha da informação (art. 20), ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos em que foi feita (art. 35); seja através do próprio texto do contrato, pois pelo art. 46, o contrato deve ser redigido de maneira clara, em especial os contratos pré-elaborados unilateralmente (art. 54, § 3º), devendo o fornecedor “dar oportunidade ao consumidor” conhecer o conteúdo das obrigações que assume, sob pena do contrato, por decisão judicial, não obrigar o consumidor, mesmo se devidamente formalizado (2002, p. 599).

Observa-se que a transparência é um princípio basilar da relação consumerista desde o pré-contrato até sua conclusão. A transparência atinge a

essência da relação de consumo, pois se encarrega de que a informação repassada pelo fornecedor ao consumidor seja realmente clara e, além disso, com a explanação sincera acerca dos detalhes a respeito do produto ou serviço – objeto de interesse entre as partes.

2.1.2 O princípio da boa-fé

O *caput* do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor aborda, além da transparência, a indispensável harmonia das relações de consumo. Este equilíbrio é buscado por meio da boa-fé entre fornecedor e consumidor. Ainda de acordo com o dispositivo aqui mencionado, em seu inciso terceiro, todo esforço do Estado ao regular os contratos de consumo deve ser no sentido de harmonização e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal de 1988), sempre com fundamentação na boa-fé e equilíbrio nas relações entre ambas as partes.

Assim, de modo amplo, pode-se dizer que “[...] a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC; neste trabalho, porém, estamos destacando igualmente o princípio da transparência (art. 4º, *caput*), o qual não deixa de ser um reflexo da boa-fé aos agentes contratuais” (MARQUES, 2002, p. 671).

Ao lado da boa-fé e da transparência mencionadas pela autora, também estão: a proibição de publicidade e as práticas comerciais abusivas. Estes dois aspectos são abordados também no Código de Defesa do Consumidor, no capítulo sobre as práticas comerciais, que podem (ou não) originar um contrato. A publicidade tem consigo o princípio da transparência e da boa-fé, pois quando esta é realizada de forma clara acaba por afastar as práticas abusivas. Nesse sentido, disciplina o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1.º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2.º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3.º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Observa-se que a informação publicitária para obrigar o fornecedor que dela munir-se, precisa respeitar os princípios básicos de transparência e da boa-fé nas relações de consumo.

Já no que diz respeito às práticas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor, segundo Marques, obriga o fornecedor a adaptar suas práticas comerciais (publicidade, oferta, técnicas agressivas de venda) até o texto contratual, aos princípios explanados por este dispositivo legal (2002, p. 684).

O Código de Defesa do Consumidor disciplina uma série de práticas comerciais que o legislador considera abusivas e, justamente por isso, vedadas. Veja-se:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

(Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;

(Incluído pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

XI –Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999;

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério (Incluído pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995);

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. (Incluído pela Lei nº 9.870, de 23.11.1999)

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços.

§ 1.º Salvo estipulação em contrário, o valor orçado terá validade pelo prazo de dez dias, contado de seu recebimento pelo consumidor.

§ 2.º Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contraentes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes.

§ 3.º O consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros não previstos no orçamento prévio.

Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais, sob pena de, não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir, à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Por meio da referência acerca das práticas abusivas no Código de Defesa do Consumidor, observa-se que a única maneira de alavancar ainda mais as relações de consumo devem ocorrer por meio da transparência e boa-fé, pois caso exista

alguma irregularidade, além de atingir negativamente a imagem do fornecedor, o consumidor pode, inclusive – mesmo que demore – ter seus direitos atendidos por via judicial, o que ocasionará, também, a punição de práticas irregulares em dado contrato consumerista.

Desse modo, a boa-fé objetiva é sinônimo de confiança no momento de firmar uma relação de consumo:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso (MARQUES, 1998, p. 107).

O mercado de consumo atual, especialmente no que diz respeito às relações consumeristas massificadas, segundo Bagatini, “obriga-se a uma nova e atualizada maneira de agir” (2001, p. 113). Pode-se entender que há uma necessidade de expansão deste mercado que está em constante circulação. As massas, aos poucos, têm maior possibilidade de compra e venda diante das facilidades de parcelamento – embora os juros sejam pontuais – pois as pessoas, em sua maioria, buscam a facilidade de quitar suas dívidas em várias prestações a ter de renunciar determinados confortos como, por exemplo, uma televisão destas lançadas recentemente no comércio. A atração deste público em massa pode ocorrer em um número ainda mais considerável pelos princípios da confiança e da boa-fé inerentes às relações contratuais. O equilíbrio dos interesses dos envolvidos tem como base a boa-fé:

A aproximação dos termos ordem econômica – boa-fé serve para realçar que este não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue. São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé: externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa, etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, as quais incumbem comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio. O art. 4º do Código se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção dos interesses se dê com base na boa-fé, isto é, com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e na confiança (AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 22).

O contrato moderno de consumo, como se percebe, precisa ser firmado na boa-fé, ignorando a busca pelo ganho fácil que, na maioria das vezes, alia-se à astúcia, ou ainda, na malandragem, que podem se confirmar diante de cláusulas embutidas com um vocabulário ambíguo ou ainda de difícil entendimento. Por outro lado, o contrato transparente auxilia na relação entre fornecedor e consumidor, o que ocasiona, naturalmente, a confiança entre as partes, tornando a relação contínua e tendo os interesses atendidos.

2.1.3 O princípio da harmonização dos interesses das partes nas relações de consumo

Os envolvidos numa relação consumerista, na busca pelo equilíbrio, precisam estar lado a lado. A proteção que o Código de Defesa do Consumidor fornece ao consumidor – como meio de assegurar esta igualdade de relação entre as partes – combina com a função do Estado, que também visa garantir a isonomia entre as partes neste dispositivo legal. Essa harmonia, além de envolver o quesito formal, trabalha também com o material. Para que a decisão do magistrado seja realmente

adequada, ela não pode firmar-se no fato de, por exemplo, uma parte dispor de condições privilegiadas em detrimento de outra parte. Desse modo, cabe frisar as palavras de Luis Renato Ferreira da Silva:

Cumpra ao aplicador do Código de Defesa do Consumidor concretizar os conceitos indeterminados que permeiam esta lei, de modo a implementar a ideologia constitucional, marcada, como este estudo tenta demonstrar, pela noção de igualdade. Ao concretizar cláusulas gerais como a da boa-fé, além da objetividade que se deve alcançar a esta noção, é necessário o exame concreto da realidade dos interessados, aparando-se arestas de desigualdades, ainda que, à primeira vista, sejam estabelecidas regulamentações que acolham estas dessemelhanças (1993, p. 156).

Na compreensão doutrinária aparece a questão da inversão do ônus probatório como um veículo que facilita a defesa do consumidor. Diante do fato de o fornecedor ocupar um papel mais esclarecido diante dos detalhes acerca do produto ou serviço que oferece ao consumidor, na relação de consumo, as cláusulas que podem porventura estar presentes no contrato e venham a constranger de alguma maneira este (que é a parte vulnerável), segundo Bagatini, “devem ser tidas como abusivas e sofrem o efeito da nulidade” (2001, p. 112). E esta inversão do ônus da prova, como se observou no capítulo 1 deste estudo, tem o intuito de propiciar a igualdade entre fornecedor e consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor encontra-se em desarmonia em virtude do fornecedor prevalecer sobre o consumidor. Isso se confirma pela preocupação com as regras deste dispositivo legal, que procura diminuir esta disparidade de posição entre as partes.

A harmonia formal mencionada anteriormente, de acordo com Bagatini, é uma maneira de “assegurar a desigualdade de fato na relação contratual entre fornecedor e consumidor” (2001, p. 112). Ou seja, esse equilíbrio dos interesses entre fornecedor e consumidor, com a proteção deste, deve ser baseada na boa-fé. Justamente por meio da boa-fé nos contratos evita-se a concorrência desleal, bem como o abuso do poder econômico ou, ainda, a utilização de expressões de difícil compreensão para o consumidor, fazendo com que este, até por receio de ser visto

como alguém de pouco conhecimento, acaba por aceitar determinadas cláusulas que sequer imagina do que se tratam.

Observa-se que a relação de consumo tem por aspecto salutar a boa-fé, que é o mecanismo utilizado para afastar as atitudes permeadas de malandragem, por assim dizer, que têm o intento de alcançar facilmente vantagens sobre a outra parte. Quando as partes estão munidas de um contrato claro, todo o desenrolar é tranquilo, devido à confiança mútua.

2.1.4 O princípio do reconhecimento da vulnerabilidade e o princípio da coibição aliado à repressão nas práticas abusivas das relações de consumo

Como se observou anteriormente, o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade está contemplado no artigo 4º. Bagatini menciona que o consumidor, para ter acesso ao que se denomina de igualdade real, precisa ter algo que o auxilie a fazer frente à desigualdade, num primeiro momento, econômica. Além deste aspecto, a vulnerabilidade atinge também o domínio técnico-profissional. Ou seja: “o consumidor não é detentor dos conhecimentos técnicos necessários para a elaboração dos produtos ou para a prestação de serviços no mercado” (2001, p. 107). Vê-se que as particularidades acerca dos produtos ou serviços oferecidos fogem ao conhecimento do consumidor. Desse modo, ele ocupa uma situação de inferioridade diante da complexidade de detalhes do que lhe é oferecido – o que se considera que o fornecedor tenha conhecimento.

A vulnerabilidade mostra-se ainda no que tange ao plano jurídico, que se manifesta na modificação dos mecanismos contratuais, com a concretização dos contratos em massa. Os fornecedores, em alguns casos, munem-se de vocabulários que dificultam o entendimento do consumidor, caracterizando-o como a parte vulnerável da relação de consumo. Para tanto, Adroaldo Furtado Fabrício atenta que:

Há, mais, a imensa dificuldade de acesso individual dos lesados, em regra pobres, humildes e desinformados, aos órgãos jurisdicionais. E, mesmo para os que superem essas limitações e cheguem a colocar à face do juiz a sua queixa, resta a monumental e desanimadora diferença de forças, meios e recursos que separa o litigante eventual do habitual. Aquele vai a Juízo, talvez, uma ou duas vezes ao longo de toda a sua vida, nada sabe das coisas da Justiça; seu nível de informação sobre a máquina judiciária, com o imponente complexo de juizados, cartórios, advogados, é praticamente nulo. Este outro, o litigante habitual, bem ao contrário, está permanentemente à barra dos pretórios e tem com eles a maior intimidade. Tem a seu favor a experiência acumulada dos litígios passados e a preparação sempre mais aprimorada para os futuros, o “saber de experiências feito”, os quadros próprios e eficientes de assessoria jurídica e procuratório judicial; está melhor aparelhado à produção de provas do seu interesse; mais facilmente captará a simpatia do poder político, do econômico e da mídia – vantagens extraprocessuais estas últimas, sem dúvida, mas cuja importância seria ingênuo negligenciar (1993, p. 31).

No livro *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, a autora Cláudia Lima Marques afirma existirem três modalidades de vulnerabilidade: técnica, jurídica e fática:

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional, mas também pode atingir o profissional destinatário final fático do bem (1998, p. 147-148).

Nota-se que a autora considera que existe ainda a vulnerabilidade jurídica ou científica, que acontece na falta desses conhecimentos específicos de direito, de contabilidade ou economia. Para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física, esse tipo de vulnerabilidade é presumido. A presunção, ainda de acordo com Marques, não acontece para os profissionais ou pessoas jurídicas, porque se subentende que estão munidos de condições, tanto de conhecimento como de assessoria.

A vulnerabilidade fática – concentrada no fornecedor – coloca o consumidor na posição de superioridade. Via de regra, para a autora, é presumida a vulnerabilidade para a pessoa física e consumidor não profissional. Não se presume para os profissionais e pessoas jurídicas.

Bagatini realça a importância de não confundir-se vulnerabilidade com hipossuficiência. “Aquela é condição de ser consumidor, mas esta apenas atinge os consumidores que, além de serem vulneráveis, são individualmente carentes, cultural e/ou materialmente, ensejando a inversão do ônus da prova” (2001, p. 109). Portanto, a vulnerabilidade, como princípio proposto pelo Código de Defesa do Consumidor, não está em caráter de privilégio ou favorecimento ao consumidor, mas como um princípio que trata as desigualdades de forma desigual. Os princípios e as regras que formam o Código apenas tentam proporcionar o mesmo tratamento para consumidor e fornecedor.

De acordo com o princípio apresentado no inciso VI, do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, fica claro que, na relação consumerista, há riscos da prática abusiva estar presente do mais forte para com o vulnerável.

O Código já estabeleceu em outro princípio a necessidade de proteção à parte vulnerável. Essa isonomia pretendida parece direcionar-se à repressão dos abusos que porventura estejam rondando o mercado de consumo. Essas práticas podem ocorrer das maneiras elencadas pelo artigo 39 – que anteriormente já foi citado. No entanto, o artigo 51 anula tais práticas:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

V - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1.º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2.º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3.º (Vetado) LEI No8.078, de 11 de setembro de 1990

§ 4.º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Desse modo, observa-se que há outros dispositivos que podem auxiliar o Código de Defesa do Consumidor nas relações consumeristas. Como exemplo, pode-se citar a Lei 9.297/96 (Lei de Propriedade Industrial), além do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

2.2 Princípios pertinentes à prova

2.2.1 Princípio da verdade real

Este princípio pode ser observado como o caminho que os operadores do direito seguem para apresentar o que realmente aconteceu acerca do objeto colocado em juízo. A verdade real parece ter como objetivo mostrar claramente as alegações que justifiquem os direitos preteridos na lide.

É também chamado de máxima probabilidade, segundo Ernane Fidélis dos Santos (2010, p. 588). Para o autor, este princípio diz respeito ao homem e ao que pode ser passível de questionamento, pois é difícil falar em verdade absoluta. Porém, é preciso demonstrar da melhor maneira possível a existência (ou não) de determinado fato – objeto do litígio.

Segundo os autores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra *Teoria Geral do Processo* (2009, p. 70), o princípio da verdade real firma-se na situação em que o magistrado depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão. Desse modo, na apresentação das provas, pode o juiz satisfazer-se apenas com as provas trazidas pela verdade formal que, segundo os autores, é o que resultar de verdadeiro em face das provas carreadas nos autos (2009, p. 71). Mas se porventura houver falta de provas, pode o magistrado munir-se também da verdade real que, segundo tais autores, dizem respeito ao material, ou seja, aos fatos ocorridos.

Corroboram com os autores acima mencionados o posicionamento de Alvim (2010, p. 238) ao afirmar que a verdade processual costuma ter um duplo aspecto: formal e material. Assim considera-se como verdade formal aquela que é consequência do processo em si, mesmo que não encontre exata relação com a realidade. Desse modo, prescreve o artigo 302 do Código de Processo Civil que *presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados*. Ao se deixar de impugnar dado fato, este pode se tornar incontroverso e a parte que deveria prová-lo passa a ser

isenta de ônus probatório. No entanto, Alvim apresenta a verdade real como aquela a que se encontra o magistrado. Seria a verdade que mostra os fatos como eles aconteceram.

O princípio da verdade real é comum a qualquer espécie processual. O que pode acontecer é a existência de pontos duvidosos que podem ser melhor alegados através de critérios como a inversão do ônus probatório no que diz respeito ao processo civil.

Pelas palavras de Fidélis (2010, p. 594), fato constitutivo é tudo o que revela ou constitui o direito do autor – cujo reconhecimento com os respectivos resultados é exposto nos pedidos. Desse modo, os fatos constitutivos trazem consigo a ideia de tudo o que origina o direito, objeto da lide.

No que tange aos fatos extintivos, Fidélis menciona que dizem respeito ao que possui força para extinguir o direito que decorre da relação jurídica que corresponda a determinada obrigação do réu. Por outro lado, os fatos impeditivos referem-se às suposições de incapacidade dos contratantes e da ilicitude real do objeto apresentado no fato concreto. Portanto, os fatos modificativos alteram as condições iniciais do gozo do direito pretendido.

Desse modo, observa-se que o magistrado precisa estar atento durante todo o processo, pois assim a sua decisão será adequada ao caso concreto. Ao apreciar as provas, o juiz precisa verificá-las cuidadosamente, de maneira a demonstrar em sua decisão a maior proximidade dos fatos alegados nos autos.

2.2.2 Princípio dispositivo

Há que se prestar atenção com relação ao princípio dispositivo, pois este difere do princípio inquisitivo, embora ambos tenham uma relação tênue. Mesmo tão próximos, esses dois princípios são diferentes entre si.

