

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ALEXANDRE LUNA DA CUNHA

**INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

São Paulo

2007

ALEXANDRE LUNA DA CUNHA

**INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada à Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para
a obtenção do título de Mestre em Direito Político e
Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio.

São Paulo

2007

ALEXANDRE LUNA DA CUNHA

**INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada à Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para
a obtenção do título de Mestre em Direito Político e
Econômico.

Aprovado em 12 de abril de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Armando Luiz Rovai
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sergio Seiji Shimura
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Dedico esta monografia à preciosa Rosângela Ogata Takio. Seu amor incondicional tornou este trabalho uma realidade.

AGRADECIMENTOS

Tenho muito a agradecer e para muitas pessoas, o que me enche de alegria: aprender, dividir e multiplicar é a própria razão da vida que desejo!

Agradeço em especial ao orientador, Professor Doutor Gianpaolo Poggio Smanio, pela sempre presente ajuda. Minha sincera gratidão pela colaboração.

Agradeço aos Doutores Armando Luiz Rovai e Sergio Seiji Shimura pelo impulso na pesquisa empreendida. Minha sincera gratidão pela colaboração.

Agradeço à Universidade Presbiteriana Mackenzie, símbolo de qualidade e de compromisso social verdadeiro; a esta instituição dedico meu profundo respeito e eterna gratidão.

Agradeço aos meus alunos pelo incentivo! Para eles ofereço este trabalho, na certeza de ser um estímulo ao seu crescimento e desenvolvimento.

Agradeço aos amigos: força, coragem, carinho, orgulho, felicidade e amizade, sentimentos que somente podem ser compreendidos na vivência em grupo.

Agradeço por último, mas de forma especial, à querida irmã de sangue e coração, Daniele Luna da Cunha. Seu carinho deu-me forças para continuar.

“Uma das coisas básicas que temos de compreender é que não basta dar direitos às pessoas, se não lhes dermos representação e recursos de defesa. Um direito não passa de uma declaração numa folha de papel, até que alguém represente a causa e lute por ela, fazendo aplicar a lei e obrigando o sistema a funcionar.”

Ralph Nader

RESUMO

O Código de Defesa do Consumidor estipula os princípios para a aplicação da inversão do ônus da prova. A presente dissertação trata da relação entre cidadania, processo e direitos do consumidor, em especial a inversão do ônus da prova. Desenvolve a noção de que a aplicação da inversão do ônus da prova deve levar em conta os princípios da facilitação do acesso à justiça e da efetivação dos direitos do consumidor. Explora os mecanismos da inversão do ônus da prova na seara consumerista.

Palavras-chave: cidadania, processo, direitos do consumidor, inversão do ônus da prova.

ABSTRACT

The Brazilian Consumer Protection and Defense Code rules the principles for shift of evidence burden. This paper broaches the relation between citizenship, legal process and consumer rights besides bringing to a focus the shift of evidence burden. It goals to develop the idea that the application of shift of evidence burden must consider the principles of easing access to the justice for the consumer, and putting into effect his rights. It also explores the functioning of shift of evidence burden in consumer area.

Keywords: citizenship, legal process, consumer right, shift of evidence burden.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	10
2.	A VISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	15
3.	A PROVA.....	26
	3.1. Conceito.....	27
	3.2. Natureza jurídica da prova.....	30
4.	ÔNUS DA PROVA.....	40
	4.1. Regra do Código de Processo Civil.....	41
	4.2. Regra do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.....	49
5.	INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	56
	5.1. Requisitos.....	62
	5.1.1. <i>Verossimilhança</i>	67
	5.1.2. <i>Hipossuficiente</i>	71
	5.2. Momento adequado.....	75
	5.2.1. <i>Despacho inicial</i>	77
	5.2.2. <i>Despacho saneador</i>	79
	5.2.3. <i>Sentença</i>	81
	5.3. Decretação de ofício.....	87
	5.4. Custas na produção de provas.....	92
6.	PROCESSO, CIDADANIA E DIREITOS DO CONSUMIDOR.....	95
	6.1. Devido processo legal.....	97
	6.2. Acesso à justiça.....	99
7.	CONCLUSÃO.....	120
8.	BIBLIOGRAFIA.....	126

1. INTRODUÇÃO.

Os trabalhos da redação do anteprojeto de lei do Código de Defesa do Consumidor¹ foram iniciados em 1988, juntamente com a Assembléia Nacional Constituinte.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, entrou em vigor em 11 de março de 1991. O referido código teve inspiração na Resolução nº 39/248 de 09 de abril de 1985 da Assembléia Geral da ONU – Organização das Nações Unidas; no Código de Consumo Francês; na Lei 29/81 de Portugal; na Lei Federal de Proteção ao Consumidor de 1976 do México; na Lei sobre a Proteção do Consumidor de 1979 de Quebec - Canadá; na *ABG Gasetz* de 1976 da Alemanha e no *Consumer Product Safety Act* dos EUA².

O movimento dos consumidores fortaleceu-se no final do século XIX nos Estados Unidos, relacionado à luta por melhores condições de trabalho. Nesta época, fora criada a primeira Liga de Consumidores. Tal liga elaborava “listas brancas”, contendo nomes de produtos sugeridos para consumo, pelo fato de que as empresas que os produziam e comercializavam pagavam o salário mínimo aos seus trabalhadores, tinham horários de

¹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências: atualizada até 21.02.2007. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2007 às 20:56.

² A HISTÓRIA da defesa do consumidor no Brasil: 1975-2000. Porto Alegre: Nova, 2001. p. 17.

funcionamento razoáveis e condições sanitárias condignas. Tratava-se, assim, de usar o poder de compra do consumidor para influenciar a conduta das empresas.

Foi a partir de 1930, no entanto, que o movimento nos Estados Unidos passou a se preocupar com a questão da informação, da qualidade e da segurança dos produtos e serviços. Em 1936, foi criada a *Consumers Union*, organização de consumidores que deu início à atividade de realização de testes comparativos de produtos e serviços. Ao informar os resultados dos testes aos consumidores, estes podiam usar seu poder de compra para escolher produtos de melhor qualidade.

Em 15 de março de 1962, o presidente dos Estados Unidos da América John Kennedy afirmou, em seu discurso de abertura do ano legislativo no Congresso norte-americano, que “consumidores, por definição, somos todos nós”. Disse, ainda, que os consumidores constituem “o maior grupo econômico, e influenciam e são influenciados por quase toda decisão econômica pública e privada”. Nessa ocasião, foram reconhecidos quatro direitos básicos dos consumidores: direito à segurança, direito à informação, direito à escolha, e direito de ser ouvido.

O pronunciamento acima referido inspirou a criação do Dia Mundial dos Direitos dos Consumidores – a data foi comemorada pela primeira vez em 15 de março de 1983. A fala do presidente fomentou, em vários países, debates e estudos sobre a matéria, sendo, por isso, considerado um marco na defesa dos direitos dos consumidores.

Não obstante, um dos fatos mais importantes para o movimento dos consumidores ocorreu em 1965, quando Ralph Nader, o mais famoso líder do movimento de consumidores

norte-americanos, marcou época lançando, nos Estados Unidos, o livro *Unsafe at any Speed*. Neste livro, o autor denuncia a falta de preocupação com a segurança dos automóveis por parte da indústria automobilística. Inicia assim uma nova linha de atuação na qual o combate se concentra na busca de regulamentações que garantissem a segurança dos consumidores ao consumir produtos e serviços, bem como na exigência de que o governo estruturasse agências habilitadas a desempenhar a função de controlar o cumprimento dos regulamentos.

Esses grupos liderados Ralph Nader têm atuação marcada por seu ativismo bem acentuado, assim como pela defesa do consumidor num contexto mais amplo – daí se caracterizarem como um verdadeiro movimento de cidadania – tanto que a entidade criada por Ralph Nader denomina-se *Public Citizen*.

Outro fato importante ocorreu em 1960, com a criação da IOCU – *International Organization of Consumers Unions*, hoje CI – *Consumer's International*, entidade não governamental que congrega as atividades de organizações de defesa do consumidor em todo o mundo.

Esta entidade visa proteger os direitos dos consumidores e promover a justiça social e a integridade do mercado. Em 1963, a organização passou a representar os interesses dos consumidores perante os vários fóruns internacionais da Organização das Nações Unidas. As diretrizes para a proteção do consumidor, que foram aprovadas pela ONU, em sua Assembléia Geral de 9 de abril de 1985, estabelecem como direitos fundamentais dos consumidores, além daqueles proclamados por John Kennedy em 1962, o direito à satisfação das necessidades básicas da pessoa humana, o direito à indenização efetiva e o direito à educação e a um meio ambiente saudável para os consumidores.

No Brasil, o tema da defesa do consumidor passou a ser discutido na década de 1970. Foi neste período que começaram a surgir os primeiros projetos de lei nesta matéria. Em 1976, surgiu em São Paulo o PROCON – Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, vinculado à Secretaria de Economia e Planejamento do Estado. Deste período até 1982, alguns outros estados, como Minas Gerais, Espírito Santo e Pernambuco, também criaram seus Procons mas, efetivamente após 1983, com a posse dos novos governadores eleitos pelo voto popular, foram instalados Procons em vários estados e municípios.

Em 1985 foi criado o CNDC – Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, vinculado ao Ministério da Justiça, com a representação dos ministérios da Fazenda, Agricultura, Saúde e Indústria e Comércio, bem como de três representantes de Procons estaduais, de três organizações civis, além de um representante do Ministério Público Estadual, entre outros. Este conselho foi extinto em março de 1990, tendo até então funcionado como órgão de assessoramento da Presidência da República. Destaque-se que este conselho teve como mérito produzir, juntamente com a colaboração de especialistas, o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor.

Vale ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro influenciou sobremaneira a legislação consumerista de toda a América Latina. Num estudo portentoso, o Departamento de Defesa do Consumidor – DPDC em conjunto com seus congêneres da América Latina, levantou dados sobre a defesa do consumidor em todos os países latino-americanos, editando o material “Defesa do consumidor na América Latina – Atlas

Geopolítico”³ – material ricamente detalhado e ilustrado com informações sobre a defesa do consumidor nos sistemas jurídicos dos países latino americanos.

Entre outras importantes informações, consta do referido material que Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e México têm expressa previsão em suas constituições acerca da defesa do consumidor. Todavia, ainda não o têm Bolívia, Chile, Uruguai, Guiana, Belize e Panamá.

Ressalta-se também que a quase maioria dos países pesquisados têm legislação especial de defesa do consumidor, exceto Bolívia, que tem projeto de setembro de 2003 para a promulgação de tal legislação, e Belize.

³ WADA, Ricardo Morishita (coord.). *A defesa do consumidor na América Latina: Atlas geopolítico*. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/DPDC/servicos/publicacoes/atlas_mercosul.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2007 às 14:57.

2. A VISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR.

A defesa do consumidor, segundo José Afonso da Silva⁴:

Responde a um duplo tipo de razões: em primeiro lugar, razões econômicas derivadas das formas segundo as quais se desenvolve, em grande parte, o atual tráfico mercantil; e, em segundo lugar, critérios que emanam da adaptação da técnica constitucional ao estado de coisa em que vivemos, imersos que estamos na chamada sociedade de consumo, em que “ter” mais do que o “ser” é a ambição de uma grande maioria das pessoas, que se satisfaz mediante o consumo.

A Constituição Federal de 1988⁵ inseriu a defesa do consumidor entre os direitos e garantias fundamentais, elevando os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais. Com efeito, analisando-se sob a defesa do consumidor sob os auspícios da constituição, criou-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista ao consumidor em sede da Constituição Federal, como bem assevera Gianpaolo Poggio Smanio⁶.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1997. p. 37.

⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até 21.02.2007. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2007 às 20:56.

⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos e coletivos*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2000. pág. 50.

O artigo 5º da Constituição Federal⁷ ao estipular a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental, demonstra do poder constituinte com a defesa e proteção do consumidor ao assegurar não apenas a criação de legislação que protegerá o consumidor - o Código de Defesa do Consumidor -, mas amparando todo o princípio desta proteção com a força da Constituição Federal.

O tratamento dado à defesa do consumidor, disposta como direito e garantia fundamental, garante que, na prática, nenhuma lei ordinária poderá revogar o disposto na Constituição Federal, de forma que é nula de pleno direito qualquer norma ou ato normativo que contrarie o constitucionalmente estipulado, realçando a força em nosso sistema da defesa do consumidor, como afirma Sônia Maria Vieira de Mello⁸.

Em relação à inclusão da defesa do consumidor no texto expresso da Constituição Federal, José Afonso da Silva enquadra a defesa dos consumidores como Princípio de Integração, pois está dirigido a resolver os problemas da marginalização regional ou social. Ao lados deste, também foram protegidos os princípios da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

Vale destacar, contudo, que a presença da defesa do consumidor na Constituição Federal não corresponde a algo isolado, com o único fim de proteger o consumidor, mas sim a

⁷ Art. 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.

⁸ MELLO, Sônia Maria Vieira de. *O direito do consumidor na era da globalização: A descoberta da cidadania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.(Biblioteca de teses). p. 67.

algo necessário para a proteção da ordem jurídica como um todo. Para tanto, vale lembrar da expressão cunhada por José Afonso da Silva⁹, “direitos sociais do homem consumidor”.

Ressalta-se que tal construção - assegurar em sede de Constituição o direito do consumidor - não é regra no direito comparado. Newton de Lucca¹⁰ informa que apenas Portugal e Espanha tinham expressa previsão em suas Constituições acerca dos direitos do consumidor, já à época de nossa legislação consumerista. Marca de um avanço, sem dúvida, influenciado em grande maneira por nossa legislação¹¹.

Neste sentido, afirma-se que a defesa do consumidor é um tipo de princípio-programa, tendo por objeto uma ampla política pública. Assim, ao programar e executar o princípio determinado na Constituição Federal, o Estado desenvolve uma série organizada de ações, como por exemplo, editar uma lei, como define Fabio Konder Comparato¹².

A mera edição da lei, entretanto, não exaure em absoluto o compromisso do Estado com o respeito e o eficaz cumprimento deste regramento constitucional. Desta forma, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor não redundará no final cumprimento do princípio constitucional. Mais que isso, mantém-se o Estado obrigado a ações contínuas e eficazes ao perfeito cumprimento do princípio.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1997. p. 37.

¹⁰ DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor – aspectos práticos, perguntas e respostas*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000. pág. 34.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998. p. 111.

¹² COMPARATO, Fabio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1998. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXIX (nova série), n. 80, p. 66-75, out./dez. 1990.

Este direito fundamental de defesa do consumidor também foi resguardado em outros artigos da Constituição Federal e são protegidos pelos mesmos princípios que tutelam o direito à saúde, educação, cultura, lazer e outros.

Assim, ressalta-se que a Constituição Federal, no intuito de resguardar este direito fundamental, impôs ao Poder Público certas ações para tanto – por exemplo, o artigo 129, inciso III da Constituição Federal¹³, que delegou ao Ministério Público, como sua função institucional, a proteção dos interesses do consumidor.

Pode-se ainda ressaltar o artigo 150 da Constituição Federal¹⁴ acentuando a proteção ao consumidor, em relação ao poder de tributar da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Não é criada uma restrição efetiva ao poder de tributar destes entes, mas se impõe uma regra clara de proteção ao consumidor, na medida em que exige que a lei determine medidas de esclarecimento ao consumidor.

É necessário ainda, destacar que o artigo 175, inciso II, da Constituição Federal¹⁵, o qual fixa regra, em relação à preservação dos interesses e direitos do consumidor, de que deve ser editada lei que disporá sobre direitos dos usuários dos serviços públicos, mesmo que

¹³ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

¹⁴ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.”

¹⁵ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

II - os direitos dos usuários;”

explorados direta ou indiretamente pelo poder público, sob regime de concessão ou permissão, conforme ressalta José Geraldo Brito Filomeno¹⁶.

Finalmente, saliente-se que o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal¹⁷ estipula ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração de lei de defesa do consumidor - prazo que, como salienta a doutrina de José Geraldo Brito Filomeno, não foi cumprido: o Código de Defesa do Consumidor só foi promulgado em 11 de setembro de 1990, e entrou em vigor em março de 1991.

Especificamente em relação à ordem econômica e financeira, o artigo 170 da Constituição Federal¹⁸ determina a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica.

Saliente-se que o poder constituinte se preocupou com a defesa do consumidor em seus direitos básicos, uma vez que o consumidor não apresenta em si mesmo mecanismos para superar sua hipossuficiência econômica. como afirma Newton de Lucca¹⁹.

A inserção da defesa do consumidor, como princípio a ser observado nas atividades econômicas, torna obrigatório o respeito aos direitos do consumidor, tanto por parte do fornecedor como do próprio Estado, na elaboração de normas, na regulamentação e na fiscalização exercida por este, nas atividades produtivas do país. Conceitua tal princípio como

¹⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 21.

¹⁷ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

¹⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
V - defesa do consumidor.

¹⁹ DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor – aspectos práticos, perguntas e respostas*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000. pág. 34.

norma de força cogente, sendo norma imperativa, obrigatória, auto-aplicável, não derogada por lei ordinária, mas somente por reforma constitucional, como bem marcado por Sônia Maria Vieira de Mello²⁰.

Saliente-se a importância da reflexão do embate acerca da defesa do consumidor, como direito e garantia fundamental constitucional e como princípio da ordem econômica em aparente oposição ao princípio da livre iniciativa, como ressalta Newton de Lucca²¹. A própria República Federativa do Brasil tem como fundamento a livre iniciativa, como define o artigo 1º da Constituição Federal²².

Entretanto, outra não pode ser a conclusão, senão afirmar categoricamente, com base na leitura e interpretação sistemáticas da Constituição Federal, que o princípio da defesa do consumidor deve sempre prevalecer, na hipótese de conflito.

O Estado não deve defender a livre iniciativa em benefício dos próprios agentes do mercado, mas, ao contrário, deve defendê-la em benefício do mercado como um todo e do consumidor em especial, como razão de ser e objetivo dessa liberdade empresarial, como expõe Fábio Konder Comparato²³.

²⁰ MELLO, Sônia Maria Vieira de. *O direito do consumidor na era da globalização: A descoberta da cidadania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. (Biblioteca de teses). p. 67.

²¹ DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor – aspectos práticos, perguntas e respostas*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000. pág. 34.

²² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1998. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXIX (nova série), n. 80, p. 66-75, out./dez. 1990.

Não obstante, o princípio da defesa do consumidor não agride o princípio da livre iniciativa. Ao contrário, devem conviver em harmonia. Sendo o consumidor a parte vulnerável na relação de consumo, fica ele exposto às práticas dos fornecedores. Assim, cria-se a necessidade de o Estado intervir nesta relação para restabelecer o equilíbrio e a boa-fé e de criar direitos mínimos ao consumidor, como ressalta Américo Luiz Martins da Silva²⁴.

Nesse sentido, o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor²⁵, tido por José Geraldo Brito Filomeno²⁶ como a alma da proteção e defesa do consumidor, na medida em que disciplina e harmoniza a essência da defesa do consumidor, dando contornos mais claros e precisos acerca do princípio constitucional, deve ser tido como o parâmetro dessa análise.

A civilização industrial trouxe consigo um grave problema: a necessidade de proteger o consumidor. A questão crucial é posta pelo fato de que a antiga relação entre o adquirente e o artesão foi substituída por uma cadeia de agentes que vai desde o produtor até o consumidor final do produto. Mais grave ainda: a relação torna-se massificada, a produção e o consumo se dão em grande escala. Esta nova forma de produção gera um enorme potencial lesivo ao consumidor. Os instrumentos clássicos, entretanto, não se mostravam suficientes para enfrentar essa nova situação sócio-econômica, como relembra Celso Ribeiro Bastos²⁷.

²⁴ SILVA, Américo Luiz Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

²⁵ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995):

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

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

²⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 21.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pág. 170.

Daí se impor uma leitura e interpretação do princípio constitucional da defesa do consumidor no âmbito da ordem econômica. Neste sentido, a defesa do consumidor é um dos princípios da ordem econômica, bem a livre iniciativa. Assim, pode-se afirmar que a livre iniciativa tem sua liberdade assegurada, desde que não ofenda outros princípios, como o da defesa do consumidor. Finalmente, a defesa do consumidor não agride ou restringe a livre iniciativa. Apenas estabelece um limite ao exercício da iniciativa privada.

Daí a importância do Código de Defesa do Consumidor do correto entendimento de sua principiologia. Nesse diploma, são determinadas as regras que a livre iniciativa livre está obrigada a observar no desenvolvimento de suas atividades. Tem o objetivo de impedir abusos contra o consumidor e assegurar o respeito aos direitos constitucionalmente assegurados, donde decorre o poder do Estado de intervir na relação de consumo e na própria livre iniciativa com o fito de assegurar a defesa do consumidor. Finalmente, toda vez que a iniciativa for exercida em detrimento do consumidor, deve o Estado usar seu poder e força para equilibrar a relação de consumo, conforme ressalta Sônia Maria Vieira de Mello²⁸.

A livre concorrência é um dos meios mais eficazes de controle ao abuso do poder econômico - por isso, o consumidor é, na maior parte das vezes, beneficiado por esse princípio. Desta forma, conclui-se que os direitos da concorrência e do consumidor têm objetivos coincidentes. O principal beneficiário é a comunidade dos consumidores.

