

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Camila Bohrer

**A VEROSSIMILHANÇA ENQUANTO REQUISITO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA
PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Porto Alegre

2014

Camila Bohrer

**A VEROSSIMILHANÇA ENQUANTO REQUISITO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA
PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Monografia de Especialização do Programa de Pós-Graduação em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Pós-Graduada em Direito.

Orientador: Professor Bruno Miragem

Porto Alegre

2014

Camila Bohrer

**A VEROSSIMILHANÇA ENQUANTO REQUISITO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA
PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Monografia de Especialização apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Pós-Graduada em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.

Prof.

Prof. Dr. Bruno Miragem

Porto Alegre

2014

Agradeço ao professor orientador Bruno Miragem pelo auxílio, bem como à minha família e amigos.

A mente que se abre a uma nova ideia
jamais voltará ao seu tamanho original.
(Albert Einstein)

RESUMO

O presente estudo pretende, de maneira sucinta, analisar a aplicação da verossimilhança enquanto requisito do artigo 6º do CDC. Para tanto, inicialmente explica o seu conceito clássico. Posteriormente, é estabelecida a diferença básica entre a verossimilhança enquanto requisito da antecipação de tutela e enquanto requisito para a inversão do ônus da prova. Identificada a diferença principal, passa-se a estudar o instituto especificamente no contexto do CDC, analisando o significado das “regras de experiência” percebendo a existência de margem à discricionariedade e trazendo as devidas restrições para esta valoração. Além disso, perceber-se-á que o instituto estudado encontra perfeita consonância com o princípio consumerista da efetividade, bem como com o direito fundamental de acesso à justiça.

Palavras-chave: Verossimilhança. Inversão do ônus da prova. Regras de experiência. Princípio da efetividade. Direito do acesso à justiça.

ABSTRACT

This study aims to succinctly analyze the application of the likelihood as a requirement of Article 6 of the CDC. For this purpose, initially explains his classic concept. Subsequently, the basic difference between the likelihood as a requirement of the legal judicial protection and as a requirement for reversing the burden of proof is established. Identified the main difference is going to study the institute specifically in the context of the CDC, analyzing the meaning of the "rules of experience" realizing that there is room for discretion and bringing the necessary restrictions for this rating. Also, will realize that the institute finds perfect harmony with the consumerist principle of effectiveness, as well as the fundamental right of access to justice.

Keywords: Likelihood. Reverse burden of proof. Rules of experience. Principle of effectiveness. Right of access to justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O CONCEITO CLÁSSICO	10
3 DIFERENÇAS RELEVANTES ENTRE VEROSSIMILHANÇA ENQUANTO REQUISITO PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A VEROSSIMILHANÇA ENQUANTO REQUISITO PARA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	12
3.1 A VEROSSIMILHANÇA E A PROVA INEQUÍVOCA DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	14
3.2 A VEROSSIMILHANÇA E AS REGRAS ORDINÁRIAS DE EXPERIÊNCIA: O ARTIGO 6º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	17
4 A DISCRICIONARIEDADE E A VEROSSIMILHANÇA DO ART. 6º DO CDC	23
4.1 FORMAS DE RESTRIÇÃO À VALORAÇÃO JUDICIAL.....	25
4.1.1 A VEROSSIMILHANÇA E O CONHECIMENTO EMPÍRICO	26
4.1.2 A VEROSSIMILHANÇA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSUMERISTAS.....	28
5 A VEROSSIMILHANÇA DIANTE DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA	32
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

Causa curiosidade como pode a verossimilhança assumir no ordenamento jurídico papel tão importante como assumiu no Código de Defesa do Consumidor. O Direito, sempre em busca da verdade, parecia não ter espaço para o que fosse apenas “semelhante à verdade”.

Ainda que o conceito seja impreciso, recentemente a verossimilhança foi incluída no Código de Defesa do Consumidor, assumindo papel de imensa importância no sistema de proteção do consumidor: é requisito para a inversão o ônus da prova, alternativamente com a hipossuficiência.

A importância da verossimilhança é evidenciada por se encontrar em parteda doutrina o entendimento de que a hipossuficiência por si só não seria suficiente para inverter o ônus da prova, devendo ser a alegação também verossímil. O contrário não acontece: se o juiz considerar as alegações do consumidor verossímeis, é o suficiente para se dar inversão.

Pretendendo conhecer um pouco mais sobre esta ilustre desconhecida, neste estudo analisaremos a verossimilhança em diferentes aspectos, começando pelo seu conceito clássico, sendo que nesta parte o trabalho trará o estudo de Calamadre e Taruffo.

Por considerar um paralelo importante relacionado à ligação entre a prova e o juízo de verossimilhança, começaremos analisando o instituto enquanto requisito da antecipação de tutela, no contexto do artigo 273 do CPC.

Posteriormente, verificaremos que quando trazida no Código de Defesa do Consumidor, a verossimilhança passa a ter um caráter diverso daquele que conhecemos da tutela de emergência, de forma que o juiz passou a ter margem à valoração de que antes não dispunha.

Analisar-se-á ainda as formas de restrição de valoração judicial propostas na doutrina, buscando identificar a mais adequada dentro do sistema estabelecido pelo

CDC.

Quanto ao método de pesquisa utilizado no presente estudo, foi dada ênfase na pesquisa doutrinária, buscando, prioritariamente, livros nacionais.

Deste modo, pretende-se analisar a forma de aplicação do requisito “verossimilhança” para inversão do ônus da prova, contribuindo para que cada vez mais se compreenda o papel do juiz e os objetivos da Lei n. 8078/90.

2 O CONCEITO CLÁSSICO

Verossímil seria aquilo que é semelhante à verdade, ou possui aparência de verdade, considerando o conceito literal.¹

Calamandrei em seu estudo tentando estabelecer a ligação entre o possível, o verossímil e o provável, admite uma imprecisão no uso da expressão verossimilhança, pois o conceito de verossímil estaria entre o conceito de possível e de provável. Para ele, verossímil é a situação que se aproxima de uma realidade já conhecida sobre determinado fenômeno e por isso assume aparência de verdade. O verossímil equivaleria ao provável apenas se a situação fosse analisada com base em provas.²

Ainda, explicou o mesmo ilustre doutrinador:

O limite entre o possível e o impossível, entre o verossímil e o inverossímil, é uma linha esfumada em contínuo deslocamento; e assim também a distinção entre o impossível e o inverossímil, conceitos que na linguagem comum se superpõem e se confundem amiúde. Ainda mais difícil é estabelecer uma precisa diferença, que resulte praticamente utilizável em sede judicial, entre possibilidade, verossimilitude e probabilidade.³

A conceituação de Calamandrei se aproxima da feita por Taruffo, segundo o qual, verossímil é aquilo que se aproxima da normalidade de um certo acontecimento ou tipo de comportamento. Dessa forma, se todos os dias da semana em um determinado horário ocorre um certo evento, é verossímil que no dia posterior, naquele mesmo horário, tal fato irá ocorrer.⁴

Por isso, considerando o entendimento de padrão de acontecimento, para que se considere um enunciado verossímil é necessário o conhecimento anterior sobre a

¹ MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III: arts 154 a 281. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.537.