Segundo Moacyr Amaral Santos, o conceito do princípio dispositivo é inverso à definição do princípio inquisitório. Se no primeiro o magistrado apenas acolhe o material probatório, no segundo, além de ter amplos poderes para organizar as provas, também pode o juiz usar outros meios de provas que não as indicadas pelas partes. Contudo, isto não significa que as partes estejam livres do ônus probatório (1952, p. 115).

Por esse princípio, o magistrado pode definir a complementação das provas apresentadas, solicitando, por exemplo, o comparecimento de uma testemunha (artigo 418, I – Código de Processo Civil). Além disso, pode o juiz determinar, de ofício, provas técnicas e de observação pessoal – em se tratando de perícia – conforme apresentam os artigos 420 e 440 do Código de Processo Civil.

No contexto jurídico atual, pode-se considerar que ainda vigora o princípio dispositivo como norma indispensável ou, ainda, como um princípio diretivo – sujeito às limitações definidas pelo legislador em outros dispositivos legais que abrandam sensivelmente, outorgando ao magistrado uma apreciável faculdade de iniciativa probatória (MARQUES, 1996, p. 100, nota 122).

O respeito diante do princípio do contraditório é uma ferramenta indispensável para observar eventuais abusos do magistrado: “assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo” (BEDAQUE, 1991, p. 78). Deduz-se, então, que uma dada pretensão em juízo é fundamentada na alegação dos fatos. O magistrado, como uma parte livre de interesses na lide, tem como objetivo averiguar o que é apresentado nos autos, sem fugir das provas levantadas por ambas as partes. Portanto, o magistrado, na fase de instrução, depende da iniciativa das partes no tocante às provas e suas justificativas – onde baseará sua decisão, concretizando então o princípio dispositivo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1992, p. 60).

Assim, cabe às partes a iniciativa na produção probatória, sendo pertinente ao magistrado a atividade meramente subsidiária – resultando na busca pela verdade nos autos processuais.

2.2.3 Do contraditório e da ampla defesa

Por meio do texto constitucional, pode-se entender que o contraditório e a ampla defesa são garantidos nos processos em que há litigantes que buscam solução para seus conflitos de interesses, e não necessariamente autor e acusado. O princípio do contraditório é abarcado Pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LV, que menciona que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são garantidos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do contraditório, também conhecido como o princípio da paridade de tratamento ou princípio da bilateralidade da audiência – segundo Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini – fundamenta-se na garantia constitucional de que é imprescindível propiciar à parte ré a possibilidade de conhecimento do pedido que corre em seu desfavor, além de “dar ciência dos fatos processuais subsequentes” a ambas as partes, e também a terceiros que tenham interesse na lide. E, além disso, “garantir possíveis reações contra decisões, sempre que desfavoráveis” (WAMBIER; TALAMINI, 2008, p. 82).

Francesco Carnelutti em sua obra *Como se faz um processo* afirma que o contraditório é uma ferramenta processual que faculta o surgimento da verdade, pois é ele que instiga “as partes a combaterem uma contra a outra, batendo as pedras, de modo que termina por fazer com que solte a centelha da verdade” (2002, p. 67). Percebe-se que o princípio do contraditório pode ser tanto o direito de ação quanto o direito de defesa. As partes que tiverem uma pretensão de direito a ser o objeto no processo têm direito de munirem-se do princípio do contraditório a seu favor.

Em seu *Curso de Direito Processual Civil*, Theodoro Júnior menciona que é por meio do contraditório que se faz “o principal consectário do tratamento igualitário das partes”, não podendo haver privilégios a nenhuma das partes. Para ele, o contraditório é absoluto, devendo “sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo, mas isso não reflete em uma supremacia absoluta e plena do contraditório sobre todos os demais princípios”. Há ocasiões em que o contraditório precisa flexionar-se a algumas medidas, para que se possa dar efetividade ao processo

justo. É o que ocorre com as questões cautelares ou antecipatórias, às quais a medida judicial é deferida em prol de uma das partes, antes de a outra se manifestar. Contudo, isso não anula o contraditório, “mas apenas se protela um pouco o momento de seu exercício”, no intuito de garantir o acesso à justiça (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 27-29).

2.2.4 Inversão do ônus da prova

Pelo fato de o ônus da prova basear-se na distribuição das provas, o fato alegado precisa ser provado por uma das partes do processo, de maneira que o magistrado convença-se a respeito do que mais se aproxima da verdade. Via de regra, como apresenta o artigo 333, I, do Código de Processo Civil, cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor – artigo 333, II.

Em seu manual, Fidélis menciona que as partes podem convencionar a inversão probatória. Para tanto, define-se a condição suspensiva, sendo que a parte que alegá-la deve provar, embora os interessados possam estipular o inverso. O acordo pode ser realizado durante o processo, embora na maioria dos casos Fidélis mencione que “convenção em tal sentido só é feita anteriormente, por ocasião do negócio jurídico” (2010, p. 596).

No que diz respeito aos direitos indisponíveis da parte, a inversão probatória não é permitida – segundo o artigo 333, I, do Código de Processo Civil. A busca pelo esclarecimento dos fatos é necessária, independentemente de qual das partes tenha o ônus probatório. Em se tratando do Código de Defesa do Consumidor, este considera o direito da parte mais fraca ser contemplada com a inversão probatória. E isto justamente para facilitar a defesa de seus direitos – artigo 6º, VIII, Código de Defesa do Consumidor. Observa-se que esta inversão, na Lei 8.078/90, não configura um privilégio, mas sim uma orientação acerca das provas para o

convencimento do magistrado, que diante do que lhe é apresentado orienta-se para decidir da melhor maneira sobre a lide.

Em se tratando de provas, a interpretação do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como norma de decisão, ganha relevância sobre as questões decididas pelo juizado especial cível – considerando a especificidade do procedimento previsto na Lei 9.099/95. Desse modo, o procedimento especial é definido pela maior sustentação oral e concentração dos atos processuais. A contestação oral ou escrita é apresentada na própria audiência (artigo 30 da Lei 9.099/95), onde são ouvidas as partes e produzidas as provas – mesmo que não requeridas previamente – artigo 33 da respectiva lei. Na continuidade, é proferida a decisão – artigo 28.

Se considerada fosse a regra do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como norma procedimental, no juízo especial seriam dois os momentos em que se poderia imaginar a inversão probatória quando o consumidor fosse o autor: em detrimento do despacho da petição inicial ou na audiência de instrução e julgamento. A inversão probatória, quando do despacho da petição inicial, sob o ponto de vista de Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p. 145-148), seria inadequada, em virtude de talvez forçar um juízo de valor prematuro sobre a lide. Por mais que a doutrina interprete a norma em comento como regra procedimental, reconhece que antes da resposta do réu o juízo não dispõe de todos os dados necessários para aferir se é situação de inversão probatória. Apenas depois de contestada a demanda e realizada a instrução poderá o juízo decidir acerca da configuração de hipossuficiência ou verossimilhança da alegação do consumidor.

A interpretação do texto que menciona a inversão do ônus probatório como regra de juízo é a única que resguarda os princípios que fundamentam o juizado especial cível, pois elenca o número de processos que tratam de relação consumerista. Mesmo que se considerasse, de ordinário, que o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor forma a regra de procedimento, impositiva seria uma compreensão diferenciada no tocante ao juizado, em consideração aos princípios que norteiam o seu procedimento.

O artigo 2º da Lei 9.099/95 preconiza que o processo, no juizado, deve ser orientado pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. E o seu artigo 6º impõe ao magistrado adotar, em cada caso, a decisão

que entender mais justa, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Em atenção aos princípios que informam o procedimento do juizado especial cível, não há espaço para o fornecedor *apostar* na distribuição dos encargos probatórios. Cabe às partes, na audiência de instrução e julgamento, trazer, desde logo, todas as provas que possuam relacionadas com a causa. Normalmente, outra oportunidade não se lhes abrirá.

Diante do que foi exposto tanto no capítulo 1 quanto no 2, observa-se que o texto contido no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor – dispositivo que apresenta a inversão probatória – constitui uma das mais importantes inovações legislativas para a proteção do consumidor. Muitas ações que envolvem a relação consumerista talvez nem fossem ajuizadas se não houvesse a norma da inversão do ônus da prova – que atua como uma ferramenta de equilíbrio entre as partes na relação processual.

Portanto, é indispensável para a plena eficácia dos direitos estatuídos pelo Código de Defesa do Consumidor, que seja conferida ao texto do artigo 6º, VIII, interpretações que não o restrinjam.

3 INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

3.1 O que é a inversão e o momento que ocorre

Um dos fatores de grande relevância presente no Código de Defesa do Consumidor é a possibilidade de inversão probatória que está determinada no artigo 6º, VIII:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

Por meio deste dispositivo firma-se o entendimento de que pode ocorrer a inversão probatória em dois momentos. Ou melhor, quando o consumidor for verossímil ou quando for hipossuficiente. Outro fator importante é o de esta inversão não ocorrer automaticamente por força de lei: pode ser concedida de ofício ou a requerimento da parte. Ainda o Código de Defesa do Consumidor adotou a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova: o magistrado pode inverter o ônus probatório se encontrar a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor. Se porventura a inversão acarretar prejuízo ao consumidor, ela é considerada nula – em conformidade com o artigo 51, II, do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, vê-se que a inversão do ônus da prova tem como papel obrigar a parte adversa a custear as despesas da prova requerida pelo consumidor.

Para compreender a extensão da aplicabilidade da distribuição do ônus da prova, como previsto no artigo 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor, fixou-se seu conceito anteriormente, podendo-se dizer que a parte que tem o ônus de prova

deve fazê-lo, sob pena de, pela omissão, ver sua pretensão negada por insuficiência de provas. A distribuição do ônus da prova é justamente para nortear o exercício processual, mencionar a quem incumbe demonstrar seu direito.

Se as provas nos autos são suficientes para a decisão, sem importar quem a produziu, torna-se desnecessário o conjunto de normas do ônus da prova.

O reconhecimento da diferença entre consumidor e fornecedor, no Código de Defesa do Consumidor, pode propiciar ao magistrado a faculdade de transmitir ao fornecedor a obrigação de provar que não lesou o consumidor. Isto em virtude do fato de o fornecedor, dentre outras responsabilidades, ter o domínio do conhecimento tecnológico no que tange ao produto ou serviço que está inserindo no mercado.

Sob este prisma, as divergências no consumo, preferencialmente, podem ser resolvidas com base no próprio Código de Defesa do Consumidor, e não pelo Código Processual Civil, tendo em vista que aquele abre caminho para a inversão do ônus probatório, observando o fator da hipossuficiência do consumidor. É indiscutível que em muitas das relações de consumo o consumidor possui pouco conhecimento e informação; logo, caracteriza-se como a parte mais fraca para qualquer discussão que englobe os vícios dos objetos desta relação (produtos/serviços).

Existindo lesão ao consumidor, para que este tenha uma reparação – em conformidade com o Código de Defesa do Consumidor – basta que este prove o fato, o dano e o nexo causal. Cabe salientar que a produção de provas, para consumo, torna-se difícil de realizar. Assim, ao inverter o ônus probatório, o consumidor teria apenas que apresentar seu problema, sendo o fornecedor aquele com o ônus de comprovar que os argumentos e fatos pautados pela outra parte não correspondem à realidade, ou melhor, que os direitos da parte hipossuficiente não estão constituídos. Poderia ainda o fornecedor respaldar-se de questões impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do consumidor.

Porém, para verificar tal inversão, conforme Luiz Gastão Paes de Barros Leães (2003, p. 257), seria necessário observar a verossimilhança das alegações apresentadas pelo consumidor ou, ainda, a sua hipossuficiência. Deve haver reflexão sobre estes dois aspectos, de forma individualizada, para que em seguida

se analise a necessidade de existir ambos ou apenas um deles, tendo em vista que o consumidor teria o direito do ônus modificativo.

Logo, com o intuito de minimizar as consequências desfavoráveis para a parte que deixar de cumprir o ônus da prova, o Código de Defesa do Consumidor trouxe a inversão do ônus da prova em três dispositivos: artigos 6º, VIII, 12 e 38, sob formas diferenciadas de abordar a inversão.

A prerrogativa da inversão de ônus da prova em favor do consumidor decorre do reconhecimento de sua vulnerabilidade aliada à plausibilidade de seu direito alegado em juízo; já o fornecedor deve provar a isenção de vícios da relação estabelecida.

Esta situação faz parte do cotidiano, pois o consumidor pode não ter conhecimento técnico suficiente para poder instruir (sob o prisma probatório) uma relação de consumo viciada; em contrapartida, o fornecedor, certamente há de possuir argumentos justamente por ter familiaridade com as limitações do produto ou serviço. Com o intuito de diminuir esta desigualdade entre consumidor e fornecedor faz-se presente a inversão do ônus da prova em favor da parte mais vulnerável – no caso, o consumidor.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor prevê tal situação, ao mencionar em seu artigo 6º que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII- A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Observa-se que o dispositivo mencionado atende à hipossuficiência advinda da vulnerabilidade do consumidor, sendo requisito para que judicialmente se atente para a existência de desequilíbrio na relação de consumo. Assim, a inversão do ônus da prova presta-se ao tratamento desigual de partes desiguais, com vistas a

obter um patamar de igualdade, sem a preponderância natural do fornecedor sobre o consumidor.

Ainda há outras implicações a serem refletidas: uma vez existente a relação de consumo e, em consequência, surja um litígio, o próprio trâmite processual poderá revelar um descompasso entre possibilidades e condições processuais das partes litigantes. Na opinião de Joaquim Felipe Spadoni, é indispensável a aplicação da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, de maneira a atuar regulando estas forças, pois:

Através da possibilidade de inversão do ônus da prova, o que o Código do Consumidor viabiliza é justamente, e mais uma vez, equilibrar as forças, agora no plano processual, entre fornecedor e consumidor, a partir da redistribuição dos ônus probatórios, a fim de que o ônus da prova fique a cargo daquele que tem a capacidade técnica e financeira para tanto, o fornecedor.

Isto porque, entre as partes processuais, é o fornecedor que presta o serviço ou que fabrica ou vende o produto, o único que exclusivamente possui ou deve possuir as informações e os dados técnicos relevantes sobre o objeto de consumo oferecido e que é também o objeto da relação jurídica cujo conhecimento é necessário para a adequada solução da demanda.

Esclareça-se, entretanto, que a inversão do ônus da prova significa, na realidade, a imposição de ônus ao fornecedor de realizar a prova negativa do fato constitutivo do direito do consumidor. Por outras palavras, inverter-se o ônus da prova significa exigir-se do fornecedor a demonstração de que o fato constitutivo do direito alegado pelo consumidor não ocorreu (2000).

Segundo o autor, é possível ainda ir mais longe, no sentido de que realmente o objeto a ser processado seja uma situação vinculada ao fato constitutivo do Direito do consumidor, que terá berço ou natureza em decorrência de vício ou de insatisfação. É dever do fornecedor provar por meios lícitos que a sua conduta segue orientação legal confirmada e legitimada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Para melhor entender as normas de distribuição das provas no Código de Defesa do Consumidor, faz-se importante mencionar que este dispositivo adotou a responsabilidade objetiva de modo geral. Comprova-se pelos artigos 12 e 14 que mencionam:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

No tocante aos profissionais liberais, a lei consumerista traz uma exceção no §4º do artigo 14: responsabilidade civil subjetiva: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Salienta-se, ainda, que no quesito dos contratos, o artigo 51, VI, do Código de Defesa do Consumidor, menciona a proibição contratual que impõe o encargo probatório em prejuízo do consumidor. Finalmente, o já citado dispositivo aborda como direito básico do consumidor a facilitação da defesa do seu direito, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova, tal como já fora mencionado no artigo 6º, VIII. As regras referentes à distribuição de carga probatória parecem direcionar-se, na maioria das vezes, ao destinatário maior da prova: o Magistrado. Desse modo, observa-se que a parte com o ônus de provar tem apenas o papel de apresentar os pressupostos das normas reguladoras que são favoráveis aos pedidos advindos de seus interesses.

A distribuição do ônus da prova tem por base o artigo 333 do Código de Processo Civil, o qual agrega ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O mesmo artigo faz menção, em seu parágrafo único, à inversão convencional do ônus da prova, ao expor que esta não pode recair sobre direito indisponível da parte, nem lhe tornar excessivamente difícil o exercício do direito.

