

O ÔNUS DA PROVA NO CDC: SUA DIVERSIDADE E A FALSA INVERSÃO

Ricardo Rocha Leite

THE BURDEN OF PROOF IN THE BRAZILIAN CONSUMER PROTECTION
CODE (CDC): YOUR DIVERSITY AND THE FALSE REVERSE

RESUMO

Este trabalho busca analisar a diversidade do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – CDC em relação ao critério estático estabelecido como paradigma no Código de Processo Civil – CPC. Essa peculiaridade é evidenciada nos casos que envolvem a discussão da responsabilidade civil do fornecedor, seja em decorrência do fato ou do vício do produto e do serviço, seja em virtude de matéria afeta às práticas comerciais. Esses critérios, que reduzem as exigências de produção da prova pelo consumidor, não excluem a aplicação da regra estática, pois são empregados em situações específicas. Sustenta-se que nenhum desses casos se reporta à inversão do encargo probatório, porquanto o que há, na verdade, é a incidência de presunção legal relativa, a imposição de fato constitutivo ao fornecedor e o reconhecimento pelo juiz de algum fato alegado pelo consumidor como verdadeiro. Este estudo justifica-se pela imprecisão que norteia o instituto do ônus da prova bem como pelos problemas de ordem prática que são constatados no cotidiano forense.

» PALAVRAS-CHAVE: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR. ASPECTOS PROCESSUAIS. ÔNUS DA PROVA. DIVERSIDADE. FALSA INVERSÃO.

ABSTRACT

This study aims to analyze the diversity of the burden of proof in the Brazilian Consumer Protection Code (CDC) regarding the static criterion established as a paradigm in the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC). This feature is evident in cases concerning the civil liability of a supplier due to the fact or defect of a product or service, or due to commercial practices. These criteria lower the requirements for consumers to produce evidences, but do not exclude the application of the static law, because they operate in specific situations. None of these cases relates to the reverse burden of proof, because, actually, it is the application of a relative legal presumption; it is the imposition of a constitutive fact to the supplier, and the acknowledgement, by a judge, of a fact alleged by a consumer. The justification for this study lies on the imprecision that guides the principle of the burden of proof and the practical issues faced in the legal environment.

» KEYWORDS: CONSUMER PROTECTION. PROCEDURAL ASPECTS. BURDEN OF PROOF. DIVERSITY. FALSE REVERSE.

INTRODUÇÃO

A ideia central do Código de Defesa do Consumidor – CDC é a proteção de um grupo determinado de pessoas, os consumidores. Ao destacar certo grupo da sociedade, o Estado intervém na tentativa de igualar a desigualdade. Ao mesmo tempo em que preserva a liberdade dos indivíduos para contratar e a sua vinculação ao instrumento contratual para que os pactos sejam respeitados, pode flexibilizar a autonomia da vontade na hipótese em que ficar evidenciada situação jurídica que aponte a necessidade de sua interferência.

A diferenciação desse microsistema é destacada logo no artigo 1º da Lei n. 8078/1990, ao prever que o CDC é uma norma de ordem pública.

Essa qualificação norteia sua aplicação e constitui importante mecanismo de maior alcance da justiça distributiva, a qual estava desamparada no direito privado clássico. A igualdade material almejada é vista como discriminação positiva e gera solidariedade do mercado, pois, na sociedade atual, o risco é elemento constante, e o princípio do *favor debilis* pode ser aplicado na relação de consumo. É preciso dar especial atenção à parte que está em desvantagem de condições.

Essa visão repercute no processo civil, porque o CDC estabelece mecanismos específicos quanto ao Código de Processo Civil – CPC. Ao mesmo tempo, não se pode descurar dos aspectos gerais que são traçados pela legislação processual civil. O diálogo das fontes é técnica de interação que deve ser empregada para melhor solução das situações que retratem a relação de consumo. Especificamente sobre a prova e a distribuição do seu ônus, são utilizados institutos e conceitos do CPC, tais como os fatos jurídicos que devam ser comprovados pelas partes, as presunções e as máximas de experiência.

Discute-se se o ônus da prova é sempre de quem alega. O tratamento específico apresentado pelo CDC problematiza sua aplicação, pois há variações dentro do próprio microsistema. Essa situação demonstra que o ônus da prova não é sempre de quem alega. Contudo, deve ser observado que o critério estático previsto como regra no artigo 333 do CPC de 1973 e mantido no artigo 373 do vigente CPC não pode ser desconsiderado pelo juiz na solução do caso concreto. Em algumas hipóteses, ele ainda será utilizado.

Dentre as situações específicas estabelecidas pelo CDC, há a possibilidade de o magistrado inverter o ônus da prova a favor do consumidor, desde que preenchidos os requisitos legais. Outro problema que advém dessa disposição legal é discutir se se trata tecnicamente de inversão. Além dessa hipótese abordada expressamente pela legislação, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram outros dois casos que foram denominados de inversão legal do encargo probatório. O trabalho também questiona o conceito empregado.

Ao autor compete a prova do fato constitutivo do seu direito, e ao réu, a comprovação de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Esse método de distribuição é preestabelecido pela legislação e constitui a regra no sistema jurídico. A utilização de critérios diferenciados requer situações específicas e justificadas. A relação de consumo, por toda sua principiologia, legitima esse tratamento e utiliza preceitos vaticinados na legislação processual civil que reduzem as exigências probatórias. As presunções demonstram a assertiva, pois atuam como facilitadores processuais à parte que é beneficiada pela sua aplicação. Essa situação é vivenciada durante a etapa de produção da prova.

O ônus da prova, instituto de direito processual, deve ser analisado em conjunto com o direito material deduzido em juízo. A visão de que o ônus da prova se vale somente da posição jurídica da parte no processo está superada há tempos. Cabe ao magistrado realizar a análise de forma contextualizada e não se ater somente ao fato de ser a parte autora ou ré. O processo é instrumento para a obtenção do direito material, e seu ideal de efetividade requer necessariamente um olhar

panorâmico sobre a relação jurídica. Essa interpretação coordenada das regras processuais à luz do direito material fomentou os critérios estabelecidos no CDC.

Este trabalho tem por escopo identificar e discutir os problemas relacionados ao ônus da prova na relação de consumo. A aplicação do ônus da prova assume, ainda hoje, contornos imprecisos na sua utilização prática pelos operadores do direito, e a análise do caso concreto é imprescindível, pois há situações diferenciadas para cada modalidade de responsabilidade civil estabelecida pelo CDC, além de outras hipóteses que surgem em decorrência do aumento quantitativo de demandas e das situações que são geradas pelo alargamento do consumo.

1 OS ASPECTOS PONTUAIS DO ÔNUS DA PROVA

1.1 A PROVA

A prova é uma constante em diversas áreas do conhecimento. No campo jurídico, tradicionalmente, é empregada em três dimensões: como atividade, meio e resultado. A primeira variação compreende a ação de provar de acordo com os critérios de distribuição do ônus da prova. A segunda retrata os instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico para se provar determinado fato, tais como os meios de prova testemunhal, documental ou pericial. A prova como resultado tem por escopo a formação do convencimento judicial, “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo” (CHIOVENDA, 2002, p. 109).

O conhecimento de determinado fato pelo juiz pode ocorrer de forma direta ou indireta. De acordo com essa concepção, encontram-se o objeto de prova e os meios de prova. Aquele é constituído pelas alegações das partes em relação aos fatos controversos, relevantes e determinados existentes no processo, cujo núcleo é o denominado *thema probandum* ou fato probando. Os meios de prova são os listados na legislação processual e os necessários para o deslinde da causa. Além das provas típicas, há as provas atípicas, as quais não estão especificamente previstas em lei.

