



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA
ABORDAGEM SOBRE A APLICAÇÃO DO INSTITUTO COMO INSTRUMENTO DE
FACILITAÇÃO DA DEFESA EM JUÍZO DO CONSUMIDOR – EMPRESÁRIO

Rafael Rodrigues da Silva

Rio de Janeiro
2020

RAFAEL RODRIGUES DA SILVA

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA
ABORDAGEM SOBRE A APLICAÇÃO DO INSTITUTO COMO INSTRUMENTO DE
FACILITAÇÃO DA DEFESA EM JUÍZO DO CONSUMIDOR – EMPRESÁRIO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Lucas Tramontano

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro
2020

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ABORDAGEM SOBRE A APLICAÇÃO DO INSTITUTO COMO INSTRUMENTO DE FACILITAÇÃO DA DEFESA EM JUÍZO DO CONSUMIDOR – EMPRESÁRIO

Rafael Rodrigues da Silva

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor é norma jurídica de caráter cogente, voltada à proteção dos consumidores, assim entendidos os sujeitos que adquirem no mercado produtos e serviços como destinatários finais. A Lei nº 8078/90 elenca os direitos básicos do consumidor entre os quais está a inversão do ônus da prova como instrumento de facilitação da defesa do consumidor em juízo. Discute-se a possibilidade de aplicação do instituto jurídico da inversão do ônus da prova às relações travadas entre pessoas jurídicas ainda que ausente o elemento teleológico da relação jurídica de consumo que é a destinação fático-econômica do produto ou serviço.

Palavra – Chave – Direito do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Empresário – Consumidor.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito dos sujeitos das relações jurídicas de consumo. 2. Da aplicação do instituto jurídico da inversão do ônus da prova levando em consideração as diferentes modalidades do instituto. 3. Da aplicação do instituto da inversão do ônus da prova na relação de consumo envolvendo empresários. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da inversão do ônus da prova nas reações de consumo e pretende fazer uma abordagem sobre a aplicação do instituto como instrumento de facilitação da defesa em juízo do empresário.

O Código de Defesa do Consumidor, para além de estabelecer principiologia voltada à proteção do consumidor, artigos 4º e 5º da Lei nº 8078/90, elenca em seus dispositivos direitos atribuídos ao sujeito vulnerável da relação jurídica de consumo, o consumidor, ao que corresponde deveres diversos atribuídos àqueles que se dispõe a fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, vale dizer, fornecedores de produtos e serviços.

Não obstante, a principiologia adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, voltada, como dito, para a proteção da parte vulnerável da relação jurídica de consumo, preenchidos alguns requisitos, pode também ser aplicada na relação jurídica entabulada apenas entre empresários.

E o instituto da inversão do ônus da prova constitui um dos mais significativos instrumentos de defesa em juízo das pretensões do contratante vulnerável contra eventuais

excessos cometidos pela contraparte que se apresenta em condições de ascendência no aspecto técnico, jurídico e econômico.

Existem questões jurídicas controvertidas quanto à aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, importante instrumento de facilitação da defesa do consumidor em juízo, mormente no que diz respeito à possível aplicação do Código de Defesa do Consumidor e especialmente do instituto da inversão do ônus da prova nas relações jurídicas travadas entre empresários.

O objetivo do trabalho é expor os requisitos para aplicação do instituto da inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor, originariamente concebido para tutela do consumidor, às relações jurídicas entre empresários.

Para melhor compreensão do tema, serão expostos os requisitos para aplicação do instituto da inversão do ônus da prova na modalidade *ope legis* e ainda os requisitos para aplicação do instituto da inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis*.

Aborda-se, também, no presente trabalho, qual o momento em que o juiz deve decretar a inversão do ônus da prova nas modalidades *ope legis e ope judis*. E como questão principal, discute-se se há possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mormente do instituto jurídico da inversão do ônus da prova, às relações entre empresários.

