

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Thanile Bublitz Vargas

MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À INVERSÃO DO  
ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR  
BRASILEIRO

Passo Fundo  
2011

Thanile Bublitz Vargas

MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À INVERSÃO DO  
ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR  
BRASILEIRO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho.

Passo Fundo  
2011

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela vida que se renova a cada obstáculo,  
e a cada sonho que se concretiza.

Ao Professor orientador Dr. Liton, pelo apoio  
e orientação na realização da pesquisa.

À minha irmã Thaianne,  
pelos conhecimentos compartilhados.

Ao meu namorado Douglas,  
pela compreensão e carinho.

A todos que de alguma forma  
contribuíram para este trabalho.

## **RESUMO**

O Direito do Consumidor é ramo relativamente novo no Direito Brasileiro, sendo determinado pelo CDC, e visa regular as relações de consumo. No entanto, quando há conflito entre consumidor e fornecedor, levado a juízo, poderá ser aplicada a previsão do artigo 6º, VIII, da Lei n. 8078/90, Código de Defesa do Consumidor. Este artigo possibilita que o juiz inverta o ônus probatório, em favor do consumidor, com base na verossimilhança de suas alegações ou na sua hipossuficiência, diante do fornecedor. O presente trabalho busca definir qual o momento processual adequado para esta inversão, respeitadas as garantias constitucionais.

Palavras-chave: Consumidor. Hipossuficiência. Prova. Verossimilhança.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADCT: Ato das Disposições Constituições Transitórias

Art.: Artigo

CC: Código Civil

CDC: Código de Proteção e Defesa do Consumidor

CF: Constituição Federal de 1988

CPC: Código de Processo Civil

STJ: Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1 MOVIMENTO CONSUMERISTA E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES</b> .....	8
1.1 Histórico do Movimento Consumerista .....	8
1.2 O Direito do Consumidor no Brasil .....	14
1.3 O Código de Proteção e Defesa do Consumidor .....	20
<b>2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DO CONSUMIDOR</b> .....	29
2.1 Conceito de Princípio .....	29
2.2 Princípios Constitucionais .....	33
2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	33
2.2.2 Princípio da Igualdade (não-discriminação) .....	34
2.2.3 Princípio da Autonomia Privada (liberdade) .....	35
2.2.4 Princípio da Justiça Contratual .....	36
2.2.5 Princípio da Função Social do Contrato .....	37
2.2.6 Princípio da Boa-Fé Objetiva .....	37
2.2.7 Princípio da Razoabilidade .....	41
2.2.8 Princípio da Proporcionalidade .....	41
2.2.9 Princípio da Substituição Automática das Cláusulas Contratuais .....	42
2.3 Princípios do Código de Proteção e Defesa do Consumidor .....	42
2.3.1 Princípios da Vulnerabilidade e da Proteção .....	42
2.3.2 Princípios da Repressão Eficiente aos Abusos .....	45
2.3.3 Princípio da Harmonia do Mercado de Consumo .....	46
<b>3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO</b> .....	48
3.1 A Prova no Direito Processual Civil Brasileiro .....	48
3.2 A Inversão do Ônus da Prova .....	54
3.3 Momento Processual Adequado à Inversão do Ônus da Prova no Direito do Consumidor Brasileiro .....	59
3.4 Aplicação Jurisprudencial .....	68
<b>CONCLUSÃO</b> .....	70
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	72

## INTRODUÇÃO

Nos primórdios da sociedade humana não havia o consumo, as pessoas viviam em grupos, onde produziam seus próprios alimentos. Com o passar do tempo, esses grupos evoluíram e passaram a realizar trocas, essencialmente de alimentos. Mais tarde, foi incorporada a moeda a essas trocas, era o início das relações de comércio.

Naturalmente, o comércio de mercadorias passou a crescer, cada vez mais rápido, até chegar a sociedade de consumo atual. No entanto, o consumo atual teve como marco histórico a Revolução Industrial. A partir dela, as pessoas tiveram acesso a uma variedade de produtos prontos, como roupas, móveis, entre outros, com uma facilidade nunca antes vista. Diante dessa sociedade que se solidificou, tornou-se necessária a criação de normas que viessem regulamentar as relações de consumo. Surgiu então a figura do consumidor, não mais cliente, comprador, ou contratante.

Após muita discussão sobre o tema, em 1988, no Brasil, foi promulgada a Constituição Federal que determina que o Estado deve promover a defesa do consumidor. Em decorrência, foi criada a Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, trazendo muitas definições, entre elas, o conceito de consumidor e de fornecedor, e, ainda, enumerando uma série de direitos básicos do consumidor. O CDC foi criado para regular a relação de consumo, porém, ela também será regulada pelos princípios que lhe dão suporte. Estes princípios, por sua função integrativa, interpretativa e limitadora, nortearão a aplicação da normas do CDC, e ainda, na fase processual nortearão a produção das provas.

Entre os direitos previstos no CDC figura a possibilidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, nas demandas judiciais, em que o consumidor esteja presente. A inversão do ônus da prova é exceção à regra processual, inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, para facilitar a defesa do consumidor em juízo. Nas ações relativas ao Direito do Consumidor, onde estejam presentes os requisitos autorizadores, surge a dúvida de qual seria o momento adequado para a inversão deste encargo. O objetivo deste estudo é analisar qual é o momento processual adequado para que seja operada a inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista brasileira.

A pesquisa foi realizada através do método dedutivo, a partir de conceitos gerais e amplos, para, posteriormente abordar conceitos específicos, e posições doutrinárias mais complexas. Foi utilizada pesquisa histórico-bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. A

fonte histórico-bibliográfica é importante para análise da evolução do direito consumerista, a fonte doutrinária para demonstrar os diferentes entendimentos relacionados ao assunto, e a fonte jurisprudencial para verificar a aplicação do instituto da inversão no direito brasileiro atual.

A escolha do tema surgiu em virtude de vários fatores, mas o principal deles é o contato diário com consumidores, e suas frustrações, junto ao Juizado Especial Cível. A procura dos consumidores pelo Juizado vem aumentando a cada dia, principalmente em cidades onde não existe PROCON para orientar e auxiliar os consumidores.

As empresas, recorrentemente, desrespeitam os direitos dos consumidores. Isso ocorre de muitas formas, mas principalmente pela falta de informação, por exemplo, quando a empresa não informa o consumidor das características de um produto ou serviço. Esta falta de informação é o fator que muitas vezes prejudica o consumidor em juízo, por não ter meios de provar os fatos alegados.

Neste cenário, de uma sociedade globalizada e massificada, cheia de desigualdades, é que surge com extrema importância o instituto previsto no art. 6º, VIII, do CDC, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Através deste, e de outros institutos, busca-se o equilíbrio da relação de consumo, onde a desigualdade é flagrante.

No caso de inversão do ônus probatório é alterada a regra geral de julgamento, o que traz muitos efeitos na área processual. A análise da prova e de toda a situação envolvida na lide é alterada pelo instituto. Por isso, a definição do momento da inversão torna-se importante, principalmente, para que haja a efetiva facilitação da defesa do consumidor, elevada ao nível constitucional.

## **1 MOVIMENTO CONSUMERISTA E O SURGIMENTO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES**

A sociedade atual vive um momento de ápice do desenvolvimento produtivo e tecnológico, inimaginável cerca de 150 anos atrás. Hoje, não há como imaginar uma pessoa que passe um dia da sua vida sem comprar, ao menos, um produto. A evolução do consumo nos últimos tempos ocorreu de forma extraordinária, e as normas jurídicas precisaram se adequar a estas mudanças. Para entender esta transformação, é importante destacar como ocorreu a evolução do movimento consumerista.

O marco histórico para o surgimento do Direito do Consumidor foi a Revolução Industrial. Antes dela não se podia falar em consumo propriamente dito, pois a produção era essencialmente artesanal. No entanto, em diferentes povos, existem registros antigos de normas que buscavam proteger as pessoas, relativamente aos produtos e serviços existentes. Essa preocupação contribuiu para o posterior surgimento do Direito do Consumidor.

### **1.1 Histórico do Movimento Consumerista**

Antigamente, não existiam previsões claras sobre o consumo, mas alguns povos trouxeram em suas leis previsões mencionando produtos ou serviços. Essas leis contribuíram para o que, posteriormente, viria a ser o direito do consumidor.

Na legislação mosaica, nem sempre os textos exprimiam com exatidão a lei primitiva, mas Moisés consignou no Deuteronômio previsões acerca de pesos e medidas corretos. No Código de Hamurabi podem ser encontradas previsões semelhantes, como por exemplo, no Capítulo VI, onde consta que a taverneira que vender bebida por preço extorsivo será punida. Destacam-se, também, os artigos 229 e 233, que mencionam a responsabilidade do arquiteto relativamente à casa que construir, reparando os defeitos; e o artigo 235, sobre a responsabilidade do bateleiro, caso o barco apresente defeitos no período de um ano. (ALTAVILA, 2001, p. 30-54)

Muito distantes do cenário atual, estas normas eram as existentes para repressão aos fraudadores da época, revelando que já existia certa preocupação do governo, quanto ao comércio e a correção das medidas, e ainda quanto à responsabilização dos profissionais

relativamente aos serviços prestados. Demonstram, ainda que de forma incipiente o reconhecimento de que existe uma parte em clara desvantagem, que necessita de proteção.

No Código de Manu existiam previsões acerca dos crimes contra a economia popular, punindo os que alteram os preços e vendem mercadorias deterioradas. (ALTAVILA, 2001, p.81) A legislação indiana nesse aspecto era incisiva, já adotava medidas visando proteger e preservar as relações de comércio, com punições essencialmente pessoais.

No Império Romano, destacavam-se as práticas de controle de abastecimento de produtos, e o congelamento de preços, em vista da imensidão territorial, gerado em grande parte pelo déficit do tesouro imperial na manutenção das hostes da ocupação. Já na Europa medieval, notadamente na França e na Espanha, previam-se penas vexatórias para os adulteradores de substâncias alimentícias, sobretudo a manteiga e o vinho. (FILOMENO, 2007b, p. 3)

O Império Romano possuía uma imensa extensão territorial, fazendo com que o controle das práticas comerciais fosse ainda mais difícil. No entanto, tais medidas foram importantes para manter o abastecimento da população, e o equilíbrio do comércio em toda a extensão do império, evitando revoltas. Ainda que indiretamente, essas regras esparsas buscavam proteger os cidadãos contra os abusos cometidos pelos comerciantes. A obtenção do lucro era o objetivo, sem qualquer preocupação com as conseqüências que os produtos poderiam causar aos consumidores.