O direito à prova encontra limites que devem ser justificados de forma racional pelo legislador e pelo juiz. A restrição é amparada pelo princípio da proporcionalidade, que fomenta o juízo de sua admissibilidade com vistas à proteção de outros valores. Nesse ramo, amoldam-se as provas ilícitas, previstas expressamente na CF como inadmissíveis no processo (art. 5º, LVI), as quais não podem integrar a esfera de convencimento do julgador. Há também o juízo lógico da relevância e da pertinência, direcionado à economia e à celeridade processuais no raciocínio desenvolvido pelo juiz que entende pela desnecessidade da produção de determinado meio de prova.

O contato do juiz com a prova ocorre em três momentos processuais: o da determinação ou da admissibilidade da prova, o da realização da prova e o da valoração da prova. O segundo momento, de produção da prova, tem por finalidade reconstruir a afirmação dos fatos apresentados pelas partes, observados os critérios metodológicos previstos na legislação processual. Ao proferir a

sentença, o juiz utiliza o discurso justificativo de sua decisão, o qual possibilita o controle das partes acerca da racionalidade empregada. Nesse ponto, com base nos meios de prova produzidos no processo, o magistrado explicitará a valoração ao conjunto probatório que embasou sua convicção.

O estudo da valoração das provas no ordenamento jurídico remonta à existência de três principais sistemas: o da prova legal ou tarifada, em que a lei já reconhece, de forma apriorística, o valor de cada meio de prova segundo critérios próprios; o do livre convencimento puro, que confere ao julgador ampla liberdade para apreciar e valorar a prova sem a necessidade de motivação, e, por fim, o do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, adotado pela legislação processual, que também assegura ao juiz a liberdade de apreciar e valorar a prova, porém com a necessidade de expor as razões do seu convencimento.

1.2 O ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova transmite a ideia de distribuição de riscos e de autorresponsabilidade¹ das partes. A doutrina comumente divide o ônus da prova em objetivo e subjetivo. Esse é analisado sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção da prova, aquele é visto como uma regra de julgamento para ser aplicada pelo juiz no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente, com vistas a afastar o *non liquet*. Logo, o ônus da prova é, ao mesmo tempo, regra de conduta das partes e regra de julgamento e, nesse caso, está calcada no estado de dúvida cognoscitiva do julgador.

Trata-se de um ônus imperfeito. Nem sempre a ausência de produção da prova pela parte a coloca em situação de desvantagem processual. O juiz, como destinatário da prova, pode determinar a produção de certo meio de prova no curso do processo. Além do mais, segundo o princípio da aquisição ou da comunhão da prova, a prova produzida pela outra parte pode beneficiar a parte que não a produziu. É indiferente a proveniência da prova, se adveio da parte a quem competia o ônus de produzi-la ou da parte adversária.

O ônus da prova objetivo tem caráter consequencial. Se uma afirmação relevante da parte não for suficientemente demonstrada, o magistrado proferirá sentença de acordo com o critério da distribuição do ônus da prova previamente estabelecido pelo legislador para o caso concreto. Todavia, a regra deve ser aplicada de forma residual, pois o processo civil moderno assegura iniciativa probatória ao juiz na busca de sanar eventual lacuna no material probatório produzido pelas partes. Essa postura é salutar para melhor elucidação dos fatos diante da possível insuficiência dos meios de prova produzidos durante a instrução processual.

O ônus da prova possui autonomia conceitual e está vinculado à ideia de carga, de encargo atribuído a determinada parte para que dele possa se desincumbir. Caso a parte responsável por esse peso não o cumpra, sofrerá a consequência de poder não obter sua pretensão, ou se encontrará em estado que não desejava. Nessa perspectiva, o ônus atua como instituto motivador da parte que lhe incumbe, para que obtenha situação favorável ao seu interesse. Ao mesmo tempo, o efeito jurídico gerado pelo

descumprimento do encargo não implica o reconhecimento do direito da parte adversária, mas sim a situação jurídica de desvantagem para a parte que não se desincumbiu do ônus que lhe competia.

1.3 OS CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Em regra, vigora, no processo civil, o critério estático (art. 333 do CPC de 1973 e art. 373 do CPC vigente). Cabe à parte autora demonstrar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Esse comando é dirigido ao juiz no caso de, encerrada a fase instrutória, ainda restar a dúvida². É possível afirmar, também, que é direcionado às partes, ou seja, é uma regra de conduta, porquanto tem o condão de informar previamente a quem compete o ônus da prova. A racionalidade da norma é que a parte deve provar aquele fato que lhe beneficia e não o fato prejudicial.

O ônus da prova é antecedido pelo ônus da afirmação ou ônus da alegação. Primeiro a parte deve alegar e, posteriormente, comprovar o fato. A afirmação de um fato feita pelo autor e a resistência do réu tornam os fatos controvertidos e constituem o objeto de prova. Esses fatos relevantes fixam os contornos de atuação do juiz no processo e delimitam o provimento judicial que será prolatado. Mesmo nos fatos notórios, que prescindem de prova, não há dispensa de sua afirmação, porquanto a parte visa obter uma consequência advinda da sua ocorrência. Da mesma forma, os fatos confessados pela outra parte, incontroversos, e em cujo favor milite alguma presunção legal de existência ou veracidade.

As principais teorias acerca dos critérios de distribuição do ônus da prova estão embasadas em três pontos: o primeiro está ligado à natureza dos fatos que fundamentam a pretensão das partes (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos); o segundo ponto está alicerçado nos pressupostos de fato que embasam a norma jurídica, cabendo a cada parte provar aquilo que lhe é favorável e, por fim, o terceiro se reporta à posição da parte em relação ao efeito jurídico desejado.

À luz dessas teorias, é possível inferir sua importância e compatibilidade com a legislação processual civil brasileira, que adotou, como regra, o caráter distributivo do ônus da prova em observância à natureza dos fatos e à posição jurídica ocupada pelas partes. Todavia, esse critério não é suficiente para a resolução de todos os casos. A massificação e a complexidade das demandas judiciais desencadearam a necessidade da construção de novos métodos de distribuição do ônus da prova para solução de casos pontuais, tais como a teoria da distribuição dinâmica prevista no art. 373, §1º, do CPC e as situações específicas estabelecidas no CDC.

» 1.3.1 OS FATOS CONSTITUTIVOS, IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS E EXTINTIVOS

O legislador utilizou a classificação dos fatos em quatro critérios para a repartição do ônus da prova. Devem ser vistos como fatos jurídicos, pois suas existências no mundo fático amoldam-se à descrição de uma regra jurídica. Essa visão reporta-se à concepção de que os fatos que constituem o

objeto de prova estão circunscritos ao processo de aplicação do direito material. Há também a visão processual, a qual pontua a necessidade de se observar a posição jurídica da parte quanto à pretensão deduzida em juízo.

Nessa acepção de junção do direito processual com o material para a distribuição do ônus da prova, os fatos constitutivos são o “conjunto de fatos que compõe o suporte fático suficiente para a formação do fato jurídico, descrito pelo autor na petição inicial, com fundamento na situação jurídica cuja titularidade é pleiteada” (XAVIER, 2004, p. 140). O fato impeditivo, no primeiro momento, torna incontroversa a existência do fato constitutivo para, em seguida, impedir a sua plena aplicação. Analisado sob a ótica do fato jurídico, o fato impeditivo ratifica a existência do fato constitutivo, mas obstrui a sua validade e/ou eficácia.

O fato impeditivo se opõe ao efeito do fato constitutivo. Por isso, devem ser provados os seus pressupostos pelo réu que não deseja uma situação desfavorável. É possível afirmar que são fatos impeditivos os vícios do consentimento em ação judicial que tenha como pretensão o cumprimento de cláusula contratual do negócio jurídico. Por outro lado, na ação anulatória de negócio jurídico, sob o fundamento do vício do consentimento, passa-se a fato constitutivo, porquanto cabe àquele que alega comprovar sua existência.