No primeiro capítulo, apresenta-se em breves linhas os direitos básicos do consumidor, bem como faz-se breves comentários a respeito da natureza jurídica do instituto da inversão do ônus da prova.

No capítulo segundo, para maior compreensão da matéria, apresenta-se o instituto da inversão do ônus da prova como instrumento de facilitação da defesa do consumidor em juízo, com abordagem especial para as espécies de inversão do ônus da prova previstas no Código de Defesa do Consumidor.

No terceiro capítulo são expostas as questões inerentes à aplicação do instituto da inversão do ônus da prova nas relações jurídicas envolvendo empresários.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa que será constituída da legislação, doutrina e jurisprudência.

1. CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS A RESPEITO DOS SUJEITOS DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO

A Constituição Federal de 1988 erigiu a proteção e defesa do consumidor ao status de direito fundamental¹. O Artigo 5º, XXXI da CRFB/88² determinou ao Estado brasileiro promover, na forma da lei, a proteção e defesa do consumidor.

O texto constitucional, não apenas erigiu a proteção ao consumidor como direito fundamental, mais também alçou a proteção dos economicamente vulneráveis, ao status de um dos fundamentos da ordem econômica, na forma do que foi preceituado no artigo 170, V³ do texto constitucional.

Antônio Herman V. Benjamim⁴ assinala a importância da constituição brasileira de 1988 ter reconhecido este novo sujeito de direitos, o consumidor, individual e coletivo assegurando sua proteção constitucionalmente, tanto com direito fundamental no artigo 5º, XXXII⁵, como princípio da ordem econômica nacional no artigo 170 V da CF/1988⁶.

A Lei nº 8078/90⁷ visa, então, dar concretude às normas constitucionais antes citadas, estabelecendo, portanto, normas de ordem pública e interesse social, destinadas à proteção e defesa do consumidor.

Luiz Arnaldo Rizzato Nunes⁸, levando em consideração o assento constitucional da proteção e defesa do consumidor, afirma que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor é norma principiológica, prevalente, portanto, sobre as demais disposições legislativas, gerais e especiais, que com ele conflitarem quando presente relação jurídica de consumo.

De fundamental importância, é delimitar o campo de incidência do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. De início, pode-se já afirmar que o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor é aplicável às relações jurídicas de Consumo.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

²Ibidem.

³Ibidem.

⁴BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 107.

⁵BRASIL, op cit., nota 01.

⁶ Ibidem.

⁷BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/18078.htm>> .Acesso em :19 abr. 2020.

⁸NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Saraiva , 2007, p. 91.

Levando-se em consideração o caráter principiológico da Lei nº 8078/90⁹, tem-se que presente uma relação jurídica de consumo, aplicam-se as normas previstas na Lei nº 8078/90¹⁰, afastando-se, portanto, a incidência de outras normas gerais e especiais que sejam conflitantes com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, define com precisão os elementos subjetivos da relação jurídica de consumo. O Artigo 3º do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor¹¹ afirma que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública, ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O dispositivo legal citado é aberto, de modo que muitas pessoas podem ser enquadradas como fornecedor de produtos e serviços. Para aplicação do Código de Defesa do Consumidor deve-se, porém, levar em consideração, o exercício das atividades elencadas no artigo 3º da Lei nº 8078/90¹², com profissionalidade.

Nesse sentido, a doutrina de Claudia Lima Marques¹³ esclarece que o critério caracterizador do fornecedor para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor é o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Essas características vão excluir da aplicação das normas do CDC (Código de Defesa do Consumidor) todos os contratos que são puramente cíveis aos quais se aplica o Código Civil.

Desse modo, a venda esporádica de um carro ou de uma casa por um não profissional, não o torna fornecedor de produtos e serviços para fins de incidência das normas de proteção, devendo a disciplina jurídica obedecer aos ditames da legislação civil ordinária.