Falhas de mercado só tendem a prejudicar o consumidor, mas também regulações exageradas ou incorretas e barreiras à entrada no mercado colaboram para uma estruturação

²⁸ MELLO, Sônia Maria Vieira de. *O direito do consumidor na era da globalização: A descoberta da cidadania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. (Biblioteca de teses). p. 67.

de mercados pouco competitivos e assim igualmente criando prejuízos aos consumidores. A concorrência perfeita, na teoria, ou o mercado mais competitivo, na prática, levaria a diminuir a necessidade de proteger o consumidor; desta forma, este teria melhor nível de informação e, conseqüentemente, mais liberdade de escolha.

No mundo globalizado, entretanto, há uma forte tendência à concentração: o consumidor fica mais exposto, com menos opções, menor liberdade de escolha e precisa mais dos mecanismos legais construídos para sua defesa.

Analisando este cenário dentro da ordem constitucional, é necessário destacar o fato de que a política econômica de consumo, como qualquer outra no contexto do Estado Democrático de Direito, há que se formular de acordo com a ideologia constitucionalmente adotada. Desta forma, seriam incompatíveis com a Constituição Federal as medidas de defesa do consumidor que implicassem em anulação da livre iniciativa e por conseqüência, da livre concorrência.

Muitas vezes, todavia, somente a livre concorrência não é suficiente para reprimir o abuso do poder econômico, não restando outra alternativa, neste caso, senão a intervenção do Estado a fim de reequilibrar as partes e alcançar a justiça social. Dentro desta perspectiva, a livre concorrência poderá ser suprimida para que o direito do consumidor seja resguardado.

Para corroborar tal afirmação, vale a interpretação do artigo 170 da Constituição Federal e do Princípio Conformador da Ordem Econômica, conforme defendido por Washington Peluso Albino²⁹.

²⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. 1. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.p. 174.

O artigo é interpretado com base nos fins que almeja - dentre os quais está a Justiça Social, a Valorização do Trabalho Humano e a Livre Iniciativa, como fundamentos. Dentre os princípios abarcados pelo mesmo artigo estão: os liberais, quais sejam a propriedade privada e a livre concorrência; e os intervencionistas, que são a soberania nacional, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras.

A partir desta interpretação, pode-se inferir o Princípio Conformador da Ordem Econômica, que garante que o Estado intervenha toda vez que as finalidades de garantir a existência digna e a justiça social não sejam alcançadas, causando assim um desequilíbrio entre as partes que compõem a relação jurídico-econômica existente.

Cabe lembrar, ainda, que a própria defesa do consumidor também pode ser colocada como uma das formas de defesa da função social da propriedade dos bens de produção e como um modo de repressão ao abuso do poder econômico. Desta maneira, lembra Ricardo Antônio Lucas Camargo³⁰:

As pretensões relacionadas à qualidade de vida, como a redução das desigualdades regionais e sociais, o salário mínimo apto à satisfação das necessidades básicas do trabalhador, a irredutibilidade de salários vencimentos e proventos, o meio ambiente sadio, o acesso às fontes da cultura nacional, a educação, no contexto da Constituição Brasileira de 1988, prendem-se diretamente à política econômica de consumo, de tal sorte que as medidas voltadas à sua contenção que impliquem uma

³⁰ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico - aplicação e eficácia*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 24.

redução no nível de vida, sem que disto resulte qualquer benefício palpável para a sociedade, serão totalmente desprovidas de validade sob o prisma jurídico.

Os direitos sociais do cidadão consumidor, previstos no artigo 6º da Constituição Federal, são o lastro desta interpretação - ressaltada pela máxima de que, toda vez que a livre concorrência não for capaz de controlar o abuso do poder econômico, e desta forma colocar em risco os direitos sociais acima mencionados e os princípios da existência digna e da justiça social, previstos no artigo 170 da Constituição Federal, o Estado tem por obrigação intervir.

Assim, tendo por base todo o arcabouço de proteção ao direito do consumidor empreendido pela Constituição Federal, a defesa do consumidor deve ser inicialmente entendida como um garantia fundamental. O Estado tem o poder de intervir na relação de consumo com o fito de assegurar a defesa do consumidor. Finalmente, toda vez que a iniciativa for exercida em detrimento do consumidor, deve o Estado usar seu poder e força para equilibrar a relação de consumo. Em síntese, podemos afirmar que a defesa do consumidor é um dos preceitos fundamentais da Carta Política de 1988.

De especial interesse ao tema discutido, apresenta-se uma Ementa do Supremo Tribunal Federal³¹:

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.

³¹ *In* Boletim AASP n. 2.343, p. 35, 01/12/2003.

3. A PROVA.

Acertada é a visão de Francesco Carnelutti³² acerca da prova, quando afirma que:

O juiz está em meio a um minúsculo cerco de luzes, fora do qual tudo são trevas: atrás dele o enigma do passado e diante, o enigma do futuro. Esse minúsculo cerco é a prova.

Nessa medida, para análise da inversão do ônus da prova, foco desta dissertação, não se perderá de vista que a defesa do consumidor goza de expressa previsão constitucional, equiparando-a aos direitos fundamentais. A defesa do consumidor é princípio da ordem jurídica – daí que a análise em si da prova, também não se desviará deste primado.

De importância capital ao estudo da prova, é a lição de que o processo deve alcançar seu fito de realizar justiça, lição também ressaltada por César Antonio da Silva³³. Para tanto, não é possível escapar da análise da prova, conceituando-a e refletindo sobre sua natureza jurídica.

³² CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Trad. Lisa Pary Scarpa. Apend. de Giacomo P. Augenti. Campinas: Bookseller, 2005. p. 16.

³³ SILVA, César Antonio da. *Ônus e qualidade da prova cível*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 13.

3.1. Conceito.

Cabe frisar que a prova é o meio competente para provar a veracidade do fato, permitindo a correta aplicação do direito ao caso concreto. Neste sentido, prova é a racionalização da verdade: o conhecimento dos fatos, produzido pelas provas, é essencial para a aplicação do direito positivo, como bem observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³⁴.

É no magistério de Moacyr Amaral Santos³⁵ que estes significados tomam contornos técnicos.

No processo civil, na fase postulatória, as partes alegam os fatos que fundamentam o pedido do autor e a defesa do réu. Surge daí a necessidade do juiz de estabelecer a verdade em relação aos fatos, iniciando-se a fase instrutória ou probatória.

Nesta fase do processo civil, as partes preocupam-se em provar a verdade dos fatos e das alegações. Impõe-se a demonstração da existência ou da inexistência destes fatos e da veracidade das alegações. Para tanto, as partes utilizam-se da prova.

O vocábulo “prova” vem do latim *probatio*, e significa prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumentos razão, aprovação, confirmação, e deriva do verbo *probare*, cujo significado é provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 274 e ss.

³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. vol. 2. ed. rev. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 269 e ss.

satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar, de acordo com o magistério de Moacyr Amaral Santos.

O vocábulo “prova” apresenta dois significados distintos, como bem leciona Ovídio A. Baptista da Silva³⁶. No domínio do processo civil, no qual o sentido da palavra não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento do qual essa verificação se faz.

De forma técnica, Moacyr Amaral Santos³⁷ conceitua prova, no sentido objetivo, como sendo o meio destinado a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo. Afirma, ainda, que prova, em seu sentido subjetivo, é a convicção do juiz quanto à verdade dos fatos aludidos.

Tal qual Moacyr Amaral Santos, Gabriel Rezende Filho³⁸ também trata dos significados do vocábulo, apontando o subjetivo, pelo qual prova é a convicção ou certeza da existência de um fato. Objetivamente, prova é tudo quanto possa convencer o julgador da certeza de um fato.

Usando outro ponto de reflexão, surge diferente classificação. Assim, a primeira acepção de prova, a estática, se relaciona com a identidade, meio decisivo ou aspecto

³⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1987. p. 275.

³⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. vol. 2. ed. rev. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 327.

³⁸ REZENDE FILHO, Gabriel. *Direito processual civil*. vol. II. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 214.

relevante quanto à certeza de um fato, conforme Adriano Perácio de Paula³⁹. Esse é o sentido do direito material: a certeza é a própria prova considerada no sentido comum.

Noutra acepção, a dinâmica, a prova é a efetiva apuração de um fato com serventia a um processo. Neste sentido, a prova tem nexos propriamente processual, é a instrução da causa como conjunto de atos destinados a instruir e informar o juiz, a fim de permitir-lhe resolver a controvérsia submetida à sua apreciação.

Pode-se afirmar que o primeiro e imediato significado, e por isso mesmo comum, é aquele pelo qual prova é comprovação da verdade valendo-se da lição de Francesco Carnelutti⁴⁰. Deve-se diferenciar este significado do procedimento utilizado para a verificação da proposição, o outro significado existente.

Ressalte-se desde logo que, diferente da visão de Nelson Nery Júnior⁴¹ que afirma que a prova destina-se ao juiz, crê-se melhor entendimento aquele que afirma que o destinatário da prova é o processo, opinião também defendida por Tania Lis Tizzoni Nogueira⁴². Estipular que a prova é destinada ao processo, entendido como a relação jurídica entre as partes, objetivando realizar justiça, fortalece o entendimento de que o ônus da prova não é de exclusividade daquele que alegou, mas ônus de ambas as partes litigantes, fruto do dever de lealdade que informa o processo.

³⁹ PAULA, Adriano Perácio. *Direito processual do consumo: do processo civil nas relações de consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 241.

⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Trad. Lisa Pary Scarpa. Apend. de Giacomo P. Augenti. Campinas: Bookseller, 2005. p. 29 e ss.

⁴¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil anotado e legislação processual civil em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁴² NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 128.

3.2. Natureza jurídica da prova.

A investigação da natureza jurídica da prova é uma das bases para a análise da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Esta investigação permite estabelecer, inclusive, o momento oportuno para a inversão do ônus da prova.

O tema é de grande controvérsia na doutrina – de tal ordem que Francesco Carnelutti, um dos mais festejados doutrinadores, chega a rever seu entendimento inicial no transcorrer de seus estudos - como observa Giacomo P. Augenti em seus comentários insertos como apêndice à obra de Francesco Carnelutti⁴³.

Nessa obra, Francesco Carnelutti trata da instituição da prova como pertencente à teoria do processo, sendo a prova a instituição que melhor poderia definir a linha que separa o direito material do direito processual. O autor leciona que as provas não são necessidade única do juiz, podendo sê-lo também das partes. Daí que as provas se realizam apenas no processo, portanto, configura-se um instituto exclusivo do processo.

Em suas obras posteriores, no entanto, o autor confessa suas dúvidas – afirmando: “se no começo de meus estudos acreditei que fossem assim, este é um dos pontos acerca dos quais faz tempo que devia mudar de opinião.”

E sobre suas inquietações doutrinárias afirma o autor:

⁴³ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Trad. Lisa Pary Scarpa. Apend. de Giacomo P. Augenti. Campinas: Bookseller, 2005. p. 249.

Devido ao fato de minhas posições não são nunca firmes, resultou um escritor sobremaneira incômodo. Uma das experiências mais ricas de minha vida é a da imperfeição dos meus próprios conceitos, advertida por mim mesmo, às vezes quase que imediatamente.

E finaliza:

Em outros tempos... Ah!, mas nesses outros tempos não eram os de agora, da mesma maneira que, diante de Deus, neste momento não sou o que espero ser, quem medir a diferença unicamente com o metro da técnica ou, se preferir, da arte, verá muito pouco da mudança produzida.

No final de sua produção técnico-literária, convence-se o autor que a instituição da prova convém aos julgamentos jurídicos, localizando-a como critério de julgamento.

Estabelecida a dúvida, cabe esclarecê-la, sem conduto, incorrer no erro ressaltado pelo próprio autor: “Todos temos a pretensão de saber o que fazemos.”⁴⁴

Neste diapasão, como recomenda Giuseppe Chiovenda⁴⁵, convém observar que o Código Civil⁴⁶ e a legislação esparsa tratam do assunto, regulamentando a admissibilidade e a eficácia dos meios de prova. Já o Código de Processo Civil⁴⁷ disciplina os procedimentos

⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Trad. Lisa Pary Scarpa. Apend. de Giacomo P. Augenti. Campinas: Bookseller, 2005. p. 12.

⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. II.. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. p. 115 e ss.

⁴⁶ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil: atualizada até 21.02.2007. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2007 às 20:56.

⁴⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil: atualizada até 21.02.2007. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2007 às 20:56.

probatórios - pelo que se pode afirmar que a matéria das provas pertence por inteiro ao direito processual.

Todavia, Mauro Fichtner Pereira frisou expressamente em suas notas à obra de Raphael Cirigliano⁴⁸, que a discussão acerca da natureza jurídica da prova estaria sepultada apenas com base na análise da alteração produzida pela redação do vigente Código de Processo Civil em comparação ao parcialmente revogado Código de Processo Civil de 1939⁴⁹. O vigente Código de Processo Civil⁵⁰ em seu artigo 332 admitia todos os meios legais de prova, inclusive os que não fossem especificados no código. Entretanto, o parcialmente revogado Código de Processo Civil de 1939⁵¹ em seu artigo 208 disciplinava expressamente que eram admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais.

O entendimento de Mauro Fichtner Pereira está expressamente estabelecido em sua nota 23 de atualização à obra de Raphael Cirigliano⁵². Em sua análise afirmava: “de tal sorte foi a alteração, que a controvérsia acerca da natureza jurídica da prova deve observar o fato de que o vigente Código de Processo Civil regulamentou a matéria, revogando as normas contidas nos diplomas de direito material”.

⁴⁸ CIRIGLIANO, Raphael. *Prova civil: legislação, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. adap. e anot. ao Código de Processo Civil de 1973 por Mauro Fichtner Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 27 e ss.

⁴⁹ BRASIL. Parcialmente revogado Código de Processo Civil de 1939. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 26.mar. 2006 às 14:34.

⁵⁰ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

⁵¹ Art. 208. São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais.

⁵² CIRIGLIANO, Raphael. *Prova civil: legislação, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. adap. e anot. ao Código de Processo Civil de 1973 por Mauro Fichtner Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 27 e ss.

É verdade que a alteração foi pronunciada – todavia, não parece ser esta a melhor interpretação à alteração realizada. Basta observar que tanto o vigente Código Civil, quanto a legislação esparsa continuam disciplinando regras acerca da prova – como, por exemplo, o artigo 224 do Código Civil⁵³ que trata da exigência da tradução de documentos escritos em língua estrangeira. Ou ainda, o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁴, conforme adiante será detidamente analisado, lança regras sobre a prova, estipulando que no caso de publicidade o ônus da prova é de responsabilidade daquele que a patrocina.

Não obstante a importância da alteração, longe se vai ao afirmar que o direito material não mais disciplina a instituição das provas: outra deve ser a análise.

A solução da celeuma é posta pela obra em comentário não revisado⁵⁵:

Se se questiona sobre a eficiência de certo meio probatório, em dada relação jurídica, a solução quem dá é a prova, considerada substancialmente, como direito; mas, se está em jogo a oportunidade de seu oferecimento ou a maneira de ser coligida, a solução é dada pela prova, considerada como exercício do direito. No primeiro caso, a prova constitui matéria de direito civil; no segundo, de direito judiciário.

Há que se reconhecer que a alteração sob análise produz uma inovação de raciocínio. Não cabe, entretanto, defender a natureza jurídica da prova, apenas com base na alegação da revogação das disposições de direito material. Primeiro, porque as disposições do direito

⁵³ “Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País.”

⁵⁴ “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

⁵⁵ CIRIGLIANO, Raphael. *Prova civil: legislação, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. adap. e anot. ao Código de Processo Civil de 1973 por Mauro Fichtner Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 27 e ss.

material estão mais firmes do que nunca – vide Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. Segundo, a alteração produziu diferenças mais sutis que devem repercutir na análise empreendida. O núcleo da questão não é o fato de ser o instituto da prova tratado por diplomas de direito material ou processual. Não é a partir desta análise que se alcança a conclusão, no que tange à natureza jurídica da prova.

O instituto da prova continua sendo tratado pelo direito substantivo sem, contudo, aprisioná-lo como instituto de sua exclusividade: a matéria continua sendo disciplinada pelo Código Civil, quanto no Código de Processo Civil e legislação esparsa, independente da natureza jurídica da prova e da própria norma jurídica - forçando a conclusão de que não é a espécie de legislação que determina a natureza da prova. Ao contrário, outra deve ser a análise.

Cabe esclarecer, conforme o fez Moacyr Amaral Santos⁵⁶, que em relação à natureza, as leis que regulam a prova, ou são substantivas, também chamadas materiais, ou são adjetivas, também chamadas formais, instrumentais ou processuais.

As leis substantivas ou materiais estabelecem a norma de conduta jurídica, atribuindo direitos, regulando sua extinção, transferência, conservação ou sucessão, tendo relação com a essência do ato e, como tais, existem por si mesmas. As leis adjetivas, formais, instrumentais ou processuais asseguram a realização das leis substantivas, assegurando o exercício, na medida em que estabelecem o modo ou processo de atuação daquelas.

⁵⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 45 e ss.

Frise-se que, não obstante as relações inerentes entre direito material e processual, estes têm acentuada distinção. Aliado ao direito que regula a forma da atividade jurisdicional está o direito que regula o conteúdo, a matéria, a substância da atividade jurisdicional. Portanto, pode-se concluir com Moacyr Amaral Santos⁵⁷, que a prova participa tanto do direito material como do direito processual, no que toca à sua produção em juízo e à sua admissibilidade e valor.

Necessário se faz, assim, o levantamento das correntes doutrinárias que explanam as teorias acerca da natureza jurídica da prova.

A teoria materialista⁵⁸ afirma que, por serem as provas consideradas meios ou fontes de certeza das relações jurídicas materiais, têm aquelas natureza jurídica de direito material. Assim, baseado na razão de serem as provas de natureza material, o ônus da prova e a sua distribuição também o são – pela razão de que são as provas meios hábeis para providenciar a certeza que se busca no processo - seja na alegação da petição inicial, seja na defesa que se efetua em contestação.

Outra corrente, dita mista assevera a dualidade da natureza da prova, sendo ela tanto pertencente ao direito material quando ao direito processual. A afirmação de que a prova não é regida só pelo direito civil ou comercial, ou seja, o direito material, mas também pelo direito privado e pelo direito público⁵⁹, ilustra bem a ideologia da corrente⁶⁰.

⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 47 e ss.

⁵⁸ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Manole, 2003. p. 57 e ss.

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civi*. Tomo IV. 3. ed. ver. e aumentada. Sergio Bermudes (atual.) Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 247.

⁶⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Manole, 2003. p. 57 e ss.

Nesse sentido, observam que a prova não é assunto exclusivamente versado pelo direito processual, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶¹. Assim, seu conceito, sua função e suas particularidades não devem ser encontradas exclusivamente no campo do direito processual, mas, ao contrário, são informadas por elementos das mais diversas ciências, não obstante ingressarem no direito processual com visão e regime particular – daí sua natureza mista.

Há ainda pensamentos de que é a natureza da prova merecedora de um tratamento especial, sem vinculá-la com exclusividade ao direito material, ao processual ou a ambos concomitantemente. Assim, há provas de direito material e provas de direito processual, sendo materiais aquelas instituídas no âmbito do direito material, ao passo que são processuais aquelas previstas em sede de direito processual.

Todavia, padecem tais teorias da visão hodierna de que deve o processo alcançar seu fito de realizar justiça. Tendo em vista os critérios propugnados, afastam da noção de prova o importante aspecto de que o juiz deve se preocupar com o objetivo maior do processo, qual seja, realizar justiça. Para tanto, não se deve perder de vista que a prova não deve ser encarada como mero ônus ou obrigação formal de provar o alegado.

Não se coadunam essas teorias com a novel interpretação do ônus da prova, que tem por lastro o objetivo de alcançar justiça, não sendo baseada na visão monocromática da regra processualística de ônus da prova. Esta visão é reforçada por César Antonio da Silva⁶².

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 265 e ss.

⁶² SILVA, César Antonio da. *Ônus e qualidade da prova cível*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 13 e ss.

Nesse diapasão, é a interpretação da corrente processualista⁶³: a natureza jurídica da prova é processual. Propugna a corrente que é da natureza do processo a produção de provas, com o objetivo de limitar a atividade do juiz e influenciar o conteúdo da decisão judicial. Por isso, ainda que as regras de prova estejam previstas no direito material, sua natureza é estritamente processual: para além da localização topográfica, a natureza da prova provém de seu conteúdo.

Ressalta Aclibes Burgarelli⁶⁴, entretanto, que a finalidade da prova não é indicativa de sua natureza jurídica. O autor estabelece que a prova tem a finalidade de demonstrar a verdade material. Esta finalidade, entretanto, não dá lastro para a interpretação de que a natureza jurídica da prova se demonstra na finalidade de sua realização: a certificação do direito material – não surge daí, entretanto, sua natureza.

Melhor análise, não obstante, reside no fato de que é a própria finalidade da prova que determina sua natureza jurídica. Sendo a prova o elemento de convicção do juiz no processo, não cabe outra conclusão que não a de ser processual a natureza jurídica da prova. Veja-se que a razão de ser da prova, diferentemente do que leciona Aclibes Burgarelli, não é a comprovação da relação jurídica de direito material, mas o convencimento do juiz para a prolação de decisão favorável ao alegante – o que faz a prova ser marcada pela relação processual, informando sua natureza.

Não obstante os comentários acerca da dispersão da disciplina legal da prova, sua finalidade é una: informar o juiz acerca da verdade dos fatos, possibilitando seu

⁶³ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Millennium, 2003. p. 77.

⁶⁴ BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 112 e ss.

convencimento e a correta aplicação do direito - de forma que a natureza jurídica da prova é processual, independentemente do estatuto legal no qual possa estar disciplinada.