Concluída a fase de instrução processual, o magistrado julgará a causa em conformidade com os fatores apresentados nos autos; logo a relevância do ônus da prova será observada pelo juiz, quando existir falta ou insuficiência de provas. Tratam-se de momentos em que as provas incluídas no processo não são satisfatórias para firmar a certeza dos fatos no magistrado. Este, em tais

circunstâncias, subsidiando-se do sistema de valoração da prova, sem estar certo do que lhe é apresentado, recorrerá às normas de repartição do ônus da prova para chegar à decisão final.

Assim, depois de valorar as provas por intermédio de persuasão, sem, no entanto, atingir um resultado satisfatório para o julgamento do processo, o magistrado valer-se-á das normas do ônus da prova, onde está exposto o que se almeja dos envolvidos e o que é acarretado quando há omissão ou má produção de provas. Aquele que não conseguir provar suas alegações pode sofrer o provimento jurisdicional contrário ao que desejava. Porém, isso não quer dizer que o autor tenha seu pedido indeferido, pois não conseguiu por iniciativa própria provar seus direitos.

As provas agregadas aos autos, seja pela parte adversa ou pelo juiz, com base no princípio da aquisição processual, são inerentes ao processo, independentemente de quem as produziu. Portanto, precisam ser consideradas como um todo para a solução do conflito, podendo o pedido de qualquer dos envolvidos ser acolhido, mesmo que não tenha ele próprio produzido as provas necessárias.

Observa-se, então, que as regras do ônus da prova destinam-se a subsidiar o juiz na decisão em caso de dúvidas sobre o processo. Tais normas auxiliam no julgamento e definem um encargo para os envolvidos, com consequências que podem ser direcionadas a quem não cumprir o ônus probante determinado, pois sem provas o autor não consegue alcançar seu direito, tampouco fazer valer sua pretensão jurídica. Da mesma forma, o réu sem provas não consegue impedir, nem modificar ou extinguir o pedido do autor.

No que tange ao momento propício para a inversão do ônus da prova, Nelson Nery Junior sustenta que:

[...] a parte que teve contra si invertido o ônus da prova [...] não poderá alegar cerceamento de defesa, pois desde o início da demanda de consumo já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo non liquet quanto à prova, poderia ter de contar ela invertido o ônus da prova (2002, p. 69).

Por esta interpretação, pode-se considerar que as partes apenas têm conhecimento das normas distributivas do ônus da prova quando o magistrado prolatar sua decisão. Em virtude deste contexto, existe a reflexão de que pareceria um contraponto ao princípio da ampla defesa – uma vez que a parte não poderá mais produzir novas provas, com exceção dos termos contidos no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Para o Ministro Carlos Alberto Menezes (Recurso especial n. 598.620, relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ de 18.04.2005), o pronunciamento a respeito da inversão do ônus da prova deve dar-se no momento processual próprio. Logo, pode-se entender que esta seja a abertura para o saneamento da lide e do início da dilação probatória – onde se fixam as controvérsias, afere-se a pretensão de inversão do encargo probatório e passa-se à instrução da demanda.

As divergências no consumo, preferencialmente, podem ser resolvidas com base no próprio Código de Defesa do Consumidor, e não pelo Código Processual Civil, tendo em vista que aquele abre caminho para a inversão do ônus probatório. O inciso VIII do artigo 5º da Lei nº 8.078/90, ao contemplar o juiz com a faculdade de inverter o ônus da prova, observando as alegações e também o fator da hipossuficiência do consumidor, pode decidir, de forma mais equilibrada, o conflito entre as partes. Segundo Holthausen (2006, p. 26), a possibilidade de inversão do ônus probatório em favor do consumidor firma a preocupação do legislador em fornecer à norma um caráter efetivo. É sabido que, em muitas das relações de consumo, o consumidor possui pouco conhecimento e informação, logo, caracteriza-se como a parte mais fraca para qualquer discussão que englobe os vícios dos objetos dessa relação (produtos/serviços).

Salienta-se o valor da produção probatória existindo lesão ao consumidor, para que este tenha uma reparação – em conformidade com o Código de Defesa do Consumidor –, quando se faz imprescindível que comprove seus direitos. Verifica-se, no entanto, que a produção de provas, para consumo, torna-se difícil de realizar. Desse modo, a pacificação social estaria prejudicada, e o desequilíbrio na relação se instalaria. Assim, ao inverter o ônus probatório, o consumidor teria apenas que apresentar seu problema, sendo o fornecedor dotado do ônus de comprovar que os argumentos e fatos pautados pela outra parte não correspondem à realidade, ou

melhor, que os direitos da parte hipossuficiente não estão constituídos. Poderia, ainda, o fornecedor, respaldar-se de questões impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do consumidor.

Porém, para constatar tal inversão, conforme Luiz Gastão Paes de Barros Leães (2003, p. 257), seria necessário observar a verossimilhança das alegações apresentadas pelo consumidor ou, ainda, a sua hipossuficiência. Também seria imperiosa a reflexão sobre esses dois aspectos, de maneira individualizada, para que, em seguida, se analisasse a necessidade de existir ambos ou apenas um deles, tendo em vista que o consumidor teria o direito do ônus modificativo.

Logo, com o intuito de minimizar as consequências desfavoráveis para a parte que deixa de cumprir o ônus da prova, o Código de Defesa do Consumidor trouxe a inversão do ônus da prova em três dispositivos: artigos 6º, VIII, 12 e 38, contudo sob formas diferenciadas de abordar a inversão.

3.2 Requisitos para a inversão

A norma geral no que tange a inversão probatória apresenta-se no artigo 333 do Código de Processo Civil. No entanto, ao se tratar da relação consumerista, prevalece o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, salientando que esta inversão, a critério do magistrado, pode ser realizada no momento em que as alegações forem verossímeis ou ainda quando o consumidor for reconhecido como hipossuficiente.

Carlos Roberto Barbosa Moreira em sua obra *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, menciona a seguinte questão:

Permite a lei que se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na dispensa do ônus da prova de determinado fato, o qual sem a inversão lhe tocava demonstrar, à luz das disposições do processo civil comum; e se, de um lado a inversão exime o consumidor daquele ônus, transfere ao fornecedor o encargo de provar que o fato – apenas afirmado, mas não provado pelo consumidor – não aconteceu. Portanto, no tocante ao consumidor, a inversão representa a isenção de um ônus; quanto à parte contrária, a criação de um novo ônus probatório que se acrescenta aos demais existentes desde o início do processo e oriundos do artigo 333 do Código de Processo Civil (2002, p. 76).

Desse modo, o magistrado pode proceder à inversão do ônus da prova no momento em que perceber que as alegações do consumidor são verossímeis ou, ainda, tendo por base a sua condição hipossuficiente. Para retomar, faz-se importante mencionar que verossímil engloba o que é aceitável diante de uma realidade fática, ou seja, considera-se a prova em sua primeira aparência, que pode ser peça importante no momento da decisão do magistrado. Esta inversão tem por justificativa a hipossuficiência do consumidor, não apenas em termos econômicos, mas também jurídicos no quadro processual.

Observa-se a existência de uma regra especial aplicável às relações consumeristas que possuem um regime diferenciado no tocante à vulnerabilidade de uma das partes – o que determina a aplicação do conceito material de isonomia – envolvendo a consideração desigual dos desiguais, na medida de suas desigualdades. Se o consumidor estiver numa situação menos favorável do que o fornecedor, pode-se buscar a aplicação de uma norma que o aproxime de seu direito, colocando em harmonia a força das partes.

Assim, possivelmente o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (que determina a inversão do ônus probatório) seja utilizado, tendo em vista a presença da verossimilhança do que é exposto nos autos e a hipossuficiência do consumidor. Conseqüentemente, o artigo 333 do Código de Processo Civil assemelha-se ao que é aplicado no artigo mencionado neste mesmo parágrafo. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor, em sua regra especial, comporta a questão em que o magistrado, ao constatar a inexistência de provas para o desfecho do litígio, e preenchidos os requisitos da lei, aplicará a inversão do ônus probatório. O juiz apenas pode aferir a existência (ou não) de provas, além da presença dos requisitos autorizadores da inversão, quando prolatar a sentença. Isso em virtude de,

neste momento, o magistrado verificar o mérito da questão – confrontando com as alegações autorais e uma possível realidade fática.

A inversão probatória definida no parágrafo 3º dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor define a responsabilidade civil do fornecedor como aquela que não se encontra no âmbito da discricionariedade do magistrado. Logo, ela é obrigatória por força de lei. Ocorrido o problema de consumo e existindo a prova de verossimilhança – advinda das normas de experiência comum – que possibilita um juízo de probabilidade, o Código de Defesa do Consumidor presume o defeito do produto ou serviço, permitindo ao fornecedor afastar o seu dever de indenizar se provar que o defeito não existe (artigos 12, § 3º, II e 14, § 3º, I).

Para Fredie Didier (2006, p. 515), a regra de inversão probatória é de procedimento, pois não é ela a mesma norma daquela que distribui o ônus da prova. Conforme seu entendimento, não seria lícito ao magistrado operar a inversão no instante da sentença, pois ocorreria situação particular quando o juiz, no mesmo momento, atribuiria o ônus ao réu e lhe negaria a possibilidade de desincumbir-se de seu encargo, tendo em vista já ultrapassada a fase probatória.

No entanto, há entendimento diverso. Kazuo Watanabe vê a inversão probatória como uma norma de julgamento:

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado em edições anteriores: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considera-se demonstrado o fato afirmado pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova (2001, p. 735).

Atenta-se, então, para um ponto que parece envolver várias discussões. Cláudia Lima Marques (2007, p. 62), em seu *Manual de Direito do Consumidor*, sustenta que a regra da inversão do ônus da prova opera-se pela vontade do juiz.

Sua aplicação se desenvolveria a partir de critérios de conveniência e oportunidade. Para José Carlos Maldonado de Carvalho, “por ser regra destinada à formação da convicção do julgador, só pode ela ocorrer por ato próprio do juiz, que verificará a necessidade de sua aplicação segundo regras ordinárias de experiência” (2007, p. 48).

A inversão do ônus probatório provém do Direito Processual, pois se refere ao ônus da produção das provas no que tange ao processo, mesmo que elas estejam inseridas no rol dos direitos básicos do consumidor. Portanto, pode-se refletir que a norma processual precisa ser observada em conformidade com o entendimento do magistrado, já que objetiva regular o seu exercício. Como bem define o professor Rizzato Nunes: “no processo civil, como é sabido, o juiz não age com discricionariedade (que é medida de conveniência e oportunidade da decisão). Age sempre dentro da legalidade, fundando sua decisão em bases objetivas” (2007, p. 738).

Parece, então, que o magistrado não possui a liberdade de escolher entre aplicar ou não a norma da inversão probatória. Cabe ao juiz averiguar se estão presentes os requisitos legais. E uma vez presentes, comporta-se a inversão do ônus da prova. Aponta-se, então, que compete ao magistrado determinar a inversão: presentes os requisitos da lei, ele determinará a inversão.

É importante estudar se os requisitos do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor são cumulativos ou alternativos. No entendimento de Cláudia Lima Marques, “a favor do consumidor pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso” – no que se refere à hipossuficiência e verossimilhança (2002, p. 62).

Observa-se que a inversão probatória tem como objetivo facilitar a comprovação do que é alegado em juízo pela parte mais fraca, que na maioria das situações talvez não tenha conhecimento técnico e clareza para buscar a produção de determinadas provas. Pode porventura acontecer a inversão do ônus e, ainda assim, o fornecedor ter sucesso. Desse modo, pode-se considerar a inversão probatória como um benefício ao consumidor, porém àquele que realmente não tenha condições de produzi-la e que esteja em juízo para defender um direito que acredita (com boa-fé) ter. Assim, verifica-se que nas demais situações legais de inversão, previstas nos artigos 12, § 3º, 14, §3º e 38 do Código de Defesa do

Consumidor, reflete-se a inversão advinda da lei, independentemente da decisão do magistrado.

A lei prevê, em casos como do artigo 12, §3º do Código de Defesa do Consumidor, que o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não serão responsabilizados pelos danos causados ao consumidor pelo defeito do produto se provarem que não colocaram o produto no mercado; que embora colocado o produto no mercado o defeito inexistente; ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro. Desse modo, as razões de exclusão são taxativas. O Código não prevê a concorrência de causas; se houver, o fornecedor responderá integralmente em virtude da vulnerabilidade do consumidor.

A inversão do ônus da prova, como uma facilidade de defesa dos direitos do consumidor pode, então, pelo que se viu até este momento na pesquisa, ser admitida quando um dos seus requisitos for satisfeito: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor.

Evidencia-se que a inversão probatória é salutar nas relações consumeristas que dependem da decisão do magistrado. É também um instrumento importante para a proteção do consumidor hipossuficiente, além de um meio de acesso à jurisdição, sendo legítima e com amparo constitucional. Mas a inversão não é assegurada a todo consumidor. A lei a prevê em situações em que ocorra por decisão do julgador, e no cumprimento de requisitos que precisam ser observados: verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor. Já na inversão que independe da decisão judicial, presume-se a hipossuficiência do consumidor – motivo que o dispensa a produzir a prova dos fatos alegados.

De acordo com Fredie Didier Junior, o ônus “é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação” (2006, p. 512). Desse modo, o artigo 333, II, do Código de Processo Civil introduz a norma de ônus probatório quando o autor não possui o dever legal de provar os fatos norteadores do seu direito, e tampouco tem o réu a obrigação de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Trata-se de um encargo, ou melhor, de uma incumbência onerosa. No entanto, o não cumprimento desta pode acarretar resultados indesejáveis a quem poderia cumpri-la. Por conseguinte, a norma que menciona o ônus da prova não

traz, de acordo com Didier, “regras que distribuem tarefas processuais” (2006, p. 512). Isso implica em concluir que a norma processual não carrega deveres jurídicos, mas uma solução para a questão da obrigatoriedade de julgamento, mesmo em casos onde não há provas nos autos para o convencimento do magistrado. Por outro lado, pode-se questionar se a ausência de provas seria sinônimo de obscuridade ou lacuna na lei. Mas isso parece não ser razão suficiente para que o Juiz não tome suas decisões, pois a lei traz uma solução para tal situação, que seria justamente a regra do ônus probatório.

Sem provas no processo de nenhuma das partes, o magistrado buscará a norma contida no artigo 333 do Código de Processo Civil, ou melhor, se não há prova sobre o que é alegado, observará o juiz de quem era o encargo de produzi-las. No entanto, as provas podem ser trazidas por outro sujeito do processo, que não seja necessariamente o autor da ação. Pode o réu, na preocupação de produzir mais e mais provas, acabar ressaltando uma que, ao invés de favorecer a si mesmo, favoreça o autor.

Neste caso, o magistrado acolherá a pretensão autoral, embora o autor não tenha cumprido com seu ônus de produzir a prova que lhe beneficie. É salutar a reflexão de Alexandre Freitas Câmara (2008), ao afirmar que o ônus do réu não se restringe tampouco em provar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor, mas lhe incumbe provar que não há o fato constitutivo do direito do autor, denominado de “ônus da contraprova”. Para Câmara, o réu pode assumir dois ônus: o de provar a inexistência do fato constitutivo do autor – situação que admite a existência do fato – ou assumir a existência do fato – provar que houve causa modificativa, impeditiva ou extintiva.

Percebe-se que a origem probatória é um instrumento para que o magistrado aplique a norma na ocasião de tomar sua decisão, pois é neste instante que o juiz observará se há ou não provas suficientes para fundamentar o litígio. Logo, cabe exclusivamente ao julgador atentar para a existência ou não de provas. E, verificando sua insuficiência, expressar a quem cabia a função de produzi-las, para em seguida decidir, não lhe sendo possível deixar de decidir por ausência de provas.

3.3 Da inversão nos direitos individuais e coletivos

Percebe-se que há uma relação entre as regras contidas no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Processo Civil, além da Lei 7.347/85, com aplicação destas duas últimas em se tratando dos princípios que aparecem no Código de Defesa do Consumidor, apresentados no artigo 6º deste mesmo dispositivo.

João Batista de Almeida menciona o princípio da isonomia entre os princípios peculiares aplicáveis à tutela do consumidor – como base que engloba essa questão. Segundo ele:

Os consumidores devem ser tratados de forma desigual pelo CDC e pela legislação em geral a fim de que consigam chegar à igualdade real. Nos termos do art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, entendendo-se daí que devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades (2000, p. 65).

É claro que consumidor e o fornecedor são partes desiguais na relação consumerista. E isto ocorre tanto no que diz respeito à técnica quanto à economia – sendo que o fornecedor possui técnica e domínio acerca do bem ou serviço colocado no mercado e que por ele são oferecidos ao consumidor.