No outro polo da relação jurídica de consumo, está o consumidor, conceituado no artigo 2º da Lei nº 8078/90¹⁴ como toda pessoa física e jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. A interpretação do conceito legal de consumidor é disputada por duas grandes teorias. A teoria finalista e a maximalista. Em linhas gerais, a teoria finalista qualifica o consumidor a partir do elemento teleológico definido no próprio texto do

⁹ BRASIL, op cit., nota 07.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

¹³ MARQUES, op.cit.,p.107.

¹⁴ BRASIL, op cit., nota 07.

artigo 2º da Lei nº 8078/90¹⁵ que define consumidor como sendo toda pessoa, física ou jurídica, que adquire produtos e serviços como destinatário final. A teoria maximalista, por sua vez, amplia o espectro de incidência da legislação protetiva e entende consumidor apenas o destinatário fático do produto, não importando sua destinação final.

No Brasil, prevaleceu a concepção finalista, que como visto, interpreta de modo restritivo o conceito de consumidor, exigindo o elemento teleológico, consistente na aquisição do produto ou serviço como destinatário final. Nesse sentido, Flavio Tartuce¹⁶, prestando adesão à corrente finalista, afirma que tem prevalecido no Brasil a ideia de que o consumidor deve ser o destinatário fático e econômico dos produtos e serviços adquiridos junto ao mercado. No STJ¹⁷, prevaleceu, como regra geral, a concepção finalista de consumidor.

Instituído como instrumento de proteção à parte vulnerável da relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, traz em seu bojo, vasto elenco de direitos atribuídos aos consumidores, ao que corresponde obrigações atribuídas àqueles que se dispuserem a fornecer produtos e serviços no mercado de consumo.

Para além de estabelecer extenso rol de direitos a exemplo do que previsto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor¹⁸ e ainda prever mecanismos de proteção contratual contra práticas consideradas abusivas, conforme por exemplo enumerado no artigo 51 o Código de Defesa do Consumidor¹⁹ estabelece, também, mecanismos processuais que visam à facilitação da defesa do consumidor em juízo.

O Código de Defesa do Consumidor, como forma de melhor tutelar os direitos dos consumidores em juízo, estabeleceu a inversão do ônus da prova como direito básico dos consumidores. Diz o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor²⁰, constituir - direito básico do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

A previsão constante do artigo 6º, VIII do Código de Defesa Do Consumidor²¹, estabelece a chamada inversão do ônus da prova *ope judis*, condicionada ao preenchimento dos

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 97.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 541.867*. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 21 out. 2019.

¹⁸ BRASIL, op cit., nota 07.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

requisitos mencionados no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor²², vale dizer, quando a alegação do consumidor for verossímil ou quando for o consumidor hipossuficiente.

Não obstante a previsão do artigo 6º, VIII do Código de Defesa Do Consumidor²³, o Código de Defesa do Consumidor, prevê ainda a chamada inversão do ônus da prova *ope legis* a ser aplicada quando a demanda versar sobre fato do produto, artigo 12 do Código²⁴, e fato do serviço, artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor²⁵.

Os requisitos para aplicação dos institutos, suas diferenciações, bem como o momento processual adequado para o pronunciamento judicial a respeito da inversão do ônus probatório, muitas vezes, não vem sendo muito bem compreendidos pela doutrina e a jurisprudência, cabendo maior reflexão sobre o tema.

2. DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO AS DIFERENTES MODALIDADES DO INSTITUTO

Para dar concretude à efetivação dos direitos do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor, prevê uma série de instrumentos voltados a reequilibrar as relações jurídicas de consumo. No âmbito da tutela judicial do consumidor, a inversão do ônus da prova constitui importante instrumento para facilitação da defesa do consumidor em juízo.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova, a primeira, a inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis* vem regulada no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor²⁶ e a segunda, a inversão do ônus da prova *ope legis* com regulamentação nos artigos 12, §3º e artigo 14, 3º do Código de Defesa do Consumidor²⁷.