² CALAMANDREI, Piero. Verdad e verossimilitud em el proceso civil. Estudios sobre el proceso civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1962. P.325-326

³ CALAMANDREI, Piero. Verdad e verossimilitud em el proceso civil. Estudios sobre el proceso civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1962. P.325-326

⁴ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 111.

normalidade de um comportamento. Sendo assim, não há correspondência entre verossimilhança e a verdade de um fato, podendo certo evento parecer verossímil mas não ser verdadeiro. Por outro lado também poderia ser verdadeiro, mas não ser verossímil.⁵

A verossimilhança de um fato é irrelevante do ponto de vista de sua veracidade ou de sua falsidade, sendo que a única forma de encontrar verdade ou falsidade em determinado enunciado é através do exame das provas ao seu respeito.⁶

Passa-se então a analisar a aplicação do conceito na prática, analisando-se se há correspondência entre o conceito clássico e o conceito que a palavra assume dentro de cada sistema jurídico.

⁵ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 111-112.

⁶ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 112.

3 DIFERENÇAS RELEVANTES ENTRE A VEROSSIMILHANÇA ENQUANTO REQUISITO PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A VEROSSIMILHANÇA ENQUANTO REQUISITO PARA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Para que se entenda melhor o significado de verossimilhança no Código de Defesa do Consumidor deve-se anteriormente analisar o mesmo instituto conforme previsto no Código de Processo Civil. Dessa forma, estabeleceremos a diferença entre a verossimilhança enquanto requisito da antecipação de tutela, prevista no artigo 273 do CPC, e a verossimilhança enquanto requisito da inversão do ônus da prova, constante no artigo, 6º, inciso VIII, do CDC.

Muito embora a nomenclatura seja idêntica, os institutos assumem caráter bem diverso um do outro na sua aplicação. Vejamos o que dispõe o art. 273 do CPC:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, **existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação** e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

(grifei)

Como pressuposto para antecipação de tutela, o instituto aparece logo após a “prova inequívoca”, o que vincula o juízo de verossimilhança a uma questão formal de produção de prova robusta.

Além disso, no parágrafo 1º do art. 273 do CPC, consta que “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”, o que o vincula o juízo de verossimilhança ainda mais às provas que a parte produziu.

Assim, por constar na Lei a exigência de prova inequívoca e por ter o juiz que indicar as razões do seu convencimento, percebe-se que a verossimilhança aparece atrelada a provas contundentes que sustentem o provimento do pedido.

No direito do Consumidor, por sua vez, a verossimilhança aparece como requisito para inversão do ônus da prova, uma das garantias do consumidor prevista no Código como facilitação da defesa dos seus direitos. Vejamos a letra da Lei:

Prevê o artigo 6º do CDC, o que segue:

Art. 6º É direito básico 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.

Percebe-se que no referido artigo não há exigência de qualquer prova, inequívoca ou não, antecedendo o requisito “verossimilhança”. O dispositivo consumerista determina, tão somente, que o juiz inverta o ônus da prova, verificada a presença de um dos dois requisitos (verossimilhança ou hipossuficiência), “segundo as regras ordinárias de experiências”.

Denota-se da análise do texto de Lei, que a determinação do Código Consumerista parece abrir margem à discricionariedade no que diz respeito à avaliação do juiz sobre os fatos, isto é, se há ou não há verossimilhança nas alegações.

Assim, enquanto a verossimilhança como requisito da antecipação de tutela baseia-se nas provas, que conforme a letra da Lei devem ser inequívocas, o instituto no direito do consumidor, aparece apenas com o critério “segundo as regras ordinárias de experiências”, o que parece trazer a verossimilhança de volta ao seu sentido mais literal, de aproximação da normalidade de ocorrência de um determinado evento.

A seguir analisaremos a verossimilhança de cada um dos artigos separadamente, como forma de identificar a diferença entre seus sentidos.

3.1 A VEROSSIMILHANÇA E A PROVA INEQUÍVOCA CONSTANTES NO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme demonstrado acima, a verossimilhança enquanto requisito da antecipação de tutela, vem condicionada à prova inequívoca. A intenção do legislador seria que a tutela fosse antecipada apenas nos casos em que realmente o juiz verificasse que a alegação está muito próxima da verdade, por haver prova inequívoca nos autos.

O conceito de verossimilhança neste contexto está condicionado, já que o juízo de verossimilhança não é aquele que surge no íntimo do juiz sobre a aparência de verdade de determinado fato. Aqui, o juízo surge ligado à prova que foi apresentada ao julgador.

Segundo Pontes de Miranda, na antecipação de tutela a verossimilhança é ditada pela prova inequívoca capaz de produzir aparência de verdade⁷. Sobre tema, ainda explica:

Verossimilhança, também registrada pelos léxicos nas formas variantes verisimilhança, como variação de verisimilhança, ou verissimilhança (de verus, verdadeiro, e similis, semelhante), é o que se apresenta como verdadeiro, o que tem aparência de verdade. Torna-se, então, indispensável que as alegações da inicial, nas quais se funda o pedido cuja antecipação se busca, tenham a aparência de verdadeiras, não só pela coerência da exposição como por sua conformidade com a prova, dispensada, porém, nos casos do art. 334. No tocante à apuração da verossimilhança, a lei limita o arbítrio do juiz, que deverá decidir, diante da realidade objetiva demonstrada no processo. Também por isso, a exigência do §1º de que, na decisão, o juiz indique, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento, posto que concisamente (art. 165, 2ª parte).⁸

Pode-se dizer que a característica de “inequívocidade” de uma prova representa sua capacidade de gerar no juiz o entendimento de que tais fatos provavelmente sejam verdadeiros, de forma a nascer o juízo de verossimilhança, o que autoriza então o deferimento da antecipação da tutela.⁹

⁷ MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III: arts 154 a 281. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.537.

⁸ MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III: arts 154 a 281. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.537.

⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de Tutela. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.24.

Considerando então que a prova inequívoca e a verossimilhança do juiz são pressupostos diversos, mas ligados entre si, na tutela antecipada podemos dizer que o juízo de verossimilhança é um grau de convicção produzido no magistrado por prova que não é equívoca, isto é, que seja capaz de gerar no juiz, e fundamentar, o entendimento de que provavelmente tal alegação é verdadeira.¹⁰

Ainda que exista a corrente que exige prova inequívoca no estrito sentido da palavra, na opinião de Luiz Guilherme Marinoni a prova inequívoca não significa necessariamente ‘prova que aponte em uma só direção’. Entende que tal afirmação acabaria por levar ao entendimento de que prova menos forte não precisaria ser valorada e por consequência não seria o suficiente para gerar o juízo de verossimilhança.¹¹

Para Dinamarco, todavia, não há que se exigir prova inequívoca uma vez que esta seria aquela que de tão forte geraria uma certeza ao juiz, e não tão somente um juízo de verossimilhança.¹²

Ainda que existam diferentes entendimentos sobre a equivocidade da prova que irá transmitir verossimilhança aos fatos alegados, tem-se certeza de que a prova deve estar presente, estando intimamente ligada ao juízo de verossimilhança para concessão da tutela de emergência.

A jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul refere “prova inequívoca da verossimilhança” ao analisar pedidos de antecipação de tutela. Vejamos:

Agravo de Instrumento. Ensino particular. Pedido de expedição de diploma em sede de antecipação de tutela. Ausência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações. O deferimento da tutela antecipatória está adstrito à conjugação de dois requisitos, quais sejam, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso do direito de defesa. O juízo de verossimilhança não compreende apenas a aparência de veracidade dos

¹⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p.493.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 8ed. São Paulo: RT, 2004. p.207

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 143.

fatos. Necessário é que haja prova cujo grau de convencimento permita um juízo seguro acerca do direito invocado. Agravo de instrumento provido em decisão monocrática. (Agravo de Instrumento Nº 70060718004, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 25/07/2014)

GRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. SERVIÇO NÃO CONTRATADO. COBRANÇA INDEVIDA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Ausente prova inequívoca que imprima verossimilhança às alegações da agravante, impõe-se a manutenção da decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela. Necessidade de ser ouvida a parte agravada. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70060647765, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Julgado em 25/07/2014)

Em que pese haver na Lei a referência à verossimilhança, percebe-se que, na verdade, no art. 273 do CPC, o legislador tentou se aproximar mais de um conceito de “verdade” do que de verossimilhança.

Verossimilhança e verdade são conceitos que não se cruzam. Enquanto a verossimilhança está ligada ao conhecimento preliminar sobre a regularidade de determinado tipo de evento, a verdade surge da análise das provas sobre a ocorrência do evento.¹³

Não existe, portanto, correspondência entre verossimilhança e a verdade de um fato, sendo que a única forma de encontrar veracidade ou falsidade em determinado enunciado é através do exame das provas a seu respeito.¹⁴

Considerando-se os ensinamentos de Taruffo trazidos acima, e o disposto no art. 273 do CPC, percebe-se que neste sistema é necessária a aproximação do conceito de verdade (não apenas de verossimilhança) sobre determinado enunciado para a antecipação da tutela, o que parece bastante cauteloso por parte do legislador, visto que antecipar a decisão de mérito mediante mero juízo de verossimilhança poderia trazer insegurança jurídica.

¹³ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 112.

¹⁴ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 112.

3.2 A VEROSSIMILHANÇA E AS REGRAS DE EXPERIÊNCIA: O ART. 6º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A verossimilhança trazida pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º aparece sem a companhia da “prova inequívoca”. Aqui o instituto aparece ligado apenas às “regras ordinárias de experiências”.

Ainda que neste contexto o instituto apareça com mais autonomia, por assim dizer, aqui aparece mais ligado ao seu sentido literal, de semelhança à verdade. Dessa forma, o entendimento está mais vinculado à discricionariedade do juiz do que à produção de prova que o convença que certo fato é verossímil.

Há que se destacar desde já que, na inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º do CDC, o instituto aparece com maior grau de autonomia, uma vez que, se o juiz entender que não há hipossuficiência, está legalmente autorizado a inverter o ônus da prova com base apenas na verossimilhança.

A questão é pacífica: havendo apenas um dos requisitos (hipossuficiência ou verossimilhança) é suficiente para a inversão do ônus da prova, conforme livre critério do juiz. Não há na Lei qualquer outra exigência.¹⁵

Entende-se, na verdade, que havendo verossimilhança o juiz tem o dever da inversão, não apenas uma faculdade, pois do contrário estaria ofendendo um direito do consumidor. Lembre-se aqui que as normas do direito do consumidor, são de ordem pública¹⁶ e interesse social, de forma que suas normas podem ser aplicadas inclusive de ofício a qualquer tempo.

Considerando que o instituto neste momento é requisito justamente para inverter o ônus da prova, parece contraditório que se espere a apresentação de

¹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de Direito do Consumidor. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 84 .

¹⁶ *Normas de ordem pública, assim, são aquelas que organizam as condutas, sob o ponto de vista sistemático-tópico, tendo como norte a relevância social emergente da situação sob análise, considerada a conjuntura da sociedade, política e econômica do país como um todo.* (MORAES, Paulo Valério da Pai. Código de Defesa do Consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 115.)

respaldo probatório que sustente a referida inversão. Ora, se a parte que alega tivesse consigo as provas sobre os fatos, não seria necessária a inversão.

Stephan Klaus Radloff entende que o consumidor deve produzir prova suficiente a gerar o juízo de verossimilhança. Segue dizendo também que não há como cobrar que se apresentem provas definitivas sobre os fatos, já que desta forma sequer seria necessária a posterior inversão do ônus da prova e instrução do processo. Usando suas palavras, se a prova precisasse ser inequívoca, a inversão do inciso VII do art. 6º do CEC seria “letra morta”¹⁷

Humberto Teodoro Junior entende que para existir verossimilhança, devem ser apresentados indícios de que sejam verdadeiros os fatos alegados pelo consumidor de forma que o juiz entenda que provavelmente a narrativa é verdadeira.¹⁸

Tal entendimento é semelhante ao de Cavalieri Filho, segundo o qual verossímil é aquilo que é “crível ou aceitável em face de uma realidade fática”, sendo que para o juízo de verossimilhança em favor do consumidor exige-se apenas uma “prova de primeira aparência”.¹⁹

No Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul há decisões neste sentido, conforme segue:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. AUSÊNCIA DE PROVA MÍNIMA DA RELAÇÃO CONTRATUAL. Em pese a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) seja aplicável às instituições financeiras, para que seja determinada a pretendida inversão do ônus da prova, preconizada no inciso VIII do seu art. 6º, é necessária a demonstração da verossimilhança das alegações, portanto, cabia à parte autora aprova mínima da existência da relação contratual, o que não restou efetivado na hipótese dos autos. APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70060010931, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Altair de Lemos Junior, Julgado em 30/07/2014)