Em sua posição, o fornecedor, que também pode ser fabricante, produtor, comerciante ou prestador de serviços, mesmo não sendo a parte hipossuficiente na relação de consumo, tem sua defesa garantida nos artigos 301 e incisos, 265, IV, a, e 267, IV do Código de Defesa do Consumidor.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já com a posição de Constituição Cidadã, buscou positivar em suas normas tanto os direitos metaindividuais quanto os institutos processuais de garantia dos direitos nela previstos. Os direitos coletivos apresentam-se nos artigos 5º e 6º, porém, segundo

José Afonso da Silva (2003, p. 194), encontram-se direitos desta origem também no título da Ordem Social, como o direito ao meio ambiente. Outros direitos coletivizados são os dos consumidores; o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, traça alguns aspectos de tutela dos direitos transindividuais. A Constituição é solene ao garantir a defesa do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural a todos os cidadãos, através da Ação Popular (artigo 5º, LXXIII).

Observa-se que a inversão probatória ganhou espaço com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, apresenta-se uma conceituação importante no ramo coletivo do direito, aquele que divide a coletividade em direitos difusos e coletivos, no sentido estrito, e direitos individuais homogêneos. Para tanto, leia-se o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Desse modo, ao permitir a defesa dos direitos dos consumidores de maneira coletiva, o código abriu a possibilidade para que também nesta defesa se utilizasse o instituto da inversão. Fazendo-se uso de um entendimento sistemático da lei, também nas ações coletivas a inversão probatória se aplica, pois à coletividade que haja tomado parte numa relação de consumo se estendem os dispositivos do código (MAZZILLI, 2005, p. 55).

Segundo Carlos Ari Sundfeld (2006, p. 142), para que se faça a inversão do ônus da prova em uma lide onde existam interesses coletivos, faz-se salutar mencionar que apenas nas demandas em que o Ministério Público não for autor é

possível pensar em inversão probatória, já que o *parquet* dispõe de uma instrução relevante: o inquérito civil. Portanto, aplicar a inversão em situações assim colocaria o réu em grande disparidade processual. O Ministério Público é o órgão dotado de poderes investigativos, e justamente por esta razão não precisa do benefício da inversão – tendo em vista que não é hipossuficiente. Outro fator relevante diz respeito à relação entre direitos individuais e coletivos que podem estar imbricados numa mesma relação processual. Desse modo, como bem menciona Leão (apud MALUF, 1993, p. 311), há duas formas de interesse: os puramente individuais e os metaindividuais. A situação é que os interesses coletivos precisam ser públicos para que possam ser tutelados por princípios e normas de direito público, sendo que é da matriz teleológica do Estado Democrático de Direito a consecução do bem comum – que apenas se viabiliza a partir do momento em que os direitos comuns do povo recebem a tutela adequada.

No que diz respeito à imaturidade democrática brasileira, Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 103-104) menciona que o *parquet* tem realizado a contento suas funções, especialmente no que tange à ação civil pública, pois o número de ações desta ordem, propostas pelo órgão, supera em muito o número de ações propostas pelos outros Colegitimados do artigo 5º da Lei 7347/85. No entanto, sustenta-se que isto ocorre em virtude de que quando a coletividade inicia a demanda, pode encontrar entraves que lhe dificultam o acesso à Justiça. Ressalte-se:

A observância pelo Estado da lei – e, então, o controle desta observância pelo próprio Estado – é a única garantia da legitimidade dessa instituição. Por seu turno, as demandas coletivas representam talvez o mecanismo mais moderno de democracia participativa e, assim, de controle social daquela observância, o que as eleva à categoria de instrumento fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito (ARENHART, 2005, p. 177).

Sob este prisma, observa-se que a doutrina concebe também hipossuficiência no que diz respeito à informação, não apenas no aspecto econômico. Mesmo com a inversão probatória, a parte autora precisa demonstrar a hipossuficiência ou a verossimilhança dos fatos para que, só assim, possa invocá-la. Desse modo, as

associações ou entidades de classe, até mesmo o cidadão em grupos de ação popular, os sindicatos, entre outros grupos, necessitam ser contemplados com essa possibilidade processual caso preencham os dois fatores anteriormente mencionados.

O Código de Defesa do Consumidor, como entende Rogério Zuel Gomes (2009, p. 207), tratou de consolidar mecanismos de tutela coletiva de interesses que, juntamente com outras leis processuais esparsas, vêm construindo o que se pode chamar de teoria geral do processo coletivo. Essa teoria tem como função tutelar o direito da coletividade numa relação de consumo.

Ao complementar as palavras de Gomes, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2005, p. 81) menciona que ações coletivas realmente devem ser direcionadas para a tutela dos direitos coletivos, conforme o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê. Isso ocorre para que as partes não deixem de ter seus conflitos resolvidos simplesmente por não possuírem um domínio de conhecimento tão específico quanto o fornecedor sobre o produto ou serviço prestado.

Uma vez concedida a inversão do ônus da prova para a coletividade, ficarão esses consumidores desincumbidos de provar tanto o dano como o nexo de causalidade entre produto/serviço e o que causou o dano. Caberá, portanto, ao fornecedor produzir a prova que possa ilidir a presunção de verossimilhança ou hipossuficiência em favor desse grupo de consumidores. Acerca disso, Gomes esclarece que o fornecedor tem o direito de ser previamente informado do ônus que lhe cabe, por ocasião do deferimento da inversão, para que, dessa maneira, consiga exercer amplamente seu direito de defesa no processo.

O cidadão consciente, unido a outros que também se sentem prejudicados em seus direitos, tem ainda mais poder para lutar em favor próprio e, ao mesmo tempo, da coletividade. Nessa circunstância, a inversão do ônus da prova vem a calhar, pois pode ser considerada como um mecanismo favorável na busca das soluções de conflitos coletivos nas relações de consumo.

3.4 A inversão em segundo grau de jurisdição

Imagine-se que o juízo de primeiro grau tenha decidido improcedente o pedido feito pelo consumidor, por entender que este não se desincumbira do ônus a ele pertencente, de demonstrar a veracidade das alegações iniciais. Cabe indagar se, interposta a apelação, o tribunal poderia reformar a sentença e julgar procedente o pedido, por entender que, na espécie, seria aplicável a regra do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, de modo que ao fornecedor incumbia a prova de que as alegações do consumidor não eram verdadeiras.

Aceito o entendimento de que a distribuição do ônus probatório para o fornecedor independe de manifestação prévia do juízo, por decorrer de regra de julgamento, não há dificuldade em acatar a possibilidade de ser reconhecida apenas no tribunal a presunção de veracidade das alegações do consumidor.

Observa-se que quando as partes produzem provas, não o fazem apenas para o juízo monocrático de primeiro grau de jurisdição. Fazem-no, também, para o órgão colegiado de segundo grau de jurisdição, pois o processo não termina com a prolação da sentença, como bem demonstra o artigo 162, § 1º do Código de Processo Civil, ao mencionar que o papel da sentença é pôr fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição.

Parece equivocado o argumento de que o fornecedor seria surpreendido porque haveria uma inversão do ônus probatório, apenas em grau de recurso, a impossibilitar-lhe a produção de provas. A inversão do ônus da prova decorre de ato legislativo, desde que presentes os fatores expostos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Nota-se que cabe ao magistrado, bem como a ambas as partes, entender as normas expostas no Código de Defesa do Consumidor relacionando-as com a situação concreta apresentada nos autos, para só então concluir-se se pode haver ou não a inversão do ônus da prova.

Portanto, ao considerar o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor em seu inciso VIII, não há que se falar em surpresa ou cerceamento de defesa em

situações em que o tribunal decida a favor do consumidor por considerar – diferente do juízo *a quo* – que o ônus probatório incumbia ao fornecedor.

Em muitos processos em segundo grau o tribunal concede a inversão do ônus da prova ou então nega, conforme as jurisprudências abaixo colacionadas. Como já visto, a inversão pode ser concedida a qualquer momento, tanto em 1º como em 2º grau.

Como a maioria dos processos de consumo são encaminhados aos Juizados Especiais, os recursos são julgados pelas Turmas Recursais. Um ponto interessante a frisar é que a amplitude da produção de provas é menor no âmbito dos Juizados, diferentemente do que ocorre na justiça comum. Ressalta-se que é opção do consumidor entrar com ação pelo Juizado ou pela Justiça Comum, sendo que no 1º grau, nos Juizados, quem julga são juízes leigos e não de direito, e no 2º grau são juízes e não desembargadores.

3.5 Análise de jurisprudência

Nas decisões do Tribunal de Justiça relativas às causas que versam sobre inversão probatória no Direito do Consumidor, ou seja, sobre a procedência ou não deste benefício ao consumidor, dois aspectos são especialmente analisados: a presença de verossimilhança entre os fatos apresentados nos autos e as provas, bem como a presença de hipossuficiência com relação ao fornecedor.

Em sua maioria, as decisões fundamentam-se no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, que explicita a facilitação da defesa de seus direitos com relação à inversão probatória, quando a critério do magistrado for verossímil a alegação, ou ainda quando for o consumidor hipossuficiente. Desse modo, observa-se que quando o consumidor não apresenta provas, ou mesmo apresentando-as, elas são insuficientes, a inversão do ônus da prova não é procedente. Foi o que ocorreu com a demanda que versa sobre a contratação de serviço publicitário, em que o ônus probatório permanece com a parte autora por

esta não demonstrar o mínimo de verossimilhança com relação aos fatos que narrou nos autos:

É dizer: não há provas, por parte da demandada, de que houve alguma contratação que pudesse justificar a existência do débito, sendo lícito concluir, dada a regra do art. 6º, VIII, **Código de Defesa do Consumidor (CDC)**, que o débito inexistente (RIO GRANDE DO SUL, Nº 70054059969).

Em outro caso – que pode ser considerado frequente por tratar-se de ação contra uma empresa de telefonia – fez-se também indispensável a presença de verossimilhança da situação exposta pela parte autora. A consumidora defende ter recebido cobrança indevida de serviços telefônicos, tendo em vista não possuir nenhuma dívida com a operadora. Em razão disso, pediu indenização por danos morais e desconstituição da dívida objeto da lide. No entanto, a autora deveria ter indicado que a dívida cobrada pela ré relacionava-se diretamente com os serviços cujo pagamento já havia sido adimplido – ônus que lhe pertencia e não foi cumprido (artigo 333, I do Código de Processo Civil). Sendo assim, a prestadora de serviços telefônicos se desincumbiu do ônus probatório que recaía sobre si acerca do que fora alegado pela autora, conforme o exposto no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, o fornecedor precisa apresentar os elementos de prova relacionados à contratação efetuada na forma consumerista:

No caso concreto, incontroversa a relação de consumo entre os litigantes, devendo ser aplicadas ao caso as disposições do artigo 6º, inc. VIII, do **Código de Defesa do Consumidor**, cabendo ao fornecedor apresentar os elementos de prova relacionados à contratação efetuada na forma consumerista. Contudo, tal situação não exige a requerente da comprovação do mínimo de suas alegações, a teor do artigo 333, inc. I, do **CPC**. Cabe dizer que, mesmo com a inversão do ônus probatório, as regras tradicionais do processo civil sobre '*ônus probandi*' continuam válidas, incumbindo à autora demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e/ou extintivos do demandante (RIO GRANDE DO SUL, Nº 70053950770).

Para o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

[...] a regra continua a mesma, ou seja, o consumidor como autor da ação de indenização deverá comprovar os fatos constitutivos do seu direito. O fornecedor, como réu da ação de reparação de danos, deverá demonstrar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do consumidor, bem como aqueles cujo ônus probatório lhe for atribuído pela lei ou pelo juiz (2002, p. 328).

Desse modo, justifica o magistrado que tendo disponíveis todas as informações sobre os valores contratados, além das faturas telefônicas e a cobrança impugnada pela autora, não seria algo de grande dificuldade para a consumidora ilustrar sobre a alegada ocorrência de eventual cobrança excessiva. No entanto, o processo ainda precisava de maiores provas fáticas para, só então, ocorrer a inversão probatória – pois aí a verossimilhança, e quiçá a hipossuficiência, que são indispensáveis para essa benesse, confirmariam a situação.

Noutras três decisões a respeito de cobrança indevida feitas contra uma empresa de telefonia, entendeu-se também que não foi demonstrada pelos consumidores a presença de verossimilhança com relação aos fatos que alegaram. Deste modo, a inversão probatória também não foi procedente em ambos os casos:

O apelo não merece prosperar. Conquanto não se tenha dúvida sobre a natureza da responsabilidade ser objetiva, porquanto independe da prova da culpa, pois caracterizada a relação de consumo, e muito menos de que nestes casos a inversão do ônus da prova decorre diretamente da lei – conforme dispõe o inc. VIII do art. 6º, também do CDC -, não há como chegar à conclusão diversa, após a análise dos autos, senão a de que o pleito não merece prosperar.

Simplesmente porque não há verossimilhança nas alegações do autor que permita a inversão do ônus da prova. Conforme determina o art. 333, em seus incisos I e II, do CPC, cabe à parte autora a demonstração do fato constitutivo do seu direito, enquanto ao réu recai a prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor (RIO GRANDE DO SUL, Nº 70053940185).

No caso concreto, incontroversa a relação de consumo entre os litigantes, devendo ser aplicadas ao caso as disposições do artigo 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cabendo ao fornecedor apresentar os elementos de prova relacionados à contratação efetuada na forma consumerista. Contudo, tal situação não exime a requerente da comprovação do mínimo de suas alegações, a teor do artigo 333, inc. I, do CPC (RIO GRANDE DO SUL, Nº 70053950770).

Observa-se que nas situações aqui apresentadas as partes autoras afirmam ter quitado seus débitos e, em razão disso, as cobranças posteriores foram indevidas. No entanto, não há apresentação do menor indício que seja de verossimilhança e, por este motivo, não lhes foi concebida a inversão probatória. Tudo porque, para o magistrado, não houve possibilidade de reconhecer a demonstração dos fatos constitutivos pelas partes autoras.

Não diferente disto é o que ocorre nos autos de número 70053773032, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que a parte autora também afirma ter recebido cobrança indevida da empresa de telefonia. Porém, não demonstrou o fato constitutivo de direito e, por esta razão, o pleito foi improcedente:

Simplemente porque não há verossimilhança nas alegações do autor que permita a inversão do ônus da prova. Conforme determina o art. 333, em seus incisos I e II, do CPC, cabe à parte autora a demonstração do fato constitutivo do seu direito, enquanto ao réu recai a prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.

Observa-se, então, que se o magistrado verificar que estão presentes os fatores determinantes da inversão probatória, esta ocorrerá em favor do consumidor. Caso contrário, como se percebeu nas situações aqui ilustradas, não. Uma vez concedida a inversão do ônus da prova, o consumidor não precisa provar o dano e o nexo de causalidade sobre o produto ou serviço, cabendo então ao fornecedor produzir as provas capazes de ilidir a presunção de verossimilhança ou hipossuficiência que beneficie o consumidor, bem como uma das excludentes da

responsabilidade previstas nos artigos 12, § 3º, incisos I, II e III e 14º § 3º, incisos I e II, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Percebe-se que os pontos de vista demonstrados nesta pesquisa podem refletir-se no processo, já que se busca uma proteção efetiva dos direitos do consumidor, e a inversão do ônus probatório é, então, uma ferramenta para a efetivação destes direitos, desde que seus requisitos sejam cumpridos.

CONCLUSÃO

Adentrando no objeto desta pesquisa, observa-se que a Lei 8.078/90 veio regulamentar a posição do consumidor face à sua reconhecida hipossuficiência nas relações de consumo. O consumidor é considerado como o mais fraco na relação consumerista, uma vez que se submete ao fornecedor para satisfazer suas necessidades de consumo.

A proteção jurídica ocorre – para o consumidor – em razão de sua hipossuficiência, que proporciona o acesso à ordem jurídica mais apropriada, em conformidade com o objeto da lide, com o fito de garantir harmonia na relação entre as partes. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII, define como um direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive a possibilidade de inversão probatória em seu favor, desde que comprove pelo menos um dos dois aspectos indispensáveis: verossimilhança dos fatos ou hipossuficiência. A aplicação deste direito fica a critério do magistrado, quando for verossímil a alegação do consumidor ou quando este for hipossuficiente, segundo as normas. As regras para a inversão do ônus da prova só serão aplicadas quando pelo menos um destes requisitos for evidente; caso contrário será aplicada a regra geral do ônus da prova na decisão do processo.