Não é outra a conclusão apresentada por Alexandre Freitas Câmara⁶⁵. A prova tem natureza processual, pois regula o meio pelo qual o juiz formará sua convicção, a fim de exercer a função jurisdicional - sendo esta a função de toda norma processual - a regulamentação dos instrumentos de que dispõe o Estado para exercer a atividade jurisdicional.

Para tal conclusão, é importante ressaltar que não se deve confundir as normas processuais com as normas que regulam a forma de determinados atos jurídicos - como, por exemplo, o artigo 108 do Código Civil⁶⁶. Este tipo de regra tem inegável natureza material, ligadas que estão à própria validade do ato jurídico, prestando-se a reger a forma e requisitos dos atos.

Pode-se afirmar, assim, que a prova constitui objeto do direito processual, ao qual cabe estatuir sobre o procedimento instrutório, indicar os meios de prova e dispor sobre o respectivo *modus operandi* no uso da instrução, como leciona José Frederico Marques⁶⁷.

Ainda tendo em vista que a finalidade do processo é conferir eficácia forçada a relações jurídicas espontaneamente ineficazes⁶⁸, mais que uma relação jurídica, o processo

⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 7. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 344.

⁶⁶ “Artigo 108 do Código Civil - Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002: Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

⁶⁷ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Millennium, 2003. p. 78.

⁶⁸ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Manole, 2003. p. 64 e ss.

mostra-se como fiel instrumento da efetivação da sanção, transformando e modificando a situação jurídica das pessoas envolvidas.

De forma que, tendo em mente a natureza processual da prova e que o processo visa justiça, deve a prova ser orientada com o mesmo objetivo: realizar justiça - de tal sorte que o ônus da prova não deve ser aplicado exclusivamente àquele que apresentou as alegações. Deve o ônus da prova ser distribuído em razão do objetivo do processo de lograr justiça e efetividade à relação jurídica.

Nesse sentido, conclusivas são as afirmações de Tania Lis Tizzoni Nogueira⁶⁹ “a lei que regula o ônus da prova é de origem processual” e Paulo Roberto Roque Antonio Khouri⁷⁰: “a natureza da prova é processual”.

⁶⁹ NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 115.

⁷⁰ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 113.

4. ÔNUS DA PROVA.

Visto que a prova tem natureza jurídica processual, e que o processo almeja a realização de justiça, fica marcada a contribuição da investigação da natureza jurídica da prova: tanto o processo quanto a prova devem ter o mesmo objetivo de realizar justiça. Nesse sentido é a justificativa para a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. O diploma legal apresenta, para tanto, certos requisitos. Antes da análise destes, aprofundar-se-á na explanação do conceito de ônus da prova.

A palavra ônus vem do latim *onus* que significa carga, fardo, peso, gravame⁷¹. Prova vem do latim *probatio* que significa prova, ensaio, verificação⁷². Assim, a expressão *onus probandi* quer significar que aquele que realiza alegações em juízo tem o ônus de provar; quem alega deve produzir a prova do alegado, sob pena de em não o fazendo, ser-lhe decretada a improcedência da demanda.

Vale ressaltar ainda a lição de crítica da afirmação, corriqueira no trato jurídico, de que fatos são provados. O melhor entendimento nesse sentido é que fatos não se provam, os

⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil anotado e legislação processual civil* em vigor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 835.

⁷² NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 71.

fatos existem ou não. Assim, “o que se provam são as afirmações que podem referir-se aos fatos”, conforme ressaltado por Tania Lis Tizzoni Nogueira⁷³.

4.1. Regra do Código de Processo Civil.

Pela moderna ciência processual, prova é o meio pelo qual as partes podem provar a verdade dos fatos, cabendo a ambas as partes o dever de provar os fatos da demanda - e não apenas àquela parte que fez as alegações, tendo em vista que o processo objetiva realizar justiça – o que só é possível mediante o esclarecimento da verdade.

O ônus da prova tem sua regra geral estabelecida no artigo 333 do Código de Processo Civil⁷⁴ e dele cuidou a doutrina ao interpretá-lo ao longo de mais de 30 anos de vigência.

A doutrina, entretanto, ainda se apega a propalada noção de o ônus da prova como a incumbência daquele que faz alegação - querendo com isto afirmar que a carga da prova diz respeito tão somente ao autor da alegação. Todavia, apesar desta clássica noção – que vem sofrendo ataques da doutrina moderna - é necessário ressaltar que a melhor leitura na moderna sistemática processual vai além desta máxima impermeável.

⁷³ NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 71.

⁷⁴ Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Assim, o ônus da prova deve ser entendido como o dever de ambas as partes em provar as alegações feitas em juízo, sem critério de exclusividade àquele que faz a alegação – fugindo da regra absolutista para a qual não cabem exceções. Em assim procedendo, aplicando-se esse ônus como regra imutável, um sem-número de demandas são julgadas improcedentes, dada a impossibilidade de produção de prova. Este entendimento é expresso, dentre tantas outras, na obra de Frederico da Costa Carvalho Neto⁷⁵.

Com esta idéia, pretende-se não sepultar o ônus da prova como a carga daquele que necessita provar o fato por si alegado, como ressalta André Bonelli Rebouças⁷⁶. Carga que, por vezes, torna-se demasiada para o consumidor. Isto porque, analisar o *onus probandi* com mera divisão legal de ônus é ver a questão de maneira simplista, senão inocente, na escrita de Antonio Carlos Bellini Júnior⁷⁷.

Assim, Tania Lis Tizzoni Nogueira⁷⁸ afirma:

Relativamente ao ônus da prova, como princípio, é o ônus de provar fatos alegados em juízo, não incumbindo este ônus de maneira exclusiva ao autor ou ao réu, ao contrário, este ônus reparte-se entre autor e réu de acordo com as regras previstas na lei, ou consagradas pela doutrina e jurisprudência.

Prova-se que o *onus probandi* não é regra absoluta - exclusiva daquele que alega - pela regra do parágrafo único do artigo 333 Código de Processo Civil que permite a

⁷⁵ CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 49.

⁷⁶ REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 12.

⁷⁷ BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do consumidor*. Campinas: Servanda, 2006. p. 35.

⁷⁸ NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 115.

convenção entre as partes acerca do ônus da prova, excetuando-se apenas os casos relacionados aos direitos indisponíveis ou nas hipóteses que tornarem excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. Na seara consumerista, com o mesmo efeito, o legislador resguardou o consumidor, ao determinar no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor⁷⁹ que é cláusula abusiva a inversão do ônus da prova em desfavor do consumidor

Nesse sentido é a discussão acadêmica acerca de qual o princípio, se o dispositivo ou o inquisitivo, informa o processo civil. Essa discussão surge com a reflexão acerca das idéias liberais no processo. Assim, acreditava-se que a igualdade de oportunidades no processo pudesse levar à perfeita solução dos litígios. Esta idéia, entretanto, parte do pressuposto, nem sempre verdadeiro, de que as partes em litígio são iguais.

Salutar é a afirmação de Piero Calamandrei⁸⁰:

Trata-se de choque entre duas concepções do processo civil, a privatística e a publicista. Na concepção privatística, que algum continua considerando preferível, o juiz tem a posição de um árbitro de uma partida esportiva. As partes trocam as batidas e quando o jogo tem acabado o juiz calcula os pontos e aponta os resultados. O Código de 1942, mesmo não podendo ser considerado um código inteiramente chiovendiano (porque lhe falta a atuação integral do princípio da oralidade, como no debate penal, perante o colégio) se inspira, não obstante, na concepção publicista, segundo a qual também o processo civil persegue uma finalidade de interesse público. Tal concepção publicista tem seu órgão no juiz instrutor.

⁷⁹ Artigo 51: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

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

⁸⁰ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 306 e ss.

No império do princípio dispositivo, era predominante a idéia de que o Estado não deveria intervir nas relações entre os particulares – assumindo que as partes eram iguais e que por isso o processo realizaria justiça, sendo desnecessária a intervenção do Estado. Os iguais se defendem de forma igual num processo de iguais. Essa era a configuração do princípio dispositivo, pelo o qual cabia posição de mero espectador ao juiz, enquanto as partes produziam as provas que julgassem necessárias.

Assim também é a afirmação de Luiz Rodrigues Wambier⁸¹:

Em outros tempos, o magistrado atuava como um espectador da atividade probante das partes, sem interferir na iniciativa ou condução da prova. Essa postura não mais se coaduna com o processo civil moderno que exige um julgador comprometido com a descoberta da verdade e a correta distribuição da justiça.

Com o avançar do desenvolvimento das relações entre os particulares, notadamente as relações de consumo, trabalhistas e outras, fica claro que as partes não são iguais – daí que deveria sim o Estado-Juiz intervir na relação, tendo em vista o objetivo do Estado em garantir o bem estar social. Para alcançar tal objetivo, percebe-se a necessidade de intervenção nas relações. Desenvolve-se, dessa forma, o princípio inquisitivo com a intervenção do Estado-Juiz como membro ativo na busca de justiça.

Nesse sentido é a afirmação de Frederico da Costa Carvalho Neto⁸²:

⁸¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord). *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 485 e ss.

⁸² CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 14 e ss.

No processo inquisitivo, a prova é de interesse social, do próprio Juízo, podendo o Juiz requisitar provas, mesmo aquelas que não forem requeridas pelas partes. É o processo no interesse da sociedade, não mais restrito somente às partes e sujeito aos poderes destas.

E afirma ainda o autor:

O processo civil brasileiro é, sem dúvida, regido pelo princípio inquisitivo, não se aplicando o pensamento privatista predominante no processo dispositivo.

Nesse diapasão, ressalta-se o próprio o regramento do artigo 130 do Código de Processo Civil⁸³, estabelecendo no processo civil brasileiro o princípio inquisitivo.

Assim é a opinião de José Roberto dos Santos Bedaque⁸⁴:

A participação do juiz na produção da prova, ao contrário do que se costuma afirmar, contribui sobremaneira para proporcionar uma real igualdade entre as partes do processo. Desde que se preserve o contraditório efetivo e equilibrado, nenhuma risco apresenta, para a imparcialidade do julgador, essa participação mais ativa. As regras referentes à distribuição do ônus da prova não podem servir como argumento para impedir a atividade probatória do juiz.

Nesse sentido ainda a doutrina firme de Cecília Matos⁸⁵:

⁸³ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 108.

⁸⁵ MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 161-169, jul./set. 1994. p. 161.

Se, de início, o processo era mera tradução formal de prerrogativas também formais do cidadão, atualmente se afigura muito mais como instrumento efetivo de garantias fundadas no devido processo legal e no sistema político-constitucional, afastando-se de qualquer possibilidade de denegação de justiça ou violação de direito fundamental. Chegamos ao sistema da efetividade do processo, proclamando seu caráter instrumental a serviço da justiça.

Ressalta-se que Nelson Nery Júnior⁸⁶ e Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁸⁷ expressamente afirmam que na seara do consumidor, por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor, não se aplica o princípio dispositivo nas relações de consumo, tendo em vista a regra do artigo 1º do diploma, que estabelece serem normas de ordem pública todas as regras ali expressas.

Conclusiva nesse sentido é o entendimento de Antonio Gidi⁸⁸ acerca do princípio inquisitivo na seara consumerista:

Uma vez que houve a decisão política de reconhecer expressamente a desigualdade material existente entre consumidores e fornecedores (CDC, art. 4º, I), dando fim a séculos de hipocrisia liberal, o caminho estava aberto à busca da efetiva superação das desigualdades, na tentativa de uma convivência mais harmônica entre os homens.

Há julgados nesse sentido do Tribunal de Justiça de São Paulo⁸⁹:

⁸⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 200/221, jan./mar. 1992. p. 202.

⁸⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco et al. *Direito processual ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 139.

⁸⁸ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41, abr./jun. 1995. p. 33.

⁸⁹ In RT 198/49.

Ação de ressarcimento de danos – Erro médico – Inversão do ônus da prova – Saneador que afasta preliminar de ilegitimidade passiva e que, ao inverter o ônus da prova em ação de ressarcimento de danos por erro médico não só valoriza a função do Judiciário no quesito “perseguição da vontade real”, como faz absoluto o princípio da igualdade substancial das partes, suprimindo a inferioridade da parte hipossuficiente.

Esse é o caminho da moderna teoria processual. Nesse sentido, é firma a postura dos novos projetos legislativos. Tome-se por exemplo, o projeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo⁹⁰, trabalho a cargo do Instituto Brasileiro de Direito Processual presidido por Ada Pellegrini Grinover, tendo por base essa visão processual modernizante no que toca à prova e sua produção. Dessa feita, o projeto estipula em seu artigo 11⁹¹ que o ônus da prova incube à parte que estiver em melhores condições de produzi-la, em virtude de conhecimentos técnicos ou informações específicas (§1º) e estabelece a participação ativa do juiz na produção da prova, instituindo de forma expressa seus poderes para requerer de ofício a produção probatória (§ 4º).

A mesma visão modernizadora do processo está presente no Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América⁹², proposta formulada pelo Instituto

⁹⁰ Texto do projeto disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 20 fev. 2007 às 16:59.

⁹¹ “Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

§ 4º . O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º. Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializadas na matéria.”

⁹² Texto do anteprojeto disponível em: <<http://www.mpcon.org.br>>. Acesso em: 20 fev. 2007 às 17:09.

Ibero-Americano de Direito Processual, preparada por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi – autores cuja produção está marcada pela acentuada preocupação com a efetividade de justiça no processo. Dispõe o anteprojeto em seu artigo 12⁹³, de forma muito semelhante ao Código Brasileiro de Processo Coletivo, que o ônus da prova incube à parte que estiver em melhores condições de produzi-la, em virtude de conhecimentos técnicos ou informações específicas (§1º) e estabelece a participação ativa do juiz na produção da prova, instituindo de forma expressa seus poderes para requerer de ofício a produção probatória (§ 3º).

Mais do que um objetivo estabelecido em lei, essa nova sistemática do ônus probatório, pretende permitir a realização do ideal de que o processo deve realizar justiça - esse ideal perseguido pelo processo é a sua própria razão de ser. Não se pretende defender a idéia de que o processo deve agasalhar as alegações de qualquer das partes, sem que ela atue ativamente para a produção das provas necessárias ao convencimento do juiz. Todavia, se a verdade real só é alcançada com farto material probatório, e sendo esta necessária à realização da justiça, nada mais justo e lógico que todas as partes agasalhadas no processo sejam incubidas do ônus probatório de forma harmoniosa – inclusive permitindo-se ao juiz exercer poderes na produção probatória.

⁹³ “Art. 12. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º. O ônus da prova incube à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, às custas da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos de Grupo.

Par. 2º – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º - O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.”

4.2. Regra do Código de Defesa do Consumidor.

Na seara consumerista, o ônus da prova tem regramento nos artigos 38 e 6º, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor⁹⁴.

Surge a questão da convivência da norma especial com a geral. Todavia, não parece ser este o melhor entendimento, a afirmação, por exemplo, de Tania Liz Tizzoni Nogueira⁹⁵ e Cíntia Rosa Pereira de Lima⁹⁶, de que o Código de Defesa do Consumidor derogou as normas do Código de Processo Civil no que toca as relações de consumo.

Analisando especificamente a regra do artigo 38 da lei do consumo, tem-se na verdade, uma grande divergência na doutrina e opiniões frontalmente opostas: um grupo entende que há regra de inversão de ônus da prova, e outro entende não ser caso de inversão,

⁹⁴ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

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;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

⁹⁵ NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 120.

⁹⁶ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 47, p. 200-231, jul./set. 2003.

mas de regramento específico da distribuição do ônus da prova na seara consumerista, configurando uma exceção à regra geral do processo civil, em sede de direitos do consumidor.

Estabelecida a celeuma entre os estudiosos, e tendo em vista que o necessário avanço do conhecimento - e em especial da ciência processual e consumerista - é alcançado apenas com o desenvolvimento e aprimoramento de idéias, o estudo do debate faz-se necessário. Longe de apontar críticas, o desejo é verdadeiro de contribuir ao progresso do conhecimento.

Assim, José Geraldo Brito Filomeno⁹⁷ afirma que “no caso da publicidade, a inversão é obrigatória. Ora, quem *patrocina* a mensagem publicitária é o fornecedor de produtos e serviços, já que se pressupõe que, sendo seu mentor, e conhecendo todas as suas particularidades, fornece ao agente publicitário, e ao veículo de comunicação, os elementos para anunciar os mesmos produtos e serviços.”

Também Eduardo Gabriel Saad⁹⁸ afirma que no “Código de Defesa do Consumidor, no art. 38, o ônus da prova inverte-se, e passa a ser do fornecedor. [...] Cumpre ao fornecedor demonstrar que seu produto tem as qualidades que, na publicidade, lhe foi atribuída.”

Também Maria Antonieta Zanardo Donato⁹⁹ afirma que “o princípio da inversão do ônus da prova (art. 38 do CDC), inspirado no art. 6º da Diretiva 84/450, é obrigatório quando se tratar de prova a respeito da veracidade e correção da mensagem publicitária.”

⁹⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2004. p. 321.

⁹⁸ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 002. p. 384 e ss.

⁹⁹ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. (Biblioteca de Direito do Consumidor – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – vol. 7.). p. 235.

Da mesma forma, Tania Lis Tizzoni Nogueira¹⁰⁰ afirma que “a regra dotada pela Lei 8078/90” – citando o artigo 38 – “é a da responsabilidade objetiva aliada [...] à inversão do ônus da prova.” Afirma ainda que “no caso do art. 38 (o fornecedor – patrocinador), a inversão do ônus é determinação legal.”

No mesmo sentido, com argumentação diversa, André Bonelli Rebouças¹⁰¹ afirma que “para não deixar o consumidor infenso aos efeitos danosos da propaganda, mas principalmente para obrigar o fornecedor a ser conseqüente em face do que anuncia, o CDC trouxe a norma contida no seu art. 38, impondo-lhe o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária que patrocina, quer seja a publicidade enganosa, quer seja ela considerada abusiva.” E conclui: “na Suécia, por exemplo, o ônus da prova também é invertido.”

Também Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹⁰² também afirma em seus comentários ao artigo 38 do estatuto do consumo, que o princípio da inversão do ônus da prova é adotado pelo código em seu artigo 38.

Ainda, Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁰³, Cecília Matos¹⁰⁴ e Kazuo Watanabe¹⁰⁵ afirmam que o art. 38 do CDC estabelece uma hipótese de inversão *ope legis* do ônus da prova - ligado à veracidade da informação publicitária, ou seja, cabe ao fornecedor provar que

¹⁰⁰ NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 116.

¹⁰¹ REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 12.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 318.

¹⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os direitos básicos do consumidor – uma contribuição. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, p. 248-256, abr./jun. 1994.

¹⁰⁴ MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 161-169, jul./set. 1994. p. 166.

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 792.

a publicidade de seu produto não é enganosa, e que o inciso VIII do art. 6º estabelece a inversão *ope iudicis*.

Finalmente, firmam opinião também de que o disposto no artigo 38 é caso de inversão do ônus da prova os autores Belinda Pereira da Cunha¹⁰⁶, Cláudio Augusto Pedrassi¹⁰⁷ e Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin¹⁰⁸.

Este, contudo, este não parece ser o melhor entendimento acerca da regra estabelecida no artigo em análise. Há que se observar que na sistemática geral do Código de Defesa do Consumidor, três são os padrões processuais acerca da prova:

- (i) a regra geral do Código de Processo Civil, pela qual o ônus da prova cabe àquele que faz a alegação – que é aplicável na seara do consumo, desde que afastada a inversão;
- (ii) a regra específica do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, pela qual o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe ao fornecedor que as patrocina; e, finalmente,
- (iii) a regra especial da facilitação da defesa do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova em favor do consumidor – se a alegação do consumidor for verossímil ou se o consumidor hipossuficiente.

Dessa forma, o entendimento de que a regra do artigo 38 trata de inversão do ônus da prova não deve prosperar. Assim, o comando do artigo 38 do diploma do consumo não trata

¹⁰⁶ CUNHA, Belinda Pereira da. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: necessidade da inversão prévia em face das liminares de antecipação de tutela. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 46, p. 311-323, abr./jun. 2003.

¹⁰⁷ PEDRASSI, Cláudio Augusto. O ônus da prova e o art. 6º, VIII do CDC (Lei nº 8.078/90). *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 2, p. 47-77, jul./dez. 2001.p. 68.

¹⁰⁸ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. A inversão do ônus da prova nos processos que envolvem relação de consumo: regra de comportamento ou critério de julgamento? *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 45, p. 31-46, dez. 2006. p. 34 e 35.

da inversão do ônus da prova e sim, de regra específica acerca do cabimento do ônus da prova. Nesse sentido, a inversão do ônus da prova é estabelecida, na seara consumerista, apenas no artigo 6º, inciso VIII do diploma.

Esse é o entendimento de Sandra Aparecida Sá dos Santos¹⁰⁹. Afirma a autora que a regra do artigo 38 em discussão refere-se à distribuição do ônus da prova em sede de direito do consumidor - nova distribuição, na medida em que o artigo 38 cria regra específica ao direito do consumidor, afastando a aplicação da regra geral do processo civil. Assim é a afirmação da autora:

Ora, não há inversão. Primeiro porque a Lei 8.078/90 é especial, afastando o Código de Processo Civil quando dispuser de forma diferente. Segundo porque se cuida de regra impositiva que determina a quem patrocina informação ou comunicação publicitária o ônus de provar a veracidade e a correção da informação, independentemente de decisão judicial.