¹⁷ RADLOFF, Stephan Klaus. A inversão do ônus da prova. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 65.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed, 2001. p. 135.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009. p. 95.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONDUTA OFENSIVA POR PARTE DE PRÉPOSTOS DO RÉU. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA. Caso em que a autora alegou ter sido ofendida e acompanhada de perto por seguranças do supermercado réu. Tais fatos, porém, foram negados pelo réu e pela funcionária apontada como autora da frase ofensiva. Em um mercado competitivo, onde a disputa por clientes é uma realidade e necessidade, é altamente incomum o tratamento vexatório de clientes. Assim, quem alega ter sido humilhado, vexado, destrutado ou por qualquer outra forma moralmente ofendido, atrai sobre si o ônus de oferecer prova convincente a respeito. Tratando-se de relação de consumo, há a possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inc. VIII do art. 6º do CDC. **Trata-se, porém, de inversão ope judicis, que não se opera automaticamente. É preciso que o consumidor traga aos autos elementos mínimos de prova aptos a formar um juízo de verossimilhança das suas alegações. A prova produzida, exclusivamente testemunhal, não traz a segurança necessária nem à inversão do ônus da prova, nem ao juízo de procedência da pretensão. Confirmação da sentença de improcedência por seus próprios fundamentos.** APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70057914533, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 31/01/2014) - Grifei

Daisson Flach, no entanto, percebe que a forma como o instituto é trazido no CDC o aproxima de seu sentido mais literal, aparecendo de forma vinculada, a uma noção de “normalidade”, “de acordo com as regras ordinárias de experiência”. Dessa forma a noção de verossimilhança vincula-se a um de seus sentidos mais clássicos, que foi objeto de estudo por Taruffo - que será referido a seguir - devolvendo ao julgador abertura para a formação de um juízo prudencial acerca da carga probatória.²⁰

No sentido clássico, verossímil é aquilo que se aproxima da normalidade de um certo acontecimento ou tipo de comportamento, de forma que para que se considere um enunciado verossímil é necessário o conhecimento anterior sobre a normalidade de um comportamento.²¹ Fica bem claro no referido estudo que não há correspondência entre verossimilhança e a verdade de um fato, de forma que certo evento pode parecer verossímil mas não ser verdadeiro e vice-versa. Conclui-se então que a verossimilhança de um fato é irrelevante do ponto de vista de sua

²⁰ FLACH, Daisson. A verossimilhança no Processo Civil e sua aplicação prática. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 113.

²¹ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 111.

verdade, sendo certo que a única forma de encontrar verdade em determinado enunciado é através do exame das provas.²²

Ainda que alguns autores sigam apontando a necessidade de um mínimo de prova, não há na letra da Lei do Consumidor esta exigência. O art. 6º do CDC refere-se tão somente à verossimilhança, segundo as regras ordinárias de experiência.

As regras de experiência são as denominadas presunções com base no que ordinariamente acontece. O juiz ao utilizar as regras ordinárias de experiência vai usar o seu prudente arbítrio e formação pessoal para observar o fato conhecido levando em consideração o que ordinariamente acontece e assim chegar a presunção da verdade.²³

Parece que ao se permitir ao magistrado tomar uma decisão "segundo regras ordinárias de experiência", o que se pretende é justamente dar ao juiz um instrumento para avalie a situação.²⁴

E as máximas de experiências serviriam justamente para a apreciação judicial dos fatos, quando a aplicação do direito depende de juízos de valor, isto é, quando a Lei abre esta margem.²⁵

A regra de experiência, segundo a concepção clássica, seria a dedução de que fatos semelhantes teriam consequências semelhantes. Seria como uma regra geral, que atuaria como premissa maior de um "silogismo de corte dedutivo". Através da relação de causa e efeito de um fato já provado, e aquele que se quer provar.²⁶

²² TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 111-112.

²³ COSTA, Fábio Marcondes Ferreira Costa. Inversão do ônus da prova no CDC. Disponível em <http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/inversao-do-onus-da-prova-no-cdc-2112688.html>

²⁴ RIEDI, Maria Eloiza Balaban. O momento processual mais adequado para a inversão do ônus da prova. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/4114/momento-processual-mais-adequado-para-inversao-do-onus-da-prova-pelo-cdc>

²⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A Prova no Processo do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2003, p. 106.

²⁶ FLACH, Daisson. A verossimilhança no Processo Civil e sua aplicação prática. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 54-57.

Cautelosamente, deve-se esclarecer que a aplicação da regra de experiência não pode ser confundida com situação onde o Juiz teve conhecimento do fato específico em razão de uma circunstância pessoal, pois tal fato poderia fazer com que o magistrado atuasse como testemunha e julgador no mesmo processo, o que obviamente abalaria sua imparcialidade.²⁷

Assim, as regras de experiência seriam noções ou conhecimentos adquiridos pelo juiz, ao longo de sua experiência profissional, social e prática, angariados devido à observação de casos particulares segundo o que normalmente acontece na sociedade.²⁸

Veja-se que as “regras ordinárias de experiências” se aproximam sobremaneira do conceito de verossimilhança clássico ensinado por Michele Taruffo, parecendo que também estabeleceria um comparativo entre dois acontecimentos e através do evento anterior entenderia verossímil, ou não, o evento comparado.

No mais, em que pese o imenso respeito pelo entendimento da doutrina contrária, se a própria lei prevê que é segundo as regras ordinárias de experiência do magistrado que deve surgir o juízo de verossimilhança, não parece ser plausível que o juiz cobre “prova indiciária” ou “princípio de prova” do consumidor, para que seja invertido o ônus da prova.

Ainda que já tenham sido demonstradas jurisprudências deste egrégio Tribunal gaúcho apontando em seus acórdãos a necessidade de prova, ainda que mínima, por parte do consumidor, há também decisões referindo que a inversão do ônus da prova se deu devido à presença da verossimilhança nas alegações, “segundo as regras ordinária de experiência”, sem exigir prova alguma.

Nesta senda, segue ementa de acórdão proferido por este e. Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. PRELIMINAR

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual – 2ª Série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 61-62.

²⁸ LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 68-69.

CONTRARRECURSAL. INOVAÇÃO RECURSAL. OCORRÊNCIA. (...). 2. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. **Tratando-se de relação de consumo, há a inversão do ônus da prova, conforme art. 6º, VIII, quando for verossímil a alegação da requerente, segundo as regras ordinárias de experiência.** No caso em tela, a parte demandada não logrou comprovar a regularidade da cobrança realizada em valor superior que, por decorrência, culminou na inscrição do nome da parte autora nos cadastros de inadimplentes. 3. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. É defeituosa a conduta do demandado ao inscrever o nome da consumidora em cadastros de inadimplentes, em razão de débito cuja origem não restou comprovada. O dano moral, no caso dos autos, é IN RE IPSA, cuja lesão é presumida do próprio fato. CONHECERAM EM PARTE DA APELAÇÃO E, NA PARTE CONHECIDA, DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70059755074, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fernando Flores Cabral Junior, Julgado em 24/06/2014) Grifei.