Se o magistrado constatar que estão presentes os fatores para a inversão probatória, depois de verificar segundo sua experiência que as alegações do autor são verossímeis, ou que o consumidor é hipossuficiente, inverterá o ônus da prova em favor da parte mais fraca na relação – o consumidor. Uma vez concedida a inversão, o consumidor estará desincumbido de provar o dano e o nexos causal entre o produto ou serviço e o evento danoso, cabendo ao fornecedor produzir a prova capaz de ilidir a presunção de verossimilhança ou hipossuficiência que favorece o consumidor, bem como uma das excludentes de responsabilidade previstas nos artigos 12 § 3º, incisos I, II e III e 14º, § 3º, incisos I e II, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

O momento oportuno para a inversão probatória é entre a propositura da ação e o despacho saneador, sendo o melhor momento o do saneador, por estarem os

pontos controvertidos fixados e serem anteriores à instrução do processo, evitando prejuízos à ampla defesa do réu – embora haja divergência doutrinária sobre qual seria o melhor momento de aplicação da inversão. O fornecedor tem o direito de ser previamente informado do ônus que lhe cabe, por ocasião do deferimento da inversão, para que dessa maneira possa exercer amplamente seu direito de defesa, na fase instrutória do processo. Até mesmo porque pode insurgir-se contra a decisão interlocutória que aplica a inversão do ônus probatório por meio do recurso de agravo.

Enfim, observa-se que há uma constante busca pela efetiva proteção dos direitos do consumidor, e a inversão do ônus da prova é mais uma ferramenta para a efetivação desses direitos. Além disso, este é um tema que pode ser novamente objeto de estudo em outro momento, como em um futuro nível de especialização, bem como em abordagem no cotidiano profissional.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado. **Vademecum do Código do Consumidor**: doutrina, legislação, jurisprudência e procedimentos práticos. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1995.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2010.

ALVIM, José Manuel de Arruda. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 05. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BAGATINI, Idemir Luiz. **O consumidor brasileiro e o acesso à cidadania**. Ijuí, RS: Unijuí, 2001.

BARBOSA, Carlos Roberto. **Temas de direito processual**: segunda série: São Paulo: Saraiva, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL. **Lei Federal n. 1.060/50**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ac. RESP 203225/MG**, da Quarta Turma. Relator: Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 05 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 598.620**, da Terceira Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes. Brasília, DF, 18 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2002.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do consumidor**: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006. v. 6.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado: As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 7, p. 30-36, 1993.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Ação coletiva relativa a danos regionais e nacionais: eficácia territorial da sentença. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Coord.). **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. São Paulo: Magister, 2005.

GOMES, Rogério Zuel. Questões processuais em lides de consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo: Editora dos Tribunais, v. 18, n. 69, jan./mar. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. et al. (Orgs.). **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUSMÃO, Manuel Aureliano de. **Processo civil e comercial**. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 2.

HOLTHAUSEN, Fábio Zabet. **Inversão do ônus da prova nas relações de consumo**: momento processual. Tubarão, SC: Unisul, 2006.

LAMAS, Livia Paula de Almeida. Visões críticas sobre a prova e sua relação com a verdade no processo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

LEÃES, Luiz Gastão Paes. As relações de consumo e o crédito ao consumidor. In: WALD, Arnoldo (Coord.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. São Paulo: Forense, 2003.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 5. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2005.

MICHAELIS. **Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas; Forense, 2004. v. 13.

MOREIRA, Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n.22, v. 22, p. 135 – 147, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____.; ANDRADE, Rosa Maria. **Código de Processo Civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70053773032**, da 9ª Câmara Cível. Relatora: Des^a. Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 02 de abril de 2013.

_____. **Apelação Cível n. 70053940185**, da 9ª Câmara Cível. Relatora: Des^a. Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 12 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Apelação Cível n. 70053940185**, da 9ª Câmara Cível. Relatora: Des^a. Marilene Bonzanini, Porto Alegre, 12 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Apelação Cível n. 70053950770**, da 9ª Câmara Cível. Relatora: Des^a. Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 15 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Apelação Cível n. 70053950770**, da 9ª Câmara Cível. Relatora. Des^a. Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 15 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Apelação Cível n. 70053950770**, da 9ª Câmara Cível. Relatora. Des^a. Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 15 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Apelação Cível n. 70054059969**, da 9ª Câmara Cível. Relatora: Des^a. Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 16 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Saraiva, 1952.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o código de defesa do consumidor. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 8, p. 146 - 156, 1993.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil, processo de conhecimento**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

SUNDFELD, Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Forense, 2010. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

ANEXO A – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70054059969



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



IHMN
Nº 70054059969
2013/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA EXTRA PETITA. MÉRITO. DÉBITO INEXISTENTE. NEGATIVA INJUSTA DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE PUBLICIDADE. MERO DISSABOR. DANO MORAL INEXISTENTE. SUCUMBÊNCIA REVISADA.

I – SENTENÇA EXTRA PETITA. Nos termos dos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil, positivação do denominado *princípio da congruência*, a sentença deve observar os limites da lide, sob pena de nulidade. Inexistência de julgado *citra petita*. Ocorrência de sentença *extra petita*. Julgado afastado, no particular, de ofício, sem necessidade de desconstituição.

II - RESPONSABILIDADE CIVIL. Simples cobrança indevida não caracteriza dano moral. Ausência de inscrição indevida em cadastro de devedores, de comprovação da suposta tentativa extrajudicial de solução ou de dissabores maiores, aptos a caracterizar a figura do dano moral.

III – SUCUMBÊNCIA. Revisão, na forma do art. 20 do Código de Processo Civil.

SENTENÇA DESCONSTITUÍDA PARCIALMENTE. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO DO AUTOR. APELO DA RÉ PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA.

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70054059969

COMARCA DE NOVO HAMBURGO

BELVAN HACK

APELANTE/APELADO

RBS ZERO HORA EDITORA
JORNALÍSTICA S.A.

APELANTE/APELADO

DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos.

Cuida-se de apelos interpostos contra a sentença que julgou procedentes os pedidos ajuizados por BELVAN KACH em face de RBS – ZERO HORA EDITORA JORNALÍSTICA S/A nos seguintes termos (fls. 68-70):

“Ante o exposto, julgo PACIALMENTE PROCEDENTES os pedidos deduzidos por BELVAN HACK contra RBS – ZERO HORA EDITORA JORNALÍSTICA S.A., para declarar a inexistência de débito originário dos anúncios de fl. 38, no valor de R\$ 229,86 (nota fiscal nº 001921, fatura nº 28349409- fl. 39), bem como condenar a requerida a pagar ao autor, a título de dano moral, o valor de R\$ 2.000,00, corrigidos pelo IGP-M desde esta data, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Condeno, outrossim, a ré, ao pagamento das custas processuais e verba honorária que fixo em 15% sobre o valor da condenação, fulcro no art. 20, § 3º, do CPC”.

A parte autora, em recurso de fls. 73-82, pleiteou a majoração do valor fixado a título de compensação de danos morais, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e os parâmetros invocados.

Já a ré, em razões de fls. 84-93, defendeu a regularidade da questionada dívida, precedido de devida contratação de serviços de publicidade. Salientou que o autor não tratou extrajudicialmente da baixa do débito, pois deixou de entregar à apelante um boletim de ocorrência em que constasse expressa negativa ao débito. Também salientou a excludente do nexo causal por fato de terceiro, diante da atuação de terceiro fraudador que se fez passar pela parte autora por ocasião da contratação de serviços de publicidade (classificados). Também apontou que não houve inscrição em cadastro de devedores, de modo que o ocorrido não caracterizado dano moral, cujo ônus da prova compete à parte autora. Pediu a reforma do julgado e, subsidiariamente, a redução do valor da indenização.

Com contrarrazões às fls. 97-99 e 100-106, vieram-me conclusos em 12.04.2013 (fl. 107v).

É o relato.

Passo a decidir na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

I – O CASO:

Cuida-se, em suma, de pedido de exclusão de registro negativo indevido e de compensação de danos morais.

Com a procedência na origem, recorrem as partes.

II – REGIME JURÍDICO APLICÁVEL:

A relação jurídica exposta nos autos está sujeita ao regime do Código de Defesa do Consumidor, pois estão caracterizadas as figuras do consumidor e do fornecedor, personagens capitulados nos artigos 2º e 3º, da Lei Protetiva, ainda que força da figura do consumidor por extensão, indireto ou *bystander* (art. 17).

III – SENTENÇA EXTRA PETITA:

Nos termos dos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil, positivamente do denominado *princípio da congruência*, a sentença deve observar os limites da lide, sob pena de nulidade.¹

Neste ponto, a sentença excede o pedido na parcela em que declara a inexistência da dívida, pleito estranho à inicial.

Saliento a desnecessidade de desconstituição do julgado, bastando expungir a parte julgada indevidamente.

Assim, declaro a parcial nulidade da sentença, fixando excluída a parte em que o Juízo da origem declarou a inexistência da dívida (fl. 70).

IV – RESPONSABILIDADE CIVIL:

(a) Ato ilícito:

Com efeito, é incontroverso que a ré negou a contratação de serviço de publicidade com base em suposto débito por parte do autor.

No entanto, nada veio aos autos que possa comprovar a existência do questionado débito, deixando a ré de juntar contrato efetivamente firmado pelo consumidor.

Nesse contexto, a requerida não pautou seu agir com a necessária cautela para evitar agir ilícito de terceiro, devendo arcar com o risco inerente ao seu empreendimento – risco, aliás, que informa a teoria da responsabilidade objetiva.²

¹ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

² Sobre o tema, a doutrina do Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO: “A responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas de

É dizer: não há provas, por parte da demandada, de que houve alguma contratação que pudesse justificar a existência do débito, sendo lícito concluir, dada a regra do art. 6º, VIII, **Código de Defesa do Consumidor (CDC)**, que o débito inexistente. (PROVAVELMENTE A CLIENTE SOLICITOU INVERSÃO PROBATÓRIA MAS NÃO SENDO VEROSSÍMIL A ALEGAÇÃO DA PARTE AUTORA DE QUE HOUVE O DANO ALEGADO – comentário meu, prof Adriana).

Mutatis mutandis, lembro a recente **Súmula 479** do **Superior Tribunal de Justiça**: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

No AgRg no Ag 997.929 BA, um dos precedentes que subsidiou a edição do mencionado verbete, consta, expressamente: “A par disso, esta Corte possui entendimento uniforme no sentido de que ‘o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inevitável e imprevisível’ (REsp 685.662/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 323)”.

Ora, do que foi dito acima se extrai, com clareza, que o ilícito praticado pelo terceiro falsário não se demonstrou inevitável nem imprevisível.

Houve, evidentemente, ilícito por parte da demandada, que negou a contratação do serviço com base em débito inexistente.

(b) Dano moral:

No caso em questão não houve inscrição em cadastro de inadimplentes. Houve somente a negativa (ilícita) de contratação de serviço de publicidade, pois com base em dívida inexistente. Em casos tais a jurisprudência deste órgão fracionário tem afastado a condenação, sob o entendimento de que está caracterizado mero dissabor inerente ao cotidiano da vida em sociedade, especialmente porque a lacuna legislativa decorrente da ausência de uma *punitive damage* genérica não pode ser suprida através da banalização da figura do dano moral.

ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e situação criada pelo agente. **Imputa-se a obrigação de indenizar a quem conhece e domina a fonte de origem do risco, devendo, em face do interesse social, responder pelas consequências lesivas de sua atividade.**” (**Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, Saraiva: São Paulo, 2002. pág 47).

Neste cenário, está caracterizado mero dissabor ou transtorno, insuficiente para a configuração de efetivo dano moral. Com efeito, oportuno mencionar os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

“[...] somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado. “O que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade, além da ilicitude. Se não teve gravidade o dano, não se há pensar em indenização. De minimis non curat praetor (Pontes de Miranda, Tratado, cit., t. 26, p. 34-5, § 3.108, n.2).”³ (sublinhei)

No mesmo sentido é o magistério de Sérgio Cavalieri Filho:

“[...] dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que agressão à dignidade humana. Que conseqüências podem ser extraídas daí? A primeira diz respeito à própria configuração do dano moral. Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.”⁴ (sublinhei)

Nesse sentido, colaciono precedentes em casos análogos:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COBRANÇA POR SERVIÇO BLOQUEADO. MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. SENTENÇA MANTIDA. O mero descumprimento contratual, como simples transtorno ou dissabor, não constitui hipótese de dano moral indenizável. Inexistência de ofensa a direito da personalidade, no caso concreto. Os fatos também não possuem a gravidade necessária para culminar em abalo psíquico. Eventual sofrimento ou supervalorização dos fatos decorrem de sensibilidade exacerbada, não havendo de se cogitar de dever de indenizar. Doutrina e precedentes. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO. DECISÃO MONOCRÁTICA”. (Apelação Cível Nº 70048288914, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 25.04.2012)

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. COBRANÇA E PAGAMENTO INDEVIDO. INCLUSÃO ARBITRÁRIA DE SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS. NÃO COMPROVADA A CONTRATAÇÃO. DANO MORAL INOCORRENTE. MERO DISSABOR. 1. Matéria devolvida à apreciação desta Corte cinge-se à extinção do feito por ilegitimidade ativa, à verificação da ocorrência dos danos morais

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 550.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p 98.

decorrentes da conduta do fornecedor, bem como o termo inicial de incidência dos consectários legais. 2. Ilegitimidade ativa da autora aferida por não ser ela a titular da linha no período objetado. **3. Caso concreto em que ocorreu simplesmente a cobrança e pagamento indevido por serviços não contratados, situação que atingiu o retorno ao status quo ante com a procedência do pedido de repetição em dobro do indébito. Diante da ausência de abalo de crédito ou restrição ao nome do demandante, ocorreu, no máximo, mero dissabor. Tais transtornos são conseqüências naturais das relações cotidianas - sem olvidar, contudo, da sua reprovabilidade -, porém, a indenização por dano moral, para restar caracterizada, exige bem mais do que o dissabor experimentado.** 4. Ônus sucumbencial readequado. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA RÉ E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR. UNÂNIME”. (Apelação Cível Nº 70042949743, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 08.06.2011)

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TELEFONIA. SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS. COBRANÇA INDEVIDA. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL. Conhecimento Parcial do Apelo da Parte Autora Ausente interesse recursal da parte autora quanto aos pedidos de abstenção de cobrança do serviço e cominação de multa por descumprimento, uma vez que confirmada pela sentença a antecipação de tutela em relação ao primeiro provimento, não havendo notícia de seu descumprimento desde então. Não conhecimento que se impõe. Legitimidade Passiva É parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda a empresa que disponibiliza a terceiro, espaço na fatura para cobrança de serviço estranho àquele por ela prestado, no caso, de telefonia fixa. Precedentes. Elementos da Responsabilidade Objetiva e Caracterização da Ilícitude O fornecedor de produtos e serviços responde, independente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados por defeitos relativos aos produtos e prestação de serviços que disponibiliza no mercado de consumo. A alegação de que o consumidor não contratou o seguro cobrado nas faturas não foi elidida pela empresa ré, nos termos do art. 333, II, do CPC. Cabível, portanto, a condenação ao estorno dos valores. **Dano Moral Não é todo o defeito no serviço, com conseqüente inexigibilidade de cobrança, que implica no dever de indenização. Hipótese dos autos em que não há prova de que os danos realmente tenham ocorrido, pois o nome da parte autora não foi inscrito em órgãos de proteção ao crédito nem houve o bloqueio do serviço de telefonia. Meros dissabores, sem prova do efetivo abalo à esfera jurídica do consumidor, não ensejam o dever de indenizar. Precedentes.** - Repetição do Indébito em Dobro - A aplicação do parágrafo único do art. 42 do CDC, somente se dá não apenas diante da cobrança indevida, mas da prova do efetivo desembolso pelo consumidor. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DA EMPRESA RÉ PROVIDO. APELO DA PARTE AUTORA CONHECIDO PARCIALMENTE E, NESTA, JULGADO PREJUDICADO”. (Apelação Cível Nº 70041672494, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 25.05.2011)

Também saliento que não está comprovado que a ré agiu com negligência ou abuso de direito por ocasião das tratativas extrajudiciais para baixo do débito no sistema interno. É que, embora a parte autora tenha, efetivamente, registrado a negativa à dívida em boletim de ocorrência, requisito imposto pela

demandada (vide fls. 16-17 e depoimento pessoal de fls. 65-66), não há prova de que comunicou tal registro ou de que tenha entregado uma cópia à demandada.