Ao tratar da inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis*, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, VIII²⁸ afirma que são direitos básicos do consumidor a facilitação de seus direitos em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele insuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Da leitura do dispositivo citado, infere-se que a inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis* não é automática, vale dizer, não basta haver uma relação jurídica de consumo para se afirmar a existência do direito do consumidor à inversão do ônus da prova

Isso porque, o artigo 6º, Inciso VIII do CDC²⁹ é enfático em afirmar que a inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis* será deferida em favor do consumidor se as alegações do consumidor forem verossímeis ou quando for ele, o consumidor, hipossuficiente.

É, portanto, evidente que a inversão do ônus da prova como instrumento de facilitação da defesa dos interesses do consumidor em juízo, se submete ao preenchimento alternativo de um dos dois requisitos citados no dispositivo legal antes mencionado a saber, a verossimilhança das alegações do consumidor ou a hipossuficiência do consumidor.

No que diz respeito à verossimilhança, Antonio Gidi³⁰ aduz que verossímil é o que é semelhante à verdade, o que tem aparência de verdade, o que não repugna a verdade, enfim, o que é provável...é possível fazer uma aproximação entre a verossimilhança das alegações do consumidor e o *fumus boni juris* do processo cautelar, na qual seria, por assim dizer, uma espécie de *fumus boni facti*.

Do que foi acima exposto, pode-se concluir que a ideia de verossimilhança está assentada na ideia do que é provável, em um juízo de plausibilidade do que está sendo alegado pelo consumidor como fundamentos dos pedidos que foram aduzidos em juízo.

No que diz respeito à hipossuficiência, a doutrina de Paulo de Tarso Sanseveriano³¹ aduz que a hipossuficiência, relaciona-se à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Não é uma definição meramente econômica, conforme parte da doutrina tentou inicialmente cunhar, relacionando-a ao conceito de necessidade da assistência judiciária gratuita.

Trata-se de um conceito jurídico, derivando do desequilíbrio concreto em determinada relação de consumo. Num caso específico, a desigualdade entre o consumidor e o fornecedor é tão manifesta que, aplicadas as regras processuais normais, teria o autor remotas chances de comprovar os fatos constitutivos de seu direito. As circunstâncias probatórias indicam que a tarefa probatória do consumidor prejudicado é extremamente difícil.

²⁹ Ibidem.

³⁰ GIDI, Antonio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.13, p. 32, jan/mar.1995.

³¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 348.

No que diz respeito à inversão do ônus da prova *ope legis*, tem-se o seu fundamento legal nos artigos 12, §3º e 14 §3º do Código de Defesa do consumidor³². A Inversão do ônus da prova *ope legis*, está ligada à regulação, pelo Código de Defesa do Consumidor, do fato do produto ou fato do serviço.

Ao relatar o resp nº 1.168.775 – RS (2009/0234552-3), o eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino³³, pontua com precisão os contornos da inversão do ônus da prova *ope legis*. Aduz o renomado magistrado que a peculiaridade da responsabilidade pelo fato do produto (art. 12), assim como ocorre na responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14), é a previsão, no microsistema do CDC, de regra específica acerca da distribuição do ônus da prova da "inexistência de defeito".

A previsão legal é sutil, mas de extrema importância na prática processual. O fornecedor, no caso o fabricante, na precisa dicção legal, "só não será responsabilizado quando provar ... que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste." Ou seja, o ônus da prova da inexistência de defeito do produto ou do serviço é do fornecedor, no caso, do fabricante demandado.

A inversão do ônus da prova, nessa hipótese específica, não decorre de um ato do juiz, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC³⁴, mas derivou de decisão política do próprio legislador, estatuidando a regra acima aludida. É a distinção entre a inversão do ônus da prova "*ope legis*" (ato do legislador) e a inversão "*ope judicis*" (ato do juiz).

Como se percebe, a distinção entre a inversão do ônus da prova *ope judicis* e *ope legis*, não é meramente acadêmica, antes tem enorme relevância prática. Para além de reger situações jurídicas distintas, tem-se que a inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis*, não pode ser declarada exclusivamente na sentença.