Da mesma forma, os fatos modificativos têm como pressuposto o fato constitutivo afirmado pelo autor. Contudo, a modificação não atinge a validade ou eficácia do fato, mas “a amplitude ou pertinência subjetiva dos efeitos pleiteados pelo autor, em virtude da ocorrência de fato posterior ao constitutivo” (XAVIER, 2004, p. 155). Essa alteração pode se dar em relação aos sujeitos da relação jurídica ou ao seu conteúdo. Exemplos desses fatos são encontrados nas cessões de crédito e nas assunções de dívida, modalidades de transmissão das obrigações que alteram os sujeitos da relação obrigacional.

Os fatos extintivos se contrapõem aos fatos constitutivos e rompem o nexo entre o direito e seu titular, pois são aptos a “promover a incidência de regras jurídicas ou cláusulas negociais que possibilitam a extinção, objetiva ou subjetiva, da situação jurídica cuja titularidade é pleiteada pelo autor” (XAVIER, 2002, p. 163). Dessa forma, para contextualizar e ilustrar a incidência desses fatos numa situação hipotética, se o autor pleiteia o pagamento de uma dívida e o réu se opõe à pretensão, alegando que houve o parcelamento e somente lhe pode ser exigida a parcela correspondente, o fato alegado pelo réu é modificativo; se o réu alega o pagamento, o fato é extintivo e, se o réu formula uma defesa indireta de mérito com fundamento na exceção do contrato não cumprido, o fato trazido é impeditivo.

1.4 AS PRESUNÇÕES, AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA OU AS REGRAS DE EXPERIÊNCIA E A VEROSSIMILHANÇA

A dificuldade na produção da prova de determinados fatos levou o legislador a prever hipóteses de utilização de mecanismos que atenuem o rigor da sua obtenção. Esses casos repercutem na distribuição do ônus da prova, seja em decorrência da própria lei, que, no seu comando, estipula

alteração na carga probatória, seja na faculdade concedida ao juiz. É possível afirmar que, nas presunções, nas máximas de experiência e na verossimilhança, há a redução das exigências de prova.

» 1.4.1 AS PRESUNÇÕES

A presunção é a ilação, ou processo lógico de raciocínio, que se obtém do fato conhecido e secundário, geralmente indício, para se provar a existência de fato desconhecido.³ As presunções são políticas processuais empregadas para facilitar a produção de determinada prova, pois parte-se da premissa de que é mais difícil provar a ocorrência do fato do que a sua não ocorrência. Ao mesmo tempo, tem por escopo, em algumas hipóteses, diminuir a atividade do juiz na apreciação e na valoração das questões fáticas pertinentes, ao substituí-la por critério previamente estabelecido na lei. As presunções são divididas pela doutrina em legais, que são subdivididas em relativas e absolutas, e judiciais ou simples.

As presunções se diferem das chamadas ficções jurídicas, pois essas são criadas pelo legislador sem o juízo de probabilidade presente naquelas. As ficções jurídicas contrariam até mesmo a própria verdade material de um fato e a normalidade desempenhada pela relação lógica gerada na presunção⁴. No âmbito do direito penal, ao tratar do concurso de crimes nas modalidades do crime formal e do crime continuado, o indivíduo pratica dois ou mais crimes, mas o cálculo da sua pena é fixado com base em crime único. Nesse caso, não há de se falar em qualquer critério de probabilidade no emprego dessa técnica legislativa, ao contrário do que ocorre na presunção. No âmbito do direito civil, é mencionada a atribuição de personalidade às pessoas jurídicas como uma forma de ficção legal.

O Código Civil – CC, no artigo 212, inciso IV, repete a redação do artigo 136, inciso V, do CC de 1916 e trata a presunção como meio de prova, pois é listada juntamente com a confissão, o documento, a testemunha e a perícia. Esse enquadramento é criticado pela doutrina⁵ sob o argumento de que a presunção é “um processo de elaboração mental” (CAMBI, 2006, p. 360) e o que é provado é o fato-base, por meio do qual, por dedução lógica, se chega à presunção. O argumento utilizado para excluir a presunção do rol dos meios de prova é o mesmo utilizado em relação aos indícios.

Quanto às presunções legais, a maior parte da doutrina processual entende que a diferença está no fato de que a presunção legal absoluta não admite prova em contrário. Na verdade, o que as difere é a relevância e a utilidade da produção da prova em sentido contrário. Na presunção absoluta, a produção de determinado meio de prova em nada influenciará a formação da convicção do juiz. Exemplo pode ser extraído da usucapião de bem imóvel prevista no artigo 1238 do CC. Essa modalidade de aquisição da propriedade requer o critério objetivo do prazo de quinze anos bem como o *animus domini* do possuidor, sem a necessidade de justo título e boa-fé.

Com isso, é possível inferir que a hipótese transcende o direito processual e repercute diretamente na esfera do direito material, pois dispensa dois requisitos previstos na legislação civil que sequer precisam ser provados no processo. Essa modalidade de usucapião é equiparada a outra, que

exige os requisitos para fins de aquisição da propriedade imóvel. A equiparação do ponto de vista da eficácia do instituto é tratada por Barbosa Moreira (1977, p. 64): “[...] a lei imprime ao esquema a+b a mesma eficácia que teria o esquema a+b+c ou a+b+c+d, e assim por diante. Em uma palavra: atribui efeitos iguais a diferentes esquemas de fato”.

Nas presunções legais relativas, apesar da ocorrência do fato secundário, é possível a produção da prova de que o fato principal objeto de prova não ocorreu. Nesse caso, como a própria nomenclatura evidencia, a presunção tem relativa eficácia, pois ela vigora enquanto não desconstituída por prova em contrário. A parte que é beneficiada está dispensada da comprovação do fato principal, que é objeto de prova, mas não do fato secundário, que desencadeia sua ocorrência. O artigo 374, inciso IV, do CPC dispõe sobre a dispensa de prova do fato que milita a favor da presunção legal de existência ou de veracidade.

Exemplo dessa modalidade de presunção é extraído do artigo 322 do CC: “quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”. Na espécie, que trata do instituto das obrigações no direito civil, a presunção da quitação da dívida atua em favor do devedor, porquanto a normalidade é que o credor não aceite receber o valor de determinada parcela, se as anteriores não estiverem adimplidas. Se o fato for alegado e provado pelo devedor, ao credor compete desconstituir essa presunção.

A presunção legal relativa independe da posição jurídica assumida pela parte no processo, ou seja, ela pode beneficiar o autor ou o réu, dependendo do caso. Na previsão legal acima descrita, o legislador tornou o fato extintivo do pagamento da última parcela um fato constitutivo do direito do devedor e transferiu ao credor o ônus de desconstituí-lo. Parte da doutrina reporta a presunção relativa como uma espécie de inversão legal do ônus da prova. Essa discussão será analisada de forma pormenorizada mais adiante.

Hernando Devís Echandía (1993, p. 699), valendo-se do raciocínio lógico empregado pelo silogismo, assevera que, nas presunções legais, o julgador pode utilizar tão somente o critério da conclusão. No caso, a premissa maior, a qual é constituída pela regra geral contida na norma jurídica, e a premissa menor, que é o princípio da identidade que serve de base à norma, são dispensáveis. Exemplifica por meio da presunção de paternidade oriunda da concepção do filho na constância do casamento.