Conforme Gama

As leis civis, comerciais e penais sempre tiveram capítulos interessantes com vistas a limitar abusos ou a impedir as difusões de bens e serviços capazes de causar mal ou prejudicar as pessoas. Quase todas as normas estiveram ligadas aos aspectos das formações ou deturpações artificiosas dos mercados, da moralidade dos negócios ou das proteções – individuais ou coletivas – das incolumidades dos corpos ou da saúde das pessoas. (1999, p.8)

Foram os primeiros passos no sentido do reconhecimento de que existe uma parte em desvantagem nas relações de comércio. Os conceitos de consumidor e de fornecedor ainda estavam muito longe de serem vislumbrados, porém, os governos já reprovavam exageros por parte dos comerciantes. Uma evolução foi ocorrendo lentamente, até chegar ao século XVIII.

O ponto histórico de maior relevância, para os direitos dos consumidores, foi indiscutivelmente a Revolução Industrial. Ocorreram mudanças substanciais no processo

produtivo, mudanças que causaram grande impacto econômico e social. Esse processo de industrialização e expansão tecnológica iniciou na Inglaterra na metade do século XVIII e, posteriormente, expandiu-se pelo mundo.

O contexto social desta evolução é bem definido por Marcelo Kokke Gomes:

Anteriormente à Revolução Industrial, as relações eram marcadas pela pessoalidade, a produção era artesanal, o lugar de trabalho e a casa do trabalhador por vezes se confundiam, as relações de produção e comercialização ocorriam em grande parte na mesma região. A Revolução Industrial altera esses fatos. (2001, p. 22)

A sociedade, até então, vivia essencialmente da agricultura, a atividade produtiva era artesanal, e as relações de comércio eram locais. Rapidamente, o mundo viu as máquinas tomando o lugar dos homens. Tamanho foi o impacto das mudanças tecnológicas, que este conjunto de mudanças foi chamado de revolução. Essa revolução ocorreu por uma série de fatores, como o desejo de produzir bens a baixo custo, obtendo maior lucro, e a possibilidade de produzir bens em larga escala, atingindo uma quantidade maior de pessoas.

Neste sentido, explica Nunes que:

Com o crescimento populacional nas metrópoles, que gerava aumento de demanda e, portanto, uma possibilidade de aumento da oferta, a indústria em geral passou a querer produzir mais, para vender para mais pessoas (o que era e é legítimo). Passou-se então a pensar num modelo capaz de entregar, para um maior número de pessoas, mais produtos e serviços. Para isso, criou-se a chamada produção em série, a “standartização” da produção, a homogeneização da produção. (2004, p.3)

Neste cenário, de uma sociedade baseada na manufatura, a produção em larga escala surpreendeu a população. O trabalho familiar se desagregou, pois as pessoas deixavam o campo, em busca de trabalho nas indústrias das cidades. As mulheres e crianças também faziam parte da força de trabalho. A população passou a ter acesso a uma quantidade de produtos antes inexistentes, o que facilitou muito a vida cotidiana.

Toda essa mudança no cenário produtivo acarretou mudanças jurídicas e o surgimento de novos instrumentos, como os contratos coletivos, contratos de massa, e contratos por adesão, com cláusulas definidas unilateralmente pelo fornecedor. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 3)

As conseqüências negativas à sociedade não tardaram a chegar, pois os sistemas

jurídicos não acompanharam as mudanças. As normas jurídicas vigentes fracassavam na proteção e defesa do consumidor, pois regulavam apenas as obrigações civis e não as relações de consumo, que estavam surgindo. Era necessária a reestruturação do ordenamento jurídico, para acompanhar o processo evolutivo desencadeado.

Em decorrência disso,

[...] proliferaram em ambiente propício, práticas abusivas de toda ordem, como as cláusulas de não indenizar ou limitativas da responsabilidade, o controle do mercado, a eliminação da concorrência e assim por diante, resultando em insuportáveis desigualdades econômicas e jurídicas entre o fornecedor e o consumidor. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.3)

Os consumidores não tinham à sua disposição instrumentos eficazes para reagir a estas práticas. Houve uma despersonalização dos contratos, sem precedentes na história. A pessoa do consumidor era totalmente desconsiderada na formulação dos contratos, como por exemplo, nos contratos de adesão, aumentando a sensação dos consumidores de impotência, diante das novas práticas adotadas.

Como bem destaca Marcelo Kokke Gomes:

A Revolução Industrial trouxe consigo desenvolvimento para a sociedade, mas também trouxe diversos danos a grande parte desta mesma sociedade. Os produtos recém-criados e produzidos foram inseridos no mercado de consumo sem grandes preocupações, causando danos diversos aos seus utentes. Da mesma forma, inúmeras pessoas sofreram danos na linha de produção da nova indústria. Os danos afloravam-se, gerando o desejo de sua reparação pelas vítimas. (2001, p. 16)

O desejo de reparação não conseguia transpor a barreira da culpa, era necessário provar que o fornecedor tinha culpa, no dano causado. Essa regra eximia o fornecedor da responsabilidade pelo produto que colocava no mercado. Consequentemente, os danos aos consumidores, e também aos trabalhadores, não eram reparados, em vista de que não existiam normas que protegessem os trabalhadores.

Cavaliere Filho esclarece que “assim é porque, na produção em série, um único defeito de concepção ou de fabricação pode gerar riscos e danos efetivos para um número indeterminado de consumidores.” (2010, p.3) Neste sentido, os consumidores entendiam que o fornecedor devia ser responsabilizado pelos problemas que o produto viesse a apresentar.

Os danos decorrentes dos defeitos de concepção e funcionamento não poderiam ser suportados pelo consumidor, uma vez que ele não participava do processo produtivo. Essa questão reforçou o desejo de responsabilização do fornecedor, pois ele era o detentor dos meios de produção.

Em razão da grande quantidade de danos:

Com o desenvolvimento da sociedade industrial, transpassada esta primeira fase, aflora o sentimento humano de justiça, de indignação diante da imensidão de danos sem a respectiva reparação. O capital acumulava-se, mas as lesões sociais se amontoavam. Surge a concepção da responsabilidade objetiva, fundada não na culpa ou na censurabilidade por uma conduta faltosa, mas sim no risco. Aquele que causara o risco deve responder pelo dano decorrente. Daí deflui a responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa e funda a obrigação da reparação do dano na ocorrência deste e na ligação com a ação da qual decorreu o risco. (GOMES, M., 2001, p. 17)

Esta mudança foi vital para o fortalecimento dos direitos dos consumidores. A partir de então, o fornecedor, que é o detentor do controle do processo produtivo, também passa a ser o responsável pelos riscos dos seus produtos. Apenas o ato de criar um produto e colocá-lo no mercado já gera a responsabilidade do fornecedor, pois os riscos da atividade econômica empreendida pelo fornecedor não podem ser repassados ao consumidor.

Após a Revolução Industrial, mais precisamente no final do século XIX, surgiram os primeiros movimentos pró-consumidor, na Alemanha, Inglaterra, França e Estados Unidos. Em Nova York, Josephine Lowell criou uma associação de consumidores que lutava pela melhoria nas condições de trabalho, a New York Consumers League. Essas associações tentavam influenciar a conduta das empresas através de listas brancas, onde constavam produtos recomendados para consumo, pois respeitavam os direitos dos trabalhadores. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.4)

Esses movimentos eram formados tanto pelos consumidores quanto pelos trabalhadores das indústrias. Assim era pois ainda não havia diferenciação entre os movimentos trabalhista e consumerista, desta forma ambos lutavam contra a exploração dos trabalhadores, buscando melhorias nas condições de trabalho e na qualidade dos produtos. Assim, as listas brancas recomendavam, além de produtos apropriados para o consumo, as empresas que respeitavam os trabalhadores.

Destacaram-se, neste período, os movimentos dos frigoríficos de Chicago, pois havia

uma fusão entre o movimento trabalhista e o movimento consumerista. Mas os dois movimentos acabaram por cindir-se com a criação da Consumer's League, em 1891, que posteriormente transformou-se na Consumer's Union. (FILOMENO, 2007b, p. 4)

A cisão alavancou o movimento consumerista, que passou a crescer independentemente do movimento trabalhista. Os dois movimentos passaram a reconhecer suas diferenças e lutar pelos seus direitos separadamente, os trabalhadores buscando condições de trabalho melhores, e os consumidores a qualidade dos produtos comercializados.

Outro marco histórico foi a publicação, em 1906, do romance socialista *The Jungle* (A selva), de Upton Sinclair, onde o autor descreve as condições de fabricação dos embutidos de carne, os perigos e as precárias condições de higiene dos operários dos matadouros de Chicago. Essa obra teve tamanha repercussão que culminou com a criação da primeira lei de alimentação e medicamentos (a *Pure Food and Drug Act* – PFDA), em 1906, e da lei de inspeção da carne (a *meat Inspection Act*), em 1907. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 5, grifo do autor)

A criação destas leis fortaleceu os movimentos pró-consumidor, pois, o governo estava reconhecendo que a produção precisava de regulamentação. Ainda não havia o reconhecimento legal do consumidor como parte vulnerável da relação de consumo, mas isso não impossibilitou os consumidores de criar organizações para defender suas idéias e reclamar proteção.

Somente na década de 60 o consumidor foi reconhecido como sujeito de direitos específicos, tutelados pelo Estado. O marco desse reconhecimento foi a mensagem do Presidente Kennedy, enviada ao Congresso americano em 15 de março de 1962. Kennedy afirmou que os consumidores constituíam o mais importante grupo econômico e o único não efetivamente organizado, defendeu que eles deveriam ser considerados nas decisões econômicas, e de maneira sintética, enumerou os direitos básicos dos consumidores: à saúde, à segurança, à informação, à escolha e a serem ouvidos. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 5)

O reconhecimento pela sociedade americana do consumidor como sujeito de direitos, obviamente ganhou repercussão mundial, e influenciou o surgimento de organizações e associações de consumidores em muitos países. Mas apesar disso o reconhecimento dos direitos dos consumidores no Brasil demorou mais algumas décadas.

Em 1973, a Assembléia Consultiva do Conselho da Europa, pela Resolução 543, elaborou a Carta de Proteção do Consumidor, na qual foram traçadas as diretrizes básicas para

a prevenção e a reparação dos danos aos consumidores. Essa Carta serviu de base para a Resolução do Conselho da Comunidade Européia, de 1975, que dividia os direitos dos consumidores em categorias. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 6)

Os países europeus, também, influenciados pelo discurso do Presidente Kennedy passaram a adotar medidas de proteção aos consumidores, na forma de diretrizes básicas, que não tinham força de lei, mas pretendiam orientar os países membros. As idéias evoluíram e as mobilizações sociais aumentavam, pressionando os governos a editar normas de proteção.