Também neste mesmo sentido, é a afirmação de Frederico da Costa Carvalho Neto¹¹⁰, que assevera que o “art. 38 impõe ao fornecedor o ônus da prova para a comprovação da veracidade e correção das informações veiculadas na publicidade.” Conclui afirmando que “nas hipóteses acima previstas” - ainda acerca da regra disciplinada no artigo 38 do diploma consumerista, “o legislador impôs aos fornecedores o ônus de provar. Já o inciso VIII, do art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor possibilita a inversão do ônus da prova a favor do consumidor.”

¹⁰⁹ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 61 e ss.

¹¹⁰ CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 158.

Da mesma forma, Antonio Carlos Bellini Júnior¹¹¹ afirma, apesar de autores de peso e inúmeras decisões de tribunais acolherem a tese de que a disposição contida no artigo 38 tratar de inversão do ônus da prova:

Não me curvo à referida inteligência, posto que entendo não existir qualquer inversão do ônus da prova no caso em questão.” O autor trata do artigo 38 como uma atribuição de um determinado ônus para uma determinada parte - no caso o fornecedor que se utilizou da publicidade.

Ainda, a afirmação de Luiz Antonio Rizzato Nunes¹¹², que expõe que o artigo em análise “não trata de inversão do ônus da prova, mas de responsabilidade de quem patrocina a comunicação publicitária.”¹¹³

Finalmente, a opinião de Voltaire de Lima Marques¹¹⁴, afirmando que o artigo em destaque preceitua um regramento específico no caso de publicidade, sem, contudo importar em regra de inversão de ônus da prova.

Por isso, conclui-se que a regra prevista no artigo 38 não trata de inversão do ônus da prova,, mas de regra específica acerca do ônus da prova. E outra não podia ser o comando legal: sendo aplicável à seara consumerista a regra geral do Código de Processo Civil, nada

¹¹¹ BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Campinas: Servanda, 2006. p. 55 e ss.

¹¹² RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *A empresa e o Código de Defesa do Consumidor*. SP: Artpress, 1991. (Coleção Ombudsmanpress – vol. 2). P. 54.

¹¹³ Vale ainda ressaltar que de tal importância é a tutela do consumidor no peculiar aspecto da publicidade, que o legislador teve a cautela de resguardar a obrigatoriedade de o fornecedor manter informações acerca de sua publicidade: o Código de Defesa do Consumidor estipulou como infração penal a falta destas informações (“Artigo 69: Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena Detenção de um a seis meses ou multa).

¹¹⁴ MARQUES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, p. 63-69, jul./set. 1999.

mais adequado que determinar a incumbência do ônus da prova àquele que a produziu. Por isso, a inversão do ônus da prova é estabelecida, na seara consumerista, apenas no artigo 6º, inciso VIII do diploma – tema que será analisado a seguir.

Conclusiva é a afirmação de Antonio Gidi¹¹⁵:

Não nos figura de boa técnica processual considerar essa norma como uma inversão legal do ônus da prova. Não há nenhuma possibilidade de inversão, a ser operado pelo juiz ou pela lei: o ônus é sempre do fornecedor. A lei não inverte o ônus; atribui-lhe ao fornecedor.

Neste sentido a jurisprudência ¹¹⁶:

Consumidor – Propaganda Enganosa – Ônus da prova da veracidade e correção do informe publicitário que cabe a quem o patrocina – Fato que independe de declaração do juiz antes do início da fase instrutória – Inteligência do art. 38 do Código de Defesa do Consumidor.

¹¹⁵ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41, jan./mar. 1995.

¹¹⁶ *In* RT 716/182.

5. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Convém salientar a informação ressaltada por José Geraldo Brito Filomeno¹¹⁷ ao afirmar que “precisa ser desfeito desde logo o mito de que ‘os direitos básicos do consumidor’ são a grande novidade do diploma consumerista”. Na verdade, estes direitos já constavam da Resolução da ONU de 1985, que fala em direito de proteção à vida, saúde, segurança, educação e informação. Ressalta o autor, entretanto, que a grande novidade do diploma do consumo é “o direito, previsto no inciso VIII do artigo 6º, quando fala da inversão do ônus da prova.”

Com efeito, a legalização dos direitos básicos do consumidor advém de longa evolução no direito estrangeiro. Assim, já desde 1916 a jurisprudência dos Estados Unidos da América já admitia a inversão do ônus da prova nos casos em que se discutia a responsabilidade do produtor – em virtude do princípio do devido processo legal. Na Inglaterra, a inversão do ônus da prova ocorre desde 1932; na Itália desde 1964; na Alemanha, no *ABG – Gesetz*, em seu parágrafo 11, n. 15; em Israel, na Lei das Condições Gerais de Contrato de 1982, em seu artigo 4º, n. 7¹¹⁸.

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 19 e ss.

¹¹⁸ Referências à legislação estrangeira realizadas no texto de Nelson Nery Júnior in GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 576.

Nos países ibéricos, a Espanha legislou o direito do consumidor com a *Ley General para a Defensa de Los Consumidores y Usuarios*, Lei n. 20 de 1984 de 19 de julho, que prima pelo princípio da boa-fé e justo equilíbrio, estipulando em seu artigo 10, n. 8, que devem ser excluídas as cláusulas que determinem a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor ou usuário¹¹⁹, sem contudo permitir a inversão do ônus da prova em defesa do consumidor.

Também em Portugal, o Decreto-Lei n. 446/85 em seu artigo 21, e, estipula serem absolutamente proibidas as cláusulas que “alterem as regras respeitantes ao ônus da prova”¹²⁰, sem legislar a inversão do ônus da prova na defesa do consumidor.

Vale ressaltar ainda, nos países do Mercosul – Argentina, Uruguai e Paraguai – à exceção do Brasil, nenhum destes países legislou de forma expressa a possibilidade de inversão do ônus da prova na defesa do consumidor. Não obstante, na legislação de todos estes países, de uma forma ou de outra, é considerada nula a cláusula contratual que imponha, de forma exclusiva ao consumidor, a inversão do ônus de provar em desfavor do consumidor¹²¹.

¹¹⁹ NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 117.

¹²⁰ Referências à legislação estrangeira realizadas no texto de Nelson Nery Júnior in GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 576.

¹²¹ Argentina: Lei de Defesa do Consumidor – Lei n. 24.240 de 22.09.1993, regulamentada pelo Decreto n. 1.798/94, modificado pelas Leis n. 24.568 e 24.999 - prevê a nulidade de cláusula no artigo 37, “c”; Uruguai: Lei de Defesa do Consumidor – Lei n. 17.189 de 11.08.2000 - prevê a nulidade de cláusula no artigo 31, “e”; e Paraguai: Lei de Defesa do Consumidor e do Usuário – Lei n. 1.334/98 - prevê a nulidade de cláusula no artigo 28, “c”. In JACYNTHO, Patrícia Helena de Ávila; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *A proteção contratual ao consumidor no Mercosul*. Campinas, Interlex, 2001 e WADA, Ricardo Morishita (coord.). *A defesa do consumidor na América Latina: Atlas geopolítico*. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/DPDC/servicos/publicacoes/atlas_mercosul.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2007 às 14:57.

Cumprido destacar que, apesar de tais legislações serem todas elas editadas posteriormente ao CDC brasileiro e tendo nele clara inspiração, nenhuma chegou a tratar da inversão do ônus da prova. Assim, realmente a “novidade” não é a estipulação dos direitos do consumidor, mas sim a possibilidade expressa em lei da inversão do ônus da prova pela defesa do consumidor.

Todavia, se a defesa do consumidor não é novidade, deve-se ressaltar que o regramento desta defesa, na forma como está disposta no diploma do consumo, faz deste regramento um importantíssimo instrumento de equilíbrio nas relações de consumo. Isto porque, é importante frisar, o sistema estabelecido pelo código processual deu margem à negatória de inúmeros casos em juízo, invocando regras, exigindo formalidades, impondo restrições à apuração da prova e criando critérios de valoração. Como resultado, o desprestígio e a negação de direitos legislados - lição de destaque nas letras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹²².

Até por isso, o Código de Defesa do Consumidor tem expressa disposição determinando que suas regras são de ordem pública e interesse social, posto que regidas e destinadas à regulação de direitos fundamentais, consoante determina o artigo 1º do diploma¹²³. São assim, inderrogáveis por vontade dos interessados e de caráter cogente, sendo de aplicação obrigatória em todas as relações de consumo.

¹²² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O acesso do consumidor à justiça no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 16, p. 22-28, out./dez. 1995.

¹²³ Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Nesse sentido, afirma Nelson Nery Júnior¹²⁴:

As normas do CDC são de ordem pública e interesse social (art. 1º). Isto quer dizer, do ponto de vista prático, que o juiz deve apreciar *ex officio* qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que dela surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição. O tribunal pode inclusive, decidir contra o único recorrente, reformando a decisão recorrida para pior, ocorrendo assim o que denominamos de *reformatio in pejus* permitida, já que se trata de matéria de ordem pública a cujo respeito a lei não exige iniciativa da parte, mas, ao contrário, determina que o juiz examine de ofício.

Ou ainda na afirmação de Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹²⁵:

Ressalta-se que todas as normas que se encontram no referido diploma, materiais e processuais, não são regidas pelo princípio dispositivo, mas sim pelo princípio inquisitivo, o que significa dizer que o juiz atuará de ofício no conhecimento delas e ainda sobre elas não se opera o fenômeno da preclusão, dentre tantas outras conseqüências importantíssimas que dizem respeito ao tema.

A inversão do ônus da prova está estabelecida no seu artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor¹²⁶, afastada que está a regra do artigo 38 como inversão do ônus da prova, capitula a defesa do consumidor como direito básico do consumidor. E ainda,

¹²⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 200/221, jan./mar. 1992.

¹²⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco et al. *Direito processual ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 139 e ss.

¹²⁶ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

a fim de assegurar de forma efetiva este comando, disciplina o artigo 51, inciso VI, do mesmo diploma¹²⁷ que é cláusula abusiva, e por isso nula, cláusula que estabeleça a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

Todavia, vale destacar a opinião de Antonio Gidi¹²⁸ que afirma:

Ao contrário do que comumente vem se afirmando, a inversão do ônus da prova não é um “direito básico do consumidor”. O direito outorgado ao consumidor pelo n. VIII do art. 6º do CDC, como “direito básico”, é a facilitação da defesa dos seus direitos em juízo: a inversão é, tão-somente, um meio através do qual é possível promover tal facilitação.

Não parece ser esta a melhor interpretação do dispositivo. Com efeito, é direito básico do consumidor do consumidor a facilitação de sua defesa e, para tanto, a lei autoriza o juiz a lançar mão, dentre outras possibilidades, da inversão do ônus da prova. Assim, numa interpretação compreensiva da principiologia específica do diploma do consumo, é a inversão do ônus da prova direito do consumidor, desde que atendidos os pressupostos previstos em lei.

O fato é que pode ser impossível ou muito difícil ao consumidor fazer a prova do fato, mas inversamente fácil ao fornecedor, daí porque deve recair sobre este, que dispõe de condições para esclarecer os fatos, o dever de prová-los. Neste sentido, é a afirmação de Ruy

¹²⁷ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

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

¹²⁸ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41, abr./jun. 1995. p. 33.

Rosado de Aguiar Júnior¹²⁹, lastreando seu entendimento no “princípio da carga dinâmica da prova”.

Assim, no moderno processo civil, é notória a tendência de ampliar a iniciativa do órgão judicial em matéria probatória. No Código de Processo Civil vigente em nosso ordenamento, o artigo 130¹³⁰ habilita o juiz a determinar, mesmo de ofício, as provas necessárias à instrução do processo. Afirma-se ainda que ambos os litigantes são convocados a colaborar no descobrimento da verdade, independentemente dos respectivos interesses.

Assim é a afirmação de José Carlos Barbosa Moreira¹³¹ para quem a “lei espera de um e de outro que não omitam de caso pensado fatos essenciais ao julgamento da causa. Há um dever de esclarecimento, que não corre apenas à parte interessada”.

Conclusiva é exposição de Tania Lis Tizzoni Nogueira¹³² acerca da relação entre o ônus da prova e a sua inversão na seara consumerista:

A regra geral, desde a década de 30, vem sendo “modificada” pela jurisprudência sempre que referente às relações de consumo, uma vez que aos consumidores em geral o ônus tornava-se um fardo pesadíssimo e, quase impossível de suportar, isto porque, para que os consumidores produzissem as provas necessárias quase sempre lhes faltava os meios, sejam financeiros, sejam técnicos e, de outro lado, porque o fornecedor ao colocar um produto ou serviço à disposição do público deveria assumir o risco de sua atividade. Por tais motivos a jurisprudência passou a admitir

¹²⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O acesso do consumidor à justiça no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 16, p. 22-28, out./dez. 1995.

¹³⁰ “Artigo 130: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

¹³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 77 e ss.

¹³² NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 116.

em alguns casos, onde houvesse uma parte mais fraca, que havia a necessidade de equilibrar a situação e, esse equilíbrio, só poderia ser atingido com a inversão do ônus da prova [...], que passou então a ser admitido em alguns casos.

Finalmente, é necessário ressaltar que as intrincadas polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais, que serão analisadas na seqüência, podem e devem ser resolvidas, todas elas, com base na principiologia própria do diploma consumerista.

Assim, é pressuposto da tutela das relações de consumo, entre outros princípios e normas, a vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, inciso I) e o direito básico que a lei lhe outorga de ver sua defesa facilitada, inclusive com a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII), tudo tendo em vista a natureza de norma de ordem pública do diploma do consumo (artigo 1º) - entendimento ressaltado na obra de Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹³³.

5.1. Requisitos.

Os requisitos para a inversão do ônus da prova estão expressos no artigo 6º, inciso VIII, que determina a facilitação da defesa dos direitos dos consumidores, inclusive com a inversão do ônus da prova, que poderá ser decretada pelo juiz, quando a seu critério, for verossímil a alegação do consumidor ou for ele hipossuficiente. Apesar da clareza do texto legal, que não exige a presença dos dois critérios, certeza garantida pela presença expressa da conjunção alternativa “ou”, persistem interpretações adversas à própria lógica do diploma legal.

¹³³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. ver., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 737.

Nesse sentido, veja-se a afirmação de Eduardo Gabriel Saad¹³⁴:

O inciso VIII do artigo que vimos analisando só admite a inversão do ônus da prova quando for verossímil o alegado pelo consumidor ou quando este for hipossuficiente. Dessarte, se o demandante for apenas hipossuficiente, não se faz mister a averiguação de verossimilhança do que alega. Desnecessário ressaltar que, com maior razão, é lícita a inversão do *onus probandi* quando presentes os dois pressupostos: fato verossímil e hipossuficiência do consumidor.

Nesse sentido é afirmação de Antonio Gidi¹³⁵ que se posiciona pela concomitância de ambos os pressupostos, afirmando que para a inversão do ônus seja autorizada, tanto a afirmação precisa ser verossímil, quanto o consumidor precisa ser hipossuficiente.

Com esse mesmo entendimento Cláudio Augusto Pedrassi¹³⁶ diz que, apesar do inciso VIII do art. 6º mencionar a expressão “ou”, deve-se sempre exigir a presença dos dois requisitos, para que se cogite da inversão do ônus da prova. Alega o autor que somente a conjugação dos dois requisitos (verossimilhança e hipossuficiência) é capaz de revelar, no campo do processo, a efetiva desigualdade das partes, justificando a inversão do ônus, para que ambas tenham as mesmas oportunidades dentro da lide.

Tratando o tema de forma diversa, Carlos Roberto Barbosa Moreira¹³⁷:

¹³⁴ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 002. p. 195 e ss.

¹³⁵ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41, abr./jun. 1995. p. 34.

¹³⁶ PEDRASSI, Cláudio Augusto. O ônus da prova e o art. 6º, VIII do CDC (Lei nº 8.078/90). *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 2, p. 47-77, jul./dez. 2001. p. 70.

¹³⁷ MOREIRA Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997.

O emprego da conjunção *alternativa* - e não da aditiva *e* – significa que o juiz não haverá de exigir a configuração simultânea de ambas as situações, bastando que ocorra a primeira *ou* a segunda. O entendimento oposto [...] deve ser evitado: em primeiro lugar, porque se estaria adotando, entre as duas possíveis exegeses, a *menos* favorável ao consumidor, o que não parece razoável; em segundo lugar, porque não acolhe o argumento (*ad terrorem*) de que a inversão, ditada pela simples hipossuficiência, poderia conduzir a situações de extrema iniquidade.

Com semelhante entendimento, Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹³⁸ também afirma a desnecessidade da presença de ambos os requisitos, em termos:

[...] cabendo ao magistrado verificar se estão presentes os requisitos para que se proceda à inversão. Os requisitos são a hipossuficiência do consumidor ou quando a alegação for verossímil. Veja-se que o magistrado pode, alternativamente, tomar um ou outro requisito como justificativa da sua decisão de inversão do ônus da prova, ou seja, implica dizer que não necessita estarem presentes os dois requisitos para que esta ocorra.

E esse entendimento é o entendimento majoritário da doutrina: é necessário apenas o preenchimento de um dos requisitos que seja viável a inversão do ônus da prova. Este entendimento dominante é defendido ainda por Antonio Carlos Bellini Júnior¹³⁹, André Bonelli Rebouças¹⁴⁰, Hugo Nigro Mazzilli¹⁴¹, Luiz Guilherme Marinoni¹⁴², Frederico da

¹³⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco et al. *Direito processual ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 139 e ss.

¹³⁹ BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Campinas: Servanda, 2006. p. 82.

¹⁴⁰ REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 68.

¹⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 167.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2201>>. Acesso em: 09 jan. 2007 às 11:23. p. 13.

Costa Carvalho Neto¹⁴³, Cecília Matos¹⁴⁴, José Geraldo Brito Filomeno¹⁴⁵, Luiz Antonio Rizzato Nunes¹⁴⁶, Nelson Nery Júnior¹⁴⁷ e Voltaire de Lima Moraes¹⁴⁸ esclarecendo todos que o juiz inverte o ônus da prova na presença de apenas um dos requisitos previstos.

Nesse sentido, relevante é a conclusão de Sônia Maria Vieira de Mello¹⁴⁹:

A inversão do ônus da prova é direito básico do consumidor, sendo que uma vez preenchidos um dos requisitos à sua concessão, previstos no Código de Defesa do Consumidor deve o juiz aplicá-lo. É imperativo legal.

Corroborando esse entendimento, ainda Tania Lis Tizzoni Nogueira¹⁵⁰ afirma:

É de notar-se que a inversão do ônus da prova é um direito do consumidor, conforme preceitua o art. 6º, *caput*, do CDC. Restando ao consumidor provar sua hipossuficiência ou indicar a semelhança com a verdade de sua alegação e, feito isso, o juiz deverá inverter o ônus da prova.

De tal sorte é a importância, e a necessidade do regramento, que Sandra Aparecida Sá dos Santos¹⁵¹ chega a afirmar: “se era caso de inversão que não ocorreu, tendo transitado

¹⁴³ CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 171.

¹⁴⁴ MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 161-169, jul./set. 1994. p. 166.

¹⁴⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2004. p. 321.

¹⁴⁶ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. ver., modif. e atual. São Paulo, Saraiva, 2005. p. 739.

¹⁴⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 200/221, jan./mar. 1992. p. 218 e 221.

¹⁴⁸ MARQUES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, p. 63-69, jul./set. 1999. p. 66.

¹⁴⁹ MELLO, Sônia Maria Vieira. *O Direito do consumidor na era da globalização: A descoberta da cidadania*. RJ: Renovar, 1998. (Biblioteca de teses). p. 120 e ss.

¹⁵⁰ NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 124.

¹⁵¹ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 73.

em julgado a sentença ou acórdão, é cabível a propositura de ação rescisória, por violação literal do texto legal (art. 485, inciso V, do CPC).”

Nesse sentido já se manifestou a jurisprudência¹⁵²:

Verossimilhança - Prova – Ônus – Inversão – Admissibilidade – Existência de verossimilhança nas alegações do autor – Provas do adimplemento não apresentadas pela requerida – Inaplicabilidade do art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, em face da prevalência do art. 6º, inc VIII, do Código de Defesa do Consumidor, por ser da norma específica – Recurso não provido. Aplica-se a regra da inversão do ônus da prova, visto que há verossimilhança nas alegações do consumidor.

Não obstante, há ainda argumentos pela inadequação dos pressupostos expressos em lei – verossimilhança e hipossuficiência – e oferta de utilização de novos critérios, como assevera Vicente Greco Filho¹⁵³:

Tais critérios, porém, verossimilhança ou hipossuficiência, não são adequados para determinar a inversão. O que deve nortear o juiz é a verificação de quem pode mais facilmente fazer a prova, cuidando, também, para que a inversão não torne a prova impossível, provocando um prejulgamento a causa.

¹⁵² In Boletim AASP n. 2.013 de 28/07/1997.

¹⁵³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 2. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 207.

5.1.1. Verossimilhança.

O vocábulo verossímil significa “semelhante à verdade” ou “o que tem aparência de ser verdadeiro”¹⁵⁴. Dessa forma, o requisito está relacionado mais com a probabilidade de as alegações serem verdadeiras, o que será verificado depois na instrução probatória, do que com a verdade em si, uma vez que, ao distribuir a inicial, o consumidor não está obrigado a fazer prova contundente de suas alegações iniciais.

Ou ainda, na expressão de José Geraldo Brito Filomeno¹⁵⁵, verossimilhança é a aparência de ser a alegação expressão da verdade real. Ressalta ainda o autor que o disposto no artigo 6º da lei consumerista está relacionado diretamente ao artigo 335 do Código de Processo Civil¹⁵⁶.

A doutrina, entretanto, não acata tal requisito de forma uniforme. Na expressão de Antonio Gidi¹⁵⁷:

Afigura-se-nos que verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor *per se* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade.