As presunções simples ou judiciais, também conhecidas por presunções *hominis*, são aquelas em que o raciocínio é empregado pelo órgão judicial com base naquilo que ordinariamente acontece⁶. Cambi (2006, p. 377) aponta a existência de três fases para a sua consolidação: “[...] i) a colheita dos indícios; ii) a dedução das presunções e iii) a apreciação (valoração) dessas presunções”. Com base nesse conceito, é possível verificar a estreita relação existente entre as presunções judiciais, as regras ordinárias de experiência e a verossimilhança. Não pode ser tratada como presunção simples a chamada *presumpum de presumpum* (presunção da presunção, presunção de segundo grau ou presunção secundária), pois, nesse caso, o juiz já não parte de fato certo, mas sim de fato incerto ou presumido⁷.

» 1.4.2 AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA OU AS REGRAS DE EXPERIÊNCIA

Os estudos acerca do tema despontaram na Alemanha, e Friedrich Stein formulou um conceito⁸. A problemática que fomentou o início das discussões acerca desse instituto tratava da proibição de o juiz invocar, em suas razões de decidir, conhecimentos extraprocessuais e atrelados ao seu conhecimento privado dos fatos⁹. Desde então, era analisada a inviabilidade de valer-se de critérios pessoais para julgar, mas, ao mesmo tempo, era reconhecida a impossibilidade de o magistrado, no exercício de sua função, abster-se completamente dos valores que foram assimilados ao longo de sua vida e que integram sua identidade.

As máximas de experiência não são meios de prova e atuam como juízo de probabilidade daquilo que acontece de forma corriqueira, com generalidade e abstração¹⁰. O magistrado formula um raciocínio dedutivo pautado por fatos que acontecem de forma repetida no contexto em que vive¹¹. Essas previstas no ordenamento jurídico brasileiro e são divididas em comuns e técnicas. Essas integram diretamente o conhecimento científico acerca de determinado fato. Interessam para este estudo as regras de experiências ditas comuns, pois, mais adiante, será demonstrada sua aplicabilidade no CDC.

No campo probatório, as regras de experiência atuam como instrumento de apuração dos fatos e auxiliam o magistrado na formação das presunções simples. Cabral (2008, p. 296) assevera o seguinte “[...] as regras da experiência formam a premissa maior e, conjugada com a premissa menor, formada pelo fato-base ou indício, tem-se uma conclusão denominada presunção judicial *praesumptiones hominis*”. Esse juízo que advém da subsunção do indício ou do fato-base à regra geral de experiência deve ser feito com cautela pelo juiz, pois, caso incida em erro nessa etapa, sua conclusão também estará equivocada. Como se trata de presunção judicial, a produção de prova em contrário pode afastar a sua incidência.

As máximas de experiência, no âmbito da prova, atuam na sua valoração pelo juiz e são inseridas mediante raciocínio do magistrado na elaboração da decisão. A situação retrata um juízo de avaliação que é realizado com respaldo no livre convencimento motivado. Pode o juiz, no caso concreto, com base no conhecimento angariado durante todo o exercício de sua atividade, atribuir maior valor probatório a determinado documento em detrimento de outro, ou mais credibilidade a um depoimento de testemunha do que a um depoimento pessoal¹².

Nesse contexto de valoração da prova, vale o registro histórico que consta na Bíblia Sagrada sobre o Rei Salomão, o qual recebeu de Deus o dom da sabedoria para julgar seu povo. Em determinado episódio, intitulado A Sentença de Salomão, duas mulheres que moravam na mesma casa e tiveram filhos em um intervalo de três dias se apresentaram ao Rei com versões contraditórias. Um dos filhos havia falecido e ambas alegavam que o filho vivo era seu. Diante dessa situação, o Rei ordenou que lhe trouxessem uma espada para dividir o filho vivo ao meio, e uma delas consentiu que o filho fosse entregue à outra para não ser morto. O Rei concluiu que essa seria a verdadeira mãe, pois o sentimento

materno visa à proteção de sua prole, e ela expressou o desejo de que o filho não morresse. O acontecimento ilustra a utilização das máximas de experiência para solução do caso concreto.

Além de atuar nessa seara probatória e de permear os meios de prova, há a possibilidade de utilização das regras de experiência para interpretação das normas jurídicas e dos conceitos jurídicos indeterminados. A tendência das normas jurídicas é se tornarem cada vez mais abertas, pois não conseguem acompanhar todas as situações fáticas vivenciadas no meio social. Ciente da situação, Barbosa Moreira (1978, p. 15) dizia que o legislador tem atribuído mais liberdade interpretativa ao juiz no momento em que é realizada a subsunção do fato à norma. O CDC, no artigo 6º, inciso VIII, prevê, como critério judicial, a utilização das regras de experiência como instrumento de fixação dos conceitos jurídicos indeterminados da verossimilhança e da hipossuficiência.

As regras de experiência, ainda que imbricadas com o senso comum, devem ser justificadas. Há a necessidade de que elas sejam relatadas e demonstradas na motivação da decisão judicial, segundo os critérios da idoneidade e da oportunidade de sua utilização. Esse mecanismo é imprescindível para o regular controle das partes, notadamente da parte que se encontra em situação desfavorável, pois somente com a correta identificação da argumentação racional empregada pelo juiz é que poderá desconstituir o argumento¹³.

As máximas de experiência, da mesma forma que os fatos notórios, integram o conhecimento privado do juiz, porquanto são obtidas pelos conhecimentos adquiridos fora do processo. Apesar de serem espécies do mesmo gênero, apresentam pontos distintos. Os fatos notórios são acontecimentos singulares que guardam pertinência direta com o *thema probandum* e não dependem de prova, porque, geralmente, são conhecidos (artigo 374, I, do CPC). As regras de experiência são acontecimentos semelhantes que vão se repetindo no cotidiano e passam a integrar determinado contexto social. Segundo Aroca (1996, p. 57), os fatos notórios não dispensam o ônus da afirmação, ao contrário das máximas de experiência, cujos fatos não necessitam de alegação pelas partes.

O conhecimento do fato notório é difundido no meio social em que vive o juiz e, ainda que não tenha conhecimento direto, a informação lhe é acessível, porquanto independe de conhecimento técnico especializado. A notoriedade do fato pode ficar circunscrita a determinada localidade. Em um país multicultural como o Brasil, a regionalidade de um fato não afasta o seu enquadramento como notório¹⁴. As máximas de experiência vêm previstas no artigo 375 do CPC. Há também previsão sobre elas na Lei n. 9099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, artigo 6º; na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, artigo 852-D, e, ainda, no artigo 6º, VIII, do CDC.

» 1.4.3 A VEROSSIMILHANÇA

A verossimilhança está relacionada com as máximas de experiência e retrata a qualidade do que é verossímil, ou seja, daquilo que se apresenta como verdadeiro. Verossímil é o que possui semelhança com a verdade. Apesar do conceito singelo, esse instituto detém uma “multifuncionalidade” em

nosso sistema jurídico, pois atua em momentos distintos do processo (FLACH, 2009, p. 109). No campo probatório, funciona na distribuição do ônus da prova e no momento de constatação dos fatos por meio da sua valoração pelo juiz. Nesse primeiro momento, o CDC prevê a possibilidade de o juiz admitir algum fato alegado pelo consumidor como verdadeiro no processo. Em um segundo momento, atua valorando a prova, seja de forma provisória nas tutelas de urgência, seja de forma definitiva na sentença de mérito.

Há casos em que a produção da prova é limitada, e o juiz deve se contentar com o juízo de probabilidade ou de verossimilhança. Nas tutelas provisórias, há a limitação da produção da prova pelo legislador, e a decisão é baseada na convicção do provável, ou seja, há a cognição sumária. Além dessa hipótese inicial, o juiz pode valer-se da verossimilhança em cotejo com as regras de experiência para alterar o critério estático do ônus da prova, o que é admitido pela legislação consumerista.