No mesmo sentido encontra-se decisões proferidas no Tribunal de Justiça de São Paulo. Segue ementa:

PROVA. INVERSÃO DO ÔNUS. CONSUMIDOR. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA. 1. Tendo em vista a verossimilhança da alegação do consumidor e observando que, segundo regras ordinárias de experiência, um condomínio residencial mais simples não tem condições, no mais das vezes, de suportar despesas extraordinárias, cabível a inversão do ônus da prova. 2. Com a inversão do ônus da prova, cabível transferir à parte adversa o dever de adiantar honorários de perito. 3. Recurso provido. (TJSP Agravo de Instrumento 0133755-72.2013.8.26.0000 14ª Câmara de Direito Privado - Relator(a): Melo Colombi - Data do julgamento: 11/09/2013)

Ora, se intenção do legislador fosse cobrar “prova mínima” do autor, tal exigência constaria expressamente na Lei, e nesse caso não haveria fundamento para fixar que o critério seria "segundo as regras ordinárias de experiência".

Se a verdade é relativa, a verossimilhança é ainda mais, pois a experiência e a vivência de cada juiz influenciará no entendimento sobre quão possível é tal fato ocorrer de determinada forma.

4 A VEROSSIMILHANÇA E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Considera-se que a atividade jurisdicional preocupa-se em valorizar as normas constantes no direito positivo, por meio de uma concepção legalista, de forma que não haveria espaço para atitudes criacionistas ou utilização pelo juiz de sua experiência pessoal.²⁹

Ocorre que a verossimilhança enquanto requisito para inversão do ônus da prova constitui justamente a “aparência de verdade” de determinada alegação, e considerando que a verdade é subjetiva e mutável, a verossimilhança parece ser ainda mais.

Assim, parece ser inevitável a discricionariedade judicial no momento da valoração judicial sobre o que é ou não verossímil, ainda que se deva considerar o dever de atenção às regras de experiência.

O Tribunal de Justiça do Paraná já incluiu em suas decisões que o artigo 6º do CDC confere margem de discricionariedade ao magistrado. Segue ementa de decisão proferida em 2005:

DIREITO DO CONSUMIDOR - CONTRATO BANCÁRIO - ARRENDAMENTO MERCANTIL -PROVA PERICIAL - INVERSÃO DO ÔNUS - PRESSUPOSTOS E REQUISITOS –CDC ART. 6º INCISO VIII- INTELIGÊNCIA - AVALIAÇÃO PELO MAGISTRADO - VEROSSIMILHANÇA RECONHECIDA - NECESSIDADE E PERTINÊNCIA ADMITIDAS PELA RECORRENTE - RECURSO DESPROVIDO. Na avaliação acerca da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor - parâmetros objetivamente estabelecidos pela legislação de regência para que se determine a inversão do ônus da prova -, o inciso VIII do artigo 6º da Lei 8.078/90 confere ao juiz indiscutível margem de discricionariedade, sem prejuízo do dever de atenção às regras ordinárias de experiência. Sem embargo dos parâmetros objetivamente estabelecidos, é certo que o dispositivo em apreço confere ao magistrado inequívoca margem de discricionariedade, já que comete ao 'arbitrium boni viri' a possibilidade de determinar a inversão, pois expressa e textualmente confia no 'critério do juiz' (Eduardo Saad).Reconhecida pelo magistrado, com lastro em fundamentação razoável, a verossimilhança da alegação, e admitindo a instituição financeira a necessidade e pertinência da prova pericial para o fim colimado, mantém-se a decisão determinando a inversão do ônus.

²⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. 'E o Juiz não é só de Direito' (ou 'a Função Jurisdicional e a Subjetividade'). In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David E. (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010. p.263.

(TJPR – AGRAVO DE INSTRUMENTO 0300627-7 – Relator Mendes Silva – julgado em 17/08/2005)

O mesmo Tribunal atualmente descarta a discricionariedade do texto de Lei. Segue transcrição de parte de acórdão proferido recentemente sobre o tema afirmando **não** haver discricionariedade na aplicação do art. 6º:

Nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não há discricionariedade do julgador em deferir ou não a inversão do ônus da prova, é permitido o deferimento desde que presentes um dos requisitos do artigo 6º, inciso VIII, do CDC que estabelece que "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 ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência". Ficando a critério do julgador a análise da presença de seus requisitos autorizadores (verossimilhança da alegação e hipossuficiência do consumidor). (TJPR GRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1188695- 8 - 9ª Câmara Cível – Des. Relator José Augusto Gomes Aniceto – julgado em 27/06/2014)

Contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo segue atualmente referindo a discricionariedade do juiz na aplicação do art. 6º do CDC, conforme se constata da transcrição de parte do julgamento de agravo de instrumento n. 0130328-67.2013.8.26.0000, proferido em 13 de janeiro de 2014:

Apesar de a hipótese retratada nos autos encerrar típica relação de consumo é certo que para a inversão do ônus da prova o juiz deve estar convencido da verossimilhança das alegações do consumidor ou de sua hipossuficiência.

Isto vale dizer que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º do CDC não tem aplicação automática sendo certo que sua observância será verificada pelo juiz de acordo com sua discricionariedade e os requisitos antes mencionados (verossimilhança das alegações do consumidor ou de sua hipossuficiência).

Ocorre que dentro do nosso ordenamento jurídico, guiado pelo silogismo, considerar que o juízo de verossimilhança do artigo 6º do CDC constituiria discricionariedade do juiz parece um tanto simplista.

Na verdade, a valoração feita pelo juiz para a solução de situações não previstas expressamente no ordenamento jurídico pátrio deve guiar-se pelas concepções sociais vigentes e dominantes.

E neste ponto, mais do que qualquer linha de pensamento, há de ter em mente a presunção absoluta de que o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo e por isso merece proteção especial. Veja-se que foi o reconhecimento deste desequilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor que levou ao surgimento de Lei especial para proteção da parte mais frágil: o consumidor.³⁰

Historicamente a proteção do direito do consumidor foi dificultada pela incumbência do art. 333 do CPC, isto é, pela dificuldade de apresentar provas do seu direito.³¹ Não seria crível que depois do surgimento do CDC pudesse haver uma brecha na Lei que colocasse novamente em risco a proteção da parte vulnerável.

Contudo, ainda que se entenda que possa haver margem para discricionariedade judicial na análise de verossimilhança do art. 6º do CDC, o consumidor certamente continuaria sendo protegido na relação.

4.1 FORMAS DE RESTRIÇÃO À VALORAÇÃO JUDICIAL

Alexy mostra que quando o julgador decide um caso que não se adapta de forma literal ou lógica às Leis vigentes, está optando por um enunciado legal em detrimento de outro igualmente previsto no ordenamento jurídico. Ao fazer esta escolha, (entre uma norma ou outra) necessariamente faz uma valoração ou juízo de valor.³²

Assim, o autor, traz a valoração como uma ação natural ao julgador, no entanto afasta também a ideia de liberdade irrestrita e utilização de convicções morais subjetivas.³³

Como tentativas de solução à questão da liberdade irrestrita na valoração, são apresentadas algumas ideias de restrição.

³⁰ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 65.

³¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.356.

³² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p.37.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p.39.