Também lembro, na esteira do posicionamento do Colegiado, que eventual sensibilidade exacerbada da parte autora não pode conduzir à responsabilidade civil da demandada. Sobre o tema, há precedente desta 9ª Câmara Cível:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO EM JORNAL LOCAL. 1. **Para restar configurado o dano moral, o autor tem de comprovar a gravidade do fato. Simples sensibilidade exacerbada, aborrecimento, mágoa, ou irritação não justificam a indenização por dano moral.** 2. O direito à livre expressão é tutelado pela Constituição Federal no inciso IV do art. 5º, bem como pelo art. 1º da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Ademais, não caracterizada a ofensa à honra, não há falar em colisão de direitos fundamentais. 3. De acordo com o art. 27 da Lei de Imprensa, não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação a crítica inspirada pelo interesse público, evidenciado no caso concreto pelo direito de informação da população local em relação às conquistas e melhorias no transporte dos moradores do bairro. Negado provimento à apelação.” (Apelação Cível Nº 70009032806, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 30.06.2004)

Não há dúvida de que a autora sofreu transtorno, enfrentou dissabor, até mesmo experimentou alguma irritação em virtude do ocorrido; tal, porém, não colore a figura do dano moral, que exige um *plus*, isto é, uma lesão grave e relevante aos atributos da personalidade.

IV – ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA

Diante do resultado, condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e de honorários de sucumbência, que fixo em R\$ 800,00 (oitocentos reais), suspensa a exigibilidade, forte na Lei 1.060/50.

DISPOSITIVO:

Ante o exposto, na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil, DESCONSTITUO parcialmente a sentença, de ofício, na parte em que declara a inexistência da dívida; NEGO SEGUIMENTO ao apelo do autor; e PROVEJO ao apelo da ré, para efeito de julgar improcedente o pedido, na forma do art. 267, I, também da Lei Processual.

Por extensão, condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e de honorários de sucumbência, que fixo em R\$ 800,00 (oitocentos reais), suspensa a exigibilidade, forte na Lei 1.060/50.

Diligências Legais.

Porto Alegre, 16 de abril de 2013.

**DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA,
Relatora.**

ANEXO B – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053950770

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA



IHMN
 Nº 70054059969
 2013/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COBRANÇA INDEVIDA DE SERVIÇOS NÃO JÁ PAGOS EM FATURA DE TELEFONIA. NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS CONSTITUTIVOS. ART. 333, I, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Caso em que a autora alega a ter recebido cobrança indevida de serviços telefônicos, tendo em vista que não possuiria nenhuma dívida com a operadora, e, em razão disso, pede indenização por danos morais e desconstituição da dívida objeto da lide.

2. A autora deveria ter apontado que a dívida cobrada pela ré refere-se, de fato, a serviços cujo pagamento já havia sido adimplido, ônus que lhe pertencia e que não foi cumprido (art. 333, I, do CPC). Requerida que demonstra a regularidade da prestação dos serviços, bem como a validade das cobranças. Prestadora de serviços telefônicos que se desincumbiu do ônus probatório que recaía sobre si, de acordo com a previsão contida do artigo 6º, VIII, do CDC.

3. Com efeito, diante do quadro apresentado, tem-se que as cobranças efetuadas pela ré certamente referem-se aos serviços disponibilizados pela ré e usufruídos pela autora (duas linhas de telefonia móvel).

4. Manutenção do julgamento de improcedência.

NEGADO SEGUIMENTO AO APELO. DECISÃO MONOCRÁTICA.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70053950770

IVONE FERREIRA JARDIM

NONA CÂMARA CÍVEL

COMARCA DE BAGÉ

APELANTE

DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por IVONE FERREIRA JARDIM em face da sentença das folhas 49-51, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial da ação de indenização por danos morais ajuizada contra a VIVO S A.

A autora, em seu recurso das folhas 53-55, alegou que não havia contraído nenhum débito junto à empresa VIVO, e que a conta telefônica que lhe foi enviada pela ré foi integralmente quitada. Alegou que nos presentes autos não se está a analisar quantas linhas telefônicas a autora possui. Disse que o seu nome foi indevidamente inscrito no SPC e SERASA, por motivos que ignora. Postulou a reforma da sentença, para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial, com a determinação de retirada do nome da autora dos cadastros restritivos de crédito e condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais.

O recurso foi recebido no seu duplo efeito (fl. 56).

A VIVO apresentou contrarrazões às folhas 58-68, nas quais alegou que a autora possui duas linhas telefônicas habilitadas, sendo que a cobrança realizada é perfeitamente legal. Disse que a parte autora litiga de má-fé, devendo ser condenada ao pagamento de multa, com base no artigo 17 do CPC.

Após, subiram os autos à consideração desta Corte, tendo me vindo conclusos em 09.04.2013 (fl. 69v).

É o relatório.

Passo a decidir.

Por atendimento aos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação de desconstituição de débito cumulada com indenização por dano moral proposta com fundamento na cobrança de valores pela operadora de telefonia VIVO que não seriam devidos, tendo em vista que a parte autora teria quitado integralmente a conta enviada pela ré.

A demandada, em sua peça contestacional defendeu a existência da contratação e a regularidade da cobrança realizada, argumentando que a parte autora havia contratado duas linhas telefônicas móveis.

Com a sentença de improcedência na origem, a matéria é integralmente devolvida à apreciação desta Corte, ante a interposição de recurso de apelação pela parte autora.

Pois bem.

No caso concreto, incontroversa a relação de consumo entre os litigantes, devendo ser aplicadas ao caso as disposições do artigo 6º, inc. VIII, do **Código de Defesa do Consumidor**, cabendo ao fornecedor apresentar os elementos de prova relacionados à contratação efetuada na forma consumerista.

Contudo, tal situação não exime a requerente da comprovação do mínimo de suas alegações, a teor do artigo 333, inc. I, do **CPC**.

Cabe dizer que, mesmo com a inversão do ônus probatório, as regras tradicionais do processo civil sobre ‘*ônus probandi*’ continuam válidas, incumbindo à autora demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e/ou extintivos do demandante.

Como bem leciona o eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, “*a regra continua a mesma, ou seja, o consumidor como autor da ação de indenização, deverá comprovar os fatos constitutivos do seu direito. O fornecedor, como réu da ação de reparação de danos, deverá demonstrar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do consumidor, bem como aqueles cujo ônus probatório lhe for atribuído pela lei ou pelo juiz.*”⁵

Assim, estando disponíveis todas as informações acerca dos valores contratados, bem como as faturas telefônicas e a cobrança impugnada (fls. 12-14) fácil era para a consumidora a demonstração acerca da alegada ocorrência de eventual cobrança excessiva.

Contudo, ao analisar a documentação contida dos autos, bem como as alegações de ambas as partes, tenho que o pedido autoral carece de suporte fático.

Senão vejamos.

Em sua peça inicial a autora em um primeiro momento alega que não havia contraído nenhum débito de telefone junto a empresa, para, logo em seguida,

⁵ Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor, editora Saraiva, 2002, p. 328.

defender que adimpliu integralmente com a fatura enviada. Disse ter recebido correspondência em que era informada da existência de dívida no valor de R\$52,09, relacionada com a fatura vencida em 03.09.2011, oriunda do contrato n.º 2048889015 (fl. 14), e, para fins de demonstrar o adimplemento dos valores devidos, trouxe aos autos duas faturas telefônicas devidamente acompanhadas dos respectivos comprovantes de pagamento (fls. 12-13).

A requerida alegou que a autora possuiria duas contas habilitadas junto à empresa, quais sejam: 1) linha (53) 9965 – 5050, habilitada em 21.08.2009, e cancelada em 28.01.2012, apresentando saldo devedor de R\$11.61, relativo ao mês de agosto de 2011; 2) linha (53) 9959 – 1831, habilitada em 13.06.2011 e cancelada em 29.08.2011, apresentando saldo devedor de R\$142,46, relativo ao mês de setembro de 2011. Para fins de comprovar suas alegações, a VIVO juntou aos autos telas do seu sistema interno de cobranças (fls. 38-40).

Com efeito, conforme já exposto em diversos outros casos envolvendo alegação de cobrança indevida por parte de operadoras telefônicas, a mera apresentação de telas internas do sistema da prestadora não tem o condão de, por si só, atribuir verossimilhança às alegações de regularidade das cobranças. No entanto, no presente caso concreto, a partir de um cotejo das informações e alegações da ré, com o conteúdo da peça inicial, é possível concluir pela ausência de irregularidade na conduta da VIVO.

Ao analisar atentamente o conteúdo dos documentos trazidos pela autora, é possível verificar que efetivamente ela havia contratado duas telefônicas junto à VIVO, exatamente como alegado na contestação, uma vez que cada uma das faturas juntadas aos autos e pagas pela autora se refere a uma das linhas contratadas (fl. 12 / linha (53) 9959 – 1831 e fl. 13 / linha (53) 9965 – 5050), e possui detalhada descrição dos serviços prestados e utilizados.

Veja-se, a cobrança impugnada pela autora se refere à fatura com vencimento no dia 03.09.2011, vinculada ao contrato n.º 20488890415, e oriunda de serviços utilizados no mês de agosto daquele ano (fl. 14), contudo não veio aos autos prova de que aquela conta tenha sido efetivamente adimplida, tendo em vista que dos autos somente consta, em relação àquela linha telefônica, a comprovação do pagamento da fatura com vencimento no dia 03.10.2011, decorrente de serviços prestados no mês de setembro de 2011.

Ainda, não há nenhuma comprovação nos autos de que tenha o nome da consumidora sido inscrito em cadastros restritivos de crédito, o que não passa de mera alegação autoral que foi negada pela VIVO. Destaco que nem mesmo em seu recurso de apelação a demandante apresentou justificativas que alterassem o panorama dos fatos conforme apresentado na contestação.

Assim, a autora não logrou êxito em comprovar que as cobranças efetuadas pela ré referem-se, como alega, **ressalto**, de forma bastante obscura, a serviços não contratados. Ou seja, não negando a requerente a existência de contrato com a ré, bem como não tendo apontado em que consistia a alegada ilicitude, presume-se que as cobrança postas provavelmente referem-se a serviços utilizados pela demandante.

Dessa forma, tenho que é são válidos os débitos lançados pela ré à fl. 14, e sendo lícita, portanto, a conduta da requerida, não há que se falar em dano moral, havendo de ser mantido o julgamento de improcedência dos pedidos veiculados na inicial.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, com fulcro no artigo 557 do Código de Processo Civil, NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO.

Intime.

Diligências legais.

Porto Alegre, 15 de abril de 2013.

**DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA,
Relatora.**

ANEXO C – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053940185

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBB
 Nº 70053940185
 2013/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. TELEFONIA. SUPOSTA COBRANÇA INDEVIDA. INSCRIÇÃO EM ROL DE INADIMPLENTES. AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.
 Conquanto não se tenha dúvida sobre a natureza da responsabilidade ser objetiva, porquanto independe da prova da culpa, pois caracterizada a relação de consumo, e muito menos de que nestes casos a inversão do ônus da prova decorre diretamente da lei – conforme dispõe o inc. VIII do art. 6º, também do CDC, não há como chegar a outra conclusão, após a análise dos autos, senão a de que o pleito não merece prosperar. Isso porque ausente a demonstração do fato constitutivo do direito, conforme a exegese do art. 333, I, do CPC.
APELAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70053940185

COMARCA DE PORTO ALEGRE

DANILO JEREMIAS CHRISTIDIS

APELANTE

PONTO DWG PLOTAGEM LTDA

APELADO

DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por DANILO JEREMIAS CHRISTIDIS, nos autos da ação ordinária que move em desfavor de PONTO DWG PLOTAGEM LTDA., contra sentença proferida em audiência que decidiu nos seguintes termos:

Pelo exposto, julgo o pedido improcedente. Condeno o autor ao pagamento das custas e da verba honorária de R\$ 622,00 reais, suspensa pela gratuidade deferida na folha 26.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação alegando a ocorrência de coisa julgada pelo julgamento do acórdão n.º 70047472501. Disse que o dano decorria da manutenção indevida do protesto por mais de sete meses após a quitação da dívida. Observou a confissão quanto à confecção errônea da carta de anuência fornecida ao autor. Sustentou a negativa da empresa ré em fornecer nova carta de anuência, com os dados corretos, mesmo tendo havido diversas solicitações. Pediu provimento.

A apelada apresentou contrarrazões pugnando fosse negado provimento ao apelo.

Subiram os autos a este Tribunal.

Após distribuição por sorteio, vieram conclusos.

É a síntese.

Decido.

O apelo não merece prosperar.

Conquanto não se tenha dúvida sobre a natureza da responsabilidade ser objetiva, porquanto independe da prova da culpa, pois caracterizada a relação de consumo, e muito menos de que nestes casos a inversão do ônus da prova decorre diretamente da lei – conforme dispõe o inc. VIII do art. 6º, também do CDC -, não há como chegar à conclusão diversa, após a análise dos autos, senão a de que o pleito não merece prosperar.

Simplemente porque não há verossimilhança nas alegações do autor que permita a inversão do ônus da prova. Conforme determina o art. 333, em seus incisos I e II, do CPC, cabe à parte autora a demonstração do fato constitutivo do seu direito, enquanto ao réu recai a prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.

No caso dos autos, a parte autora afirma ter quitado o débito existente e, em razão disso, recebeu carta de anuência. Todavia, refere que esta teria sido confeccionada com dados incorretos e que, por isso, não teria conseguido efetuar a baixa do protesto. Acrescenta, ainda, que teria entrado em contato com a empresa ré por diversas vezes, no intuito que lhe fosse encaminhada nova carta de anuência, porém sem êxito.

No sentido de comprovar ter buscado contato com a demandada, o autor colacionou aos autos cópias de telas do saite da empresa ré, ferramenta esta utilizada para o envio de mensagens (fls. 23/25).

Entretanto, como bem posto na contestação, as telas apresentadas não indicam que o autor tenha efetivamente enviado as mensagens de reclamação, bem como se percebe a incorreção no nome do autor, o que é estranho, tendo em vista ter sido por ele mesmo preenchido.

Sendo assim, não há como se reconhecer a demonstração do fato constitutivo pela parte autora.

Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVAS MÍNIMAS SOBRE OS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO AFIRMADO PELA AUTORA. De acordo com o artigo 333, inciso I do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao **fato constitutivo** do seu direito. Na situação em exame, entretanto, esse encargo não foi cumprido. Trata-se de pedido de indenização fundado no descumprimento de ordem judicial cuja prova era essencialmente documental e de fácil acesso à parte. Entretanto, a petição inicial não foi instruída com documentos hábeis a conferir suporte fático idôneo à pretensão deduzida em juízo. Assim, é de rigor desprover o apelo. APELO DA AUTORA DESPROVIDO. APELO DA RÉ PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70053826335, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 02/04/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO. ÔNUS DO AUTOR. Hipótese dos autos em que o autor não logrou demonstrar o **fato constitutivo** do seu direito, cujo ônus lhe competia. A mera alegação sem elementos que a conforte não constitui, por si só, fato suficiente para autorizar indenização por danos morais, devendo o demandante demonstrar que houve dolo na conduta da parte requerida a ensejar-lhe o dever de reparação. Ônus da prova que lhe competia, e que não autoriza julgamento de procedência nem mesmo pela inversão do ônus probatório à luz das regras do CDC. Mantida a sentença de improcedência do pedido indenizatório. À UNANIMIDADE. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70052995321, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 27/03/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DANO MORAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERNET. IMPROCEDÊNCIA. Afastada a ilegitimidade passiva, pois a ré, na condição de provedora de acesso à internet, deve responder a lide em que se discute a falha na prestação do serviço. Autora que não se desincumbiu de comprovar que o defeito de acesso à internet decorria de falha oriunda do serviço prestado pela demandada. O ônus da prova é da autora, devendo comprovar o **fato constitutivo** de seu direito (art. 333, inciso I, do CPC). Ausente a comprovação da responsabilidade da ré, incabível o reconhecimento da obrigação de reparar a falha e de indenização por dano moral. Quem alega e nada prova, ou prova de modo duvidoso, não pode ser

vitorioso em juízo. Sentença reformada para ser julgar improcedente a ação. Sucumbência invertida e redimensionada. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70051659472, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 28/03/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SEGURO. RESSARCIMENTO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. SERVIÇO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DO **FATO CONSTITUTIVO**. ATO ILÍCITO NÃO EVIDENCIADO. DANO MORAL INOCORRENTE. 1. Agravo retido. Preliminar de nulidade da sentença afastada. O juiz é o destinatário das provas, sendo seu dever indeferir a produção das inúteis ou protelatórias, a teor do disposto no art. 130 do CPC. No caso concreto, é desnecessária a dilação probatória, considerando a prova documental constante nos autos. 2. Devidamente examinada a lide secundária pelo magistrado, que considerou prejudicado seu julgamento, não há falar em nulidade da sentença por citra petita. 3. A parte autora não se desincumbiu do ônus de comprovar o **fato constitutivo** do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC, pois não demonstrada falha na prestação do serviço pela seguradora ou a alegada omissão desta durante a assistência em viagem. Hipótese em que foi prestado o devido atendimento em rede pública do país local. Ato ilícito que não se verificou. Dano moral inócurrenente. Sentença mantida. Precedentes. POR MAIORIA, DESPROVIDO O AGRAVO RETIDO. À UNANIMIDADE, PRELIMINAR DESACOLHIDA, E, RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70052662863, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 27/03/2013)

Não há falar, portanto, em ilicitude.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, NEGO SEGUIMENTO AO APELO.