Isso porque a inversão do ônus da prova *ope judicis* será deferida a critério do juiz, preenchidos os requisitos legais previstos no artigo 6º, Inciso VIII do código de Defesa do Consumidor³⁵. Convencendo-se o magistrado de que o consumidor faz jus à inversão do ônus da prova *ope judicis*, o ônus probatório será redistribuído, de modo que o fornecedor de produto ou serviço deverá ser comunicado previamente da substancial alteração de seu ônus probatório, sob pena de ocorrer cerceamento de defesa.

³² BRASIL, op cit., nota 07.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.168.775*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

³⁴ BRASIL, op cit., nota 07.

³⁵ Ibidem.

Por outro lado, tratando-se de inversão do ônus da prova *ope legis*, a questão processual do momento em que se deve decretar a inversão do ônus da prova não se impõe. Isso porque, tratando-se de escolha apriorística do próprio legislador, as partes envolvidas em litígios relacionados a fatos do serviço ou do produto, já sabem exatamente o ônus probatório que lhe cabem, de modo que o fornecedor já sabe de *lege lata* que tem o ônus probatório de demonstrar a inexistência de defeitos no produto ou serviço posto no mercado de consumo.

Colha-se, mais uma vez, as lições do Eminentíssimo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino³⁶ ao relatar o RESP nº 1.168.775 – RS (2009/0234552-3), quando afirma que nessas duas hipóteses de acidentes de consumo (artigo 12, §3º e artigo 14, §3º do CDC³⁷), mostra-se impertinente a indagação acerca dessa questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova. Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador ("*ope legis*") e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova "*ope judicis*", mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a "verossimilhança" e a "hipossuficiência" a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC³⁸.

No julgamento pela Segunda Sessão do STJ do RESP nº 802.832, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino³⁹, o STJ assentou entendimento no sentido de que a inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis*, constitui regra de instrução, posto que interfere no comportamento processual das partes e deve ser decretada ordinariamente quando da prolação do despacho saneador.

³⁶ Brasil, op. cit., nota 33.

³⁷ BRASIL, op cit., nota 07.

³⁸ Ibidem.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 802.832*. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseveriano. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

3. DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES ENVOLVENDO EMPRESÁRIOS

A Lei nº 8078/90⁴⁰ permite expressamente que a pessoa jurídica seja enquadrada no conceito de consumidor para fins de aplicação das normas protetivas nela previstas, o que pode ser constatado da leitura do artigo 2º da Lei nº 8078/90⁴¹, que afirma que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

A interpretação do conceito legal de consumidor é disputada por duas grandes teorias a saber, a teoria finalista ou subjetiva e a teoria maximalista ou objetiva.

Em linhas gerais, a teoria finalista qualifica o consumidor a partir do elemento teleológico definido no próprio texto do artigo 2º da Lei nº 8078/90⁴², que define consumidor como sendo toda pessoa, física ou jurídica, que adquire produtos e serviços como destinatário final.

Vê-se da definição apresentada, que a teoria finalista restringe o espectro de incidência das normas protetivas positivadas no Código de Defesa do Consumidor àquele que, sendo pessoa física ou jurídica, adquire o produto como destinatário final visando à satisfação de uma necessidade pessoal.

Desse modo, estariam afastados do conceito jurídico de consumidor todos aqueles que adquirem produtos ou serviços como insumos, destinando-os ao desenvolvimento de atividade de natureza econômica.

A teoria maximalista, por sua vez, vai na direção diametralmente oposta e amplia o espectro de incidência da legislação protetiva, ao conceituar consumidor como sendo o destinatário fático do produto ou serviço, não importando sua destinação final.

No Brasil, prevaleceu a concepção finalista, que como visto, interpreta de modo restritivo o conceito de consumidor, exigindo o elemento teleológico, consistente na aquisição do produto ou serviço para satisfação de uma necessidade pessoal do consumidor ou de sua família.