Inspirada na declaração do Presidente John Kennedy, em 09 de abril de 1985 foi aprovada pela Organização das Nações Unidas a Resolução nº 39/248, que traçou uma política geral de proteção ao consumidor, destinada aos Estados filiados, reconhecendo que o consumidor enfrenta, amiúde, desequilíbrio em face da capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação. Reconhece, ainda, que todos os consumidores devem ter direito de acesso a produtos que não sejam perigosos, assim como o de promover um desenvolvimento econômico e social justo, equitativo e seguro. (FILOMENO, 2007b, p. 6)

A defesa dos direitos dos consumidores havia chegado a Organização das Nações Unidas, um avanço comemorado pelas organizações representativas em todo o mundo. Os consumidores estavam ganhando força, e já não era mais aceitável dos sistemas jurídicos não regulamentar as relações de consumo.

Toda a evolução dos direitos dos consumidores foi importante para que também o sistema jurídico brasileiro viesse, a partir da década de 1980 a abarcar em sua legislação a proteção dos consumidores. Assim, deve ser destacada a evolução do movimento consumerista no Brasil, que culminou com o reconhecimento do consumidor como sujeito de direitos, e que necessita proteção do Estado.

## **1.2 O Direito do Consumidor no Brasil**

Em consonância com os movimentos consumeristas crescentes em todo o mundo, o Brasil também discutia os direitos dos consumidores. Contudo, até a década de 1970, a defesa desses direitos era tímida. Na década de 1950:

Do ponto de vista político, foi o momento em que se construiu Brasília e, no aspecto

econômico, surgiu a indústria automobilística. O Estado passou a oferecer enormes incentivos para essas empresas multinacionais se instalarem no Brasil, o que resultou na produção em território nacional de uma grande frota de veículos, com geração de renda e, por consequência, estímulo ao consumo. (PILAU SOBRINHO; SILVA, 2009, p. 11)

O desenvolvimento industrial brasileiro até então era pequeno, o que levou o Estado a oferecer incentivos às empresas, para que instalassem suas fábricas no território brasileiro. Com mais fábricas, mais pessoas foram empregadas, e esse desenvolvimento estimulou o consumo, proporcionando às pessoas o acesso a uma variedade de produtos, alimentando o ciclo de produção e consumo.

Já a década de 1970

[...] foi marcada pela expansão da televisão, que alterou hábitos de todas as classes sociais, ao mesmo tempo em que estimulou a criação de outros. Os programas apresentados em rede nacional tinham o objetivo de fazer a integração entre o público e o mercado de consumo; assim, pela sua capacidade de atingir a população de massa, a televisão tornou-se o veículo que recebeu as maiores verbas publicitárias. (PILAU SOBRINHO; SILVA, 2009, p.13)

Novo impulso foi dado à economia com a utilização da televisão para conquistar os consumidores, através das campanhas publicitárias veiculadas em rede nacional. Os produtos alcançaram mais consumidores, criando neles a necessidade da aquisição destes produtos. O ritmo do consumo veio crescendo consideravelmente, no mesmo ritmo das mobilizações sociais pelo reconhecimento dos direitos dos consumidores.

A voz dos consumidores estava ganhando repercussão:

O chamado “movimento consumerista brasileiro”, em rigor, surgiu em 1976, quando o então governador paulista Paulo Egydio Martins designou comissão especialmente para estudar a implantação do já aludido “sistema estadual de defesa do consumidor”, de que resultou a lei nº1.903/78, e *concretamente*, a instalação do Procon (então chamado de “Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor”, hoje Fundação de Proteção ao Consumidor, órgão da Secretaria de Estado de Justiça), em princípios de 1979. (FILOMENO, 2007b, p. 10, grifo do autor)

O sistema de defesa do consumidor do estado de São Paulo foi o primeiro reconhecimento legal de proteção do consumidor. Este passo foi importante, porque posteriormente deu origem ao Procon, órgão de destaque nacional na proteção dos

consumidores brasileiros. O Procon funciona como um auxílio aos consumidores, de forma extrajudicial, buscando resolver questões de consumo, evitando que o consumidor precise acionar o Poder Judiciário.

Foi na década de 1980 que o consumidor brasileiro despertou para seus direitos, após a implantação do Plano Cruzado e a problemática econômica por ele gerada. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.7) Até aquele momento existiam apenas associações civis e entidades governamentais voltadas para esse fim, e o Procon no estado de São Paulo. Com o Plano Cruzado, os consumidores foram atingidos nacionalmente, o que fez com que houvesse uma mobilização nacional, despertando o olhar dos consumidores para a busca dos seus direitos.

Os cidadãos passaram a exigir o reconhecimento legal de sua fragilidade no mercado de consumo. Filomeno relata que

[...] foram ouvidos os reclamos dos órgãos e entidades ligados à área de defesa e proteção ao consumidor, não tendo sido fácil o caminho trilhado pelo “movimento consumerista brasileiro” que, embora incipiente e atrasado com relação ao do primeiro mundo, como já salientado linhas atrás, ganhou pela pertinácia. Já ao ensejo do VI Encontro Nacional das Entidades de Defesa do Consumidor, realizado em outubro de 1985 no Rio de Janeiro, tiraram-se propostas concretas no sentido de se incluírem, no texto constitucional então vigente (Emenda Constitucional nº 1, de 1969), mediante emenda, dispositivos claros a respeito da defesa do consumidor, como dever do Estado e direito da população. (2007b, p. 8, grifo do autor)

Mesmo atrasado com relação aos outros países, o movimento consumerista brasileiro alcançou visibilidade. Naquele encontro foram ouvidas as entidades representativas dos consumidores, e surgiu a intenção de proteção do consumidor brasileiro em nível constitucional, pela alteração na Constituição vigente, mas essa mudança ocorreu somente na nova Constituição, promulgada em 1988.

Neste período:

Funcionava então o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, órgão do Ministério da Justiça, com a função de aconselhamento, orientação e coordenação da Defesa do Consumidor no país. Frente à existência de quase duas mil propostas dos constituintes, estes resolveram, sob a inspiração dos membros daquele Conselho, proclamar que é dever do Estado promover a Defesa do Consumidor, ao tempo em que a Constituição afinal outorgada previu a edição do Código de Defesa do Consumidor. (GAMA, 1999, p.6)

As relações de consumo até aquele momento eram reguladas pelo Código Civil de

1916, cujas disposições regulavam relações entre iguais. Essas disposições já não eram suficientes, tampouco adequadas, para dirimir os conflitos que surgiam das relações de consumo. Neste contexto, a proteção constitucional foi comemorada pelas entidades, como coroação da defesa dos direitos dos consumidores.

Gama destaca que:

O que diferencia o movimento consumerista brasileiro dos existentes nos demais países, é que no Brasil o Estado, pelos seus órgãos, deu a alavancagem e dá a sustentação à Defesa do Consumidor, enquanto alhures o movimento consumerista é eminentemente privado, sob as inspirações, principalmente, das milhares de organizações privadas americanas. Apenas no México o Estado atua tanto quanto no Brasil. (1999, p.7)

A defesa do consumidor é garantida pelo Estado, o que dá ao cidadão consumidor a legitimidade de exigir dele sua efetiva proteção. As organizações brasileiras não têm atuação tão marcante no cenário econômico, como em outros países, onde, por exemplo, elas indicam produtos que não devem ser consumidos, pressionando as empresas a realizarem alterações nesses produtos. Conseqüentemente, no Brasil, os consumidores necessitam o auxílio do poder judiciário com maior freqüência.

A Constituição Federal (CF) atual, promulgada em 05 de outubro de 1988, trouxe muitas mudanças ao ordenamento jurídico brasileiro, e deu grande impulso à defesa dos direitos dos consumidores. Ela trouxe em seu Título II, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, inciso XXXII, a previsão da defesa do consumidor promovida pelo Estado<sup>1</sup>. Isso significa que não havia distinção entre consumidor e fornecedor, na legislação brasileira, até então. A nova Constituição veio beneficiar o consumidor e reconhecer que ele não está no mesmo patamar do fornecedor.

Rogério Zuel Gomes destaca que

[...] ao qualificar determinados direitos como fundamentais está-se querendo conferir a eles as características da universalidade e da indisponibilidade porque tutelam determinadas necessidades ou interesses, assim considerados em função de uma teoria política afeita aos princípios do Estado Democrático de Direito. (2009, p.104)

---

<sup>1</sup> XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

A previsão da defesa do consumidor, inserida no campo dos direitos fundamentais, representa a intenção do Estado de conferir a estes direitos um caráter de superioridade e inderrogabilidade. É a característica inafastável de fragilidade do consumidor na sociedade de consumo, que reclama a intervenção do Estado.

O entendimento de Gomes é reforçado por Cavalieri Filho:

Qual é o sentido desse dispositivo constitucional e que conclusão dele podemos tirar? Não há nele uma simples recomendação ou advertência para o Estado, mas sim uma ordem. **“O Estado promoverá a defesa do consumidor.”** Promover a defesa do consumidor não é uma mera faculdade, mas sim um dever do Estado. Mais do que uma obrigação, é um imperativo constitucional. E se é um dever do Estado, por outro lado é uma garantia fundamental do consumidor. (2010, p. 11, grifo do autor)

Esta previsão é o alicerce da defesa do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, pois como referiu Cavalieri Filho, ela é um mandamento. Não pode ser afastada, com vistas a alcançar o desenvolvimento econômico, pelo contrário; o Estado poderá incentivar a produção nacional e o consumo, mas ao mesmo tempo deverá zelar pelo consumidor e protegê-lo dos abusos da sociedade capitalista.

Dentro do Título III, que aborda a organização do Estado, no artigo 24, incisos V e VIII, a CF prevê a competência concorrente, da União e dos estados, para legislar sobre o consumo e os danos ao consumidor<sup>2</sup>. A competência não é exclusiva da União, facilitando a defesa dos consumidores de forma local, com a possibilidade de criação de normas específicas, voltadas à realidade de cada região, também pelos estados membros.

No Título VI, sobre tributação e orçamento, na seção sobre as limitações do poder de tributar, no art. 150, §5º, a CF prevê o direito de informação aos consumidores sobre os impostos que incidirão sobre mercadorias adquiridas e serviços contratados<sup>3</sup>.

No Título VII, sobre a ordem econômica e financeira, mais precisamente no artigo 170, inciso V, a CF elencou a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

V – produção e consumo;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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:

Esta previsão constitucional permite o desenvolvimento econômico do país, todavia, as ações governamentais e empresariais deverão ser limitados pela garantia dos direitos dos consumidores, e pela sua existência digna.