Intime-se.

Porto Alegre, 12 de abril de 2013.

DESA. MARILENE BONZANINI,
Relatora.

ANEXO D – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053950770

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA



IHMN
 Nº 70053950770
 2013/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COBRANÇA INDEVIDA DE SERVIÇOS NÃO JÁ PAGOS EM FATURA DE TELEFONIA. NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS CONSTITUTIVOS. ART. 333, I, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Caso em que a autora alega a ter recebido cobrança indevida de serviços telefônicos, tendo em vista que não possuiria nenhuma dívida com a operadora, e, em razão disso, pede indenização por danos morais e desconstituição da dívida objeto da lide.

2. A autora deveria ter apontado que a dívida cobrada pela ré refere-se, de fato, a serviços cujo pagamento já havia sido adimplido, ônus que lhe pertencia e que não foi cumprido (art. 333, I, do CPC). Requerida que demonstra a regularidade da prestação dos serviços, bem como a validade das cobranças. Prestadora de serviços telefônicos que se desincumbiu do ônus probatório que recaía sobre si, de acordo com a previsão contida do artigo 6º, VIII, do CDC.

3. Com efeito, diante do quadro apresentado, tem-se que as cobranças efetuadas pela ré certamente referem-se aos serviços disponibilizados pela ré e usufruídos pela autora (duas linhas de telefonia móvel).

4. Manutenção do julgamento de improcedência.

NEGADO SEGUIMENTO AO APELO. DECISÃO MONOCRÁTICA.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70053950770

IVONE FERREIRA JARDIM

VIVO S A

NONA CÂMARA CÍVEL

COMARCA DE BAGÉ

APELANTE

APELADO

DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por IVONE FERREIRA JARDIM em face da sentença das folhas 49-51, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial da ação de indenização por danos morais ajuizada contra a VIVO S A.

A autora, em seu recurso das folhas 53-55, alegou que não havia contraído nenhum débito junto à empresa VIVO, e que a conta telefônica que lhe foi enviada pela ré foi integralmente quitada. Alegou que nos presentes autos não se está a analisar quantas linhas telefônicas a autora possui. Disse que o seu nome foi indevidamente inscrito no SPC e SERASA, por motivos que ignora. Postulou a reforma da sentença, para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial, com a determinação de retirada do nome da autora dos cadastros restritivos de crédito e condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais.

O recurso foi recebido no seu duplo efeito (fl. 56).

A VIVO apresentou contrarrazões às folhas 58-68, nas quais alegou que a autora possui duas linhas telefônicas habilitadas, sendo que a cobrança realizada é perfeitamente legal. Disse que a parte autora litiga de má-fé, devendo ser condenada ao pagamento de multa, com base no artigo 17 do CPC.

Após, subiram os autos à consideração desta Corte, tendo me vindo conclusos em 09.04.2013 (fl. 69v).

É o relatório.

Passo a decidir.

Por atendimento aos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação de desconstituição de débito cumulada com indenização por dano moral proposta com fundamento na cobrança de valores pela operadora de telefonia VIVO que não seriam devidos, tendo em vista que a parte autora teria quitado integralmente a conta enviada pela ré.

A demandada, em sua peça contestacional defendeu a existência da contratação e a regularidade da cobrança realizada, argumentando que a parte autora havia contratado duas linhas telefônicas móveis.

Com a sentença de improcedência na origem, a matéria é integralmente devolvida à apreciação desta Corte, ante a interposição de recurso de apelação pela parte autora.

Pois bem.

No caso concreto, incontroversa a relação de consumo entre os litigantes, devendo ser aplicadas ao caso as disposições do artigo 6º, inc. VIII, do **Código de Defesa do Consumidor**, cabendo ao fornecedor apresentar os elementos de prova relacionados à contratação efetuada na forma consumerista.

Contudo, tal situação não exige a requerente da comprovação do mínimo de suas alegações, a teor do artigo 333, inc. I, do **CPC**.

Cabe dizer que, mesmo com a inversão do ônus probatório, as regras tradicionais do processo civil sobre '*onus probandi*' continuam válidas, incumbindo à autora demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e/ou extintivos do demandante.

Como bem leciona o eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, "*a regra continua a mesma, ou seja, o consumidor como autor da ação de indenização, deverá comprovar os fatos constitutivos do seu direito. O fornecedor, como réu da ação de reparação de danos, deverá demonstrar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do consumidor, bem como aqueles cujo ônus probatório lhe for atribuído pela lei ou pelo juiz.*"⁶

Assim, estando disponíveis todas as informações acerca dos valores contratados, bem como as faturas telefônicas e a cobrança impugnada (fls. 12-14) fácil era para a consumidora a demonstração acerca da alegada ocorrência de eventual cobrança excessiva.

Contudo, ao analisar a documentação contida dos autos, bem como as alegações de ambas as partes, tenho que o pedido autoral carece de suporte fático.

Senão vejamos.

Em sua peça inicial a autora em um primeiro momento alega que não havia contraído nenhum débito de telefone junto a empresa, para, logo em seguida, defender que adimpliu integralmente com a fatura enviada. Disse ter recebido correspondência em que era informada da existência de dívida no valor de R\$52,09,

⁶ Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor, editora Saraiva, 2002, p. 328.

relacionada com a fatura vencida em 03.09.2011, oriunda do contrato n.º 2048889015 (fl. 14), e, para fins de demonstrar o adimplemento dos valores devidos, trouxe aos autos duas faturas telefônicas devidamente acompanhadas dos respectivos comprovantes de pagamento (fls. 12-13).

A requerida alegou que a autora possuiria duas contas habilitadas junto à empresa, quais sejam: 1) linha (53) 9965 – 5050, habilitada em 21.08.2009, e cancelada em 28.01.2012, apresentando saldo devedor de R\$11.61, relativo ao mês de agosto de 2011; 2) linha (53) 9959 – 1831, habilitada em 13.06.2011 e cancelada em 29.08.2011, apresentando saldo devedor de R\$142,46, relativo ao mês de setembro de 2011. Para fins de comprovar suas alegações, a VIVO juntou aos autos telas do seu sistema interno de cobranças (fls. 38-40).

Com efeito, conforme já exposto em diversos outros casos envolvendo alegação de cobrança indevida por parte de operadoras telefônicas, a mera apresentação de telas internas do sistema da prestadora não tem o condão de, por si só, atribuir verossimilhança às alegações de regularidade das cobranças. No entanto, no presente caso concreto, a partir de um cotejo das informações e alegações da ré, com o conteúdo da peça inicial, é possível concluir pela ausência de irregularidade na conduta da VIVO.

Ao analisar atentamente o conteúdo dos documentos trazidos pela autora, é possível verificar que efetivamente ela havia contratado duas telefônicas junto à VIVO, exatamente como alegado na contestação, uma vez que cada uma das faturas juntadas aos autos e pagas pela autora se refere a uma das linhas contratadas (fl. 12 / linha (53) 9959 – 1831 e fl. 13 / linha (53) 9965 – 5050), e possui detalhada descrição dos serviços prestados e utilizados.

Veja-se, a cobrança impugnada pela autora se refere à fatura com vencimento no dia 03.09.2011, vinculada ao contrato n.º 20488890415, e oriunda de serviços utilizados no mês de agosto daquele ano (fl. 14), contudo não veio aos autos prova de que aquela conta tenha sido efetivamente adimplida, tendo em vista que dos autos somente consta, em relação àquela linha telefônica, a comprovação do pagamento da fatura com vencimento no dia 03.10.2011, decorrente de serviços prestados no mês de setembro de 2011.

Ainda, não há nenhuma comprovação nos autos de que tenha o nome da consumidora sido inscrito em cadastros restritivos de crédito, o que não passa de

mera alegação autoral que foi negada pela VIVO. Destaco que nem mesmo em seu recurso de apelação a demandante apresentou justificativas que alterassem o panorama dos fatos conforme apresentado na contestação.

Assim, a autora não logrou êxito em comprovar que as cobranças efetuadas pela ré referem-se, como alega, **ressalto**, de forma bastante obscura, a serviços não contratados. Ou seja, não negando a requerente a existência de contrato com a ré, bem como não tendo apontado em que consistia a alegada ilicitude, presume-se que as cobrança postas provavelmente referem-se a serviços utilizados pela demandante.

Dessa forma, tenho que é são válidos os débitos lançados pela ré à fl. 14, e sendo lícita, portanto, a conduta da requerida, não há que se falar em dano moral, havendo de ser mantido o julgamento de improcedência dos pedidos veiculados na inicial.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, com fulcro no artigo 557 do Código de Processo Civil, NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO.

Intime.

Diligências legais.

Porto Alegre, 15 de abril de 2013.

**DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA,
Relatora.**

ANEXO E – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053950770

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA



IHMN
 Nº 70053950770
 2013/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COBRANÇA INDEVIDA DE SERVIÇOS NÃO JÁ PAGOS EM FATURA DE TELEFONIA. NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS CONSTITUTIVOS. ART. 333, I, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Caso em que a autora alega a ter recebido cobrança indevida de serviços telefônicos, tendo em vista que não possuiria nenhuma dívida com a operadora, e, em razão disso, pede indenização por danos morais e desconstituição da dívida objeto da lide.

2. A autora deveria ter apontado que a dívida cobrada pela ré refere-se, de fato, a serviços cujo pagamento já havia sido adimplido, ônus que lhe pertencia e que não foi cumprido (art. 333, I, do CPC). Requerida que demonstra a regularidade da prestação dos serviços, bem como a validade das cobranças. Prestadora de serviços telefônicos que se desincumbiu do ônus probatório que recaía sobre si, de acordo com a previsão contida do artigo 6º, VIII, do CDC.

3. Com efeito, diante do quadro apresentado, tem-se que as cobranças efetuadas pela ré certamente referem-se aos serviços disponibilizados pela ré e usufruídos pela autora (duas linhas de telefonia móvel).

4. Manutenção do julgamento de improcedência.

NEGADO SEGUIMENTO AO APELO. DECISÃO MONOCRÁTICA.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70053950770

IVONE FERREIRA JARDIM

NONA CÂMARA CÍVEL

COMARCA DE BAGÉ

APELANTE

DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por IVONE FERREIRA JARDIM em face da sentença das folhas 49-51, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial da ação de indenização por danos morais ajuizada contra a VIVO S A.

A autora, em seu recurso das folhas 53-55, alegou que não havia contraído nenhum débito junto à empresa VIVO, e que a conta telefônica que lhe foi enviada pela ré foi integralmente quitada. Alegou que nos presentes autos não se está a analisar quantas linhas telefônicas a autora possui. Disse que o seu nome foi indevidamente inscrito no SPC e SERASA, por motivos que ignora. Postulou a reforma da sentença, para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial, com a determinação de retirada do nome da autora dos cadastros restritivos de crédito e condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais.

O recurso foi recebido no seu duplo efeito (fl. 56).

A VIVO apresentou contrarrazões às folhas 58-68, nas quais alegou que a autora possui duas linhas telefônicas habilitadas, sendo que a cobrança realizada é perfeitamente legal. Disse que a parte autora litiga de má-fé, devendo ser condenada ao pagamento de multa, com base no artigo 17 do CPC.

Após, subiram os autos à consideração desta Corte, tendo me vindo conclusos em 09.04.2013 (fl. 69v).

É o relatório.

Passo a decidir.

Por atendimento aos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação de desconstituição de débito cumulada com indenização por dano moral proposta com fundamento na cobrança de valores pela operadora de telefonia VIVO que não seriam devidos, tendo em vista que a parte autora teria quitado integralmente a conta enviada pela ré.

A demandada, em sua peça contestacional defendeu a existência da contratação e a regularidade da cobrança realizada, argumentando que a parte autora havia contratado duas linhas telefônicas móveis.

Com a sentença de improcedência na origem, a matéria é integralmente devolvida à apreciação desta Corte, ante a interposição de recurso de apelação pela parte autora.

Pois bem.

No caso concreto, incontroversa a relação de consumo entre os litigantes, devendo ser aplicadas ao caso as disposições do artigo 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cabendo ao fornecedor apresentar os elementos de prova relacionados à contratação efetuada na forma consumerista.

Contudo, tal situação não exime a requerente da comprovação do mínimo de suas alegações, a teor do artigo 333, inc. I, do **CPC**.

Cabe dizer que, mesmo com a inversão do ônus probatório, as regras tradicionais do processo civil sobre '*ônus probandi*' continuam válidas, incumbindo à autora demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e/ou extintivos do demandante.

Como bem leciona o eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, “a regra continua a mesma, ou seja, o consumidor como autor da ação de indenização, deverá comprovar os fatos constitutivos do seu direito. O fornecedor, como réu da ação de reparação de danos, deverá demonstrar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do consumidor, bem como aqueles cujo ônus probatório lhe for atribuído pela lei ou pelo juiz.”⁷

Assim, estando disponíveis todas as informações acerca dos valores contratados, bem como as faturas telefônicas e a cobrança impugnada (fls. 12-14) fácil era para a consumidora a demonstração acerca da alegada ocorrência de eventual cobrança excessiva.

Contudo, ao analisar a documentação contida dos autos, bem como as alegações de ambas as partes, tenho que o pedido autoral carece de suporte fático.

Senão vejamos.

Em sua peça inicial a autora em um primeiro momento alega que não havia contraído nenhum débito de telefone junto a empresa, para, logo em seguida, defender que adimpliu integralmente com a fatura enviada. Disse ter recebido correspondência em que era informada da existência de dívida no valor de R\$52,09,

⁷ Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor, editora Saraiva, 2002, p. 328.

relacionada com a fatura vencida em 03.09.2011, oriunda do contrato n.º 2048889015 (fl. 14), e, para fins de demonstrar o adimplemento dos valores devidos, trouxe aos autos duas faturas telefônicas devidamente acompanhadas dos respectivos comprovantes de pagamento (fls. 12-13).

A requerida alegou que a autora possuiria duas contas habilitadas junto à empresa, quais sejam: 1) linha (53) 9965 – 5050, habilitada em 21.08.2009, e cancelada em 28.01.2012, apresentando saldo devedor de R\$11.61, relativo ao mês de agosto de 2011; 2) linha (53) 9959 – 1831, habilitada em 13.06.2011 e cancelada em 29.08.2011, apresentando saldo devedor de R\$142,46, relativo ao mês de setembro de 2011. Para fins de comprovar suas alegações, a VIVO juntou aos autos telas do seu sistema interno de cobranças (fls. 38-40).

Com efeito, conforme já exposto em diversos outros casos envolvendo alegação de cobrança indevida por parte de operadoras telefônicas, a mera apresentação de telas internas do sistema da prestadora não tem o condão de, por si só, atribuir verossimilhança às alegações de regularidade das cobranças. No entanto, no presente caso concreto, a partir de um cotejo das informações e alegações da ré, com o conteúdo da peça inicial, é possível concluir pela ausência de irregularidade na conduta da VIVO.

Ao analisar atentamente o conteúdo dos documentos trazidos pela autora, é possível verificar que efetivamente ela havia contratado duas telefônicas junto à VIVO, exatamente como alegado na contestação, uma vez que cada uma das faturas juntadas aos autos e pagas pela autora se refere a uma das linhas contratadas (fl. 12 / linha (53) 9959 – 1831 e fl. 13 / linha (53) 9965 – 5050), e possui detalhada descrição dos serviços prestados e utilizados.

Veja-se, a cobrança impugnada pela autora se refere à fatura com vencimento no dia 03.09.2011, vinculada ao contrato n.º 20488890415, e oriunda de serviços utilizados no mês de agosto daquele ano (fl. 14), contudo não veio aos autos prova de que aquela conta tenha sido efetivamente adimplida, tendo em vista que dos autos somente consta, em relação àquela linha telefônica, a comprovação do pagamento da fatura com vencimento no dia 03.10.2011, decorrente de serviços prestados no mês de setembro de 2011.