¹⁵⁴ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 65 e ss.

¹⁵⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2004. p. 322.

¹⁵⁶ Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

¹⁵⁷ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41, abr./jun. 1995. p. 34.

Ainda nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni¹⁵⁸ expõe que, nas situações em que o direito material nada tenha de especial, a mera verossimilhança nas alegações do consumidor não dá base para a decretação da inversão do ônus da prova.

Tratando da interpretação e extensão do pressuposto da verossimilhança das alegações do consumidor, Antonio Carlos Bellini Júnior¹⁵⁹ afirma:

Na inversão do ônus da prova inexistente a necessidade de prova inequívoca para mostrar a verossimilhança, existe isso sim, é a necessidade de demonstrar a plausibilidade do direito alegado em relação à parte adversa, o que pode, entretanto, ser demonstrado por rastros, sinais ou vestígios capazes de darem ao julgador a probabilidade de uma quase certeza; ou – segundo a retórica tradicional – a “fumaça do bom direito”.

Conclusiva nesse sentido é a lição de Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁶⁰, que afirma:

É necessário que da narrativa decorra verossimilhança tal que naquele momento da leitura se possa aferir, desde logo, forte conteúdo persuasivo. E, já que se trata de medida extrema, deve o juiz aguardar a peça de defesa para verificar o grau de verossimilhança na relação com os elementos trazidos pela contestação.

Na verdade, como explana Luiz Antonio Rizzatto Nunes, a polêmica em torno da inversão do ônus da prova tem por base resquícios da visão privatista do regime processual

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2201>>. Acesso em: 09 jan. 2007 às 11:23. p. 7.

¹⁵⁹ BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Campinas: Servanda, 2006. p. 89.

¹⁶⁰ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. ver., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 739.

civil tradicional. Daí que um sem-número de comentários acabam por se basear no regramento do Código de Processo Civil, relegando o necessário rigor lógico teleológico do sistema processual especial e princípios inerentes às relações de consumo instituídos pela lei do consumo.

Outra não pode ser a análise, por exemplo, da opinião expressada por Luiz Guilherme Marinoni¹⁶¹, ao concluir que o juiz deve procurar uma convicção de verdade e, por isso, quando está em dúvida - isto é, quando o autor não lhe convencer da existência do fato constitutivo -, em regra deve julgar com base na regra do art. 333 do Código de Processo Civil.

Assim, afirma-se que a verossimilhança pode não afastar a dúvida, mas a minimiza, e já é o bastante para possibilitar a adoção da medida que seja calcada no juízo de probabilidade.

Assim, a verossimilhança das alegações do consumidor, se não refutadas por provas produzidas pelo fornecedor, produz por conseqüência a presunção de verdade das assertivas do consumidor. O *non liquet*, que no processo civil conduz a improcedência do pedido, não pode ser equiparado em seus efeitos ao juízo da verossimilhança nas causas de consumo, juízo este tão próximo da verdade que, não havendo prova em contrário, pode habilitar o julgador a tê-lo como verdade e, assim, abrir espaço para acolher a pretensão deduzida pelo consumidor.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2201>>. Acesso em: 09 jan. 2007 às 11:23. p. 9.

Nesse sentido a explanação de André Bonelli Rebouças¹⁶²:

Ademais, que sentido teria inverter o ônus da prova e, não tendo o réu produzido a prova elidente da afirmação do autor, deixar o magistrado de tutelar a defesa do consumidor? Não haveria sentido porque se, de um lado, o autor não conseguiu realizar a prova inequívoca do fato constitutivo do seu direito, mas trouxe aos autos elementos que apontam para a probabilidade da verdade de suas alegações, o fornecedor, de outro lado, não conseguiu fazer prova em sentido diverso, logo há, por parte do consumidor, um fato aparentemente verdadeiro e há pelo flanco do réu, uma reação que não se motiva em provas. O juiz deverá ter pro procedente o pedido do fundamentado na verossimilhança da afirmativa do autor, não desfeita ante a ausência de provas do réu.

Nesse sentido é a jurisprudência¹⁶³:

Responsabilidade do prestador de serviços – Ônus da prova segundo o CDC – Inversão - Cabimento - Suficiência da verossimilhança do alegado para transferir ao prestador de serviços o encargo probatório. Critério do juiz quando reputar verossímil a alegação deduzida pelo consumidor.

¹⁶² REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 56.

¹⁶³ RT 163/393.

5.1.2. *Hipossuficiente*¹⁶⁴.

A doutrina diverge acerca da configuração do requisito da hipossuficiência. Alguns autores afirmam que a hipossuficiência do consumidor, para efeitos da aplicação de seus direitos básicos, em especial no que toca à inversão do ônus da prova, diz respeito tão somente ao aspecto econômico. Outros tantos afirmam que a hipossuficiência do consumidor diz respeito à sua posição de inferioridade na relação de consumo, tendo em vista aspectos técnicos, de informação, social, associação e posição social.

O entendimento de que a hipossuficiência é refletida apenas pelo aspecto econômico decorre do fato de que os próprios autores do projeto de lei promulgado como Código de Defesa do Consumidor advertiam que “o termo foi tomado por empréstimo da doutrina do Direito do Trabalho, que assim considera o detentor da força de trabalho, economicamente frágil em face do detentor do capital”¹⁶⁵ e que “a noção de hipossuficiente é-nos dada pelo parágrafo único do artigo 2º da Lei 1.060/50¹⁶⁶ – Lei da Assistência Judiciária”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Ressalta-se que a hipossuficiência de que trata o artigo 6º, inciso VIII, não se confunde com a vulnerabilidade reconhecida como princípio da Política Nacional de Consumo estabelecida no artigo 4º, todos do diploma consumerista. Aquela tem relação com a dificuldade de o consumidor fazer prova de suas alegações, nos seus aspectos econômico, técnico, cultural, social e é característica restrita ao consumidor de *per si*, reconhecida pelo juiz no caso concreto. Esta última tem relação com a característica da posição inferiorizada que o consumidor tem na relação de consumo e é característica intrínseca, geral dos consumidores. A advertência, entre outras, está expressa na obra de Luiz Antonio Rizzatto Nunes. (In RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. ver., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 740). A interpretação está presente, por exemplo no escrito de Cláudio Augusto Pedrassi. (In PEDRASSI, Cláudio Augusto. O ônus da prova e o art. 6º, VIII do CDC (Lei nº 8.078/90). *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 2, p. 47-77, jul./dez. 2001. p. 67.).

¹⁶⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2004. p. 323.

¹⁶⁶ “Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”

¹⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 149.

A noção de hipossuficiência apenas no sentido de carência de recursos econômicos, por exemplo, marcou os primeiros comentários de Eduardo Gabriel Saad¹⁶⁸ e Kazuo Watanabe¹⁶⁹, que ressaltavam o entendimento de que o requisito da hipossuficiência era exclusivamente determinado pelo aspecto econômico, lastreado no conceito da Lei da Assistência Judiciária. Os autores, todavia, ressaltam que esse entendimento resta superado, ambos reconhecendo também o aspecto técnico e de informações no conceito de hipossuficiência.

Cabe ressaltar todavia, que, após 15 anos da promulgação da lei, a questão parece pacificada na doutrina e na jurisprudência, com afirmações contundentes de ambos que a hipossuficiência expressa no artigo em análise não se refere apenas ao aspecto econômico¹⁷⁰. Não se pode perder de vista que é o fornecedor que detém os meios e técnicas de produção, estando, via de regra, em melhores condições de fazer prova diretamente ligada à sua atividade.

Assim, Frederico da Costa Carvalho Neto¹⁷¹ afirma:

Se nos ativermos simplesmente à literalidade do termo, a aplicação será restrita, considerando-se que se terá em conta as condições econômicas do consumidor, no sentido deste poder produzir e custear a prova. [...] valendo lembrar que a hipossuficiência [...] pode ser técnica, jurídica e fática. Na maioria absoluta das

¹⁶⁸ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 002. p. 195.

¹⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 794.

¹⁷⁰ BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Campinas: Servanda, 2006. p. 83.

¹⁷¹ CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 170.

relações de consumo, senão em todas, temos a vulnerabilidade completa, mas basta uma delas para que o juiz conceda a inversão do ônus da prova.

Com o mesmo entendimento, explica Antonio Carlos Bellini Júnior¹⁷²:

Temos que o consumidor será considerado hipossuficiente quando em determinado assunto estiver em desvantagem técnica, econômica ou de informações se comparado com o fornecedor. [...] As desvantagens do consumidor com relação ao fornecedor devem ser avaliadas pelas regras da experiência, devendo o magistrado ter como mediatrix as ocorrências comuns vividas por uma pessoa de cultura média, bem como as experiências e conhecimentos adquiridos pelo mesmo tipo de pessoa.

Também Belinda Pereira da Cunha¹⁷³, Sandra Aparecida Sá dos Santos¹⁷⁴ e Carlos Roberto Barbosa Moreira¹⁷⁵ fazem afirmação nesse sentido, dispondo que o conceito de hipossuficiência do consumidor deve ser entendido a partir da finalidade da norma, que é a de tornar mais fácil, no campo específico da instrução probatória, a defesa dos direitos do consumidor. Concluem que não apenas o aspecto econômico deve ser levado em conta, mas também a dificuldade técnica do consumidor na produção da prova.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁷⁶ afirma que a hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e

¹⁷² BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Campinas: Servanda, 2006. p. 84 e ss.

¹⁷³ CUNHA, Belinda Pereira da. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: necessidade da inversão prévia em face das liminares de antecipação de tutela. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 46, p. 311-323, abr./jun. 2003.

¹⁷⁴ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 67.

¹⁷⁵ MOREIRA Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997.

¹⁷⁶ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Saraiva, 2000. p. 123.

informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício, etc.

Conclusiva nesse sentido é a afirmação de Hugo Nigro Mazzilli¹⁷⁷:

Para avaliar se é o consumidor hipossuficiente, o juiz pode valer-se das regras ordinárias de experiência: por isso não está adstrito aos critérios do art. 2º, parágrafo único da lei 1.060/50 (que define os beneficiários a assistência judiciária gratuita), até porque não há razão para aqui entender a hipossuficiência apenas sob o aspecto econômico.

Assim também entende a jurisprudência¹⁷⁸:

A inversão do ônus da prova em sede de relação de consumo, como prevê o art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, tem como finalidade permitir ao consumidor o exercício pleno da garantia constitucional da ampla defesa previsto no art. 5º, LV; assim, se há insuficiência técnica e/ou econômica a impedir o amplo acesso à justiça e ao direito da defesa, no caso de demonstrar que os serviços contratados não foram prestados ou prestados insuficientemente, deve ser deferida a inversão.

E ainda o julgamento do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁹, que assim se manifestou:

¹⁷⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 167.

¹⁷⁸ In Boletim AASP n. 2.204 de 26.03.2001.

¹⁷⁹ In RT 770/211.

Prestação de serviços – “Disque 900” – Consumidor que não tem condições de demonstrar que não utilizou os serviços – Necessidade da inversão do ônus da prova para que a companhia telefônica comprove a efetiva realização das ligações – Inteligência do art. 6º, VIII, da Lei 8.78/90. Se o consumidor não tem condições suficientes de demonstrar que não utilizou os serviços prestados por “disque 900”, deve-se inverter o ônus da prova, cabendo à companhia telefônica comprovar a efetiva realização das ligações, conforme inteligência do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90.

5.2. Momento adequado.

Grande é a discussão na doutrina acerca do momento processual adequado para a decretação da inversão do ônus da prova, vez que o diploma consumerista é omissivo na indicação do momento adequado para a prática de tal ato.

Inicialmente, entretanto, é necessário ressaltar que, diferente da interpretação dada, entre outros, por Luiz Eduardo Boaventura Pacífico¹⁸⁰, que afirma que “com a inversão, seu posicionamento significa, necessariamente, a vitória do consumidor”, a decretação da inversão do ônus da prova não determina a vitória do consumidor em detrimento do fornecedor - mesmo porque inverter o ônus da prova não significa julgar a causa.

Ainda nesse sentido, é a afirmação de Cecília Matos¹⁸¹: “Por ser norma de julgamento qualquer conclusão sobre o ônus da prova não pode ser emitida antes de encerrada a fase instrutória, sob o risco de ser um pré-julgamento, parcial e prematuro.”

¹⁸⁰ O autor assim afirma em sua dissertação de mestrado. *Apud*: CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 166.

¹⁸¹ MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 161-169, jul./set. 1994.

E ainda Sandra Aparecida Sá dos Santos¹⁸² afirmando: “A decisão deferitória da inversão não significa pré-julgamento de mérito favorável ou desfavorável à parte – ao contrário, cuida-se, somente de um ônus processual.”

Em sentido oposto posiciona-se Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁸³:

Em primeiro lugar, a mera inversão do ônus da prova não significa necessariamente que o fornecedor já perdeu a ação judicial; significa apenas que ele é responsável por produzir as provas e estas uma vez produzidas, podem fazer com que o consumidor perca a ação.

Conclusiva nesse sentido é a afirmação de Frederico da Costa Carvalho Neto¹⁸⁴:

[...] Com a devida vênia, o argumento de que a decretação da inversão do ônus da prova antes do julgamento é um pré-julgamento não procede. Há na verdade uma grande confusão, com todo o respeito que merecem os que assim se posicionam, pois parece que a inversão necessariamente no julgamento contrário aos interesses dos fornecedores. É óbvio que uma coisa nada tem a ver com a outra, e o juiz só julga após o exame da prova.

¹⁸² SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 73.

¹⁸³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *A empresa e o Código de Defesa do Consumidor*. SP: Artpress, 1991. (Coleção Ombudsmanpress – vol. 2). P. 53 e ss.

¹⁸⁴ CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 176 e ss.

5.2.1. *Despacho inicial.*

Os doutrinadores com entendimento favorável à decretação da inversão do ônus da prova já no despacho inicial, argumentam que é este o momento mais adequado para tanto, na medida em que, agindo desta forma, estaria o juiz sendo o mais transparente possível, permitindo desta feita, que cada parte tenha conhecimento de seus encargos probatórios.

Assim era o entendimento de Tania Lis Tizzoni Nogueira¹⁸⁵. Afirmava que o autor-consumidor deveria, já na inicial requerer a inversão do ônus da prova e, desta forma, deveria o juiz se manifestar sobre a questão logo no ato do primeiro despacho - não se tratando de mero despacho determinando a citação, mas de decisão interlocutória, passível, portanto, de recurso de agravo.

Justificava seu entendimento com o argumento de que o deferimento da inversão propicia a defesa de direitos de forma ampla, de acordo com o espírito do CDC, uma vez que em não sendo concedida a inversão, poderá o consumidor agravar da decisão interlocutória e, ser então revista a decisão.

Revedo seu entendimento, a autora passa a afirmar que, tanto no despacho inicial, quanto no saneador, seria o momento mais propício para determinar a inversão, pois dessa forma, estaria garantido o direito de ampla defesa pra ambas as partes.

¹⁸⁵ NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 126.

Com um entendimento mais elástico acerca do momento adequado para a inversão do ônus da prova, Frederico da Costa Carvalho Neto¹⁸⁶ afirma que a inversão pode ser decretada desde a apreciação da inicial, e deve ser decretada até a fixação dos pontos controvertidos.

Nesse sentido, também é a afirmação de Antonio Gidi¹⁸⁷:

A oportunidade propícia para a inversão do ônus da prova é em momento anterior à fase instrutória. Do momento em que despacha a inicial, até a decisão do saneamento do processo magistrado já deve dispor de dados para decidir sobre a inversão. Assim, a atividade instrutória já inicia com as cargas probatórias transparentemente distribuídas entre as partes.

Não obstante os argumentos expostos, a posição de José Geraldo Brito Filomeno¹⁸⁸ é taxativa – impondo o despacho inicial como o momento adequado para a inversão. Afirma o autor:

A solução mais adequada no que tange ao momento da decretação do ônus da prova será *initio litis*, até para que o réu não seja surpreendido, caso isso se desse ao ensejo do despacho saneador, quando se determina que as partes especifiquem as provas, ou, o que é muito pior, quando da conclusão dos autos para sentença, quando o magistrado da causa tem dúvidas, ou então teria de julgar a ação improcedente por insuficiência das provas.

¹⁸⁶ CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 176.

¹⁸⁷ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41, abr./jun. 1995.

¹⁸⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2004. p. 328.

Argumenta-se, em sentido contrário, que a inversão do ônus da prova não deve ser decretada nesta fase do processo, tendo em vista que ainda não houve sequer manifestação do demandado, sendo desconhecida sua resposta e a dimensão dela, o que impede a fixação dos pontos controvertidos, sendo, portanto, prematura a decisão da inversão nessa fase processual.

5.2.2. *Despacho Saneador.*

Parte da doutrina afirma que deve o juiz inverter o ônus da prova na fase de instrução do processo, evitando prejuízo à defesa do fornecedor. Assim sendo o despacho saneador, por excelência o momento processual adequado para a decretação da inversão do ônus da prova também pelo fato de que nessa fase processual a verossimilhança das alegações do consumidor já pode ser configurada, além de permitir ao fornecedor exercer plenamente sua defesa, respeitando-se os princípios constitucionais do devido processo legal.

Esse também é o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli¹⁸⁹, André Bonelli Rebouças¹⁹⁰ e Carlos Roberto Barbosa Moreira¹⁹¹ afirmando todos que o momento adequado para a inversão é o momento da produção da prova e não da prolação da sentença, para que o juiz, decretando a inversão nessa fase, permita ao fornecedor produzir sua defesa.

Voltaire de Lima Moraes¹⁹² afirma que:

¹⁸⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 168.

¹⁹⁰ REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 84.

¹⁹¹ MOREIRA Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997.

¹⁹² MARQUES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, p. 63-69, jul./set. 1999.

O momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova dar-se-á por ocasião do saneamento do processo, quando, infrutífera audiência de conciliação, o juiz tiver fixado os pontos controvertidos, aí sim, em seguimento, decidirá as questões processuais pendentes, dentre as quais, o cabimento ou não da inversão do ônus da prova (art. 331, parágrafo segundo, do CPC), ficando dessa forma cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar.

Conclusiva nesse sentido é a afirmação de Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁹³:

O momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou este, será o melhor momento.

A jurisprudência ao se manifestar, o fez nos seguintes termos¹⁹⁴:

Agravo de instrumento - Despacho saneador - Ocasião do julgamento sobre A inversão do ônus da prova - Agravo provido. "O momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova dar-se-á por ocasião do saneamento do processo, quando, inexistosa a audiência de conciliação, o Juiz tiver fixado os pontos controvertidos, aí sim, em seguimento, decidirá as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento ou não da inversão do ônus da prova (art. 331, §2º, do CPC), ficando dessa forma cientes as partes da postura processual que passarão a adotar.

¹⁹³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. ver., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 743.

¹⁹⁴ *In* RT 198/49.

5.2.3. *Sentença.*

A doutrina que clama a sentença como o momento adequado para a inversão do ônus da prova, o faz com base na alegação de que a inversão é regra de julgamento. Portanto, outro não pode ser o momento, que não a sentença. Todavia, tal proceder, além da surpresa que cria ao fornecedor, o que não é desejado num processo que quer logra a realização de justiça, afronta os princípios do devido processo legal, constitucionalmente assegurados.

Todavia, Cecília Matos¹⁹⁵ afirma que:

A regra da distribuição do ônus da prova é regra de juízo e a oportunidade de sua aplicação é o momento da sentença, após o magistrado analisar a qualidade da prova colhida, constatando se há falhas na atividade probatória das partes que conduzem à incerteza. Por ser norma de julgamento qualquer conclusão sobre o ônus da prova não pode ser emitida antes de encerrada a fase instrutória, sob o risco de ser um pré-julgamento, parcial e prematuro.

Nesse sentido, Antonio Carlos Bellini Júnior¹⁹⁶ e Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin¹⁹⁷ afirmam que “o ônus da prova é regra de técnica do juízo, que pretende evitar o *non liquet*, e como tal deve ser apreciada no momento da sentença”.

¹⁹⁵ MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 161-169, jul./set. 1994.

¹⁹⁶ BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Campinas: Servanda, 2006. p. 116.

¹⁹⁷ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. A inversão do ônus da prova nos processos que envolvem relação de consumo: regra de comportamento ou critério de julgamento? *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 45, p. 31-46, dez. 2006. p. 41.

Também José Carlos Barbosa Moreira¹⁹⁸ afirma que “as regras sobre a distribuição do ônus da prova são aplicadas pelo órgão judicial *no momento em que julga*”. Assim, a função das normas sobre o ônus da prova é a de permitir uma decisão judicial, apesar da obscuridade dos fatos, e isso as caracteriza como regras de julgamento.

Nesse mesmo sentido, Nelson Nery Júnior¹⁹⁹ afirma que sendo o juiz o destinatário da prova, a regra do ônus é a ele dirigida, portanto não há óbice legal para que ele inverta o ônus já no saneador, ao perceber estarem presentes os requisitos. Afirma também, todavia, que a inversão poderá ser decretada quando da prolação da sentença. Ainda afirma o autor:

Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC 6º, VIII), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza.

Ainda nesse sentido a opinião de Ernane Fidélis dos Santos²⁰⁰ e Kazuo Watanabe²⁰¹ que afirmam que na hipótese de juiz, no momento de prolatar a sentença, estiver na dúvida acerca da existência ou não dos fatos, pode lançar mão da inversão do ônus da prova.

Entretanto, a jurisprudência já se manifestou a respeito, estipulando²⁰²:

¹⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 76.

¹⁹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil anotado e legislação processual civil em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1.209.