Além destas, consta ainda no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>5</sup> (ADCT) a previsão da criação de um código de defesa do consumidor, no prazo de 120 dias, da promulgação da Constituição. Assim:

Após debates na Câmara e no Senado, inclusive com a realização de audiências públicas, o projeto de lei que criou o Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi aprovado durante a convocação extraordinária do Congresso em julho de 1990. Encaminhado à Presidência da República, foi sancionado com 42 vetos, publicado em 12 de setembro de 1990 como a lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que entrou em vigor em 11 de março de 1991. (PILAU SOBRINHO; SILVA, 2009, p.24)

A criação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) simbolizou a concretização da defesa do consumidor reconhecida pela CF, trazendo maior segurança à população. Houve a consolidação no sistema jurídico da presunção de que o consumidor é vulnerável e que esta não é uma relação entre iguais. Além de conceitos, o Código trouxe disposições relativas ao direito civil, penal e normas processuais, conferindo-lhe caráter interdisciplinar.

Do ponto de vista legislativo:

Pode-se adiantar que hoje o consumidor brasileiro está legislativamente bem equipado, mas ainda se ressentido de proteção efetiva, por falta de vontade política e de recursos técnicos e materiais. Mesmo assim, há que ser festejado o grande avanço experimentado nos últimos anos, que alçou o país, nessa área, e em termos legislativos pelo menos, ao nível das nações mais avançadas do Planeta. (ALMEIDA, 2006, p. 10)

É inegável o avanço legislativo do Brasil, em matéria de consumo, nos últimos 40 anos. Partiu-se de um desenvolvimento industrial lento, para um mercado de consumo de grandes proporções, onde os problemas decorrentes da relação de consumo são incontáveis. A legislação consumerista foi bem concebida, no entanto, não é bem aplicada, causando esse

---

V – defesa do consumidor;

<sup>5</sup> Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

ressentimento da população, que ainda sofre com uma grande quantidade de lesões sem reparação.

Em vista destas lesões, é preciso destacar que a proteção do consumidor ganhou uma nova fase, com a criação do CDC, pois ele “veio implantar e implementar uma terceira fase, a fase da PREVENÇÃO, sem descuidar daquelas duas outras mais antigas fases punitiva e indenizatória.” (GAMA, 1999, p.16, grifo do autor)

O ordenamento jurídico pátrio tornou-se mais moderno e efetivo, com a adoção da prevenção. A fase punitiva, onde a pessoa do fornecedor era punida fisicamente, não era satisfatória, tampouco a indenizatória, que tinha aplicação apenas quando já ocorridos danos ao consumidor. Mais adequada à evolução da defesa dos consumidores, a fase preventiva tem como objetivo evitar danos, e busca através da prevenção e da educação para o consumo, manter o equilíbrio nas relações de consumo. Esta fase não eliminou a indenização dos danos, apenas enfatizou a prevenção como melhor forma de atuação.

A proteção do consumidor no Brasil culminou na criação do CDC, em vista disso, para entender como foi estruturado o sistema de defesa do consumidor é necessário esmiuçar suas definições, para que possa ser entendida também a possibilidade de inversão do ônus da prova, constante no art. 6º, inciso VIII, do CDC.

### **1.3 O Código de Proteção e Defesa do Consumidor**

A defesa dos consumidores ganhou enorme impulso com a criação do CDC. Houve a consolidação, no ordenamento jurídico brasileiro, deste moderno ramo que é o Direito do Consumidor, porque “a novel ‘Ciência Consumerista’, muito mais do que um conjunto de normas e princípios que regem a tutela dos consumidores de modo geral, direciona-se à *implementação efetiva de instrumentos* que os coloquem em prática.” (FILOMENO, 2007b, p. 10, grifo do autor)

A Ciência Consumerista ganhou destaque por buscar a efetiva proteção dos consumidores, e não apenas definir regras. Esta lei abordou detalhadamente a relação de consumo, trouxe conceitos e definiu normas gerais relativas aos direitos dos consumidores. Mas não foi só isso, Este novo ramo preocupou-se em dar ao cidadão consumidor os instrumentos que possibilitam que ele atue no mercado de consumo, de forma mais segura.

Segue ainda Filomeno enfatizando que

[...] muito mais do que um corpo de normas, é um elenco de princípios epistemológicos e instrumental adequado àquela defesa. E, em última análise, cuida-se de um verdadeiro *exercício de cidadania*, ou seja, *a qualidade de todo ser humano, como destinatário final do bem comum de qualquer Estado, que o habilita a ver reconhecida toda a gama de seus direitos individuais e sociais, mediante tutelas adequadas colocadas à sua disposição pelos organismos institucionalizados, bem como a prerrogativa de organizar-se para obter esses resultados ou acesso àqueles meios de proteção e defesa.* (2007b, p. 10, grifo do autor)

O CDC é a concentração dos direitos, das ferramentas, dos objetivos, das normas desse novo ramo do direito brasileiro. É mais do que uma lei, pois não regulamenta um aspecto jurídico isoladamente, mas uma infinidade de aspectos da relação de consumo, de forma que em todos os ramos do direito, onde houver um consumidor, poderá ser utilizado o CDC.

A avançada concepção do CDC é confirmada por Filomeno como

[...] um verdadeiro *microsistema jurídico*, por conter: (a) *princípios que lhe são peculiares* (isto é, a vulnerabilidade do *consumidor*, de um lado, e a *destinação final de produtos e serviços*, de outro); (b) por ser *interdisciplinar* (isto é, por relacionar-se com inúmeros ramos de direito, como *constitucional, civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo* etc.); (c) por ser também *multidisciplinar* (isto é, por conter em seu bojo normas de caráter também variado, de cunho *civil, processual civil, processual penal, administrativo* etc.). (2007b, p.10, grifo do autor)

As várias faces do CDC justificam que ele seja tratado como um microsistema, em vista da diversidade das suas abordagens, que afetam e integram ao Direito do Consumidor, outros ramos do direito. Embora exista uma legislação processual, por exemplo, o CDC trouxe a possibilidade de inversão do ônus da prova, o que, sem tirar a vigência do Código de Processo Civil (CPC), permite que este dispositivo seja aplicado quando a ação for relativa ao consumidor.

É possível concluir que “o Código do Consumidor não veio à lume apenas para atualizar a legislação até então existente, mas sim criar um novo direito. Essa é a premissa da qual devemos partir. Temos um novo direito para as **relações de consumo**, e como tal, com campo de aplicação próprio, objeto próprio e princípios próprios.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13, grifo do autor)

O CDC fixou todos estes pontos, sem descuidar também da implicação destas normas em outros ramos do direito. Conseqüentemente, trazendo normas que adentram o Direito Administrativo, Civil, Penal e Processual, revestiu-se de caráter interdisciplinar e multidisciplinar.

Neste contexto “sem retirar as relações de consumo do campo do Direito onde por natureza se situam, sem afastá-las do seu natural *habitat*, o Código do Consumidor irradia sobre elas a sua disciplina, colorindo-as com suas tintas.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p.15, grifo do autor)

A comparação realizada por Cavalieri Filho ilustra de forma simples o modo de atuação da disciplina do Direito do Consumidor, pois ela atua também nos campos já existentes. O legislador não retirou das normas anteriores os interesses dos consumidores que nelas constavam, apenas irradiou sobre elas a disciplina do CDC, pois não é possível criar normas absolutamente sem conexão dentro do mesmo sistema jurídico, e essa ligação é feita pelo CDC.

O objetivo do CDC já vem delimitado no art. 1º, qual seja, o de estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor<sup>6</sup>. Esta afirmação veio complementar as previsões constitucionais, onde já havia determinação de que o Estado deve promover a defesa do consumidor brasileiro. Essas normas serão de ordem pública e interesse social, devido à natureza da relação de consumo.

Como bem define Cavalieri Filho, as normas de ordem pública são normas cogentes, imperativas, as partes não podem alterar seu conteúdo e o juiz deve aplicá-las de ofício. Já as normas de interesse social disciplinam um campo de relações sociais desiguais, são normas que interessam mais à sociedade que aos particulares. (2010, p.13)

Diante disso, é possível concluir que estas normas têm as características de inafastabilidade e proteção, de acordo com o objetivo do CDC que é a proteção do consumidor, desejada pelo constituinte. Implica dizer que as partes jamais poderão afastá-las, ou convencionar que não sejam aplicadas em uma relação de consumo.

Outro objetivo do CDC, é a criação de uma Política Nacional de Consumo, conforme art. 4º, caput<sup>7</sup>. O artigo enumerou os objetivos desta Política, visando garantir o mínimo de

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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:

bem estar aos consumidores, como qualidade de vida e harmonia nas relações de consumo, através de ações governamentais.

O Código consolidou o reconhecimento de que existe “um acentuado desequilíbrio ou desigualdade de forças entre produtores e distribuidores, por um lado, e consumidores, por outro. O consumidor tornou-se vulnerável em face do fornecedor, vulnerabilidade tríplice: técnica, fática e jurídica.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p.7)

O consumidor é tecnicamente vulnerável, pois não detém o conhecimento técnico e tecnológico dos produtos colocados no mercado pelo fornecedor; não interfere nos meios de produção. A vulnerabilidade fática ocorre na comprovação dos fatos, da relação de consumo, pois muitas vezes o consumidor não dispõe de documentos que comprovem a relação de consumo ocorrida. É juridicamente vulnerável, em decorrência da fragilidade do consumidor perante uma grande empresa, em uma demanda judicial.

Essa vulnerabilidade é a base do conceito de consumidor:

A vulnerabilidade, portanto, é o requisito essencial para a formulação de um conceito de consumidor; está na origem da elaboração de um Direito do Consumidor; é a espinha dorsal que sustenta toda a sua filosofia. Reconhecendo a desigualdade existente, busca estabelecer uma igualdade real entre as partes nas relações de consumo. As normas desse novo direito estão sistematizadas a partir dessa idéia básica de proteção de determinado sujeito: o consumidor, por ser ele vulnerável. Só se justifica a aplicação de uma lei protetiva em face de uma relação de desiguais. Entre partes iguais não se pode tratar privilegiadamente uma delas sob pena de violação do princípio da igualdade. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 8)

A vulnerabilidade, desta forma, posiciona-se como base do direito do consumidor, como característica pela qual o consumidor reclama a intervenção do Estado. Somente por essa vulnerabilidade é se justifica a criação de todo um ramo do direito, estruturado para proteger o cidadão consumidor. É idéia intrínseca, inafastável e imutável, pois o consumidor não deixará de ser vulnerável.

Contudo, não basta saber apenas que o consumidor é vulnerável, é necessário o esclarecimento de todos os aspectos do conceito de consumidor. Em vista disso, o CDC definiu em seu art. 2º, caput, o conceito de consumidor, como sendo o destinatário final de produto ou serviço, podendo ser pessoa física ou jurídica<sup>8</sup>. Até chegar a essa definição, o conceito de consumidor foi muito discutido, com base em duas teorias: a maximalista e a

---

<sup>8</sup> Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

finalista.