Dentre as possibilidades de formas de restrição apresentadas por Alexys, destacam-se duas: A primeira seria a utilização de conhecimentos empíricos, isto é, o juiz se valeria da própria experiência para valorar determinado caso; a segunda refere-se a necessidade de o intérprete considerar o sentido da Lei, seus princípios, isto é, o juízo de valor presente no ordenamento jurídico a respeito de determinado tema.³⁴

Passa-se então a analisar a possibilidade de utilização das duas formas de valoração para a formação do juízo de verossimilhança previsto no art. 6º, tentando identificar qual delas seria a forma mais adequada de restrição.

4.1.1 O JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA E O CONHECIMENTO EMPÍRICO

Conforme explica Taruffo, a verossimilhança é justamente aquilo que se aproxima do normal em um certo tipo de comportamento ou acontecimento. Assim, para entender como verossímil determinado comportamento, é preciso “dispor de um conhecimento preliminar sobre a normalidade de sua ocorrência”.³⁵

Ora, juízes também são consumidores e certamente já passaram por diversas situações que lhe são narradas posteriormente em exordiais. Assim, o acontecimento pode acabar parecendo mais próximo ou distante da verdade, dependendo da experiência de determinado julgador em circunstância semelhante.

Levando-se em consideração as palavras de KARL ENGISH, “o direito se ocupa da vida”³⁶, sendo assim, parece inevitável que o julgador eventualmente se identifique com os fatos narrados na inicial direcionada a ele, trazendo sua própria experiência para o processo. No entanto, no caso específico da verossimilhança do art. 6º do CDC, há que se ter em mente que a parte vulnerável é o consumidor, de

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 40-43.

³⁵ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 111.

³⁶ ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbendian, 1983. p.75

forma que não parece plausível que o juiz se utilize de conhecimento empírico para julgar a lide favorável ao fornecedor.

Como forma de exemplificar a utilização do conhecimento empírico para a formação do juízo de verossimilhança, segue transcrita abaixo parte da sentença proferida nos autos do processo n. 0000977-60.2014.8.19.0207, que tramitou perante o 20º Juizado Especial Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ.

(...)

Ademais, trata-se de loja de departamento de grande porte, não sendo exigível a vigilância absoluta sobre todas as etiquetas de produtos, as quais, eventualmente, podem vir a ser adulteradas por terceiros que transitem pelo interior da loja, motivo pelo qual é válido o preço digitalmente apostado nas etiquetas do produto ou, na ausência destes, o preço cadastrado junto ao sistema da ré.

Logo, considerando-se, ainda, que a autora é advogada, carece de verossimilhança a tese autoral de que a bolsa teria sido encontrada em local distante de outras bolsas do mesmo modelo e que o fato de estar com o preço remarcado à caneta teria criado nela a legítima expectativa de aquisição do bem por este valor, uma vez que, ainda que se tratasse de remarcação por meio outro que não a etiqueta de cor amarela usualmente utilizada pela loja ré, como é de conhecimento deste juízo, que costuma adquirir peças de vestuário junto à ré, o preço anterior continuaria afixado no produto ou, ao constatar que a etiqueta se encontrava pela metade, poderia, a autora, ter se certificado do preço do produto junto aos prepostos ou caixas da ré.

De toda sorte, ao ser informada pela gerente da ré de que a remarcação de preços é feita exclusivamente pelo sistema de etiquetas e ter-lhe sido apresentado outro produto idêntico e com etiqueta correspondente ao valor da bolsa, restou evidenciado que a hipótese era de rasura indevidamente realizada por terceiro, em especial considerando-se que a bolsa estava em local distante daquelas de igual modelo.

Assim, entendo como não caracterizado o dano moral compensável tão somente em razão dos fatos narrados na inicial.

Posto isso, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, na forma do art. 269, I do CPC. Sem condenação ao ônus sucumbenciais, na forma do art. 55 da Lei 9.099/95

Ressalta-se que em momento algum o julgador fez referência a qualquer prova produzida pelo fornecedor, restringindo o julgamento ao seu conhecimento sobre o procedimento adotado na Loja quanto às etiquetas e aos preços dos produtos.

Parece estranho que em situação envolvendo relação de consumo o juiz possa valer-se de sua própria experiência para julgar desfavoravelmente ao consumidor. Se a intenção do Direito do Consumidor é justamente facilitar o acesso à justiça e proteger o consumidor, retirando-o de uma situação de desequilíbrio, parece estranho que o julgador, verificando a ausência de prova produzida pelo fornecedor, traga a sua experiência à baila e julgue improcedente o pedido inicial.

Assim, verificamos que o conhecimento empírico não poderia ser utilizado como forma de restrição da valoração, já que esta forma possibilitaria que o consumidor ficasse em desvantagem, ofendendo a intenção primordial do CDC.

O juiz, como intérprete do Direito, o faz criativamente, porém, não pode utilizar-se das técnicas de interpretação de forma a ofender o pretendido no texto constitucional.³⁷ A Constituição Federal é clara em seu artigo 5º, ao determinar que o estado promova a defesa do consumidor.³⁸ Dessa forma, não se mostra adequado a utilização de conhecimento empírico como forma de valoração e formação do juízo de verossimilhança.

4.1.2 A VEROSSIMILHANÇA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSUMERISTAS

Rechaçada a primeira hipótese, vamos analisar a possibilidade de que o juiz forme o juízo de verossimilhança à luz do espírito da Lei, isto é, de seus princípios. E aqui encontramos então a base para o instituto dentro deste sistema de proteção.

Não é possível às normas vigentes prever todos os tipos de situações de forma que resta ao aplicador uma margem, às vezes maior, às vezes menor, de livre apreciação ou discricionariedade. A interpretação do julgador, no entanto, deve estar de acordo com a intenção da normativa estabelecida, bem como considerar os

³⁷ LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.262.

³⁸ Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor

direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, para que possamos então considerá-la conforme o ordenamento jurídico.

A aplicação de conceitos imprecisos constitui ato de inteligência, através do qual deve se interpretar a vontade da Lei. E esta interpretação deve se dar contextualmente, isto é, de acordo com complexo de normas de uma determinada disciplina. Por isso, entende-se que a discricionariedade não pode ser entendida como margem de liberdade irrestrita, que possibilitasse o aplicador da Lei de agir fora da idéia geral daquele sistema normativo³⁹

A Constituição Federal nos apresenta em seu texto regras e princípios. A determinação de criação de um código de proteção do consumidor já trouxe consigo a intenção primordial da Lei a ser criada, qual seja, a de proteção do consumidor, que possui presunção de vulnerabilidade na relação de consumo.

Veja-se que as regras jurídicas estabelecem a conduta adequada para determinadas hipóteses previstas na Lei. A hipótese e a consequência de sua aplicação estão estampadas na regra, sendo identificada de imediato a ordem ou o dever ali constante. Os princípios por sua vez revelam-se como nortes de determinada disciplina jurídica. O seu entendimento deve guiar tanto a interpretação quanto a própria aplicação das regras que os acompanham.

Os princípios demonstram a vontade da Lei, as suas intenções, o seu espírito. Guiando-se por eles é que se interpreta e se aplica corretamente as regras de determinado sistema.