²⁰⁰ SANTOS, Ernane Fidélis. O ônus da prova no código do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 47, p. 269-279, jul./set. 2003. p. 277.

²⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 792.

²⁰² In Boletim AASP nº 2.059 de 15.06.1998.

A inversão do ônus da prova, como regra de julgamento, beneficia mais o consumidor do que a declaração de sua inversão em momento processual outro que não ao ser proferida a sentença, pois é nessa oportunidade que, verificada a inexistência de provas das alegações do consumidor, sendo estas verossímeis e/ou for ele técnica ou economicamente hipossuficiente, sua demanda caberá ser acolhida por não ter o produtor/fornecedor feito a prova da inexistência de defeito em seu produto ou serviço.

Sendo a sentença o momento adequado para decretar a inversão do ônus da prova, surge prejuízo ao fornecedor que se depara com uma surpresa. Com esse entendimento a jurisprudência²⁰³ já se manifestou da seguinte forma:

O deferimento da inversão do ônus da prova deverá ocorrer entre o ajuizamento da demanda e o despacho saneador, sob pena de se configurar prejuízo para a defesa do réu. [...] Se proferida decisão somente no momento da sentença caracterizaria uma verdadeira surpresa para a parte desfavorecida.

Caminhou muito bem a jurisprudência ao reconhecer o flagrante prejuízo ao fornecedor e a indesejável afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal – que não podem ser desrespeitados em favor ou desfavor de nenhuma das partes litigantes.

Deve-se ter em mente que a defesa do consumidor é regra de ordem pública e de interesse social, conforme expressamente estabelecido no diploma do consumo. A lei consumerista impõe ainda que a política nacional 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

²⁰³ In Boletim AASP n. 2.204 de 26.03.2001.

transparência e harmonia das relações de consumo, reconhece-se a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Já a Constituição Federal estipula que a defesa do consumidor é um direito e garantia fundamental. Assim, estabelece-se a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova.

Partindo da premissa verdadeira de que nas relações de consumo, via de regra, é o consumidor a parte vulnerável e, sendo direito seu a facilitação de sua defesa em juízo, a inversão do ônus da prova deve ser decretada, estando presente um dos requisitos legalmente estabelecidos para tanto. Não obstante, a inversão do ônus da prova não deve causar a impossibilidade de defesa do fornecedor.

Afirma-se que a facilitação da defesa do consumidor não deve importar na obstrução da defesa do fornecedor. O ideal que a lei persegue é o reequilíbrio da relação de consumo, marcada que é pela posição dominante do fornecedor, sem pretender lançar mão de um desequilíbrio em favor do consumidor. A desvantagem do consumidor não se substitui pela desvantagem do fornecedor. Não num sistema processual que objetiva a realização de justiça.

Daí que se repele a noção de ser a sentença o momento oportuno para a inversão do ônus da prova. Primeiro, porque a lei não tem por objetivo um novo desequilíbrio na relação de consumo, mas tão somente aprumá-la. Segundo, porque a defesa do consumidor não pode redundar na impossibilidade de defesa do fornecedor, sob pena de forte afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório - base para um processo justo que pretenda realizar justiça. E finalmente porque, de acordo com a moderna teoria processual, o ônus da prova não pode ser tido como um castigo, uma penalidade àquele que não lograr provar suas alegações, tendo em vista que ambas as partes do processo devem colaborar de forma ativa na

produção das provas necessárias ao deslinde da demanda. Assim, afasta-se a possibilidade de ser o fornecedor apenado com a inversão o ônus da prova.

Nesse contexto, outra não pode ser a conclusão de que o momento oportuno para a inversão do ônus da prova é a fase de instrução do processo, até o despacho saneador. Este é o momento processual no qual, com base nas alegações feitas por consumidor e fornecedor, o juiz pode se convencer claramente da verossimilhança das alegações do consumidor e de sua hipossuficiência e, se invertido o ônus da prova, permitir ao fornecedor, a produção de sua defesa.

Este é o momento processual mais adequado, pois tendo o juiz conhecimento das alegações do consumidor e fornecedor e das provas e indícios já acostados aos autos, pode se convencer claramente da verossimilhança das alegações do consumidor. Essa fase também é a mais indicada para que o juiz verifique a hipossuficiência do consumidor, não só econômica, mas técnica, na medida em que já é sabido quais os pontos controvertidos e que necessitam de prova.

Nesse momento processual, é plenamente possível ao fornecedor produzir sua defesa integralmente, dando total respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. E se o fornecedor, impelido que foi ao ônus da prova invertido, não realizar prova, deve a sentença ser-lhe desfavorável - não como castigo pelo descumprimento do ônus decretado, mas como consequência pela não realização da prova exigida.

Assim, na fase instrutória deve o juiz, ao fixar os pontos controvertidos e decretar a inversão do ônus da prova ao fornecedor – de forma obrigatória, se o consumidor for

hipossuficiente, nos aspectos econômicos e técnicos do termo, ou forem suas alegações verossímeis.

Esse entendimento é também defendido por Sandra Aparecida Sá dos Santos²⁰⁴. A autora afirma, pedindo *data máxima venia* aos doutrinadores que entendem ser a inversão do ônus da prova regra de julgamento e, portanto, aplicável no julgamento do feito, que este entendimento é decorrente de equívoco por dois motivos:

Primeiro porque ofende, de maneira absoluta, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa; as regras de distribuição do ônus da prova são regras de procedimento. De forma que o fator surpresa não pode existir no processo, porque em assim procedendo, estar-se-ia comprometendo por completo o devido processo legal.

Os tribunais vêm se manifestando nesse mesmo sentido em seus julgados mais recentes²⁰⁵:

A inversão do ônus da prova em ação que envolve a relação de consumo e sujeita às regras do Código de Defesa do Consumidor deve ser realizada pelo juiz na fase de saneamento, sob pena de surpreender o réu no julgamento da demanda.

²⁰⁴ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 77.

²⁰⁵ *In* RT 181/185.

5.3. Decretação de ofício.

Finalmente, analisados os aspectos doutrinários da inversão do ônus da prova, tendo em vista os requisitos e o momento processual adequado, resta analisar se o juiz pode ou deve decretar de a inversão, havendo grande divergência na doutrina.

A divergência decorre da omissão do Código de Defesa do Consumidor, que não estipulou de forma expressa se o juiz pode ou deve decretar a inversão. Cumpre salientar, entretanto, que o estudo sistemático dos princípios do diploma legal, como o próprio diploma exige, resolve a questão.

Afirma José Geraldo Brito Filomeno²⁰⁶ que “a inversão do ônus da prova não é obrigatória, mas faculdade judicial, desde que a alegação tenha aparência de verdade, ou quando consumidor for hipossuficiente.” Assim, pode-se compreender que o autor entende que, ainda que presente um dos requisitos, a inversão é “faculdade do juiz”.

Entendimento semelhante é exposto por Belinda Pereira da Cunha²⁰⁷, André Bonelli Rebouças²⁰⁸, Adroaldo Furtado Fabrício²⁰⁹ e Voltaire de Lima Moraes²¹⁰ ao afirmarem que somente no caso do artigo 38 – veracidade da informação publicitária - pode ser a inversão

²⁰⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2004. p. 321.

²⁰⁷ CUNHA, Belinda Pereira da. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: necessidade da inversão prévia em face das liminares de antecipação de tutela. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 46, p. 311-323, abr./jun. 2003. p. 317.

²⁰⁸ REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 38.

²⁰⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 7, p. 30-36, jul./set. 1993. p. 33.

²¹⁰ MARQUES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, p. 63-69, jul./set. 1999. p. 67.

realizada de ofício – pelo o que se conclui que a aplicação da regra prevista no artigo 6º, VIII da lei do consumo, somente se realiza mediante decisão do juiz.

Também nesse sentido é o entendimento de Nelson Nery Júnior²¹¹, Teresa Arruda Alvim Wambier²¹², Cecília Matos²¹³ e Kazuo Watanabe²¹⁴ afirmando que a inversão do ônus da prova que está prevista no inc. VIII do art. 6º do Código é *ope iudicis* e não *ope legis*, devendo o juiz se pautar pelas máximas de experiência para inverter ou não o ônus da prova.

Finalmente, aponta-se a opinião de Eduardo Gabriel Saad²¹⁵ que expõe: “na espécie, a questionada inversão é *ope iudicis* e não *ope legis*. Não é, portanto, um direito do consumidor.”

O entendimento acima analisado, de que a inversão é faculdade do juiz, todavia, não parece a melhor inteligência do instituto se analisado em conjunto os princípios das relações de consumo.

Assim, melhor entendimento é no sentido de que o juiz deve inverter o ônus da prova, se preenchido um dos pressupostos apresentados pela lei – afastando a idéia de faculdade e impondo a interpretação de que o direito do consumidor de facilitação de sua defesa é exigência legal que deve ser cumprida *ex officio* pelo juiz.

²¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil anotado e legislação processual civil em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1.805.

²¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os direitos básicos do consumidor – uma contribuição. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, p. 248-256, abr./jun. 1994. p. 253.

²¹³ MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 161-169, jul./set. 1994. p. 166.

²¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 792 e 793.

²¹⁵ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 002. p. 197.

Nesse é o entendimento de Cláudio Augusto Pedrassi²¹⁶, Cristina Tereza Gaulia²¹⁷, Marco Aurélio Moreira Bortowski²¹⁸ e Frederico da Costa Carvalho Neto²¹⁹ expressamente afirmando que o juiz deverá sempre inverter o ônus da prova na presença de um dos pressupostos estipulados no inciso VIII do artigo 6º - sendo portanto, de aplicação obrigatória a inversão no caso do artigo em análise.

Outra não é a afirmação de Antonio Carlos Bellini Júnior²²⁰:

Sendo uma norma de ordem pública, se quisesse o legislador que só fosse aplicada mediante requerimento, teria colocado expressa menção neste sentido no dispositivo legal. Não tendo feito tal tipo de restrição, a norma deve ser interpretada de maneira mais abrangente possível, permitindo a inversão do ônus da prova de ofício.

Também Sandra Aparecida Sá dos Santos²²¹ afirma que, presente um dos requisitos da verossimilhança ou da hipossuficiência o magistrado tem o “dever-poder” de ordenar a medida, vez que a norma consumerista é de ordem pública.

²¹⁶ PEDRASSI, Cláudio Augusto. O ônus da prova e o art. 6º, VIII do CDC (Lei nº 8.078/90). *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 2, p. 47-77, jul./dez. 2001. p. 70.

²¹⁷ BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 7, p. 1001-118, jul./set. 1993. p. 115.

²¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os direitos básicos do consumidor – uma contribuição. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, p. 248-256, abr./jun. 1994. p. 253.

²¹⁹ CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 171.

²²⁰ BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Campinas: Servanda, 2006. p. 92.

²²¹ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 73.

Assim também entende Sônia Maria Vieira de Mello²²², que assevera que a inversão do ônus da prova é direito básico do consumidor, sendo que, uma vez preenchidos os requisitos à sua concessão, deve o juiz aplicá-lo, concluindo ser a regra imperativo legal.

Ainda nesse diapasão, Tania Lis Tizzoni Nogueira²²³ afirma que se deve notar que a inversão do ônus da prova é um direito do consumidor, conforme preceitua o art. 6º, *caput*, do CDC. Restando ao consumidor provar sua hipossuficiência ou indicar a semelhança com a verdade de sua alegação e, feito isso, o juiz deverá inverter o ônus da prova.

Como ressalta Antonio Gidi²²⁴ a divergência tem gênese na expressão empregada pelo artigo em análise, “a critério do juiz”. Entretanto, não deve prosperar a noção de que a expressão queira significar que a inversão do ônus da prova é que fica a critério do juiz. Ao contrário, a melhor interpretação reside na noção de que a critério do juiz está a verificação dos requisitos ensejadores da inversão do ônus da prova.

Nesse sentido é a lição de Luiz Antonio Rizzatto Nunes²²⁵, que leciona:

Para entender o sentido pretendido pela lei consumerista é preciso primeiro compreender o significado do substantivo “critério”. Este há de ser avaliado pelo valor semântico comum, que já permite a compreensão de sua amplitude. Diga-se inicialmente que agir com critério não tem nada de subjetivo. Critério é aquilo que serve de base de comparação, julgamento ou apreciação; é o princípio que permite

²²² MELLO, Sônia Maria Vieira. *O Direito do consumidor na era da globalização: A descoberta da cidadania*. RJ: Renovar, 1998. (Biblioteca de teses). p. 120.

²²³ NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 124.

²²⁴ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41, abr./jun. 1995. p. 36.

²²⁵ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. ver., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 738 e 739.

distinguir o erro da verdade ou, em última instância, aquilo que permite medir o discernimento ou a prudência de quem age sob esse parâmetro.

Assim, na hipótese do art. 6º, VIII do CDC, cabe ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor. Vale dizer, *deverá* o magistrado determinar a inversão do ônus da prova. Presentes uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.

E Antonio Gidi²²⁶ finaliza seus comentários da seguinte forma:

Uma vez que o magistrado reconhece a ocorrência desses dois pressupostos no caso concreto, não mais lhe cabe decidir “a seu critério” se inverterá o ônus da prova ou não. Exatamente por esse motivo, não consideramos ser caso de inversão judicial do ônus da prova, mas de inversão legal. Com efeito, apesar de inúmeras posições em sentido contrário, temos que a inversão do ônus da prova não opera *ope iudicis*, mas *ope legis*.

Conclusiva, nesse sentido, é a opinião de Carlos Roberto Barbosa Moreira²²⁷:

A inversão poderá ser determinada tanto a requerimento da parte, como *ex officio*: trata-se de um dos “direitos básicos do consumidor”, e sendo o diploma composto de normas de ordem pública (art. 1º), deve-se entender que a medida independe da iniciativa do interessado em requerê-la. Aliás, a interpretação em sentido oposto levaria ao absurdo de fazer crer que o Código, inovador em tantos passos, pela outorga de novos e expressivos poderes ao juiz, teria, no particular, andado em marcha a ré, condicionando a inversão ao pedido do parte, em intempestiva – quase escrevi “póstuma” – homenagem ao “princípio dispositivo”.

²²⁶ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41, abr./jun. 1995. p. 36.

²²⁷ MOREIRA Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997. p.139.

Assim, cabe ao juiz analisar, com base nas regras ordinárias de experiência – por exemplo, os fatos notórios – a presença dos requisitos para a inversão. E aí termina sua discricionariedade. A decretação da inversão, no que possa depender de critério do juiz no reconhecimento da existência de um dos pressupostos – que não impregna a decretação em si – deve sempre ser feita de ofício, em presente um dos requisitos de que trata o artigo.

Esse é o melhor entendimento, tendo em vista que é direito básico do consumidor a facilitação de sua defesa, inclusive com a inversão do ônus da prova, e que a política nacional das relações de consumo têm como princípio o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, e tendo por base ainda, o disposto no artigo 1º do diploma do consumo que determina que suas normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social.

5.4. Custas na produção de provas.

Diverge ainda a doutrina acerca dos custos da produção da prova, se invertido o ônus da prova. A expressão firme, no sentido de que o ônus da prova engloba tanto a produção quanto seus custos, vez que os custos estão englobados pelo encargo de produzir a prova, é o entendimento de Sandra Aparecida Sá dos Santos²²⁸ e Hugo Nigro Mazzilli²²⁹. Se outro fosse o entendimento, explicam os autores, ocorreria uma inversão parcial, feita pela metade, o que é inadmissível, tendo em vista a finalidade da norma: a proteção e a defesa do consumidor.

²²⁸ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 70.

²²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 167.

Não obstante, o consumidor hipossuficiente no aspecto econômico pode valer-se dos benefícios instituídos pela Lei 1.060 de 1950 – Lei da Assistência Judiciária, pelos quais teria a isenção das custas, despesas processuais, inclusive de perícias e obtenção de certidões. Entretanto, ainda que o consumidor goze dos benefícios da assistência judiciária, não fica afastada sua hipossuficiência. Muito ao contrário, por reconhecê-la é que o juiz concede tais benefícios.

Vale ressaltar que o benefício da assistência judiciária, apesar de produzir o resultado louvável de permitir o acesso à justiça aos necessitados, trata especificamente das despesas processuais, sanando, mesmo que de forma provisória, apenas a hipossuficiência do consumidor no seu aspecto econômico. Assim, permanece o consumidor hipossuficiente no aspecto técnico. Isto porque, o consumidor continua impossibilitado de produzir determinadas provas.

Daí que, mesmo que gozando dos benefícios da assistência judiciária, a inversão do ônus da prova pode ser decretada pelo juiz, tendo em vista a hipossuficiência técnica do consumidor não é sanada. Deve-se ter sempre em vista os objetivos do diploma do consumo: proteção e defesa do consumidor, reconhecendo sua vulnerabilidade no mercado de consumo, com a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, a questão já está pacificada no Superior Tribunal de Justiça²³⁰. O entendimento dominante determina que o fornecedor não está obrigado a adiantar ou arcar com as custas da produção de provas requeridas pelo consumidor. Todavia, se o fornecedor

²³⁰ Conforme expressamente apontado In SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006.

não arcar com as custas, fica sujeito aos efeitos processuais de sua não produção. Assim também se manifesta a Ministra Fátima Nancy Andrighi²³¹.

É a jurisprudência já pacificada no Superior Tribunal de Justiça²³²:

Processo civil - Consumidor - Inversão do ônus da prova – Custas – A inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC e art. 3º, da Lei 1.060/50) não tem o efeito de obrigar a parte contrária a pagar a custas da prova requerida pelo consumidor, porém sofre as conseqüências de não produzi-la.

²³¹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Direitos do consumidor na jurisprudência do STJ*. Disponível na Biblioteca Jurídica Virtual do STJ: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1839>>. Acesso em: 11 jan. 2007 às 14:39. p. 10.

²³² In Boletim AASP n. 2.256 de 25/03/2002.

6. PROCESSO, CIDADANIA E DIREITOS DO CONSUMIDOR.

Discutidos os contornos técnicos do direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova, necessária se faz a reflexão, que urge ao desenvolvimento da ciência processual, acerca da efetividade dos direitos do cidadão e, em especial, aos direitos do consumidor. Para tanto, fixa-se como ponto central desta reflexão o princípio do devido processo legal – que garante a existência e o desenvolvimento regular do processo e para além do processo; e a problemática do acesso à justiça - o clamor pelo desenvolvimento de mecanismos que façam realidade os direitos legislados e a garantia de um devido processo.

Não se pode perder de vista que estão indissolúveis as noções de consumidor e cidadão. Perguntas clássicas dos cidadãos agora reverberam no consumo: quais são os direitos assegurados? Como podem se informar sobre os direitos assegurados? Quem representa seus direitos? Como podem defender seus direitos? E principalmente: quais os mecanismos de proteção e realização que tornem efetivos esses direitos?

Refletindo em profundidade, é preciso impedir a associação corriqueira de que os consumidores são predominantemente irracionais, culturalmente dominados, sedentos pelo suntuoso e supérfluo e que consumem por impulsos primários inspirados pelas modernas

técnicas de publicidade. Da mesma forma a condição de cidadão, por outro lado, que também não pode ser reduzido à mera participação política e social.

Neste sentido, a afirmação de Néstor García Canclini²³³:

[...] ser cidadão não tem a ver apenas com os direitos reconhecidos pelos aparelhos estatais para os que nasceram em um território, mas também com as práticas sociais e culturais que dão sentido de pertencimento, e fazem com que se sintam diferentes os que possuem uma mesma língua, formas semelhantes de organização e satisfação das necessidades. [...] A luta pela reforma do Estado, não apenas para que aceite o desenvolvimento autônomo de “comunidades” diversas mas também para assegurar iguais possibilidades de acesso [...]

Daí a fundamental reflexão acerca da necessidade de garantir direitos ao consumidor-cidadão. Assim, a importância dos direitos fixa-se no fato de sua vivacidade: sua construção dá-se pela prática e pelo discurso. Ainda opina o autor:

A cidadania e os direitos não falam unicamente da estrutura formal de uma sociedade; além disso indicam o estado da luta pelo reconhecimento de outros. [...] Os direitos são reconceitualizados como princípios reguladores das práticas sociais, definindo as regras de reciprocidade [...] das obrigações e responsabilidades, garantias e prerrogativas.

Nesse sentido, é vital que se discuta a proteção já efetuada em sede da Constituição Federal - e refletir: garantidos esses direitos legislados, quais os instrumentos os efetivam.

²³³ CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos conflitos multiculturais da globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999. p. 46 e ss.

6.1. Devido processo legal.

A idéia do devido processo legal tem sua primeira expressão concreta na Magna Carta inglesa de 1215 – em seu artigo 39, no qual o Rei realiza a promessa de que “nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade ou de sua liberdade, declarado fora da lei ou exilado de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos força contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do País”. Cláusula semelhante, empregando já a expressão *due processo of law*, pela qual ficaria celebrizada, foi jurada por Eduardo III e, da tradição do direito inglês passou para o das colônias da América do Norte, chegando à Constituição norte-americana, pela 5ª Emenda²³⁴.

O direito brasileiro também assegura o princípio do devido processo legal na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV²³⁵. Na análise sistemática da Constituição Federal, há ainda os princípios do acesso à justiça, estabelecido no inciso XXXV²³⁶, e o princípio do contraditório e da ampla defesa, inciso LV²³⁷, que em conjunto são as garantias processuais previstas expressamente na Constituição Federal.

Nesse sentido, é a afirmação de José Afonso da Silva²³⁸:

²³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. ver. São Paulo: Saraiva: 1999. p. 278.