A teoria maximalista é definida por Khouri:

Os maximalistas entendem que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire bens. Não importa que seja economicamente forte ou não, se adquiriu um produto ou serviço para utilizá-lo em sua atividade ou cadeia produtiva. Ou seja, para essa corrente é desinfluyente o elemento teleológico ou a finalidade desse “consumo”. Na verdade, os maximalistas fazem uma interpretação literal do art. 2º do CDC, uma vez que, se o legislador não excepcionou a pessoa jurídica como consumidora, não caberia ao intérprete da lei excepcioná-la. (2006, p. 45, grifo do autor)

Para esta teoria o consumidor pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, que adquire um produto. A forma como o produto será utilizado não importa, tampouco se ele possui grande poder aquisitivo. Na interpretação do art. 2º realizada pela teoria maximalista, uma grande empresa que compra um produto para industrializá-lo, tornando-o parte da cadeia produtiva, pode ser enquadrada como consumidora e, portanto, invocar proteção do Estado. A finalidade da aquisição do produto não é analisada, diversamente da teoria finalista.

Por outro lado, os finalistas acabam por introduzir um outro requisito para a caracterização do consumidor, com base no art. 4º, inciso I, do CDC<sup>9</sup>: o da vulnerabilidade. Tendo em conta a vulnerabilidade, é preciso fazer uma interpretação teleológica do conceito de destinação final, aproximando-o do conceito econômico de consumidor, que o qualifica como a ponta final da produção econômica do bem ou serviço, colocando fim à sua circulação no mercado. (KHOURI, 2006, p. 45)

Na teoria finalista, então, o consumidor deve ser o destinatário final, consumindo efetivamente o produto, não podendo utilizá-lo em atividade produtiva. Isso implica dizer que as grandes empresas, que utilizam produtos na cadeia produtiva, jamais serão consideradas consumidores. Primeiramente porque não são destinatários finais, e em segundo lugar porque não são vulneráveis.

Sopesando as teorias, Filomeno ensina que o consumidor é “qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.” (2007a, p.32)

O conceito de Filomeno aborda a teoria finalista, considerada a mais adequada para a

---

<sup>9</sup> I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

definição de consumidor. Como destacado, às vezes, o consumidor não é aquele que retira o produto de circulação, por isso a menção de que pode ser em benefício de outrem. Todavia, isso não retira do adquirente o caráter de consumidor. Os produtos ou serviços também podem ser adquiridos de forma coletiva, o que da mesma forma não retira dos adquirentes sua vulnerabilidade individual.

Tendo em conta estas peculiaridades da relação de consumo, O CDC criou a definição de consumidor equiparado, como sendo a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que tenha participado da relação de consumo, como previsto no parágrafo único do art. 2º, do CDC<sup>10</sup>. Afinal, a coletividade de consumidores também necessita de proteção:

[...] o legislador percebeu a necessidade de tratar o consumidor não só individualmente, como faz no caput do art. 2º, mas também coletivamente, ao preceituar, no parágrafo único do mesmo artigo, que a coletividade de pessoas, “ainda que indeterminável”, se equipara a consumidor. (KHOURI, 2006, p. 49, grifo do autor)

O reconhecimento da coletividade de consumidores era necessário, pois somente assim, a coletividade teria legitimidade para exigir do Estado a devida proteção. O CDC ampliou a força das ações coletivas, em vista de que muitas vezes os danos ocorrem a mais de uma pessoa, essa coletividade, portanto, não poderia ficar sem o amparo da legislação consumerista.

Existe também o consumidor equiparado do art. 29, do CDC<sup>11</sup>:

No art. 29 do CDC, justamente por ser equiparado a consumidor, não é exigida a efetiva aquisição de bens e serviços. O simples fato de poder vir a contratar, estando exposto a uma prática abusiva, é suficiente para merecer proteção até mesmo por meio das chamadas ações coletivas, de que trata o art. 81 do CDC. (KHOURI, 2006, p. 50)

O consumidor não precisa adquirir um produto para que tenha um direito desrespeitado, pois isso pode ocorrer na fase pré-contratual, e não apenas na fase contratual. O mencionado artigo define o consumidor equiparado para os capítulos seguintes, onde: o

<sup>10</sup> Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

<sup>11</sup> Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

capítulo V trata da fase pré contratual, em que o consumidor é alvo das campanhas publicitárias; e o capítulo VI, onde já adquiriu produtos ou serviços.

Em seguida, a definição de fornecedor dada pelo art. 3º, caput, que engloba pessoa física e jurídica, pública ou privada, brasileira ou estrangeira, que atue em qualquer etapa da cadeia produtiva, desde a produção até a distribuição, incluindo a prestação de serviços<sup>12</sup>.

Os contornos dados por este artigo permitem a efetivação da proteção do consumidor de maneira mais eficaz. Isso ocorre pois a conceituação de fornecedor apenas como o produtor, por exemplo, deixaria parte do processo produtivo sem regulamentação, trazendo a possibilidade de danos ao consumidor restarem sem reparação. Entretanto, este conceito amplo é mais adequado, pois os integrantes do processo produtivo é que são os responsáveis pelos riscos da atividade econômica.

Para perfectibilizar a relação de consumo, definiu ainda, no §1º, do art.3º, o conceito de produto<sup>13</sup>, como sendo bem móvel ou imóvel, material ou imaterial; e no §2º, do mesmo artigo, o conceito de serviço<sup>14</sup> como sendo atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração.

O CDC abordou ainda a esfera processual dos direitos dos consumidores, como enfatiza Caldeira:

[...] o Código de Defesa do Consumidor trouxe dispositivos processuais para a tutela dos interesses e direitos individuais dos consumidores – e também os difusos, coletivos e individuais homogêneos – permitindo todo e qualquer tipo de ação capaz de propiciar a adequada e efetiva tutela de tais direitos (art.83, CDC). (CALDEIRA, 2001, p.166)

Foi assegurada ao consumidor a tutela dos novos direitos, difusos e coletivos, uma inovação extremamente bem recebida. O CDC ainda facultou ao consumidor utilizar qualquer ação para ver seus direitos reconhecidos. Essas inovações do Direito do Consumidor vieram para garantir que nenhum consumidor tivesse empecilhos na busca da tutela judicial.

Ressalta Cavalieri Filho que,

<sup>12</sup> Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

<sup>13</sup> §1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

<sup>14</sup> §2º. – Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

[...] o legislador, na elaboração do CDC, adotou uma avançada técnica legislativa, baseada em princípios e cláusulas gerais, o que permite considerá-lo uma *lei principiológica*. E dada a importância e a abrangência dos seus princípios, O Código do Consumidor criou uma *sobre-estrutura jurídica multidisciplinar*, normas de *sobredireito* aplicáveis em todos os ramos do Direito onde ocorrem relações de consumo. (2010, p. xv, grifo do autor)

A definição de lei principiológica dada ao CDC corrobora a modernização do direito brasileiro com a sua criação, proporcionando ao consumidor uma proteção jurídica das mais avançadas, merecidamente chamada de estrutura jurídica multidisciplinar. A proteção do CDC irá alcançar o consumidor onde ele estiver, seja litigando na esfera civil, penal, ou em qualquer outra, em vista de sua base principiológica. Os princípios jurídicos aqui são utilizados como base e ápice do sistema conferindo-lhe maior efetividade.

Sinteticamente, “o Código de Defesa do Consumidor destina-se a efetivar, no plano infraconstitucional, princípios constitucionais, especialmente os princípios da isonomia substancial e da defesa do consumidor”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.10)

Como já referido, o CDC é norma infraconstitucional, criado à luz de normas constitucionais, que visam a proteção do consumidor. Neste raciocínio, a previsão constitucional da proteção do consumidor tem efeitos, principalmente na interpretação e na aplicação das normas jurídicas. O CDC deve, como ferramenta, efetivar as normas erigidas ao nível constitucional, o mais alto da hierarquia legislativa.

O Código, embora tenha lógica própria e objetivo específico, conecta-se ao sistema jurídico, pois submete-se aos mandamentos constitucionais. A eficácia do princípio constitucional da proteção do consumidor serve de valioso padrão hermenêutico, conferindo amplitude e validade aos princípios do CDC. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 15)

Em vista disso, o CDC está amplamente integrado ao ordenamento, podendo ser invocado para garantir o direito pleiteado, mas sem descuidar das normas superiores que lhe deram origem. Estas, por seu caráter superior e geral, serão norteadoras da atividade jurisdicional, mas também podem ser invocadas diretamente.

O legislador “criou um sistema jurídico aberto, baseado em cláusulas gerais e conceitos indeterminados – enfim, normas de *sobredireito*. Aproveitando a estrutura jurídica já existente em todas as áreas do Direito, a ela sobrepôs os princípios e cláusulas gerais do Código do Consumidor. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 16)

Todo o sistema jurídico é baseado em normas que lhe dão sustentabilidade balizando a criação e aplicação das leis. O CDC ligou-se a esta estrutura para buscar a proteção do consumidor. E é desta forma que deve funcionar um sistema jurídico sólido, integrado e harmônico.

Os princípios e as cláusulas gerais, então, são norteadores de toda a normativa do CDC. Diante disso, é importante compreender a sua estrutura principiológica, a fim de aplicar corretamente as normas ali inseridas, principalmente as normas processuais acrescentadas ao ordenamento pelo CDC, como o art. 6º, inciso VIII, já mencionado.

## 2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DO CONSUMIDOR

O sistema jurídico brasileiro não é formado apenas pela legislação. São fontes: a legislação, os princípios, os costumes, a analogia, a equidade. Como fonte de direito, os princípios tem papel de destaque no âmbito do Direito do Consumidor.

### 2.1 Conceito de Princípio

Os princípios representam valores morais e éticos reconhecidos por uma sociedade, e configuram-se numa das fontes do ordenamento jurídico. Revelam-se, desta forma, como ferramenta essencial à aplicação e interpretação do direito ao caso concreto. Especialmente no direito do consumidor, sua utilização é recorrente em função de o CDC ser uma lei principiológica.

Com as Constituições da segunda metade do século XX, os princípios tornaram-se fonte primária de normatividade, corporificando os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional. São, enquanto valores, o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada. (BONAVIDES, 2009, p. 283)

Devido a sua positivação, os princípios adquiriram caráter valorativo superior ao representado nas Constituições anteriores. Seu conteúdo foi enriquecido e por consequência, deixou a margem do ordenamento para tomar lugar no centro do sistema jurídico, sua aplicação atual passou a ter fundamental importância no direito do consumidor.

Nunes conceitua princípio:

O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. (2004, p.09)

O princípio explícito é aquele claramente identificado no texto. Já o implícito é o princípio que não está expresso, sem ter sua importância reduzida em razão disso, pelo contrário, a abstração não interfere na sua eficácia. Implícito ou explícito, o princípio conecta-

se com as demais normas jurídicas pela amplitude de sua previsão, formando a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro.