2 O ÔNUS DA PROVA NO CDC

O ônus da prova no CDC apresenta tratamento diferenciado em relação à legislação processual civil. Esse microsistema autônomo trabalha, em vários pontos, com a redução das exigências de prova por meio de presunções, máximas de experiência, verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor. Além dessas hipóteses, não se pode negar a existência de outros mecanismos que visam tornar ainda mais excepcional a aplicação da regra de julgamento, caso, encerrada a instrução, o juiz ainda permaneça no estado da dúvida.

2.1 OS CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC E A FALSA INVERSÃO

O CDC estabelece hipóteses de aplicação de presunções na produção da prova. As presunções existentes na legislação consumerista são as legais relativas e as simples. Não há, nesse microsistema, hipótese de presunção legal absoluta. Acerca do direito material, a responsabilidade do fornecedor é baseada no vício ou no fato do produto ou serviço. Em torno dessas modalidades é que gravita o sistema de responsabilidade civil do CDC, o que não afasta a incidência da teoria geral da responsabilidade civil para outras situações em que se enquadrem em uma relação jurídica de consumo, pois é direito básico do consumidor a reparação integral dos danos¹⁵.

O CDC traça critérios distintos de distribuição do ônus da prova em relação ao fato e ao vício do produto ou do serviço, bem como quanto à publicidade. O Código vai ao encontro do entendimento que vislumbra, no ônus da prova, um vínculo com o direito material discutido em juízo. Surge, nesse cenário, a denominada inversão do ônus da prova. Deve ser ressaltado que esse método não se opõe ao critério estático estabelecido como regra na legislação processual civil, pois trata de situações específicas. O critério de alteração do paradigma pode ser convencional, quando decorre de acordo entre as partes antes ou no curso do processo; legal, aprioristicamente previsto em lei e judicial, hipótese em

que cabe ao juiz, no caso concreto, verificar o preenchimento dos requisitos legais. Com base nesse entendimento, o CDC prevê hipóteses de inversão legal e judicial do ônus da prova.

A inversão legal está prevista nos chamados acidentes de consumo (artigos 12, e 14) e, também, nas práticas comerciais (artigo 38). Por outro lado, a judicial é prevista como direito básico do consumidor no artigo 6º, inciso VIII. Essa hipótese ocorre no curso do processo, a critério do juiz, observados os requisitos legais. Não obstante a grande utilização dessa terminologia, entende-se que não há, em nenhuma das situações acima elencadas, qualquer inversão em relação ao critério estático.

O primeiro ponto para a análise de sua ocorrência é a utilização do critério estático. Se o legislador atribui ao fornecedor o ônus de comprovar algum fato constitutivo, haveria uma mudança de posição sob a ótica da atribuição da regra geral. Contudo, essa estipulação é prévia e não haveria propriamente inversão, mas tão somente modificação por critérios de política legislativa. Ainda, se ocorre no curso do processo e não no seu início, há a redistribuição ou a distribuição diferenciada do encargo probatório para aquele caso concreto.

Do ponto de vista conceitual, a inversão é um conceito relativo, que remete à ideia da mudança de posição jurídica bilateral, ou seja, ao fornecedor caberia a prova do fato constitutivo e ao consumidor, a prova do fato modificativo, impeditivo ou extintivo¹⁶. Nessa visão, não haveria no CDC nenhuma hipótese desse instituto, seja legal, seja judicial. As alterações do ônus da prova expressamente previstas têm o intuito de reconhecer a ocorrência de algum fato constitutivo do direito do autor ou de transferir a prova desse fato constitutivo ao fornecedor.

» 2.2.1 O ÔNUS DA PROVA NO ACIDENTE DE CONSUMO

A responsabilidade civil decorrente de um fato do produto ou do serviço dispensa a comprovação do elemento culpa. Nesse ponto, é importante abordar o conceito criado pela doutrina de acidente de consumo que está voltado para a proteção da incolumidade físico-psíquica do consumidor. É a tutela de sua saúde e segurança, cujos defeitos de concepção, produção ou informação atuam em desconformidade com a legítima expectativa. Em regra, o defeito ocorre nos produtos ou nos serviços de periculosidade adquirida, que são aqueles que, por falha na produção ou na comercialização, tornaram-se defeituosos.

Os elementos da responsabilidade civil que devem ser comprovados pelo consumidor na hipótese de acidente de consumo são o nexo de causalidade e o dano (ROCHA, 2000, p. 92), pois, em relação ao defeito, há a presunção legal relativa de sua ocorrência¹⁷. O fornecedor do produto ou do serviço somente não será responsabilizado se comprovar que não colocou o produto no mercado de consumo; que o defeito alegado inexistente, ou, ainda, que o fato é exclusivo de terceiro ou da vítima (artigo 12, §3º, e artigo 14, §3º). Além dessas hipóteses expressamente previstas no CDC, a doutrina e os julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm admitido outras, tais como a prescrição, o caso fortuito e a força maior.

Dessa forma, na hipótese de acidente de consumo, compete ao consumidor a prova do dano e do nexo de causalidade. O defeito, que é um fato constitutivo do direito do autor, decorre de uma presunção legal relativa. Não se trata propriamente de inversão, pois o fato constitutivo do direito não é atribuído ao fornecedor. Da mesma forma, essa determinação legal é prévia e retrata uma presunção estabelecida em lei, em que não há qualquer modificação do critério de distribuição do ônus da prova, mas tão somente a dispensa de o consumidor comprovar o fato que, em regra, lhe é imposto.

» 2.2.2 O ÔNUS DA PROVA NA CORREÇÃO DA INFORMAÇÃO OU DA COMUNICAÇÃO PUBLICITÁRIA

O artigo 38 do CDC atribui o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou da comunicação publicitária ao fornecedor. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu artigo 8º, define a publicidade e a propaganda como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como a promover instituições, conceitos ou ideias. A publicidade e a propaganda são institutos distintos, pois aquela tem um fim comercial, e essa possui um desiderato mais ideológico.

O CDC estabelece princípios específicos para o regular desempenho dessa atividade de persuasão para o consumo. Dentre eles, vale citar a fácil e imediata identificação da publicidade e a vinculação do fornecedor àquilo que foi ofertado. É possível inferir que ambos decorrem do direito básico do consumidor à informação clara e adequada, pois a publicidade constitui técnica de incremento da informação para estimular a aquisição de produtos ou serviços pelos consumidores. O privilégio da detenção dessa informação atribui ao fornecedor o ônus de comprovar a adequação e a correção da publicidade que a veiculou¹⁸.

De acordo com a redação do dispositivo, é possível constatar que cabe ao consumidor tão somente o ônus da afirmação de que a informação ou a comunicação publicitária são inverídicas ou incorretas, para que recaia sobre o fornecedor o ônus da comprovação da prova em contrário. Nesse caso, o fato constitutivo do direito não é presumido, da forma como ocorre no fato do produto ou do serviço. Também a carga não é atribuída ao autor, pois o legislador, previamente, já distribuiu esse ônus ao fornecedor. Não cabe ao fornecedor comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, mas sim o fato constitutivo consistente na veracidade ou na correção da informação publicitária.

O CDC utiliza conceitos distintos para a publicidade enganosa e a abusiva. Na primeira, emprega o mesmo critério do vício do consentimento do erro sobre o objeto previsto no CC (artigo 139, inciso II), pois o fornecedor utiliza-se de artilagem capaz de induzir o consumidor a acreditar nas características de determinado produto ou serviço. Não há qualquer distinção quando a publicidade é tratada sob a ótica do ônus da prova. Além do mais, equipara-se ao consumidor aquele que é exposto a essa prática (artigo 29 do CDC), ou seja, nesse conceito, é visto como um sujeito potencial. Exigir a comprovação de fato constitutivo do seu direito quando a própria lei não exige é realizar

uma interpretação desfavorável, o que vai de encontro à principiologia desse sistema protetivo. A publicidade abusiva atenta contra valores éticos da sociedade e revela comportamentos que induzem o consumidor à possível prática de atos contrários à sua saúde e segurança. O consumidor também não necessita demonstrar a aquisição do produto ou serviço, pois basta a exposição à prática da publicidade.