⁴⁰ BRASIL, op cit., nota 07.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

Nesse sentido, Flavio Tartuce⁴³, prestando adesão à corrente finalista, afirma que tem prevalecido no Brasil a ideia de que o consumidor deve ser o destinatário fático e econômico dos produtos e serviços adquiridos junto ao mercado.

No STJ, prevaleceu, como regra geral, a concepção finalista de consumidor.

Em voto vista no julgado do RESP nº 541.867/BA⁴⁴, o Eminentíssimo Ministro Jorge Scartezsini, bem pontua os contornos das teorias maximalista e finalista:

A orientação maximalista pressupõe um conceito jurídico-objetivo de consumidor, entendendo que a Lei nº 8.078/90, ao defini-lo como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A expressão "destinatário final", pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado.

(...)

Para os subjetivistas, porém, é imprescindível à conceituação de consumidor que a destinação final seja entendida como econômica, é dizer, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente ou utente, pessoa física ou jurídica, e não objetivo o desenvolvimento de outra atividade negocial. Não se admite, destarte, que o consumo se faça com vistas à incrementação de atividade profissional lucrativa, e isto, ressalte-se, quer se destine o bem ou serviço à revenda ou à integração do processo de transformação, beneficiamento ou montagem de outros bens ou serviços, quer simplesmente passe a compor o ativo fixo do estabelecimento empresarial.

Diga-se, porém, que o Código de Defesa do Consumidor, é sobretudo um arcabouço principiológico de normas, isto é, a legislação consumerista, visa, sobretudo, a fomentar o equilíbrio nas relações jurídico-econômicas, com vistas a dar concretude, efetividade à Constituição Federal⁴⁵, notadamente ao artigo 5º, inciso I que trata do princípio da igualdade substancial.

Nesse sentido, verificou-se no plano fático que a aplicação rigorosa da teoria finalista revelou-se demasiadamente injusta. É que não raras vezes, as relações jurídico-econômicas travadas entre profissionais são marcadas pela desigualdade substancial entre os contratantes.

Um dos participantes da relação jurídico-econômica, apresenta-se em situação de vulnerabilidade, seja técnica, econômica ou jurídica em relação ao outro. Daí surgiu inexorável a necessidade de afastamento episódico e casuístico do rigor dogmático da teoria finalista, com vistas a permitir que, verificando-se no caso concreto a vulnerabilidade jurídica, fática ou econômica da pessoa jurídica, possa-lhe ser deferida a aplicação das normas protetivas do

⁴³TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 97.

⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 541.867*. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 21 out. 2019.

⁴⁵BRASIL, op cit., nota 01.

Código de Defesa do Consumidor, sem perquirir a respeito da destinação final que é dada ao produto ou serviço.

Surge, então, mitigação da teoria finalista, que admite, excepcionalmente, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a quem eventualmente não adquira o produto ou serviço para satisfação de uma necessidade pessoal, estando aí positivada a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor à pessoa jurídica que exerça atividade econômica.

A esse respeito, válidas as lições de Cláudia Lima Marques:⁴⁶

Em face da experiência no direito comparado, a escolha do legislador brasileiro, do critério da destinação final, com o parágrafo único do art. 2º e com uma interpretação teleológica permitindo exceções, parece ser uma escolha sensata. A regra é a exclusão '*ab initio*' do profissional da proteção do Código, mas as exceções virão através da ação da jurisprudência, que em virtude da vulnerabilidade do profissional, excluirá o contrato da aplicação das regras normais do Direito Comercial e aplicará as regras protetivas do CDC.

Assim, presente a vulnerabilidade em qualquer de suas vertentes (vulnerabilidade jurídica, econômica ou fática), deve-se afastar a aplicação da legislação ordinária, para dar margem à aplicação ao caso concreto das normas do Código de Defesa do Consumidor, ainda que em favor de pessoa jurídica empresária, que tenha adquirido produto ou serviços com vistas a aplicá-lo em atividade de caráter econômico.