Como delineiam Bonatto e Moraes “os princípios seriam como pilares de um edifício, os quais servem como bases de qualquer sistema, atuando, neste mister, como diretrizes orientadoras para a consecução dos objetivos maiores deste mesmo sistema.” (1999, p.24) Eles têm função de base para o ordenamento jurídico, pois determinam os limites que o legislador e o aplicador do direito devem respeitar, seja na formulação das leis, seja, posteriormente, na sua aplicação.

Os princípios “instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários.” (ÁVILA, 2006, p.80)

Ao mesmo tempo em que os princípios são base para o ordenamento jurídico, eles também são o ápice do sistema. São a base pois determinam um estado de coisas mínimo, como a efetivação de direitos básicos, e além disso, também são ápice, pois determinam um estado de coisas desejado, um fim a ser alcançado, com direitos e garantias aos cidadãos.

Existem diferenças entre regras e princípios:

Normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. (ÁVILA, 2006, p. 26)

Nesse passo, as normas jurídicas dividem-se em regras e princípios, sendo que cada um deles atua de forma diferente. A aplicação das regras funciona como um quebra-cabeça, onde apenas uma regra incide sobre cada caso. Ao contrário, os princípios aplicam-se conforme a adequação ao caso concreto, de forma que será verificado qual princípio é o que melhor corresponde à situação fática. Assim, apenas uma regra pode ser aplicada em cada caso concreto, ao passo que os princípios podem ser aplicados em conjunto.

As regras podem ser conceituadas como

*[...] normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte*

*ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (ÁVILA, 2006, p.78, grifo do autor)*

A regra é balizada pela sua finalidade, ou pelos princípios valorativos que lhe são superiores. Como consequência do seu caráter descritivo, é necessária a estrita correspondência entre o caso concreto e a regra, para que ela seja aplicada. Ocorrendo a correspondência então, será aplicado o conteúdo decisório da regra ao fato pretérito.

Em contrapartida, os princípios são

*[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2006, p.78, grifo do autor)*

A principal característica de um princípio é determinar um objetivo, um estado de coisas a ser alcançado, ao contrário das regras, que tem característica retrospectiva. A aplicação do princípio difere da aplicação da regra, por seu caráter de complementaridade, e não de decidibilidade. O princípio não descreve uma situação fática, por isso não tem caráter de decidibilidade.

A colisão ocorre quando, em um caso concreto, aparentemente incide mais de uma regra, ou mais de um princípio. Nesses casos:

*Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui o maior peso. (ÁVILA, 2006, p. 26)*

No conflito entre princípios, a situação concreta irá determinar qual o princípio a ser utilizado, sem, contudo, negar validade aos demais princípios do ordenamento. O conflito de princípios é resolvido numa dimensão de peso, onde um princípio é apenas afastado para que outro seja utilizado. A atuação pode ser de forma conjunta, se necessário, mantendo a validade de ambos.

Os princípios “podem e devem conviver no mesmo sistema, mesmo que entre eles,

eventualmente, se configure uma antinomia.” (BONATTO; MORAES, 1999, p.24) Uma antinomia pode ser verificada quando, no caso concreto, princípios apontarem em direções diversas, e somente uma análise aprofundada poderá determinar qual princípio será aplicado. Essa opção, portanto, não estará negando a validade dos demais princípios, mas sim, aplicando-os adequadamente.

Por não possuírem pretensão de exclusividade “os princípios adquirem sentido em uma combinação de complementação e de restrições recíprocas.” (BONATTO; MORAES, 1999, p.26) Os princípios são aplicados conforme sua adequação ao caso concreto; no caso de um princípio não se adequar, ele não será inválido, será apenas afastado. Sua utilização pode ser de forma combinada, se necessário, pois um princípio pode não abordar a totalidade do problema, necessitando de outros princípios para complementá-lo. Ainda, os princípios poderão restringir a aplicação de outro, caso este seja inadequado. A adequação e o bom senso são os critérios balizadores.

As funções dos princípios são destacadas por Bonavides, ao analisar Trabucchi:

Servindo os princípios, como diz Trabucchi, de “critérios inderrogáveis” ou “diretrizes para a interpretação e a aplicação das normas”, eles assumem, com toda a legitimidade, “a tríplice dimensão fundamentadora, interpretativa e supletória em relação às demais fontes”, conforme juristas contemporâneos de último assinalaram, avaliando, assim, o grau crescente de importância que a cada dia eles assumem em todos os domínios do Direito Público, com presença frequente e culminante nas esferas da Justiça administrativa e da Justiça constitucional. (2009, p. 284)

Essa função tripla fez crescer o papel dos princípios na aplicação do direito. Sua função fundamentadora revela-se na utilização dos princípios como critérios norteadores da atividade legislativa. A função interpretativa surge da necessidade de interpretação das normas jurídicas para a aplicação ao caso em tela. Na aplicação do direito também surge a função supletória, no caso de possível lacuna na lei, ou outra fonte.

Uma das principais funções dos princípios, em uma ciência valorativa como o Direito é interpretar as regras. No microssistema do Direito do Consumidor

[...] os princípios exercem uma função básica, qual seja a de serem os padrões teleológicos do sistema, com base nos quais poderá ser obtido o melhor significado das regras, como peças integrantes de uma engrenagem jurídica que é posta em ação pelas diretrizes maiores que dão movimento ao todo. (BONATTO; MORAES, 1999, p. 28)

O estudo dos princípios é essencial, pois eles serão as linhas mestras de interpretação e aplicação do CDC, devido à sua natureza de norma finalística, estabelecendo um estado de coisas a ser alcançado. Como dito por Bonatto, eles serão os padrões pelos quais as regras serão interpretadas, sempre em consonância com o ordenamento jurídico vigente. Diante da força normativa crescente dos princípios e de sua aplicação intensa ao Direito do Consumidor, é imprescindível conhecê-los.

## **2.2 Princípios Constitucionais**

Os princípios passaram a ter papel de destaque no universo jurídico com o processo de positivação nas Constituições, como já referido. Os princípios gerais positivados, através das Constituições, tornam-se princípios constitucionais. Neste panorama

[...] os princípios gerais, elevados à categoria de princípios constitucionais, desatam, por inteiro, o nó problemático da eficácia dos chamados princípios *supralegais*, terminologia que tende a cair em desuso, arcaísmo vocabular de teor ambíguo, enfim, locução desprovida já de sentido, salvo na linguagem jusnaturalista. (BONAVIDES, 2009, p. 293, grifo do autor)

Até a positivação os chamados princípios supralegais enfrentavam problemas de eficácia dentro dos ordenamentos jurídicos. O reconhecimento constitucional conferiu-lhes posição de superioridade, com eficácia plena, decorrente da positivação em grau máximo. Em razão disso, ocupam alto posto no ordenamento jurídico, com seu conteúdo valorativo balizador das regras. Reconhecida sua eficácia, é necessário aprofundar o estudo dos princípios constitucionais, a fim de compreender sua aplicação no Direito do Consumidor.

### **2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional, essencial para o ordenamento jurídico brasileiro, pois todo o sistema deve ser estruturado visando garantir a existência digna dos cidadãos. Utilizado como pilar do ordenamento, está elencado no art. 1º,

inciso III, da CF<sup>15</sup>, dentro do Título I, Dos Princípios Fundamentais, como fundamento do Estado. Aparece novamente no art. 170, caput, da CF<sup>16</sup>, através da previsão da existência digna a todos os brasileiros, como princípio da ordem econômica.

Uma definição de dignidade da pessoa humana é brilhantemente dada por Sarlet:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2001, p.57)

O objetivo deste princípio é garantia da proteção da pessoa humana de qualquer tratamento desumano, ou que venha a lhe trazer sofrimento, e por outro lado, garantir as condições mínimas de existência. As condições mínimas para a existência digna do ser humano podem ser entendidas como aquelas básicas para o seu desenvolvimento social, como liberdade, saúde, moradia e trabalho. Não basta que o ser humano apenas sobreviva, ele deve ter condições de viver, ser um cidadão e participar ativamente da sociedade em que vive.

## 2.2.2 Princípio da Igualdade (não-discriminação)

Elencada no art. 3º, inciso IV, da CF<sup>17</sup>, a igualdade é um dos objetivos fundamentais da República, e também um direito fundamental constante no caput, do art. 5º, da CF<sup>18</sup>. Além disso, está prevista no art. 4º, inciso III, do CDC<sup>19</sup>, através da busca do equilíbrio nas relações

<sup>15</sup> 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:

III – a dignidade da pessoa humana;

<sup>16</sup> 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:

<sup>17</sup> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>18</sup> 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:

<sup>19</sup> 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;

de consumo, e também da harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo, visando o desenvolvimento econômico do país, sem descuidar dos direitos dos consumidores.

A igualdade almejada pelo ordenamento jurídico é representada pelo tratamento igualitário a todos os cidadãos, vedada qualquer discriminação, seja de cor, raça, sexo, ou qualquer outra forma. No entanto, na relação de consumo, não basta tratar igualmente consumidor e fornecedor, pois a desigualdade entre eles é flagrante.

O CDC veio para confirmar, de maneira concreta, o princípio da igualdade, pois seu objetivo é igualar os desiguais, mas jamais desigualar os iguais. (BONATTO; MORAES, 1999, p. 30) Sendo o consumidor e o fornecedor naturalmente desiguais, não é possível que o ordenamento jurídico coloque-os no mesmo patamar, em virtude disso, o CDC busca a igualdade material, através de normas protetivas ao consumidor, parte mais frágil da relação de consumo, mas sem privilegiá-lo.

### **2.2.3 Princípio da Autonomia Privada (liberdade)**

A autonomia privada pode ser traduzida como a liberdade, que cada pessoa possui, de regular e determinar as suas relações jurídicas. Está presente no texto constitucional, no art. 1º, inciso IV<sup>20</sup>, através da previsão da livre iniciativa como fundamento da república, e também no caput do art. 170 da CF, que prevê a livre iniciativa como um dos fundamentos da ordem econômica.

Liberdade é a “plena possibilidade de ação no meio social, desde que tal atitude não atinja o mesmo direito de liberdade que é reconhecido aos demais integrantes da sociedade.” (BONATTO; MORAES, 1999, p. 35) Significa dizer que todos os cidadãos são livres, para agir na sociedade, inclusive para contratar e assumir obrigações. Essa possibilidade, contudo, não permite que as pessoas prejudiquem a liberdade alheia, mas sim, que suas atitudes devem ser balizadas pela liberdade, em consonância com a liberdade dos demais integrantes da sociedade.