Da mesma forma que ocorre no acidente de consumo, é utilizada a terminologia inversão legal do ônus da prova para essa modalidade diferenciada de distribuição do ônus da prova. Mais uma vez, entende-se de forma diversa. Apesar de essa hipótese atribuir o encargo probatório do fato constitutivo ao fornecedor, o que retrata uma alteração do critério estático estabelecido como regra, a estipulação é realizada de forma prévia e sem a atribuição de qualquer carga ao consumidor acerca da prova, pois basta-lhe o ônus da afirmação. Essa alteração da carga probatória ao fornecedor ocorre somente quando este figura no polo passivo da ação. Caso seja o autor da ação com o objetivo de comprovar a veracidade de sua publicidade, o que é possível, seguirá a regra de comprovar o fato constitutivo do seu alegado direito¹⁹.

» 2.2.3 O ÔNUS DA PROVA NOS VÍCIOS DO PRODUTO E DO SERVIÇO E NOS DEMAIS CASOS QUE ENVOLVAM RELAÇÃO DE CONSUMO

As hipóteses de vícios do produto ou do serviço estão previstas, respectivamente, nos artigos 18 e 20 do CDC, e podem ser de qualidade ou de quantidade. Os primeiros encontram-se em desconformidade com a adequação e, na segunda espécie, há disparidade em relação ao peso ou à medida. Nos vícios de qualidade, há uma diversidade do produto ou do serviço, a redução do seu valor ou a informação prestada não se mostra clara e adequada. Em regra, nessas hipóteses, deve ser observado o critério estático do ônus da prova previsto no artigo 373 do CPC. Além das hipóteses de vício, essa garantia processual conferida ao consumidor pode também ocorrer em outros casos, desde que não retratem acidente de consumo ou envolvam matéria afeta à publicidade²⁰.

Essa impossibilidade decorre, no acidente de consumo, da incidência de uma presunção legal, pois o legislador se antecipou e entendeu pela dificuldade de o consumidor provar o defeito do produto ou do serviço. Não faz sentido o juiz realizar um juízo de probabilidade sobre o que já foi previamente dispensado de prova. Na publicidade, o ônus da prova da veracidade ou da correção da comunicação publicitária foi atribuído ao fornecedor. Não há como se defender a possibilidade de aplicação desse critério, previsto no artigo 6º, VIII, do CDC, quando o próprio Código já abordou a distribuição de forma mais favorável ao consumidor.

Em determinados casos, com vistas à ampliação do acesso à justiça pelos consumidores, notadamente no aspecto da dificuldade na produção da prova, o CDC assegurou como direito básico a inversão do ônus da prova pelo juiz, desde que observados os requisitos legais. É um critério *ope judicis* utilizado em virtude das circunstâncias existentes no caso concreto. Não detém aplicabilidade imediata e indiscriminada, porquanto a própria legislação estabelece filtros que devem ser

observados pelo magistrado. Além do mais, a sua ocorrência não implica necessariamente a procedência dos pedidos formulados pelo consumidor.

2.2.3.1 OS REQUISITOS E OS EFEITOS

O CDC prevê a necessidade da verossimilhança ou da hipossuficiência do consumidor segundo as regras ordinárias de experiência do juiz, razão pela qual, por disposição legal, os critérios são alternativos. Há posicionamento contrário a essa orientação sob o argumento de que, com a alternatividade dos requisitos, bastaria ao consumidor comprovar sua hipossuficiência, sem que sua alegação fosse dotada de qualquer verossimilhança. Todavia, prevalece o entendimento de que a interpretação do dispositivo deve ser realizada de forma literal, ou seja, basta a presença de um dos requisitos. Ao mesmo tempo, não se pode admitir a alegação diante de fato inverossímil, pois as regras de experiência atuam como limite desse requisito da verossimilhança, e, nesse contexto, mostra-se contraditório o juiz admitir a prova de fato enganoso.

A verossimilhança relaciona-se com a ideia da aparência de verdade do fato alegado e está vinculada ao conceito de máximas de experiência. Independe de qualquer elemento de prova, pois a sua análise é realizada com base nesse critério judicial, que dispensa a produção de prova pelo consumidor. A hipossuficiência leva em consideração a situação do consumidor no processo e não fica restrita ao aspecto econômico, pois, na maioria das vezes, está embasada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes, ou seja, na falta de conhecimento do consumidor sobre determinado produto ou serviço. A sua finalidade é tornar mais acessível para o consumidor a defesa dos seus direitos. A hipossuficiência é tratada no CDC sob o ponto de vista processual e é aferível no caso concreto pelo juiz²¹. E, segundo Pacífico (2011, p. 193-194), na hipótese de o consumidor alegar mais de um fato que constitua objeto de prova, é possível o juiz reconhecer a hipossuficiência em relação a somente algum ou alguns deles²².

Caso o juiz, segundo as regras ordinárias de experiência, entenda que os fatos específicos alegados pelo consumidor preenchem os requisitos legais, reconhecê-los-á como verdadeiros. Ao dispensar a prova do fato constitutivo pelo consumidor, coloca-o em uma situação de vantagem processual. Não há de se falar em inversão, pois o que há é isenção do ônus da prova do fato constitutivo pelo consumidor, sem que ocorra alteração dos critérios de distribuição em relação ao fornecedor, ao qual continua competindo a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

É possível inferir que o CDC, no artigo 6º, inciso VIII, elegeu as máximas de experiência como fonte para a formação da convicção do julgador. Há um fato conhecido e alegado pelo consumidor, que, dotado de verossimilhança ou de hipossuficiência²³, aliado às regras de experiência como critério interpretativo desses conceitos, permite ao juiz entender que esse fato está provado. Esse método reduz a exigência da prova de um ou de mais fatos constitutivos do direito do autor em razão da sua dificuldade de produção, motivo pelo qual a realização dessa operação o torna dispensado de sua efetiva produção.²⁴

Esse critério é expressamente reconhecido pelo CDC como uma hipótese de inversão do ônus da prova, diferentemente das outras duas hipóteses que decorrem de criação doutrinária e jurisprudencial. O microsistema nos conduz à interpretação de que a terminologia utilizada reporta à ocorrência do acontecimento no curso do processo. No entanto, entende-se que não se pode falar em inversão quando não há, sequer, a redistribuição do ônus da prova pelo juiz durante o trâmite processual, mas somente a admissão de alguns fatos controversos como verdadeiros.

CONCLUSÃO

A proteção do consumidor prevista como direito fundamental na CF é o ponto de início para toda a interpretação da relação jurídica de consumo. Essa constatação constitucional da necessidade de tratamento diverso irradia seus efeitos no CDC. O diálogo das fontes demonstra a abertura desse microsistema, o qual abarca a legislação civil, processual, administrativa e penal, além da tutela coletiva. Por se tratar de norma de ordem pública, é cogente e interessa mais diretamente à sociedade como um todo do que aos particulares.