Nas palavras de Cavelieri Filho:

Regras e princípios desempenham funções distintas dentro do ordenamento jurídico. Enquanto as regras, por sua própria definição, tem por finalidade estabelecer a conduta adequada para hipóteses específicas, perfeitamente caracterizadas sob a forma de tudo ou nada, os princípios desempenham múltiplas funções, dentre as quais se destaca, em primeiro lugar, a **função estruturante**, isto é, de dar unidade e harmonia ao sistema jurídico,

³⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 22-31.

integrando duas diferentes partes. Princípios funcionam como estrutura jurídica de todo o sistema, colunas de sustentação e vigas mestres (...)⁴⁰.

Os princípios da Lei consumerista trazem a convicção de que a verossimilhança foi incluída no artigo 6º do CDC como mais um instrumento colocado à disposição do juiz, como forma de defender o direito do consumidor, presumivelmente vulnerável, ainda que em determinada relação processual não fosse hipossuficiente.

Atualmente, percebe-se a busca dos Juizados Especiais Cíveis para ajuizamento de ações pelos consumidores, pois trata-se de forma mais prática e acessível de buscar o direito, inclusive sem a necessidade de arcar com honorários advocatícios. No entanto, o consumidor poderá ficar desprotegido pela ausência de procurador.

Com isso, sem a devida orientação de um advogado, que lhe informe as provas mais necessárias e importantes a produzir, o consumidor pode deixar de trazer aos autos provas mínimas do seu direito. O CDC possibilita então que o juiz, verificando a verossimilhança nas alegações (ainda que não esteja presente a hipossuficiência), inverta o ônus da prova, e determine que o fornecedor traga aos autos a documentação necessária para análise do feito.

Por isso, entende-se que a verossimilhança prevista no artigo 6º não representa ao juiz liberdade irrestrita de valoração, visto que (lembrando a segunda ideia de restrição à valoração de Alexy trazida acima) o julgador deverá valorar a situação trazida a ele à Luz dos princípios protetivos que norteiam o Código de Defesa do Consumidor.

Ainda que não exista hipossuficiência em relação à determinada prova, alegando o consumidor a impossibilidade de produzi-la, poderá o juiz inverter o ônus da prova se considerar verossímil a alegação. O juiz poderá inclusive inverter o ônus

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26.

da prova quando esta prova é difícil também para o fornecedor, que deverá arcar com tal ônus pois é a parte mais forte, *expert*, na relação de consumo.⁴¹

O ilustre ministro Antonio Herman Benjamin brilhantemente fundamenta seu entendimento no risco do empreendimento, trazendo como exemplo casos de fraude, com adulteração de senha de cartão de crédito, afirmando que o fornecedor teve lucro com aquele tipo de relação, e sendo assim deverá organizar-se para poder provar quem de fato operou uma transação com determinada senha quando acionado em juízo.⁴²

Assim, considerando o espírito da Lei do Consumidor, verifica-se que o juízo de verossimilhança deverá seguir a mesma linha de proteção, considerando os direitos fundamentais e a vulnerabilidade absoluta da parte consumidora.

⁴¹ BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de Direito do Consumidor. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 85.

⁴² BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de Direito do Consumidor. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 85

5 A VEROSSIMILHANÇA DIANTE DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

O direito do acesso à justiça está presente na Constituição Federal no inciso XXXV do art. 5º: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Pela literalidade do artigo, é possível concluir a preocupação com a preservação e alcance de direitos pelos cidadãos.

Através da literalidade do comando, percebe-se que se intenta garantir do Estado-Juiz a guarda para a satisfação ou respeito ao direito do cidadão. O acesso à justiça estaria relacionado com a incumbência do Poder Judiciário apontar o direito aplicável para a solução de determinado litígio, conferindo às partes a prestação jurisdicional, o que é justamente a essência de seu papel institucional.⁴³

Assim, interpretava-se que a intenção do comando constitucional seria tão-somente que o Estado trouxesse meios para a solução dos conflitos ocorrentes na sociedade, conferindo resposta de cunho imperativo.⁴⁴

A interpretação atual do dispositivo ultrapassa a mera prestação jurisdicional para constatar que o direito ao acesso à justiça significa que o Estado Democrático de Direito deve criar formas de garantir a efetividade da norma, trazendo aos operadores do direito instrumentos capazes de garantir a prestação jurisdicional efetiva e justa. A noção de acesso formal à justiça evoluiu para uma noção de acesso material à justiça.⁴⁵

A prestação jurisdicional efetiva e justa seria aquela que está ao alcance de ambas as partes, que seja célere, que esteja atenta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório e do princípio da duração razoável do processo.

⁴³ SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento. vol.1. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 40.

⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 288.

⁴⁵ VALCANOVER, Fabiano Haselof. O princípio do acesso à justiça após a Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/259-artigos-jan-2014/6386-o-principio-do-acesso-a-justica-apos-a-emenda-constitucional-n-45-2004>

No direito do consumidor percebe-se claramente que além das normas prevendo direitos e deveres há uma séria preocupação com a questão operacional do sistema jurídico previsto, como forma de garantir a prestação jurisdicional, isto é, o acesso à justiça, ao consumidor.

Não bastaria que o CDC trouxesse direitos e deveres se não conseguisse torna-los efetivos, ou seja, se não tornasse possível a concretização desses novos direitos.

Essa preocupação vai além da letra da Lei. Note-se, por exemplo, que a inversão do ônus da prova, por exemplo, direito básico que visa facilitar a defesa do direito do consumidor e a reparação de seus danos, se requerida e não deferida, trata-se como questão de mérito e não como questão processual. Isso por que é considerada uma negativa a um direito material do consumidor. Assim, a inversão pode se dar em qualquer instância, inclusive após o término da instrução processual. Em contrapartida, se o ônus da prova é invertido, o tema é tratado como processual.⁴⁶ Evidente novamente aqui a preocupação com a questão operacional agindo de forma a garantir o acesso à justiça pelo consumidor.

Igualmente o estudo sobre o diálogo das fontes, com base nos ensinamentos do ilustre mestre alemão Erik Jayme, brilhantemente trazido por Cláudia Lima Marques ao ordenamento jurídico brasileiro, demonstra a mesma preocupação.

Prevendo que poderia haver conflitos entre as Leis vigentes no momento da aplicação das normas pelo julgador, já foi elaborada uma solução. Conforme proposto por Erik Jayme, pode haver convivência entre as Leis de campos de aplicação diferentes (muitas vezes convergentes) através da coordenação dessas fontes.⁴⁷

⁴⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de Direito do Consumidor. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 84 .

⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V. MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 26.