Bonatto e Moraes complementam que “o princípio da liberdade serve principalmente como padrão teleológico para a correta aplicação do CDC, pois somente prevalecerá eventual

---

<sup>20</sup> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

aplicação da plena liberdade em situação onde os envolvidos sejam naturalmente iguais.” (1999, p. 35)

A mencionada igualdade é verificada nas relações entre particulares, onde cada um tem o poder de regular suas ações, exercendo sua plena liberdade. Diferentemente, nas relações de consumo há desequilíbrio entre as partes, implicando na impossibilidade de exercício pleno da liberdade. Em virtude disso, quando configurada uma situação de desigualdade, é que está autorizada a intervenção do Estado.

Nesses casos o Estado tem legitimidade para “intervenção, tendente a fazer valer, também, o princípio da liberdade do consumidor, que não pode ser escravizado e se submeter ao abuso e à imposição de condutas ditadas pelos agentes econômicos.” (BONATTO; MORAES, 1999, p. 35-36)

A atuação do consumidor no mercado de consumo deve ser livre, visando atender suas necessidades, sem causar-lhe transtorno ou sofrimento. Os agentes econômicos não poderão impor ao consumidor obrigações além do que é realmente devido, asseguradas as ferramentas processuais para sua defesa.

#### **2.2.4 Princípio da Justiça Contratual**

A justiça é um dos maiores valores do ordenamento jurídico brasileiro, presente na CF inicialmente em seu preâmbulo, através da previsão da justiça como valor fundamental; também no art. 3º, inciso I<sup>21</sup>, onde consta como objetivo da república a construção de uma sociedade justa; e no art. 170, caput, onde a justiça figura como um dos fundamentos da ordem econômica do Brasil.

Nas relações de consumo, portanto, a justiça e o equilíbrio devem prevalecer, através do princípio da justiça contratual, estreitamente ligado aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da boa-fé, como ensina Cavalieri Filho:

A nova concepção contratual está essencialmente estruturada sobre os princípios da equidade e da boa-fé. A afronta a estes princípios rompe o desejado equilíbrio econômico da relação jurídica de consumo, fazendo ruir o Direito e passa a representar uma vantagem excessiva para o fornecedor e um ônus não razoável para o consumidor, pelo que se torna imprescindível a atuação do Estado, através do

<sup>21</sup> I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Poder Judiciário, na defesa do sujeito vulnerável, com o objetivo de harmonizá-la e equilibrá-la. (2010, p. 94)

A justiça contratual pode ser entendida como a preocupação com o equilíbrio na contratação, visando correta distribuição dos encargos e dos benefícios, entre os contratantes, considerando para isso, sua capacidade econômica, capacidade de discernimento das obrigações assumidas e a justa contraprestação da obrigação contratada.

### **2.2.5 Princípio da Função Social do Contrato**

O contrato é o instrumento que representa o negócio realizado entre os contratantes, viabilizando a transferência da propriedade, e a manifestação da livre iniciativa. O contrato transcreve a vontade das partes, mas deve ser limitado e regulado, de acordo com a sua função social. A função social do contrato está prevista no art. 421 do Código Civil<sup>22</sup> (CC), servindo de função limitadora da liberdade de contratar, e de interpretação e concretização das disposições contratuais.

Esta dupla função visa a preservação do contrato, através do equilíbrio entre o interesse social e o poder de contratar. Diante do crescimento da intervenção estatal nas relações privadas, é natural pensar que o contrato está perdendo força. No entanto, “o Estado se tem limitado a intervir nas relações contratuais de olho tão-somente no interesse social. Este é o limite entre o dirigismo contratual e a liberdade de contratar, que continua sendo impulsionada e movimentada pelo mercado.” (KHOURI, 2006, p. 34)

Isso não significa que o contrato não tenha mais validade, mas, por outro lado, significa que as partes, ao firmarem contratos, deverão considerar o interesse social, bem como adotar obrigações passíveis de cumprimento, desprezando práticas arbitrárias.

A utilização do princípio da função social do contrato deverá ocorrer em consonância com os demais princípios, inclusive de forma conjunta, pois é princípio correlato a boa-fé e a justiça contratual.

### **2.2.6 Princípio da Boa-Fé Objetiva**

---

<sup>22</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A boa-fé está prevista no CDC, no art. 4º, inciso III, onde consta previsão de que deve haver harmonia nas relações de consumo, sempre com base na boa-fé; e no art. 51, inciso IV<sup>23</sup>, onde está prevista a nulidade das cláusulas contratuais incompatíveis com a boa-fé.

No ensinamento de Cavalieri Filho:

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o termo **boa-fé** passou a ser utilizado com uma nova e moderna significação, para indicar valores éticos que estão à base da sociedade organizada e desempenham função de sistematização da ordem jurídica. É a chamada **boa-fé objetiva** que, desvinculada das intenções íntimas do sujeito, indica o comportamento objetivamente adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações de consumo. (2010, p. 35, grifo do autor)

Anteriormente, a boa-fé era considerada como mera atitude de bom senso e honestidade do homem médio, mas no direito contemporâneo passou a ter carga valorativa muito maior. Ela expressa o mínimo exigível do sujeito, em sua atuação na relação de consumo, com vistas a garantir o respeito e a harmonia.

A boa-fé objetiva

[...] traduz a necessidade de que as condutas sociais estejam adequadas a padrões aceitáveis de procedimento que não induzam a qualquer resultado danoso para o indivíduo, não sendo perquirido da existência de culpa ou de dolo, pois o relevante na abordagem do tema é a absoluta ausência de artifícios, atitudes comissivas ou omissivas, que possam alterar a justa e perfeita manifestação de vontade dos envolvidos em um negócio jurídico ou dos que sofram reflexos advindos de uma relação de consumo. (BONATTO; MORAES, 1999, p. 37)

Neste sentido, os padrões aceitáveis serão regulados por seu conteúdo valorativo, baseados na ética e lealdade, com o objetivo de manter o equilíbrio do mercado. A boa-fé predeterminada, evita perquirição da culpa, e atenua os efeitos do conflito em matéria de consumo.

Existem no CDC, vários deveres anexos decorrentes deste princípio, tais como o da informação, o da não aceitação de linguagem complexa, o da interpretação em favor do consumidor, e o dever de cooperação do fornecedor, devendo agir com lealdade e auxiliar o

<sup>23</sup> IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

consumidor. (BONATTO; MORAES, 1999, p.38) Os deveres anexos configuram ferramentas de efetivação do princípio, analisando, por exemplo, se o consumidor foi cientificado de todas as condições do negócio, ou se o contrato continha termos de difícil compreensão, pois presumida a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor.

O princípio da boa-fé exerce variadas funções no ordenamento jurídico, o art. 422 do CC<sup>24</sup>, expressa a primeira delas: a função integrativa. A função integrativa da cláusula geral da boa-fé objetiva “impõe um comportamento jurídico de cooperação e lealdade legitimamente esperada nas relações obrigacionais.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 36, grifo do autor)

A cooperação e a lealdade mencionadas pelo autor sintetizam a harmonia que deve ser mantida na relação de consumo, devendo as partes atuarem de forma cortês, gentil e solidária. Quando não agem desta forma, a relação jurídica torna-se desequilibrada, trazendo insegurança às partes, e ao sucesso do negócio realizado.

Cavaliere Filho segue enumerando a segunda função:

A segunda função da boa-fé objetiva é a *função interpretativa*; critério hermenêutico ou paradigma interpretativo destinado ao juiz para ser utilizado na interpretação de todo negócio jurídico que gera relação de consumo.[...] Para aplicação da cláusula da boa-fé, o juiz parte do princípio de que em todas as relações de consumo as partes devem pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. (2010, p. 36, grifo do autor)

A função interpretativa é vislumbrada após a celebração do negócio jurídico, mais precisamente na sua análise, onde o juiz, tendo que decidir alguma questão relativa ao negócio, irá utilizar a boa-fé como critério interpretativo. Na análise, o juiz deverá presumir a boa-fé do consumidor, naturalmente hipossuficiente. O papel hermenêutico da boa-fé é abordado da mesma forma pelo art. 113, do CC<sup>25</sup>, pois a interpretação e a aplicação dos negócios jurídicos deverão ser balizadas pela boa-fé, visando garantir o equilíbrio entre as partes e de suas obrigações.

A terceira função da boa-fé é de controle, constante do art. 187, do CC<sup>26</sup>, onde o titular de um direito não poderá exercê-lo arbitrariamente, sob pena de estar cometendo ato ilícito.

<sup>24</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>25</sup> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.

<sup>26</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Enfatiza o autor que nesta função de controle “a boa-fé representa pois o padrão ético de *confiança e lealdade*, indispensável para a convivência social; um limite a ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo; uma espécie de cinto de segurança de toda a ordem jurídica. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 37, grifo do autor)

Na busca do direito pleiteado não vale tudo, as atitudes e ferramentas adotadas para que um direito seja reconhecido devem ser adequadas e pautadas pela necessidade de sua aplicação. O autor, desse modo, acerta ao comparar a boa-fé a um cinto de segurança, pois as atitudes podem ir apenas até um certo ponto, onde devem ser barradas, sob pena de configurar ato ilícito e afetar a convivência social.

O princípio da boa-fé é composto de subprincípios, como a transparência e a confiança. Os subprincípios têm função de complementar os princípios, auxiliando na concretização e efetivação do seu conteúdo.

Neste contexto,

[...] o **princípio da transparência** filia-se ao princípio da boa-fé, de que constitui uma derivação concretizadora, uma espécie de subprincípio. [...] Transparência nas relações de consumo importa em informações claras, corretas, e precisas sobre o produto a ser fornecido, o serviço a ser prestado, o contrato a ser firmado – direitos, obrigações, restrições. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 39, grifo do autor)

A transparência pode ser entendida como a clareza na contratação, onde todas as cláusulas e implicações do negócio são suficientemente esclarecidas ao consumidor, não existindo dúvidas sobre qualquer aspecto da relação de consumo. O desrespeito a transparência acarreta a busca pelas conhecidas ações revisionais, por exemplo, entre muitas outras cabíveis a solucionar problemas de consumo.

Ressalta ainda que:

Embora não previsto expressamente no CDC, o **princípio da confiança** é uma irradiação normativa da boa-fé e está intimamente ligado ao princípio da transparência. Confiança é a credibilidade que o consumidor deposita no produto ou no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que razoavelmente deles se espera. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 40, grifo do autor)

O consumidor ao adquirir um produto ou serviço está depositando naquele fornecedor a sua confiança, o que claramente implica dizer que ele espera sinceramente que o produto

atinja o fim a que se destina. Quando um produto apresenta condições diversas das esperadas, ou não atinge o resultado esperado, há uma quebra do elo de confiança entre o consumidor e o fornecedor, e surge o direito do consumidor de buscar a reparação. Neste sentido é a importância da confiança, um princípio intrínseco da relação de consumo.