A questão probatória vai ao encontro dessa visão protecionista. O ônus da prova necessita de estudos aprofundados em virtude da interdisciplinaridade dos institutos, pois não há uma teoria geral da prova no CDC. Ao mesmo tempo, o aumento quantitativo e a diversidade de temas nas lides de consumo requerem dos operadores do direito a análise sistemática e, ao mesmo tempo, específica. A responsabilidade civil no CDC atende o princípio da reparação integral da vítima previsto como direito básico do consumidor. Apesar de compartimentada em vício do produto ou do serviço e fato do produto ou do serviço, esse sistema, em regra, dispensa a prova da culpa e, em casos determinados, mitiga a prova plena do dano e do nexo de causalidade, pois leva em consideração o direito material discutido.

O CDC ora utiliza a presunção legal, ora a imposição da prova de fato constitutivo ao fornecedor e, ainda, reconhece como verdadeiro o ônus da afirmação do consumidor. Nesse último caso, o critério é judicial e está condicionado ao preenchimento de requisitos legais. Esses instrumentos atuam no momento da produção das provas em juízo e ocorrem em hipóteses pontuais. Contudo, em nenhuma delas há verdadeiramente uma inversão do encargo probatório, e a utilização dessa terminologia, apesar de corriqueira, não retrata a melhor técnica processual.

Conforme exposto ao longo deste trabalho, o CDC utiliza, no caso do fato do produto ou do serviço, uma presunção legal relativa do defeito. De antemão, o fornecedor já sabe que não será aplicado o paradigma do critério estático, pois a prova do defeito, que, em regra, competiria ao autor da ação, é reconhecida como existente, e o fornecedor tem o encargo de desconstituir essa norma jurídica que vincula certas premissas a determinadas consequências sob pena de se instalar uma situação desfavorável a ele no processo.

Acerca do ônus da prova na correção da comunicação ou da informação publicitária, de forma diversa, o legislador previamente optou por impor ao fornecedor a prova do fato constitutivo do

direito, consistente na veracidade da informação divulgada. Nesse caso, também não há qualquer inversão, pois a situação das partes é aprioristicamente estipulada em lei. Além do mais, o ônus atribuído ao consumidor é somente a alegação de que a comunicação ou a informação publicitária veiculada é inverídica.

O CDC ainda prevê mais um critério específico na distribuição do ônus da prova. De forma residual, ou seja, nas situações que não se enquadrem nas duas hipóteses acima tratadas, o legislador facultou ao juiz, de acordo com as regras de experiência, isentar o consumidor da prova de algum ou de alguns fatos constitutivos do seu direito, desde que demonstrada sua hipossuficiência ou a verossimilhança do alegado. A legislação retrata expressamente essa modalidade como inversão do encargo probatório.

O modelo utilizado é o critério estático previsto como regra na legislação processual civil. Essa hipótese é verificada no curso do processo, o que remete à ideia de uma redistribuição do ônus. Contudo, não se trata de inversão nem de redistribuição, pois, no caso concreto, o juiz, reconhecendo os requisitos legais, reputa como verdadeiros os fatos controvertidos alegados pelo consumidor e, a partir de então, ele está desincumbido do seu ônus, passando ao fornecedor o risco pela não produção de alguma prova que venha a desconstituir a pretensão do autor.

Aprovado: 10/11/2016. Recebido: 05/9/2016.

NOTAS

¹ Segundo o entendimento de Carlos Furno: “[...] Y resulta que ‘principio dispositivo’, en su quintaesencia, significa ‘principio de responsabilidad’ (o de autoresponsabilidad) de las partes, en el sentido de que cada una de ellas ha de sufrir las consecuencias de lo que afirme o no afirme, de lo que niegue o admita, de lo que pruebe o no pruebe, de lo que diga o calle, en resumen: de su conducta procesal”. (FURNO, Carlos. *Teoría de la prueba legal*. Trad. Sérgio Gonzalez Collado. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954, p. 71-72).

² Leonardo Greco denomina como “[...] regras de fechamento do sistema probatório, apenas aplicáveis em caso de dúvida [...]”. (GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. In: ZUFELATO, Camilo; Yarshell, Flávio Luiz (Org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 571).

³ Segundo Michelle Taruffo: “[...] la presunción resulta de una inferencia formulada por el juez, que llega a una conclusión sobre el hecho a probar (el ‘hecho ignorado’) partiendo de un hecho ya conocido o probado (el ‘hecho conocido’), que sirve de premisa para un razonamiento, a menudo basado en máxima de experiencia”. (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002, p. 471).

⁴ Leo Rosenberg vislumbra na ficção um meio de simplificar a técnica legislativa e “[...] son preceptos jurídicos que transfieren la consecuencia jurídica determinada para el estado de cosas a al estado de cosas b, equiparando el estado b al estado a, al decir, por ejemplo, que b es considerado como a”. (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956, p. 191).

⁵ A classificação é rechaçada por José Carlos Barbosa Moreira: “Parece bastante claro que tal presunção não constitui, a rigor, *meio de prova*, ao menos no sentido de que se dá a semelhante locução quando se afirma que é meio de prova, *v.g.*, um documento ou o depoimento de uma testemunha. O processo mental que, a partir da afirmação do fato x, permite ao juiz concluir pela afirmação também do fato y, não se afigura assimilável à atividade de instrução, em que se visa a colher elementos para a formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio ‘se ocorreu x, deve ter ocorrido y’, nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente. A atividade probatória realizou-se antes, e terá produzido frutos na medida em que permitiu estabelecer-se a ocorrência do fato x”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual Civil: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 57) (“destaque do original”).

⁶ Francisco Rosito destaca a distinção entre as presunções legais e as presunções simples: “Ambas comportam estrutura própria e perseguem diferentes valores. As presunções legais dizem respeito ao direito material, conquanto se conectem à teoria da prova. Porém não chegam a proporcionar elementos de prova, senão dispensam de prova aqueles em cujo benefício funcionam, dando por certos determinados fatos. Por serem previstas na lei, as presunções legais possuem um número mais restrito. Já as presunções simples dizem respeito ao direito probatório, visto que atuam no procedimento indutivo e na prova indireta. Por sua natureza, as presunções simples são potencialmente ilimitadas, dados que são vinculadas aos fatos humanos”. (ROSITO, Francisco. *Direito Probatório. As máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 95).

⁷Essa modalidade de presunção está baseada em um indício de segundo grau. Sua utilização é rechaçada pela maioria da doutrina processual, pois para o reconhecimento do indício há a necessidade de um fato certo. Danilo Knijnik exemplifica: “[...] se uma testemunha afirma ter visto alguém danificando um objeto, bastará ao juiz concluir, por força da credibilidade do depoente, que foi a pessoa mencionada que danificou o objeto; se, porém, a testemunha afirmar que viu alguém deixando o local do dano, portando um instrumento contundente, será necessária uma ‘inferência de segundo grau’: o juiz emprestará credibilidade à testemunha, tomará por verdade o que ela diz (primeira inferência) e considerará que, por ter sido visto o objeto cortante, a pessoa indicada foi quem danificou o bem (segunda inferência)”. (KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 59).

⁸*Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*. (STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Trad. Andrés de Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999, p. 27).

⁹Adroaldo Furtado Fabrício cita o exemplo do magistrado que, antes de julgar uma demanda que envolvia acidente automobilístico, comparece sozinho ao local para melhor compreensão da dinâmica do fato. Neste caso, não lhe era lícito fazê-lo, salvo sob a forma de inspeção judicial e sob as garantias do contraditório. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. **Revista Forense** v. 376. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3).

¹⁰Segundo José Carlos Barbosa Moreira, as máximas de experiência: “[...] refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro”. (MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Forense** v.261. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 13). João Batista Lopes ressalta “[...] que as máximas de experiência não conferem certeza lógica, não valem como postulados científicos, mas são marcadas pela relatividade”. (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69).