²³⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

²³⁶ “Art. 5º: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

²³⁷ “Art. 5º: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

²³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1997. p. 411.

Garante-se o processo, e quando se fala em processo, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica.

Cabe salientar que a garantia constitucional do devido processo legal não tem aplicação restrita ao processo em si mesmo. Muito ao contrário, é garantia que serve de base para a construção de uma cidadania plena e efetiva. Não de outra forma expõe Nelson Nery Júnior²³⁹:

Quando instituído o *due process* no sistema jurídico inglês pela Magna Carta de 1215, ressaltava seu aspecto protetivo no âmbito do processo penal, sendo, portanto, de cunho eminentemente processualístico àquela ocasião. O conceito de “devido processo” foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão.

Apesar da base constitucional, em muitas oportunidades ainda é corriqueiro o desrespeito desses direitos e garantias do cidadão. Ainda que sejam respeitados tais direitos, cabe questionar se o acesso do cidadão-consumidor é efetivado em sua inteireza. Nesse sentido, Frederico da Costa Carvalho Neto²⁴⁰ afirma:

Mas embora conste tais garantias na Constituição Federal, na verdade se vê com frequência o exercício arbitrário das próprias razões, e o que é pior, alguns deles

²³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999. p. 33.

²⁴⁰ CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 81.

recebem guarita de pequena parcela da jurisprudência, como [...] nos cortes no fornecimento de produtos e serviços considerados essenciais. Ainda pior é o fato de que essas violações atingem os mais fracos na maioria das vezes, como se cidadão-consumidor não tivesse direito aos serviços que lhe propiciem condições mínimas de sobrevivência.

6.2. Acesso à justiça.

Esta preocupação legítima com a luta dos consumidores-cidadãos na busca da efetivação de seus direitos é destaque na expressão de Maria Tereza Sadek²⁴¹:

Os direitos são letra morta na ausência de instâncias que garantam o seu cumprimento. O judiciário, deste ponto de vista, tem um papel central. Cabe a ele aplicar a lei e, conseqüentemente, garantir a efetivação dos direitos a individuais e coletivos, Daí ser legítimo afirmar que o judiciário é o principal guardião das liberdades e da cidadania. [...] exercendo suas funções para, primordialmente, a distribuição de justiça.

Nesse sentido, o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, como destacam os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁴².

Nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora

²⁴¹ SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 7.

²⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9 e ss.

o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção.

Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado, daí que sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa de reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. Afastar a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições não era preocupação do Estado.

Daí que, na prática, a justiça, bem como outros bens no sistema calcado na ideologia tipicamente burguesa, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos. Aqueles que não pudessem fazê-lo eram lançados à própria sorte. O sentido era de que o direito de acesso à justiça era garantido pelo sistema jurídico, sendo suficiente. Não havia preocupação com a efetividade deste direito, vez que a ordem jurídica focava-se na garantia da previsão do direito, derivando em direitos meramente formais e desprovidos de força efetiva e/ou prática. O mero acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade. Todos tinham o direito de acesso à justiça na letra da lei. O direito era apenas formal, não efetivo.

Na defesa dos citados autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁴³:

[...] observa-se que a atuação positiva do estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpresa, portanto, que o direito ao

²⁴³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11 e ss.

acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados, e, mesmo cidadãos.

Ainda recentemente, com raras exceções, o sistema jurídico se manteve indiferente à realidade do sistema judiciário. Fatores como diferenças entre litigantes em potencial no acesso efetivo à justiça, ou a disponibilidade de recursos não eram sequer percebidos como problemas.

As sociedades, entretanto, cresceram em tamanho e complexidade. O conceito de direitos humanos, por exemplo, começou a sofrer uma transformação radical²⁴⁴. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, um caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas viram-se obrigadas a deixar para trás a visão individualista de direito, marcada notadamente nas declarações de direitos. Passa-se ao movimento de reconhecer direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos.

De fato, o direito ao acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que

²⁴⁴ Neste sentido, é a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais em seu Artigo 6º: “Direito a um processo equitativo: 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.” In BRANDÃO, Adelino. *Os direitos humanos – antologia de textos históricos*. São Paulo: Landy, 2001. p. 205 e ss.

a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação.

Como ressaltam os autores citados o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Isto porque a relação de consumo mostra-se caduca, tendo em vista o poder hegemônico da produção e da sofisticação do processo tecnológico. Grassa a falta de liberdade do consumidor em situações como os contratos massificados, a manipulação de comportamento do consumidor pelo emprego de poderosas técnicas de publicidade e propaganda, pela criação do desejo de consumo de produtos e serviços sem que, contudo, os riscos ou a qualidade destes lhe sejam informados previamente ao consumidor

Assim, dentre muitos outros itens possíveis e importantes, discute-se o acesso à justiça pelo viés da efetivação dos direitos assegurados no regime jurídico: em especial, aos direitos do consumidor, na medida em que assegurados formalmente, necessário é assegurar sua efetivação. A teoria processualística tem primado pela discussão teórica das várias regras do processo, acatando o modelo de duas partes em igualdade de condições perante a corte, modelo irreal na maioria das vezes, o que coloca o processo no vácuo. Assim é a advertência dos autores: “Os juristas precisam reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais.”²⁴⁵

²⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12 e ss.

Ainda afirmam os autores:

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência processual.

Entretanto, cabe bem ressaltar que este mister de realizar justiça, distribuindo-a de forma equilibrada, não se concretiza sem o desenvolvimento da ciência processual a partir do pensamento dos próprios processualistas. Isto porque, se o contato do processualista com a lei, como dos juristas em geral, deve se caracterizar inicialmente pela exegese, e em seguida, pela compreensão do sistema, em seu terceiro momento há de se caracterizar por uma postura crítica, em confronto com a realidade social. Assim afirma Sálvio de Figueiredo Teixeira²⁴⁶:

Se o Direito Processual Civil se conceitua como conjunto de princípios e normas que disciplinam a forma de garantir o ordenamento jurídico, objetivando especificamente a justa composição dos litígios, não se pode perder de vista ser ele a “ciência da pacificação social”

Especialmente na seara consumerista, o ponto nevrálgico é o fato de que, ante as dificuldades gerais no acesso à justiça na busca pela efetivação dos direitos, o consumidor possa concluir que o resultado desta busca é tão ínfimo e inacessível que a busca em si não se justifica. O resultado é pequeno e distante para induzi-lo a intentar uma ação. Daí a afirmação²⁴⁷: “O consumidor é tudo e não é nada.”

²⁴⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Aprimoramento do Processo Civil como Garantia da Cidadania. In: *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 79-92.

²⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 26.

O consumidor é tudo quando possui um sistema legal ordenado e completo acerca do regramento de seus direitos, da forma de sua proteção e defesa, bem como das sanções àqueles que desrespeitam tais direitos. O consumidor é nada, na medida em que tais direitos formalmente garantidos não são efetivamente tutelados, em vista das dificuldades de acesso à justiça aqui discutidas.

Assim, os obstáculos ao acesso à justiça pelo consumidor, tais como os custos de um processo judicial - não apenas as custas judiciais, mas também os honorários advocatícios e demais atos do processo - e a demora na prestação da atividade jurisdicional, acabam por impedir o acesso do consumidor à justiça, na medida em que, na análise feita pelo consumidor, o resultado esperado, ou seja, a tutela de seus direitos, se alcançada, será de tal forma custosa e demorada que a demanda não se justifica. O desestímulo ao ingresso da demanda é fatal ao consumidor na busca pela efetivação de seus direitos: acaba impedida a ação na seara consumerista.

Neste sentido é a afirmação dos autores que declaram que o direito do consumidor por um lado envolve esforços para apoiar os consumidores em face dos fornecedores; por outro lado as dificuldades no acesso à justiça podem inviabilizar as demandas necessárias.

Assim, afirmam ainda os autores²⁴⁸:

É evidente uma tarefa difícil transformar esses direitos novos e muito importantes – para todas as sociedades – em vantagens concretas para as pessoas comuns. Supondo que havia vontade política de mobilizar os indivíduos para fazerem valer

²⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 29.

seus direitos – ou seja, que esses direitos sejam para valer – coloca-se a questão fundamental de como fazê-lo.

Vale ressaltar, entretanto, como bem advertem os autores, que atacar estas barreiras ao acesso à justiça não significa eliminar um por um. Os problemas são inter-relacionados e a mudança de um ponto pode afetar negativamente outro. O exemplo claro é a tentativa de reduzir as despesas do processo, eliminando a exigência de representação por advogado. Os litigantes de baixo nível educacional terão graves dificuldades na luta por seus direitos, e acabam prejudicados pela reforma que visava facilitar - principalmente ao se analisar o sucesso destas demandas.

Não apenas legislar direitos, portanto, mas criar mecanismos que garantam sua efetividade, como apontam os autores²⁴⁹:

O sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regras torna-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens.

É preciso concluir que o direito do consumidor exige novos mecanismos procedimentais que os tornem exeqüíveis. São as regras de procedimento que enchem de vida os direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos. Assim, declaram os autores:

²⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 26.

Preocupação crescente daqueles que tentam fazer da proteção ao consumidor uma realidade tem sido imaginar métodos que assegurem tanto quanto possível que esses direitos sejam garantidos de *facto*, tanto quanto de *jure*.

O ponto central é não perder de vista que o direito, enquanto instrumento de realização de justiça, além de ter como função primordial a decisão dos conflitos, é instrumento de mobilização social de segmentos vulneráveis. Assim é o movimento pela conquista e realização dos direitos do consumidor, uma vez que as relações de consumo se desenvolvem num ambiente de desequilíbrio²⁵⁰.

Ainda como afirmam os autores²⁵¹:

Os heróis de hoje não são mais, pois sim, os cavaleiros errantes da Idade Média, prontos a lutar sozinhos contra o prepotente em favor do fraco e inocente. Mas são, mais ainda, os Ralph Nader, são os Martin Luther King, são aqueles, isto sim, que sabem organizar seus planos de luta em grupo em defesa dos interesses difusos, coletivos meta-individuais, tornando a submeter as tradicionais estruturas individualísticas da tutela – entre as quais aquelas judiciais – às necessidades novas, típicas da moderna sociedade de massa.

Isto porque, para além de ser uma tutela coletiva, o direito do consumidor é fruto de um movimento histórico de pessoas e idéias lastreadas no patente desequilíbrio das relações de consumo²⁵², que marca sua tutela pelo sistema jurídico contemporâneo.

²⁵⁰ Esta idéia é a tônica da seara consumerista, tendo ensejado, dentre outros, o trabalho de pesquisa e análise de Josué Rios: RIOS, Josué. *A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social*. RJ: Maud, 1998. (Série Jurídica 6). Ver a introdução da obra - p. 5.

²⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 2, ano II, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

²⁵² Em relação ao desenvolvimento histórico do movimento consumerista, ver a análise desenvolvida na presente dissertação no Capítulo 1 - Introdução.

O momento atual, entretanto, é marcado não pela luta pelo reconhecimento dos direitos - até porque estes já estão “assegurados” pelo sistema jurídico – mas, principalmente, pela árdua luta de efetivação destes direitos. Em especial, aos instrumentos processuais necessários à sua efetividade²⁵³.

A importância da busca pela efetividade destes direitos é apontada por Josué Rios²⁵⁴:

As relações de consumo suscitam problemas que vão além de meros atos negociais/contratuais. Ultrapassam as relações consumidor-empresa – cenário mais visível da atuação dos consumidores. Finalmente, subjazem às relações de consumo valores/preocupações como segurança, bem-estar, qualidade de vida, em síntese, respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, deve-se encarar a defesa efetiva do consumidor como um movimento da cidadania. A luta e participação pelo direito a ter direitos, no prisma de que os interesses gerais dos consumidores integram os interesses sociais e coletivos, compõe dessa forma a esfera do público. Não de outra forma, preocupou-se a Constituição Federal em assegurar expressamente os direitos do consumidor, não apenas como princípio da ordem econômica, mas, e principalmente, como direito e garantia fundamental²⁵⁵.

253 Neste sentido, observar: ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça & efetividade do processo*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988; CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 2, ano II, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977; RIOS, Josué. *A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social*. RJ: Maud, 1998. (Série Jurídica 6); SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

²⁵⁴ RIOS, Josué. *A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social*. RJ: Maud, 1998. (Série Jurídica 6). p. 31.

²⁵⁵ Em relação ao regramento constitucional dos direitos do consumidor, ver a análise desenvolvida na presente dissertação no Capítulo 2 - A visão constitucional do direito do consumidor.

A problemática do acesso à justiça não deve se restringir apenas ao acesso aos órgãos do poder judiciário, uma vez que a questão não trata apenas de dar oportunidade para que o consumidor proponha sua pretensão em juízo, mas sim viabilizar um acesso à ordem jurídica justa, real e efetiva. Nesse aspecto, a adaptação do direito à realidade social e a criação de mecanismos de que garantam efetividade ao direito são imperativos que se impõem para a sobrevivência do Estado de Direito.

Assim, na teoria processual há que se refletir acerca da superação do conceito da igualdade com base nos princípios revolucionários e burgueses, que acarretam desigualdades reais. Não de outra forma é o entendimento de José Henrique Mouta Araújo²⁵⁶:

[...] a igualdade da época da revolução francesa, que tantas injustiças concretas produziu para a tomada, dentro da perspectiva de igualdade real, do conceito de igualdade substancial. Daí enfatizar-se a necessidade de reobservação da realidade, uma adaptação do processo para a sociedade de massa, com o objetivo de cumprir sua função social pacificadora.

Todavia, o maior esforço que a ciência do direito pode oferecer para assegurar os direitos é voltar-se, precipuamente, para a construção de meios necessários à sua realização nos Estados e, ainda, para o fortalecimento dos modos de acesso à justiça com vistas ao melhoramento e celeridade da prestação jurisdicional.

Assim é a afirmação de Carlos Alberto Menezes Direito²⁵⁷:

²⁵⁶ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça & efetividade do processo*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 18.

²⁵⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 3, nº 1, p. 111-117, jan./jun. 2002.

Não há possibilidade alguma de garantir direitos humanos, qualquer que seja a situação teórica que ocupem, se não estiver o estado aparelhado para oferecer respostas judiciais às demandas das pessoas humanas que clamam por justiça e para garantir o cumprimento dos julgados. E, diga-se sem medo, direitos elementares, capazes de assegurar a liberdade e a dignidade das pessoas humanas.

Apontando com acuidade as necessidades do acesso à justiça, Horácio Wanderlei Rodrigues afirma²⁵⁸:

Para que se possa falar em efetivo acesso à justiça, em seu sentido amplo, uma série de pressupostos têm de ser levados em consideração, sendo que apenas alguns deles dizem respeito ao direito processual. É necessária a existência:

- a) de um direito material legítimo e voltado à realização de justiça social;
- b) de uma administração estatal preocupada com a solução dos problemas sociais e com a plena realização do direito;
- c) de instrumentos processuais que permitam a efetividade do direito material, o pleno exercício da ação e da defesa e a plenitude da concretização da atividade jurisdicional;
- d) de um Poder Judiciário axiologicamente em sintonia com a sociedade na qual está inserido e adequadamente estruturado para atender às demandas que se lhe apresentam.

Assim, devem ser superados os óbices clássicos ou, como preferem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco²⁵⁹, “pontos sensíveis”, que afetam e podem comprometer a boa qualidade do produto final, para se chegar

²⁵⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 15.

²⁵⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 34.

a um processo de resultados, levando em conta que a jurisdição é um serviço público, pelo que deve ser prestado de forma efetiva. Nesse sentido, José Henrique Mouta Araújo²⁶⁰ afirma:

Pode-se até mesmo mencionar que o jurisdicionado é um consumidor, que tem direito de receber esse “produto final” sem qualquer tipo de vício. Contudo, não se pode furtar de afirmar que isso se trata de ideal, mas ainda distante do que se evidencia na prática.

Neste sentido, também é a opinião de Alexandre de Moraes²⁶¹, que afirma que a fundamental importância do consumidor deve partir do pressuposto de que este é o “consumidor de um dos serviços públicos mais essenciais – a prestação jurisdicional”. Daí a necessidade de maior celeridade processual.

A partir deste entendimento, tendo em mente que a expressa proteção constitucional do consumidor impõe a análise sistematizada de todos os princípios constitucionais na esfera da defesa do consumidor, assevera o autor:

[...] alcançamos a necessidade de interpretar nosso texto constitucional – em defesa do consumidor destinatário da prestação jurisdicional – a partir da interdependência e complementaridade dos princípios da celeridade processual e razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e da eficiência (CF, art. 37, caput), no sentido de garantir uma efetiva prestação jurisdicional, em razoável duração de tempo.

²⁶⁰ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça & efetividade do processo*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 42.

²⁶¹ MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. *Revista AASP*, São Paulo, n. 89, p. 2, dez. 2006.

O artigo 1º, inciso II da Constituição Federal afirma que a cidadania é um fundamento do Estado Democrático de Direito; devemos compreender o sentido desta norma jurídica. Significa dizer que exercício da atividade cidadã deve ser não apenas garantido, mas também fomentado pelo Estado.

Assim, a noção de "exercício da cidadania", baseado na consciência da dignidade humana, é posta pelo desenvolvimento da efetivação de direitos já garantidos pela ordem jurídica, e ainda em novas aspirações com vistas à consagração jurídica de novos direitos. O exercício da cidadania é uma prática emancipatória da pessoa humana.

Apesar da proteção constitucional e da legislação específica acerca dos direitos do consumidor, a realidade ainda é extremamente dura com o consumidor que busca a efetivação de seus direitos. Situação especialmente crítica em São Paulo, ressaltada por José Geraldo Brito Filomeno²⁶²:

Temos de reconhecer que o Estado de São Paulo, apesar de toda a pujança econômica, cultural e jurídica, em especial, e de seu pioneirismo na tutela oficial do consumidor, considerando-se que seu Procon, o mais antigo do país, iniciou suas atividades em 1976, e paradoxalmente, tem demonstrado manifestas lacunas em face dos mencionados instrumentos de tutela, bem como lastimáveis recuos.

Com efeito, ao lado do Estado de Santa Catarina, São Paulo era o único a não dispor de defensoria pública, que, ao menos em São Paulo, tem sido, até agora, exercitada pela desforçada Procuradoria de Assistência Judiciária, mas com quadros absolutamente insuficientes para o devido atendimento à população carente [...].

²⁶² FILOMENO, José Geraldo Brito. Perspectivas de modificação nas relações de consumo no Brasil: alteração legislativa – avanços ou retrocessos. *Revista AASP*, São Paulo, n. 89, p. 6, dez. 2006.

O mesmo se diga com relação a projeto de lei encaminhado àquela casa [Assembléia Legislativa do estado de São Paulo] a respeito da modificação da lei do fundo estadual dos interesses difusos e coletivos: por nós elaborado o respectivo anteprojeto, há cerca de nove anos.

Quanto às delegacias de polícia especializadas, lamentavelmente presenciamos o nascimento e a morte do Decon – Departamento Estadual de Polícia do Consumidor. [...]

Com efeito, no dia 15/3/1983 - data significativa, aliás, na defesa do consumidor, como se sabe -, o governador André Franco Montoro criou aquele departamento, estruturado em quatro divisões, sendo que uma delas se dedicaria especificamente à investigação de delitos contra a economia popular e a saúde pública. Cumpre salientar que nossa Promotoria de Justiça do Consumidor foi criada na mesma época, em junho de 1983, e trabalhávamos em muito boa sintonia com o Decon. Pois bem: em 1999, de uma só penada, foi ele extinto. Alegação do Sr. Secretário da Segurança Pública da época: reclamações de corrupção. Ora, em vez de se eliminarem “as maçãs podres” do jacá, jogou-se todo ele fora! [...]

Por força da Lei Estadual Complementar nº 762, de 30/9/1994, inspirada em estudos dos eminentes Desembargadores Waldemar Mariz de Oliveira Jr., Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e da Professora Ada Pellegrini Grinover, haviam sido criadas cinco Varas de Relações de Consumo e Demandas Coletivas, com competência para as ações disciplinadas pelas Leis nºs 7.347/85, 7.853/89 e assemelhadas, assim distribuídas: a) uma no Foro Central; b) outra no Foro Regional I – Santana; c) a terceira no Foro Regional II – Santo Amaro; d) outra no Foro Regional IV – Lapa; e) e, finalmente, uma quinta, no Foro Regional VI – Penha de França. Mediante nova reforma judiciária, entretanto, operada em 2000, referidas varas especializadas foram transformadas em varas cíveis comuns.

Ante esta situação de quase abandono do consumidor e movimento de ré dos organismos públicos na defesa efetiva do consumidor, assevera o autor²⁶³:

O que falta, isto sim, é um maior empenho dos próprios órgãos públicos e entidades não-governamentais no sentido de efetivamente fazerem funcionar o sistema nacional de relações de consumo. Ao lado disso, ou seja, da efetiva implementação do código do consumidor no Brasil, é mister a implementação, em nível nacional, da educação para o consumo, tarefa essa ora feita esparsamente por algumas unidades da Federação e municípios.

Entretanto, fundamental é destacar que, apesar da difundida noção de que a fugaz edição de leis resolve todo e qualquer problema na ordem social, tal noção é absolutamente falsa. Esta concepção, em verdade, prova quão rasa é a visão do legislador acerca da sociedade e de seus problemas e anseios, bem como acaba por minar a importância do processo legislativo.