Ainda, não há nenhuma comprovação nos autos de que tenha o nome da consumidora sido inscrito em cadastros restritivos de crédito, o que não passa de

mera alegação autoral que foi negada pela VIVO. Destaco que nem mesmo em seu recurso de apelação a demandante apresentou justificativas que alterassem o panorama dos fatos conforme apresentado na contestação.

Assim, a autora não logrou êxito em comprovar que as cobranças efetuadas pela ré referem-se, como alega, **ressalto**, de forma bastante obscura, a serviços não contratados. Ou seja, não negando a requerente a existência de contrato com a ré, bem como não tendo apontado em que consistia a alegada ilicitude, presume-se que as cobrança postas provavelmente referem-se a serviços utilizados pela demandante.

Dessa forma, tenho que é são válidos os débitos lançados pela ré à fl. 14, e sendo lícita, portanto, a conduta da requerida, não há que se falar em dano moral, havendo de ser mantido o julgamento de improcedência dos pedidos veiculados na inicial.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, com fulcro no artigo 557 do Código de Processo Civil, NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO.

Intime.

Diligências legais.

Porto Alegre, 15 de abril de 2013.

**DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA,
Relatora.**

ANEXO F – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053940185

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA



IHMN
 Nº 70053950770
 2013/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. TELEFONIA. SUPOSTA COBRANÇA INDEVIDA. INSCRIÇÃO EM ROL DE INADIMPLENTES. AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Conquanto não se tenha dúvida sobre a natureza da responsabilidade ser objetiva, porquanto independe da prova da culpa, pois caracterizada a relação de consumo, e muito menos de que nestes casos a inversão do ônus da prova decorre diretamente da lei – conforme dispõe o inc. VIII do art. 6º, também do CDC, não há como chegar a outra conclusão, após a análise dos autos, senão a de que o pleito não merece prosperar. Isso porque ausente a demonstração do fato constitutivo do direito, conforme a exegese do art. 333, I, do CPC.

APELAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70053940185

COMARCA DE PORTO ALEGRE

DANILO JEREMIAS CHRISTIDIS

APELANTE

PONTO DWG PLOTAGEM LTDA

APELADO

DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por DANILO JEREMIAS CHRISTIDIS, nos autos da ação ordinária que move em desfavor de PONTO DWG PLOTAGEM LTDA., contra sentença proferida em audiência que decidiu nos seguintes termos:

Pelo exposto, julgo o pedido improcedente. Condeno o autor ao pagamento das custas e da verba honorária de R\$ 622,00 reais, suspensa pela gratuidade deferida na folha 26.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação alegando a ocorrência de coisa julgada pelo julgamento do acórdão n.º 70047472501. Disse que o dano decorria da manutenção indevida do protesto por mais de sete meses após a quitação da dívida. Observou a confissão quanto à confecção errônea da carta de anuência fornecida ao autor. Sustentou a negativa da empresa ré em fornecer nova carta de anuência, com os dados corretos, mesmo tendo havido diversas solicitações. Pediu provimento.

A apelada apresentou contrarrazões pugnando fosse negado provimento ao apelo.

Subiram os autos a este Tribunal.

Após distribuição por sorteio, vieram conclusos.

É a síntese.

Decido.

O apelo não merece prosperar.

Conquanto não se tenha dúvida sobre a natureza da responsabilidade ser objetiva, porquanto independe da prova da culpa, pois caracterizada a relação de consumo, e muito menos de que nestes casos a inversão do ônus da prova decorre diretamente da lei – conforme dispõe o inc. VIII do art. 6º, também do CDC -, não há como chegar à conclusão diversa, após a análise dos autos, senão a de que o pleito não merece prosperar.

Simplemente porque não há verossimilhança nas alegações do autor que permita a inversão do ônus da prova. Conforme determina o art. 333, em seus incisos I e II, do CPC, cabe à parte autora a demonstração do fato constitutivo do seu direito, enquanto ao réu recai a prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.

No caso dos autos, a parte autora afirma ter quitado o débito existente e, em razão disso, recebeu carta de anuência. Todavia, refere que esta teria sido confeccionada com dados incorretos e que, por isso, não teria conseguido efetuar a baixa do protesto. Acrescenta, ainda, que teria entrado em contato com a empresa ré por diversas vezes, no intuito que lhe fosse encaminhada nova carta de anuência, porém sem êxito.

No sentido de comprovar ter buscado contato com a demandada, o autor colacionou aos autos cópias de telas do saite da empresa ré, ferramenta esta utilizada para o envio de mensagens (fls. 23/25).

Entretanto, como bem posto na contestação, as telas apresentadas não indicam que o autor tenha efetivamente enviado as mensagens de reclamação, bem como se percebe a incorreção no nome do autor, o que é estranho, tendo em vista ter sido por ele mesmo preenchido.

Sendo assim, não há como se reconhecer a demonstração do fato constitutivo pela parte autora.

Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVAS MÍNIMAS SOBRE OS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO AFIRMADO PELA AUTORA. De acordo com o artigo 333, inciso I do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao **fato constitutivo** do seu direito. Na situação em exame, entretanto, esse encargo não foi cumprido. Trata-se de pedido de indenização fundado no descumprimento de ordem judicial cuja prova era essencialmente documental e de fácil acesso à parte. Entretanto, a petição inicial não foi instruída com documentos hábeis a conferir suporte fático idôneo à pretensão deduzida em juízo. Assim, é de rigor desprover o apelo. APELO DA AUTORA DESPROVIDO. APELO DA RÉ PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70053826335, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 02/04/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO. ÔNUS DO AUTOR. Hipótese dos autos em que o autor não logrou demonstrar o **fato constitutivo** do seu direito, cujo ônus lhe competia. A mera alegação sem elementos que a conforte não constitui, por si só, fato suficiente para autorizar indenização por danos morais, devendo o demandante demonstrar que houve dolo na conduta da parte requerida a ensejar-lhe o dever de reparação. Ônus da prova que lhe competia, e que não autoriza julgamento de procedência nem mesmo pela inversão do ônus probatório à luz das regras do CDC. Mantida a sentença de improcedência do pedido indenizatório. À UNANIMIDADE. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70052995321, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 27/03/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DANO MORAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERNET. IMPROCEDÊNCIA. Afastada a ilegitimidade passiva, pois a ré, na condição de provedora de acesso à internet, deve responder a lide em que se discute a falha na prestação do serviço. Autora que não se desincumbiu de comprovar que o defeito de acesso à internet decorria de falha oriunda do serviço prestado pela demandada. O ônus da prova é da autora, devendo comprovar o **fato constitutivo** de seu direito (art. 333, inciso I, do CPC). Ausente a comprovação da responsabilidade da ré, incabível o reconhecimento da obrigação de reparar a falha e de indenização por dano moral. Quem alega e nada prova, ou prova de modo duvidoso, não pode ser

vitorioso em juízo. Sentença reformada para ser julgar improcedente a ação. Sucumbência invertida e redimensionada. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70051659472, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 28/03/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SEGURO. RESSARCIMENTO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. SERVIÇO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DO **FATO CONSTITUTIVO**. ATO ILÍCITO NÃO EVIDENCIADO. DANO MORAL INOCORRENTE. 1. Agravo retido. Preliminar de nulidade da sentença afastada. O juiz é o destinatário das provas, sendo seu dever indeferir a produção das inúteis ou protelatórias, a teor do disposto no art. 130 do CPC. No caso concreto, é desnecessária a dilação probatória, considerando a prova documental constante nos autos. 2. Devidamente examinada a lide secundária pelo magistrado, que considerou prejudicado seu julgamento, não há falar em nulidade da sentença por citra petita. 3. A parte autora não se desincumbiu do ônus de comprovar o **fato constitutivo** do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC, pois não demonstrada falha na prestação do serviço pela seguradora ou a alegada omissão desta durante a assistência em viagem. Hipótese em que foi prestado o devido atendimento em rede pública do país local. Ato ilícito que não se verificou. Dano moral inócurrenente. Sentença mantida. Precedentes. POR MAIORIA, DESPROVIDO O AGRAVO RETIDO. À UNANIMIDADE, PRELIMINAR DESACOLHIDA, E, RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70052662863, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 27/03/2013)

Não há falar, portanto, em ilicitude.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, NEGO SEGUIMENTO AO APELO.

Intime-se.

Porto Alegre, 12 de abril de 2013.

**DESA. MARILENE BONZANINI,
Relatora.**

ANEXO G – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053773032

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA



IHMN
 Nº 70053950770
 2013/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. TELEFONIA. SUPOSTA COBRANÇA INDEVIDA. VALORES A MAIOR. AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO.

Conquanto não se tenha dúvida sobre a natureza da responsabilidade ser objetiva, porquanto independe da prova da culpa, pois caracterizada a relação de consumo, e muito menos de que nestes casos a inversão do ônus da prova decorre diretamente da lei – conforme dispõe o inc. VIII do art. 6º, também do CDC, não há como chegar a outra conclusão, após a análise dos autos, senão a de que o pleito não merece prosperar. Isso porque ausente a demonstração do fato constitutivo do seu direito, conforme a exegese do art. 333, I, do CPC.

PEDIDOS IMPROCEDENTES. SUCUMBÊNCIA REDIMENSIONADA.

APELAÇÃO DA RÉ PROVIDA.

APELAÇÃO DO AUTOR A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70053773032

COMARCA DE SANTO CRISTO

BRASIL TELECOM / OI

APELANTE/APELADO

DELMIRO ANTONIO MOELLMANN

APELANTE/APELADO

DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas por BRASIL TELECOM / OI e DELMIRO ANTONIO MOELLMANN, nos autos da ação declaratória de inexistência

de débitos c/c repetição de indébito e indenizatória por danos materiais e morais que move este em desfavor daquela operadora de telefonia, contra sentença que decidiu nos seguintes termos:

*Ante o exposto, com fulcro no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação**, a fim de DECLARAR indevida a cobrança arbitrária do valor de R\$ 10,29 referente a diferença do valor contratado no tocante as ligações e o valor de R\$ 30,00 referente a diferença do valor contratado no tocante a internet e CONDENAR a demandada ao pagamento dos valores indevidamente cobrados, em dobro, valor a ser apurado em sede de execução, desde dezembro de 2011, corrigidos monetariamente pelo IGP-M a contar da data do pagamento e acrescido de juros legais de 1% ao mês a contar da citação.*

Tendo em vista a pouca significância econômica dos valores em que restou a ré condenada, verifico a sucumbência mínima da parte demandada, na forma do art. 21, parágrafo único, do CPC. Condeno, assim, a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios ao procurador da parte ré, os quais vão fixados em R\$ 800,00, com fundamento no artigo 20, §4º do Código de Processo Civil, restando suspensa a exigibilidade em face da AJG, que vai deferida por este Juízo.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação alegando a necessidade de reparação pelos danos morais sofridos. Disse ter passado horas e horas ao telefone na busca de resolução amigável do problema. Discorreu acerca da teoria do dano *in re ipsa*. Pediu provimento.

Irresignada, a empresa ré apelou afirmando a impossibilidade da disponibilização de plano nos valores informados. Impugnou a repetição do indébito. Destacou que a devolução em dobro, caso entendida como cabível, deveria ficar restrita apenas à quantia efetivamente paga e comprovada. Pleiteou provimento.

Decorreu prazo legal sem a apresentação de contrarrazões pelo autor/apelado.

A ré/apelada contra-arrazoou.

Subiram os autos a este Tribunal.

Após distribuição por sorteio, vieram conclusos.

É a síntese.

Decido.

Analiso, conjuntamente, ambos os apelos.

Conquanto não se tenha dúvida sobre a natureza da responsabilidade ser objetiva, porquanto independe da prova da culpa, pois caracterizada a relação de consumo, e muito menos de que nestes casos a inversão do ônus da prova decorre diretamente da lei – conforme dispõe o inc. VIII do art. 6º, também do CDC -, não há como chegar à conclusão diversa, após a análise dos autos, senão a de que o pleito não merece prosperar.

Simplesmente porque não há verossimilhança nas alegações do autor que permita a inversão do ônus da prova. Conforme determina o art. 333, em seus incisos I e II, do CPC, cabe à parte autora a demonstração do fato constitutivo do seu direito, enquanto ao réu recai a prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.

Na lide em pauta, o autor sustenta que as cobranças referentes aos serviços de telefonia e *internet* teriam sido modificados, a maior, sem que houvesse pedido de modificação de plano. Todavia, as faturas juntadas pela parte autora, às folhas 18 a 23 dos autos, não comprovam que os valores pagos inicialmente pelos serviços de telefonia e *internet* eram de, respectivamente, R\$29,90 e R\$ 39,90, conforme alegado na peça inicial. As faturas supracitadas indicam a cobrança de R\$ 40,19, pelo Plano Conta Completa, e de R\$ 54,11, pela Ass Oi Velox Res 600k, desde a fatura com vencimento em 14/12/2011, referente ao período de 26/10/2001 a 25/11/2011.

Diante do exposto, certo é que a parte autora não demonstrou o fato constitutivo do seu direito, o que era ônus seu.

Nesse sentido a jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA C/ PEDIDO PARCIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SERASA S/A "CONCENTRE SCORING". SISTEMA "CREDISCORE". NATUREZA. BANCO DE DADOS. SUJEIÇÃO CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO DO CRÉDITO. CDL. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. ART. 43, § 2º, DO CDC. Não consta dos autos qualquer comprovação acerca da suposta negativa de crédito. Ao que parece, a apelante teve ciência do serviço disponibilizado pela apelada, e propôs a presente ação com o intuito de verificar qual a informação constante em seu nome, e disponibilizada pela apelada aos seus clientes, circunstância que não autoriza a procedência da ação. Ou seja, a apelante não logrou comprovar o fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC. Ademais, não há ilicitude no fato de cada estabelecimento comercial selecionar os critérios utilizados para concessão de crédito aos seus consumidores. Desnecessidade da notificação, nos termos do art. 43, § 2º, do CDC. Precedentes deste Tribunal. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70052707684, Vigésima Câmara

Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 30/01/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. OFENSAS PROFERIDAS POR ATENDENTE DE EMPRESA DE TELEFONIA MÓVEL. AUSENTE COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Há responsabilidade objetiva da empresa, bastando que exista, para caracterizá-la, a relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surgindo o dever de indenizar, independentemente de culpa ou dolo. O fornecedor de produtos e serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados por defeitos relativos aos produtos e prestação de serviços que disponibiliza no mercado de consumo. Mesmo diante da possibilidade de aplicação da inversão dos ônus probatório com base no CDC, incumbe à parte que se diz lesada a demonstração mínima de prova do fato constitutivo do direito alegado, conforme impõe o art. 333, I, do Código de Processo Civil. No caso dos autos, a parte autora não comprovou que tivesse sofrido ofensas por parte de atendente da empresa de telefonia demandada, que pudesse configurar ato ilícito passível de reparação por danos extrapatrimoniais. Ainda que instado sobre o interesse na produção de provas que tivesse interesse, o demandante ficou silente, não tendo logrado comprovar a conduta lesiva atribuída à preposta da ré. Sentença de improcedência mantida. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC, POR MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. (Apelação Cível Nº 70052706181, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 02/01/2013)

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DE CONSUMO. PRODUTO VENCIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA. 1. Tratando-se de relação de consumo, aceita-se a inversão do ônus da prova, a teor do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, desde que cumpridos os requisitos legais, quais sejam, a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do consumidor. 2. Inexistindo nos autos prova da verossimilhança das alegações da parte autora, descabe a inversão do ônus da prova. A matéria posta em discussão gravita sobre questões de fato, competindo, à parte autora, a comprovação do fato constitutivo do seu direito de perceber indenização por danos morais e materiais, nos termos do art. 333, I, do CPC. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo Nº 70052353471, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 12/12/2012)

Não há falar, portanto, em ilicitude.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO AO APELO DA RÉ e NEGADO SEGUIMENTO AO APELO DO AUTOR, julgando improcedentes os pedidos iniciais, condenando a parte autora ao pagamento das custas processuais, bem como da verba honorária devida ao procurador da parte ré, esta no valor de R\$ 800,00,

conforme a exegese do art. 20, §4º, do CPC, suspensa a exigibilidade em face do deferimento do benefício da AJG na sentença.

Intime-se.

Porto Alegre, 02 de abril de 2013.

DESA. MARILENE BONZANINI,
Relatora.