¹¹Danilo Knijnik assevera que as máximas de experiência estão presentes em todos os juízos de fato elaborados pelo magistrado dentro do processo: “Com efeito, se está em causa a prova judicial de um fato, está em causa uma máxima de experiência. Ela é onipresente [...]”. (KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 68).

¹²João Batista Lopes cita o seguinte exemplo: “Assim, ao colher o depoimento pessoal das partes e das testemunhas, o juiz, observando suas reações, poderá, baseado no *id quod plerumque accidit*, extrair conclusões importantes para o deslinde da causa”. (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70).

¹³Juan Montero Aroca destaca a necessidade da motivação da decisão quando o juiz faz uso das máximas de experiência: “*Hemos llegado a donde pretendíamos: las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que éste debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de proeba. Esas máximas no pueden estar codificadas, pero sí han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados*”. (AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. Madrid: Civitas, 1996, p. 343).

¹⁴José Carlos Barbosa Moreira formula os seguintes exemplos: “[...] o de que certa data se comemora a independência do país, o de que determinada cidade é sede do governo, o de que em tal ocasião a estrutura política nacional foi modificada por força de um movimento revolucionário [...]”. (MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Forense** v. 261. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 13).

¹⁵Adroaldo Furtado Fabrício exemplifica uma possível implicação processual da regionalidade do fato notório: “Pode suceder que a notoriedade do fato exista, mas restrinja-se ao âmbito local, de tal sorte que, conquanto admitida corretamente pelo juiz de primeiro grau, não se alargue ao lugar da sede do órgão recursal. Em tal hipótese, poderá tornar-se necessária a conversão do julgamento em diligência para a produção da prova respectiva (a saber, prova da notoriedade ou prova do próprio fato). Note-se, entretanto, que esse não será o caso quando a parte em cujo desfavor se afirma o fato não tenha impugnado sua notoriedade na primeira oportunidade que se lhe seja aberto de fazê-lo: sendo assim, ter-se-á tomado incontroverso o ponto, razão por si suficiente para a dispensa da prova (art. 334, III, do CPC). (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. **Revista Forense** v. 376. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5).

¹⁶Michelle Tarufo assevera que o significado de verossimilhança “[...] equivale sustancialmente al de ‘normalidad’, en la medida que se considera ‘verosímil’ aquello que se corresponde com el funcionamiento normal de las cosas, es decir, al *id plerumque accidit* o las denominadas máximas de experiencia” (TARUFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002, p. 505).

¹⁷A situação da indevida inscrição do nome do consumidor nos bancos de dados não se enquadra na responsabilidade do fornecedor pelo vício ou pelo fato do serviço, contudo é assegurada indenização ao consumidor com base na teoria geral da responsabilidade civil e no direito básico da reparação integral do dano.

¹⁸No Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva, a inversão “é a ação de inverter ou mudar uma coisa em outra”. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.776). Segundo Sérgio Cruz Arenhart: “[...] A inversão conduziria a que se imputasse ao réu a prova do fato constitutivo do direito do autor (em verdade a ausência deste), e ainda ao autor a prova da ausência de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos da pretensão por ele mesmo deduzida. Obviamente, não é isso que ocorre. Em verdade, o que a legislação autoriza é a distribuição diferenciada do ônus da prova, de modo a facilitar a defesa do consumidor em juízo, atribuindo ao fornecedor o ônus da prova de fatos que, normalmente, não lhe competiriam”. (ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 285-286).

¹⁹Esta presunção legal é tratada por parte da doutrina e alguns julgados do STJ como uma inversão legal do ônus da prova. Este é o entendimento de Paulo de Tarso Sanseverino. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 356). Para Érico Pina Cabral há uma inversão legal indireta (CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 340).

²⁰Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci: “É evidente que o consumidor, em muitas hipóteses, não tem acesso às informações sobre as quais recairia todo o seu esforço para a prova dos fatos alegados. Ora, informação, na conjuntura social moderna, é sinônimo de poder. Daí porque, por simples questão de lógica é que o autor fica, em princípio, dispensado de provar, carregando-se tal ônus ao produtor, que é quem possui o monopólio dos dados atinentes ao processo de informação”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Código de Defesa do Consumidor e Processo Civil. Aspectos polêmicos Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 191).

²¹ Neste sentido, Antônio Gidi: “Não nos afigura de boa técnica processual considerar essa norma como uma inversão legal do ônus da prova. Não há nenhuma possibilidade de inversão a ser operada pelo juiz ou pela lei: o ônus é sempre do fornecedor. A lei não inverte o ônus: atribui-lhe ao fornecedor. É bem verdade que, antes da vigência do Código do Consumidor, o fornecedor não tinha esse encargo: era o consumidor-autor quem devia provar a enganiosidade, como fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, I). O legislador ‘inverteu’ a ordem anterior e atribuiu ao fornecedor encargo novo. Isso não é, tecnicamente, caso de inversão processual (legal ou judicial) do ônus da prova. Trata-se, apenas de uma alteração da diretriz política adotada pelo direito positivo. É posição política do legislador, é atividade pré-processual e, de um certo modo, pré-jurídica”. (GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor n.13**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39-40).

²² No mesmo sentido, Carlos Roberto Barbosa Moreira. (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 191).

²³ Consoante o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni: “[...] Por hipossuficiência, aqui, deve-se entender a impossibilidade de prova – ou de esclarecimento da relação de causalidade – trazida ao consumidor pela violação de uma norma que lhe dá proteção, por parte do fabricante ou do fornecedor [...]”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). **Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório**. São Paulo: Método, 2009, p. 266).

²⁴ Luiz Guilherme Marinoni entende da seguinte forma: “Essa convicção de verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova, e assim, em princípio, seria distinta da inversão do ônus da prova. Mas o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor alude expressamente à possibilidade de inversão do ônus da prova quando a alegação for verossímil. Na verdade, quando esse código mistura verossimilhança com inversão do ônus da prova, está querendo dizer que basta a verossimilhança preponderante, embora chame a técnica da verossimilhança preponderante de inversão do ônus da prova”. (in MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). **Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório**. São Paulo: Método, 2009, p. 266).

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. Madrid: Civitas, 1996.
- CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor**. São Paulo: Método, 2008.
- CAMBI, Eduardo. **A prova civil. Relevância e Admissibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de la Prueba Judicial. Tomos I e II**. 4. ed. Medellín: Dike, 1993.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. **Revista Forense**. v. 376. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FURNO, Carlos. **Teoría de la prueba legal**. Trad. Sérgio Gonzalez Collado. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1954.
- GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor n. 13**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. In: ZUFELATO, Camilo; Yarshell; Flávio Luiz (Org). **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Coord). **Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório**. São Paulo: Método, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. **Temas de Direito Processual Civil: primeira série**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Forense**. v. 261. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: EJEA, 1956.
- ROSITO, Francisco. **Direito Probatório. As máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Trad. Andrés de Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999.
- TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Código de Defesa do Consumidor e Processo Civil. Aspectos polêmicos. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Ricardo Rocha Leite

*Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.
Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos - BH.
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
Examinador em Bancas de Concursos Públicos para o cargo de Juiz de Direito Substituto organizados pelo CESPE/CEBRASPE: TJDF (2014 e 2015), TRF1 (2015), TJES (2012), TJPB (2015) e TJAM (2015).
Atuou como Professor Substituto no Centro Universitário de Brasília (UNICEUB) nas disciplinas de Direito Civil e Direito Processual Civil e na Pós-Graduação em Processo Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor da Escola Superior da Advocacia do Distrito Federal (ESA/DF).
Autor de artigos jurídicos.*

*Juizado Itinerante de Brasília
Fórum Desembargador José Julio Leal Fagundes
SMAS Trecho 4, lotes 6/4, bloco 3 - 2º andar
Brasília/DF
CEP 70610-906
rrochaleite@gmail.com*