Em conclusão, satisfeitos os pressupostos fáticos e jurídicos da teoria finalista mitigada, pode-se, excepcionalmente, autorizar a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor na hipótese em que uma das partes, embora não seja a destinatária econômica do produto ou serviço, se apresente em situação de vulnerabilidade.

Em sendo cabível a aplicação do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor, será cabível, também, por óbvio, o deferimento da inversão do ônus da prova, em qualquer de suas modalidades, *ope judis ou ope legis*, em favor de pessoa jurídica empresária que adquira produto ou serviço para o implemento de sua atividade econômica.

⁴⁶ MARQUES, op. cit., p. 278-280.

CONCLUSÃO

O artigo discutiu a possibilidade de aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor, notadamente a inversão do ônus da prova, às relações jurídicas entabuladas entre empresários.

De início, delimitou-se o campo de incidência das normas de Proteção e Defesa do Consumidor a partir da conceituação legal dos sujeitos da relação jurídica de consumo.

O Artigo 3º do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor afirma que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública, ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Destacou-se a profissionalidade como elemento essencial para caracterizar fornecedor de produtos e serviços para fins de aplicação das normas da Lei nº 8078/90.

De igual forma, demonstrou-se que consumidor, segundo o artigo 2º da Lei nº 8078/90, é toda pessoa física e jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Em seguida, o artigo tratou especificamente do instituto jurídico da inversão do ônus da prova, as modalidades previstas na Lei nº 8078/90, isto é inversão do ônus da prova *ope legis* e inversão do ônus da prova na modalidade *ope iudice*.

Os requisitos para fazer jus a benefício da inversão do ônus da prova e ainda as discussões doutrinárias e jurisprudências relativas ao momento em que o magistrado deve se pronunciar a respeito da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, também foram abordadas no artigo.

O artigo expõe ainda a discussão a respeito das teorias que disputam a interpretação do conceito legal de consumidor a saber, a teoria finalista e a teoria maximalista.

Demonstrou-se que no STJ prevaleceu a concepção finalista de consumidor segundo a qual, consumidor deve ser o destinatário fático e econômico dos produtos e serviços adquiridos junto ao mercado de consumo.

A discussão a respeito da interpretação legal do conceito jurídico de consumidor foi aprofundada, com vistas a demonstrar que a aplicação rigorosa da teoria finalista do consumidor nas relações jurídicas travadas entre empresários, em que um dos empresários não é destinatário econômico do produto, revelou-se no plano fático profundamente injusta. É que não raras vezes, as relações jurídico-econômicas travadas entre profissionais são marcadas pela desigualdade substancial entre os contratantes.

Daí surgiu inexorável a necessidade de afastamento episódico e casuístico do rigor dogmático da teoria finalista, com vistas a permitir que, verificando-se no caso concreto a vulnerabilidade jurídica, fática ou econômica da pessoa jurídica, possa-lhe ser deferida a aplicação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, sem perquirir a respeito da destinação final que é dada ao produto ou serviço. É o que o STJ convencionou chamar de teoria finalista mitigada.

Feitas as considerações e explicações, conclui-se pela possibilidade de deferimento da inversão do ônus das provas às pessoas jurídicas profissionais, sem perquirir a respeito da destinação final econômica do produto ou serviço sempre que no caso concreto se verificar a vulnerabilidade jurídica, fática ou economia da empresa.

Dessa forma, o autor espera que o presente artigo possa contribuir para o debate acadêmico e aplicação prática do instituto, sobretudo para dotá-lo de efetividade no âmbito jurídico

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V; Claudia Lima Marques; Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 19 abr. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. Superior Tribunal De Justiça. *Resp nº 1.168.775*. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseveriano. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal De Justiça. *Resp nº 1.168.775*. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseveriano. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal De Justiça. *Resp nº 541.867*. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. Superior Tribunal De Justiça. *Resp nº 541.867*. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 21 out. 2019.

GIDI, Antonio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 13, jan./mar. 1995.

MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva , 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.