Garantir o equilíbrio entre o consumidor e fornecedor através da inversão do ônus da prova igualmente é garantir o acesso à justiça, pois traz equilíbrio ao processo e protege a parte vulnerável da relação. A possibilidade dada ao julgador de inverter o ônus da prova apenas com base na verossimilhança garante ao consumidor que, ainda que não tenha provas a respeito dos fatos que alega, tenha seu pedido apreciado pela justiça, que poderá incumbir ao fornecedor o dever de trazer aos autos os documentos pertinentes à determinada relação jurídica.

O artigo 6º, VIII, do CDC, e a margem existente à valoração judicial através da palavra verossimilhança certamente possibilita que o consumidor mais vulnerável que possa haver, tenha acesso à justiça, ainda que não seja hipossuficiente.

No direito do consumidor existem diversos instrumentos para garantir o acesso à justiça. No código, especificamente, encontramos forte base principiológica para compreensão das suas normas. Muitos destes princípios encontram-se inclusive expressos nas normas.⁴⁸

Um Código constitui um conjunto de normas ordenado segundo princípios, de forma que não surpreende constar na própria lei os objetivos por ela perseguidos, facilitando sua interpretação e esclarecendo os princípios fundamentais que a conduzem.⁴⁹ Esta preocupação explicita a preocupação com a garantia do acesso do consumidor à justiça, de forma justa e eficiente.

No entanto, se reconhecem também princípios implícitos percebidos das próprias diretrizes da Lei. O professor Bruno Miragem reconheceu dentro deste sistema um princípio não antes percebido: o princípio da efetividade.⁵⁰

A preocupação com a efetividade da norma evidencia a intenção tanto de que a norma seja de fato cumprida, quanto que a norma gere os resultados concretos

⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 113

⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V. MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 53.

⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 113.

almeçados quando da criação desta Lei. Por isso, percebe-se expressamente a preocupação com a proteção do consumidor de forma eficiente, notadamente nos artigos 4º, VI⁵¹, e 6º V⁵² do CDC.⁵³

Independentemente das referências expressas, o direito do consumidor em geral busca trazer aos aplicadores do direito e às demais autoridades (judiciais e administrativas) formas de dar efetividade às suas normas, de forma a garantir sua intenção precípua de proteção ao consumidor.⁵⁴

O princípio referido então seria a evidência da preocupação do Legislador com a questão operacional do Código, trazendo meios para a efetiva aplicação e a garantia do resultado objetivado.

Verifica-se então que a verossimilhança pode ter nascido justamente deste princípio, servindo como ferramenta ao juiz para inverter o ônus da prova ainda que não exista hipossuficiência.

Considere-se que em determinada hipótese o consumidor poderia não ser hipossuficiente e a produção de determinada prova fosse tão acessível ao fornecedor quanto ao consumidor, no entanto, por algum motivo, o consumidor se diz impossibilitado de produzi-la. Neste caso, o legislador optou por dar ao juiz a chance de inverter o ônus da prova apenas por considerar que a narrativa do consumidor é verossímil, garantindo seu acesso à justiça e devolvendo o equilíbrio à relação de consumo.

⁵¹ 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: 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;(...). Grifei.

⁵² Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

⁵³ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 132.

⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 133.

A inclusão da verossimilhança entre os requisitos alternativos do inciso VIII do art. 6º, se for utilizada dentro de acordo com os princípios delineadores do CDC, auxilia portanto os aplicadores do direito na busca de um resultado justo à sociedade e na busca de um maior equilíbrio nas relações de consumo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Defesa do consumidor exerce grande importância na sociedade atual, controlando os abusos antes permanentemente praticados pelos fornecedores que aproveitavam-se da fragilidade do consumidor para lucrar cada dia mais. Foi exatamente devido a este histórico de abusos na prestação de serviço em geral que verificou-se a necessidade de um Código que impusesse limites ao fornecedor, lhe impondo deveres de boa-fé objetiva buscando trazer mais equilíbrio à relação de consumo.

Partindo do princípio de que o consumidor é presumivelmente vulnerável, todo este sistema criado volta-se para sua proteção, de forma que o Legislador criou diversos instrumentos, de utilização tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial.

Não há, então, como analisar a verossimilhança do art. 6º sem levar em consideração a intenção precípua da lei consumerista. Cobrar-se prova mínima para a inversão seria incluir requisitos no referido dispositivo. Não há como exigir provas, ainda que indiciárias, do consumidor, se a Lei não faz qualquer referência neste sentido.

Inclusive a expressão “segundo as regras de experiência” frisam a ausência de exigência probatória. Qualquer exigência neste sentido iria de encontro com a intenção de facilitação da defesa do consumidor no processo judicial.

Ainda que as regras de experiência sejam um norte a seguir pelo julgador no juízo de verossimilhança, há que se ter em mente que a valoração possui uma restrição, que seria justamente a linha de proteção da parte mais fraca.

Verificou-se que o conhecimento empírico não poderia ser utilizado, pois considerando que nenhuma das partes pode ter qualquer vantagem na valoração judicial, esta forma de restrição poderia prejudicar a parte vulnerável trazendo ainda mais desequilíbrio na relação.

Por isso, percebeu-se que a verossimilhança vem profundamente atrelada aos princípios expressos e também aqueles implícitos na Lei. 8078/90. Concluiu-se então que a verossimilhança aplicada de acordo com os princípios do CDC, notadamente o da efetividade, consagra o direito básico de acesso à justiça pelo consumidor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

BRASIL, Código de Defesa do consumidor. Lei nº 8078/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>

BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 5.869/73. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de Direito do Consumidor. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CALAMANDREI, Piero. Verdad e verossimilitud em el proceso civil. Estudios sobre el proceso civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1962.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de Tutela. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

COSTA, Fábio Marcondes Ferreira Costa. Inversão do ônus da prova no CDC. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/inversao-do-onus-da-prova-no-cdc>>

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1995.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbendian, 1983.

FACCHINI NETO, Eugênio. 'E o Juiz não é só de Direito' (ou 'a Função Jurisdicional e a Subjetividade'). In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David E. (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no Processo Civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 8ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III: arts 154 a 281*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MORAES, Paulo Valério da Pai. *Código de Defesa do Consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual – 2ª Série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

RADLOFF, Stephan Klaus. A inversão do ônus da prova. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIEDI, Maria Eloiza Balaban. O momento processual mais adequado para a inversão do ônus da prova. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/4114/momento-processual-mais-adequado-para-inversao-do-onus-da-prova-pelo-cdc>>

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 70060718004. Sexta Câmara Cível. Relator: Ney Wiedemann Neto. Julgado em 25/07/2014

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 70060647765. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. Julgado em 25/07/2014

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70060010931. Vigésima Quarta Câmara Cível. Relator: Altair de Lemos Junior. Julgado em 30/07/2014

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70057914533. Nona Câmara Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em 31/01/2014

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento. vol.1. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A Prova no Processo do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed, 2001.

VALCANOVER, Fabiano Haselof. O princípio do acesso à justiça após a Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/259-artigos-jan-2014/6386-o-principio-do-acesso-a-justica-apos-a-emenda-constitucional-n-45-2004>>