A produção desenfreada de leis torna o ordenamento jurídico caótico, contemplando-o desnecessariamente de inúmeras contradições e tornando-o indecifrável aos olhos do cidadão comum. Ainda pior é o fato de que, ao invés de aprimorar a efetividade do direito, acaba tornando a questão mais complicada, porque via de regra a prospecção de novos direitos nem sempre se faz acompanhar de mecanismos de sua efetivação, principalmente tendo em vista a ausência de aparato estatal para cumprir os ditames legais.

Apesar da insistência, vale ressaltar que grandes são as dificuldades no lento processo de efetivar os direitos legislados aos consumidores - assim como não se resolve a

²⁶³ FILOMENO, José Geraldo Brito. Perspectivas de modificação nas relações de consumo no Brasil: alteração legislativa – avanços ou retrocessos. *Revista AASP*, São Paulo, n. 89, p. 6, dez. 2006.

questão da efetividade apenas com advogados e “boas intenções” – exigem-se novos mecanismos procedimentais que tornem tais direitos exeqüíveis.

É preciso apreender que a verdadeira “capacidade processual” não é o conceito irreal, amplamente difundido entre os processualistas, da simples constatação cronológica de que “basta ser capaz para os atos da vida civil” para o exercício pleno de direitos. A genuína capacidade processual está visceralmente ligada às condições econômicas e educacionais.

Para além da dificuldade em fazer valer seus direitos legislados, há que se refletir também sobre a questão do próprio reconhecimento da existência do direito. Este fato fomenta sobremaneira a própria caducidade do direito legislado. Em sociedades marcadas pelo abismo nos níveis de desigualdade social e gritantes defasagens educacionais, mostra-se preocupante a dificuldade do cidadão de reconhecer um direito juridicamente protegido.

Assim, ainda que entidades consumeristas, governos, escolas, universidades e outros atores sociais se ocupem com a divulgação dos direitos do consumidor, a dificuldade em acessar os diferentes públicos é presença constante nesta tarefa. Daí a necessidade de mobilizar a sociedade para que desperte de seu sono confortável e acione o Judiciário para demandar seus direitos.

Procedimentos processuais complexos, demasiadamente burocráticos e ininteligíveis aos olhos do cidadão comum, o formalismo despropositado da ritualística jurídica convencional e o ambiente intimidador dos fóruns e tribunais são elementos robustos na contenção do acesso ao poder judiciário. Sem eufemismos, é preciso afirmar que o cidadão mais humilde sente-se intimidado diante de determinadas formas de manifestação do “poder”.

Desnecessário afirmar que determinadas medidas para superação das barreiras no acesso à justiça podem ser muito boas no papel, mas, em determinadas facetas, revelam-se trágicas na prática e acabam criando outros problemas. A problemática inerente ao acesso à justiça e ao conhecimento do direito pelas massas populacionais incultas é mais complexa do que uma superficial observação sobre o tema pode aparentar.

Veja-se, por exemplo, o caso já mencionado da não obrigatoriedade da figura do advogado em certas instâncias judiciais. Se isto, por um lado, diminui as despesas processuais, em outro giro pode representar uma dificuldade ainda maior nos mecanismos do processo, em decorrência da falta de assistência de um “intérprete” de todo o ritual processual.

Dessa forma, não se pode perder de vista que as dificuldades no acesso à justiça fazem-se presentes com mais rigor àqueles indivíduos pobres e não agrupados coletivamente em juízo, tendo em vista os indevidos privilégios dos atores mais fortes, litigantes organizados, com destacado capital financeiro e boas possibilidades de utilizar a malha da justiça convencional para perpetuação de seus interesses.

Para estas questões das barreiras ao acesso à justiça, uma provável solução seria a organização da tutela coletiva destes interesses e direitos. Para tanto, todavia, o tecido social precisa de organização e colaboração para além de interesses individuais, para o que nossa sociedade parece ainda não estar totalmente pronta e disposta.

Por outro lado, o indisfarçável enfraquecimento da legitimação do Estado, enquanto organização de poder emanada do povo, o descrédito e o desrespeito às suas instituições, são

resultados da sua incapacidade em garantir aos cidadãos subsistência digna. Subsistência que deveria provir inclusive da eficiente prestação da atividade jurisdicional, objetivando, ao mesmo tempo, a prevenção e a solução de forma eficaz dos conflitos sociais. Sabido que o Estado não promove adequada prestação, o resultado visível é a instabilidade do sistema jurídico, a ponto de comprometer a própria democracia.

Estes aspectos promovem a reflexão sobre as causas das crises de eficiência e de identidade enfrentadas pelo Poder Judiciário brasileiro. Na afirmação de William Lopes da Fonseca²⁶⁴:

O Judiciário não pode ficar imune às críticas que convergem sobre as instituições políticas ou isolado do debate sobre a reforma do Estado: deve-se discutir se pode ele exercer satisfatoriamente suas funções sociais, se ele atende aos projetos da sociedade moderna. O Judiciário desempenha a “função garantidora dos direitos”. E, sem que se confunda o exame do impacto da presença de novos atores na arena judicial com fazer apologia dos movimentos sociais, a Justiça deve dar maior atenção a esse fenômeno ao administrar os conflitos e problemas institucionais do Estado chamado “pós-social”. Isso, por outro lado, representaria um resgate dos direitos fundamentais como valores intrínsecos do ordenamento e fonte privilegiada de legitimação política do Estado e do Judiciário.

Assim, concluindo que a crise do judiciário é insuflada pela própria crise do Estado, parece que devem o consumidor, as associações e a sociedade como um todo, passar a um novo movimento, tais quais os pioneiros na defesa do consumidor. Um movimento de

²⁶⁴ FONSECA, William Lopes da. As dificuldades do exercício pelo Poder Judiciário das suas funções sociais: as crises de finalidade e de eficiência. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 3, nº 1, p. 27-41, jan./jun. 2002.

reivindicação, de luta pela garantia de regulamentação dos direitos processuais e instrumentais à efetiva de seus direitos substantivos.

Tendo-se em vista que a mera existência de direitos substantivos não regula de forma plena as relações, é inviável a postura apática de aguardar pela implementação destes direitos, a via é a da luta por estes direitos. Tal qual Ralph Nader e tantos outros que com seu trabalho árduo e de capital importância, colocaram na pauta das reivindicações sociais o resguardo de direitos - deve-se agora passar à reivindicação da garantia destes direitos.

Para tanto, é de suma importância que o Estado:

- a) garanta o exercício da cidadania através da criação legislativa e de políticas públicas, que efetivem o fundamento do art. 1º, II da CF na defesa dos direitos fundamentais;
- b) incentive a participação das pessoas em particular e, principalmente, dos grupos organizados na sociedade através da criação legislativa e de políticas públicas que possibilitem o surgimento de mecanismos ou espaços públicos de participação junto ao Estado.

Dessa forma, concluímos com as palavras de Norberto Bobbio²⁶⁵:

[...] o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los e sim o de protegê-los. [...] Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mais jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua

²⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 19. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 25 e ss.

natureza e seu funcionamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

O autor aponta ainda as questões envolvidas neste caminho de efetivação dos direitos, sem se despreocupar com o necessário desenvolvimento do ordenamento jurídico para que seja capaz de desenvolver mecanismos de efetivação destes direitos. Estabelece a diferenciação entre atividades de promoção, controle e garantia, concluindo que a promoção e o controle estão relativamente bem delineados e desenvolvidos. Daí jogar luzes na garantia destes direitos.

Entende como atividade de “garantia” em sentido estrito, uma autêntica tutela jurisdicional, superando a atual atividade jurisdicional que se apresenta infrutífera na questão da efetividade do direito.

Assim afirma o autor²⁶⁶:

Não preciso aduzir que, para protegê-los, não basta proclamá-los. [...] O problema real que temos que enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção destes direitos. [...] Nos encontramos numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres mas têm os olhos vendados.

²⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 19. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 40 e ss.

A partir daí, apresenta sua conclusão:

Além das dificuldades jurídico-políticas, a tutela dos direitos vai de encontro a dificuldades inerentes ao próprio conteúdo dos direitos. Causa espanto que, de modo geral haja pouca preocupação com esse tipo de dificuldade. Dado que a maior parte desses direitos são agora aceitos pelo senso moral comum, crê-se que o seu exercício seja igualmente simples. Mas, ao contrário, é terrivelmente complicado. [...] Não devemos ser pessimistas a ponto de nos abandonarmos ao desespero, mas também não devemos ser tão otimistas que nos tornemos presunçosos.

Enfim, não se pode perder de vista que a luta pela declaração dos direitos dos consumidores é uma luta vencida, ao menos em termos de promulgação de leis. O passo seguinte desta batalha é refletir, desenvolver, criar e estabelecer mecanismos de efetiva proteção aos direitos legislados.

Entretanto, como se verá a seguir, não se pretende apresentar a inversão do ônus da prova como este mecanismo de efetivação de direitos Primeiro, porque não o é; segundo, porque é insuficiente para a solução das dificuldades apresentadas – basta perceber que a inversão do ônus da prova pressupõe a existência de uma demanda e, como exposto, tais dificuldades são anteriores à própria existência da demanda.

Na verdade, toda a digressão aqui realizada tem por objetivo equilibrar a discussão presente na ciência processual, tão calcada nos princípios da igualdade clássica e no ônus de provar a alegação – o que muitas vezes se reveste de um fardo, quase mesmo um castigo, àquele impossibilitado de provar seu direito. O objetivo primeiro é permear as conclusões vindouras na realidade e na prática da efetivação dos direitos.

7. CONCLUSÃO.

Analisada a inversão do ônus da prova sob diversos prismas, parte-se agora para as conclusões baseadas nas discussões e análises apontadas. E tendo em vista a influência do consumo na formação da cidadania de uma sociedade, não se podendo perder de vista que estão indissolúveis as noções de consumidor e cidadão. Por isso, os pertinentes questionamentos do cidadão agora reverberam na seara consumerista. Discute-se quais são os direitos dos consumidores, como ter acesso às informações sobre estes direitos, quais instituições tutelam estes direitos, quais as maneiras para defender estes e, fundamentalmente, existem mecanismos de proteção e efetivação destes direitos.

É necessário reafirmar: um cidadão pleno e ativo, no sentido de que cidadania deve ser algo mais que o mero exercício de direitos reconhecidos em lei, mas também a prática social e cultural, tão especiais ao desenvolvimento da plena cidadania, deve ser compromissado e atuar efetivamente pela luta pela reforma e modernização do Estado e do sistema jurídico.

Nesse sentido, devem ser lembrados como exemplo os grupos de defesa do consumidor liderados Ralph Nader – caracterizados por sua atuação num contexto pouco inspirador: ausência de legislação que assegurasse direitos expressos ao consumidor, num

momento econômico fortemente marcado por ideais liberais. Mesmo assim, o resultado positivo destas ações é percebido ainda hoje. Urge dar sentido vivo à expressão “cidadão-consumidor”.

A cidadania não resvala tão somente na estrutura formal de uma sociedade, de seu sistema jurídico, para além disso, deve inspirar a luta pelo reconhecimento de outros direitos ainda não legislados.

É nesse sentido que se deve encarar a defesa efetiva do consumidor: como um movimento de cidadania. Não obstante o conceito técnico, consumidores somos todos. Nas relações de consumo é a voz do consumidor que se faz menos presente e respeitada. No mercado, é o elo mais fraco de uma cadeia que não deve ter elos mais fortes que os mais fracos. Ou retomando os conceitos técnicos, o consumidor tem acentuada vulnerabilidade frente ao fornecedor.

Assim, o desejo de realização do "exercício da cidadania", não pode se afastar da efetivação de direitos já legislados. Deve, ainda, inspirar novos regramentos logrando a legislação e efetivação de novos direitos. O exercício da cidadania é uma prática que permite a emancipação do consumidor.

Outra não é a preocupação de nossos tempos: legislado o direito, cabe ao cidadão e à ordem jurídica, que se pretende democrática, porque preocupada com a justiça social, resolverem a dificuldade cotidiana de efetivação destes direitos. Empreendido o movimento pela conquista de direitos do cidadão-consumidor, superado em nosso tempo pelos

movimentos sociais e suas conquistas, resta ao campo de batalha a discussão pela instauração de mecanismos que efetivem estes direitos.

Nosso tempo é o de criar instrumentos para a plena realização de direitos - pelo menos na seara consumerista, dada a proficiência de nossa legislação, realidade, infelizmente, que ainda não é a marca de outros direitos necessários à cidadania plena que se almeja. Criar instrumental que evite a agressão corriqueira, não obstante a garantia formal da lei, permitindo que o titular de tais direitos os exerçam permanentemente, não apenas em casos de agressões graves.

A efetivação do direito formal, não obstante muitos outros itens possíveis e importantes, viabiliza-se pelo acesso à justiça. Nesse sentido, é o clamor pela reinterpretação da teoria processualística. Basta do modelo processual liberal, pelo qual partes iguais entre si, em igualdade de condições, litigam um direito de iguais, num processo que se diz justo, baseado em falsas igualdades. A realidade é outra. Na seara do consumidor, de tal sorte é a desigualdade real, que é ela que dá motivação ao regramento legal.

O aprimoramento da teoria processual e do próprio processo, passa obrigatoriamente pelo aprimoramento do jurista. É obrigatório que o jurista se aperceba que o processo, muito mais que situações hipotéticas de “Caio” e “Tício”, precisa servir à realização de justiça para o cidadão, individual e coletivamente. O ponto central é não perder de vista que o processo, enquanto meio de realização de justiça, é instrumento de mobilização social também de segmentos sociais vulneráveis, como os consumidores.

Pretende-se, e mesmo é necessário, repelir a noção de processo como mera tradução formal de prerrogativas também formais do cidadão. Deve ser o processo, ao contrário, o ferramental de efetividade destas garantias. Para tanto, clama-se pelos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, todos de pertença ao sistema político-constitucional. Quer-se afastar toda e qualquer possibilidade de denegação de justiça e/ou violação de direito. Chega-se, com a aplicação viva destes princípios, ao sistema da efetividade do processo, respeitando seu caráter instrumental a serviço da justiça.

Esta preocupação marca a Constituição Federal de 1988. Basta lembrar que a carta política, ao legislar sobre a defesa do consumidor, deu importância capital ao tema, determinado a defesa do consumidor como Direito e Garantia Fundamental e erigindo a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica. Assim, fica a defesa do consumidor emparelhada com princípios basilares para o modelo político e econômico brasileiro, como o da soberania nacional, da propriedade privada, da livre concorrência, no que registrada a defesa do consumidor como direito constitucionalmente tutelado.

No mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, assumiu a inadiável decisão política de reconhecer expressamente a desigualdade existente entre os agentes da relação de consumo. Cravou a inegável vulnerabilidade do consumidor como princípio da política nacional de consumo, que 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.

Resta lembra ainda que as normas do CDC são de ordem pública e interesse social, que na prática determina ao juiz conhecer de ofício toda questão relativa às relações de consumo. Ressalta-se ainda que resta afastado, por decorrência lógica, o princípio dispositivo, aplicando-se compulsoriamente o princípio inquisitivo, importando na participação ativa do juiz na aplicação das regras dispostas no código do consumo.

Com a correta aplicação de todos esses princípios, resolvem-se todas as complexas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Assim, partindo da premissa verdadeira de que nas relações de consumo, via de regra, é o consumidor a parte vulnerável – premissa reconhecida expressamente pela lei – e sendo direito do consumidor a facilitação de sua defesa em juízo, a inversão do ônus da prova deve ser decretada de ofício pelo magistrado, estando presente um dos requisitos legalmente estabelecidos para tanto.

Afirma-se que a facilitação da defesa do consumidor não deve importar na obstrução da defesa do fornecedor. O ideal que a lei persegue é o reequilíbrio da relação de consumo, marcada que é pela posição dominante do fornecedor, sem pretender lançar mão de um desequilíbrio em favor do consumidor. A desvantagem do consumidor não se substitui pela desvantagem do fornecedor. Não num sistema processual que objetiva a realização de justiça.

Nesse contexto, outra não pode ser a conclusão de que o momento oportuno para a inversão do ônus da prova é a fase de instrução do processo, até o despacho saneador. Este é o momento processual no qual, com base nas alegações feitas por consumidor e fornecedor, o juiz pode se convencer claramente da verossimilhança das alegações do consumidor e de sua

hipossuficiência e, se invertido o ônus da prova, permitir ao fornecedor, a produção de sua defesa.

A questão sobre as custas da produção da prova, no caso de inversão, já está pacificada no Superior Tribunal de Justiça. O entendimento dominante determina que o fornecedor não está obrigado a adiantar ou arcar com as custas da produção de provas requeridas pelo consumidor. Todavia, se o fornecedor não arcar com as custas, fica sujeito aos efeitos processuais de sua não produção.

8. BIBLIOGRAFIA

A HISTÓRIA da defesa do consumidor no Brasil: 1975-2000. Porto Alegre: Nova, 2001.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O acesso do consumidor à justiça no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 16, p. 22-28, out./dez. 1995.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Direitos do consumidor na jurisprudência do STJ*. Disponível na Biblioteca Jurídica Virtual do STJ: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1839>>. Acesso em: 11 jan. 2007 às 14:39.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça & efetividade do processo*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Campinas: Servanda, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 19. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 7, p. 1001-118, jul./set. 1993.

BRANDÃO, Adelino. *Os direitos humanos – antologia de textos históricos*. São Paulo: Landy, 2001.

BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 7. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico - aplicação e eficácia*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos conflitos multiculturais da globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 2, ano II, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Trad. Lisa Pary Scarpa. Apend. de Giacomo P. Augenti. Campinas: Bookseller, 2005.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. II.. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

CIRIGLIANO, Raphael. *Prova civil: legislação, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. adap. e anot. ao Código de Processo Civil de 1973 por Mauro Fichtner Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

COMPARATO, Fabio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1998. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXIX (nova série), n. 80, p. 66-75, out./dez. 1990.

CUNHA, Belinda Pereira da. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: necessidade da inversão prévia em face das liminares de antecipação de tutela. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 46, p. 311-323, abr./jun. 2003.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor – aspectos práticos, perguntas e respostas*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 3, nº 1, p. 111-117, jan./jun. 2002.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. (Biblioteca de Direito do Consumidor – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – vol. 7.).

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. A inversão do ônus da prova nos processos que envolvem relação de consumo: regra de comportamento ou critério de julgamento? *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 45, p. 31-46, dez. 2006.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. ver. São Paulo: Saraiva: 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Perspectivas de modificação nas relações de consumo no Brasil: alteração legislativa: avanços ou retrocessos. *Revista AASP*, São Paulo, n. 89, p. 6, dez. 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco et al. *Direito processual ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 139 e ss.

FONSECA, William Lopes da. As dificuldades do exercício pelo Poder Judiciário das suas funções sociais: as crises de finalidade e de eficiência. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 3, nº 1, p. 27-41, jan./jun. 2002.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41, abr./jun. 1995.

GAULIA, Cristina Tereza. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 40, p. 76-92, out./dez. 2001. p. 87.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 2. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998. p. 111.

HÜBNER, Maria Martha. *Guia para elaboração de monografias e projetos de dissertação de mestrado e doutorado*. Janice Yunes (rev.). 1. ed. 4. reimpr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, Mackenzie, 2002.

JACYNTHO, Patrícia Helena de Ávila; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *A proteção contratual ao consumidor no Mercosul*. Campinas, Interlex, 2001.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 47, p. 200-231, jul./set. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2201>>. Acesso em: 09 jan. 2007 às 11:23.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Millennium, 2003.

MARQUES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, p. 63-69, jul./set. 1999.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 161-169, jul./set. 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006.

MELLO, Sônia Maria Vieira de. *O direito do consumidor na era da globalização: A descoberta da cidadania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. (Biblioteca de teses).

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 3. ed. ver. e aumentada. Sergio Bermudes (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. *Revista AASP*, São Paulo, n. 89, p. 2, dez. 2006.

MOREIRA Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil anotado e legislação processual civil em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 200/221, jan./mar. 1992.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999.

PAULA, Adriano Perácio. *Direito processual do consumo: do processo civil nas relações de consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Manole, 2003.

PEDRASSI, Cláudio Augusto. O ônus da prova e o art. 6º, VIII do CDC (Lei nº 8.078/90). *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 2, p. 47-77, jul./dez. 2001.

REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REZENDE FILHO, Gabriel. *Direito processual civil*. vol. II. São Paulo: Saraiva, 1945.

RIOS, Josué. *A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social*. RJ: Maud, 1998. (Série Jurídica 6).

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *A empresa e o Código de Defesa do Consumidor*. SP: Artpress, 1991. (Coleção Ombudsmanpress – vol. 2).

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Saraiva, 2000.

_____. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. ver., modif. e atual. São Paulo, Saraiva, 2005.

_____. *Manual da monografia jurídica*. 4. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 15.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 002.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTOS, Ernane Fidélis. O ônus da prova no código do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 47, p. 269-279, jul./set. 2003. p. 277.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. vol. 2. ed. rev. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 22. ed. rev. e ampl. de acordo com ABNT. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Américo Luiz Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

SILVA, César Antonio da. *Ônus e qualidade da prova cível*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1987.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Tutela penal dos interesses difusos e coletivos*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Aprimoramento do Processo Civil como Garantia da Cidadania. *In: As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE. *Apresentação de trabalhos acadêmicos: guia para alunos da Universidade Presbiteriana Mackenzie*. 3. ed. São Paulo: Mackenzie, 2004.

WADA, Ricardo Morishita (coord.). *A defesa do consumidor na América Latina: Atlas geopolítico*. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/DPDC/servicos/publicacoes/atlas_mercosul.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2007 às 14:57.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord). *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os direitos básicos do consumidor – uma contribuição. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, p. 248-256, abr./jun. 1994.