### **2.2.7 Princípio da Razoabilidade**

O princípio da razoabilidade está ligado aos demais princípios aplicáveis ao direito do consumidor, na medida em que existem harmonicamente, e podem ser aplicados de forma conjunta. Tal princípio não raras vezes é aplicado juntamente com o princípio da proporcionalidade, porém, configuram princípios diversos.

A razoabilidade tem por base os valores da sociedade, orientadores e limitadores da conduta dos cidadãos; busca a manutenção do equilíbrio, da justiça, da racionalidade e do respeito mútuo, repelindo atitudes de abuso dentro da relação de consumo. Sua inobservância poderá acarretar a invalidade das medidas adotadas, eis que podem prejudicar uma das partes.

A CF traz o princípio da razoabilidade, no art. 5º, inciso LXXVIII<sup>27</sup>, da CF, onde consta que o período de duração do processo será razoável, nem tão curto que impossibilite a defesa das partes, e nem tão longo de forma a se eternizar no tempo. A aplicação da razoabilidade, desta forma, necessita utilizar-se do bom senso.

De acordo com este princípio, não deve ser exigido da parte nada além do que é devido. A razoabilidade, nesse raciocínio, pode ser entendida como a equivalência, no sentido de que as prestações das partes devem guardar equivalência e moderação para ter validade.

### **2.2.8 Princípio da Proporcionalidade**

Como já referido anteriormente, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade muitas vezes são confundidos, contudo, são diferentes. A aplicação da proporcionalidade observa três fatores: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

---

<sup>27</sup> LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Para haver a adequação é necessária a análise dos meios utilizados, verificando a compatibilidade com o fim a ser atingido. Para a configuração da necessidade, deve ser analisado se o método escolhido é o necessário, ou seja, se ele é o único, ou ainda, o mais indicado. Finalmente, deve ser analisada a proporcionalidade em sentido estrito, sopesando os interesses, os caracteres da situação em tela, e a possível solução, visando garantir a justiça.

No ordenamento jurídico brasileiro, a proporcionalidade aparece como princípio implícito no art. 5º, inciso LIV, da CF<sup>28</sup>, através da garantia do devido processo legal. A proporcionalidade, em vista disso, é essencial pois tem como objetivo manter o equilíbrio de todo o sistema jurídico.

### **2.2.9 Princípio da Substituição Automática das Cláusulas Contratuais**

É princípio geral, não expresso na CF, contudo, é plenamente aplicável a vários ramos do Direito. Assim, o sistema jurídico pátrio permite que as cláusulas contratuais sejam substituídas, em decorrência de alterações substanciais operadas através de normas públicas e de interesse social.

Deve ser ressaltado que a substituição somente será realizada automaticamente se, por exemplo, uma lei vier a regulamentar algum item essencial ao contrato. Essa regulamentação, alterando substancialmente o conteúdo do contrato, deverá substituir automaticamente suas cláusulas. Decorre ainda da eficácia imediata conferida às normas de ordem pública e interesse social.

## **2.3 Princípios do Código de Proteção e Defesa do Consumidor**

Além dos princípios constitucionais elencados, existem outros princípios aplicáveis ao direito do consumidor, mencionados pelo CDC. Tais princípios, por regularem especificamente as relações de consumo, tem aplicação imperativa neste ramo do direito.

### **2.3.1 Princípios da Vulnerabilidade e da Proteção**

---

<sup>28</sup> LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

A vulnerabilidade, como já referido anteriormente, é característica marcante do cidadão consumidor. O consumidor “é considerado vulnerável, ou seja, pode ser facilmente atacado na sua livre manifestação de vontade, relativamente à escolha das suas prioridades e necessidades, cabendo à lei defendê-lo, sempre com o objetivo de fazer valer o princípio da igualdade.” (BONATTO; MORAES, 1999, p. 43)

Por ser parte em desvantagem torna-se manipulável, indefeso, no âmbito das relações de consumo, o que justifica a intervenção do Estado. Logo, a necessidade de proteção do consumidor decorre dessa vulnerabilidade, reconhecida no art. 4º, inciso I, do CDC<sup>29</sup>, como princípio norteador da política nacional de relações de consumo.

Justifica Cavalieri Filho que o consumidor é vulnerável “já que, não detendo os mecanismos de controle do processo produtivo (produção, distribuição, comercialização), e dele participando apenas em sua última etapa (consumo), pode ser ofendido, ferido, lesado, em sua integridade física, econômica, psicológica ou moral.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p.42)

O consumidor não participa do processo produtivo, aí inicia sua vulnerabilidade, porque está confiante que o fornecedor produziu os bens de forma adequada, em todos os aspectos. No entanto, qualquer descuido do fornecedor no processo produtivo poderá vir a causar lesão ao consumidor. Esta característica deve ser levada em consideração em todos os momentos da relação de consumo, pois intrínseca do consumidor.

Para Bonatto e Moraes:

[...] o vulnerável-consumidor, não tem como ser equiparado aos fornecedores de produtos e serviços também por este aspecto, pois estes detêm os conhecimentos técnicos e profissionais específicos atinentes às suas atividades, o que induz à óbvia aceitação de que o consumidor deve ser protegido. (BONATTO; MORAES, 1999, p. 44)

Em vista do domínio que o fornecedor exerce sobre o processo de produção, é visível que ele detém conhecimentos técnicos e profissionais específicos, o que por si só já traz desequilíbrio para a relação de consumo. A proteção do consumidor é imperiosa em vista de que são utilizados, continuamente, mecanismos pelos quais o consumidor não manifesta

---

<sup>29</sup> I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

livremente a sua intenção de adquirir produto ou serviço.

A vulnerabilidade do consumidor pode apresentar-se de três formas, vulnerabilidade fática, vulnerabilidade técnica e vulnerabilidade jurídica, como segue:

A **vulnerabilidade fática** é a mais facilmente perceptível, decorrendo da discrepância entre a maior capacidade econômica e social dos agentes econômicos – detentores dos mecanismos de controle da produção, em todas as suas fases, e, portanto, do capital e, como conseqüência, de *status*, prestígio social – e a condição de hipossuficiente dos consumidores. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 44, grifo do autor)

A diferença econômica é o principal fator de identificação da vulnerabilidade fática, e também o de maior visibilidade. O poder aquisitivo do consumidor normalmente é infinitamente menor do que o poder aquisitivo do fornecedor, fazendo com que o fornecedor se sobreponha socialmente ao consumidor.

Da mesma forma, deve ser destacada a vulnerabilidade técnica:

A **vulnerabilidade técnica** decorre do fato de não possuir o consumidor conhecimentos específicos sobre o processo produtivo, bem assim dos atributos específicos de determinados produtos ou serviços pela falta ou inexatidão das informações que lhe são prestadas. É o fornecedor quem detém o monopólio do conhecimento e do controle sobre os mecanismos utilizados na cadeia produtiva. Ao consumidor resta, somente, a confiança, a boa-fé, no proceder honesto, leal do fornecedor, fato que lhe deixa sensivelmente exposto. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 45, grifo do autor)

As características e também as fragilidades dos produtos inseridos no mercado de consumo não são conhecidas pelo consumidor. O consumidor conhece apenas aquelas informações veiculadas pelo fornecedor, com a intenção de que o consumidor adquira determinado produto. Todavia, essas informações unilaterais, na maioria das vezes, não refletem as reais características que se fossem conhecidas pelo consumidor não despertariam o seu interesse.

Há que ser lembrada ainda a vulnerabilidade jurídica:

A **vulnerabilidade jurídica** ou **científica** resulta da falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos, inclusive no que respeita a quem recorrer ou reclamar; a falta de assistência jurídica, em juízo ou fora dele; a dificuldade de acesso à Justiça; a impossibilidade de aguardar a demorada e longa tramitação de um

processo judicial que, por deturpação de princípios processuais legítimos, culmina por conferir privilegiada situação aos réus, mormente os chamados litigantes habituais. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 46, grifo do autor)

O consumidor, no aspecto jurídico, resta ainda mais fragilizado, pois muitas vezes não sabe que existem normas jurídicas tutelando as relações de consumo. Raras vezes se socorre do Poder Judiciário, em virtude da longa tramitação do processo, preferindo assim, suportar os danos. Tamanho desconhecimento é preocupante, pois contados já 20 anos do CDC. Nesse aspecto, é indispensável o incentivo da educação para o consumo, conscientizando os consumidores dos seus direitos.

De forma sucinta, “o princípio da vulnerabilidade representa a defesa dos princípios constitucionais da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego, insculpidos no artigo 170 da C.F..” (BONATTO; MORAES, 1999, p. 47)

O reconhecimento da vulnerabilidade é imprescindível para a correta aplicação das normas relativas ao Direito do Consumidor, considerando que toda a estrutura protetiva do CDC está assentada sobre este conceito. Todos os princípios mencionados convergem em busca da harmonia na relação de consumo.

### **2.3.2 Princípio da Repressão Eficiente aos Abusos**

No mercado de consumo os abusos são corriqueiros e ocorrem de muitas formas. O princípio da repressão eficiente aos abusos pretende afastar os excessos cometidos pelos fornecedores. Bonatto e Moraes concluem que

[...] a abusividade decorre do fato de ser o fornecedor quem impõe previamente as “regras”, pois concentra ele o poder relativamente à determinada atividade negocial, sendo que, muitas vezes, existem atitudes empresariais até mesmo orquestradas, tendentes a eliminar algum diferencial contratual de relevo que venha a possibilitar uma maior concorrência entre as empresas. (1999, p. 52, grifo do autor)

A concorrência entre as empresas no mercado de consumo determina a forma de sua atuação, e isso faz com que elas empreendam uma verdadeira guerra para conquistar os consumidores. Entretanto, essa guerra não pode prejudicar os consumidores, vulneráveis. As

medidas adotadas devem guardar coerência e bom senso.

Os abusos podem ocorrer de várias maneiras,

[...] seja na publicidade (art. 37, parágrafo 2º, do CDC), seja na oferta (arts. 30 e 31 do CDC), nas situações discriminadas no artigo 39 do Código (das práticas abusivas) e principalmente nos contratos, cujas previsões, predominantemente, estão nos artigos 51 e seguintes da Lei Protetiva. (BONATTO; MORAES, 1999, p. 49)

As atitudes abusivas dos fornecedores podem ocorrer tanto na fase pré-contratual, como na fase contratual. Na fase pré-contratual ocorrem os abusos da publicidade e da oferta, quando o consumidor está tomando conhecimento do produto, que ainda não foi adquirido. Na fase contratual, o produto já foi adquirido, e ocorrem as práticas e cláusulas abusivas.

Deve ser destacado que “a adesão a contratos-padrão muitas vezes ocorre por causa de um legítimo estado de necessidade, motivo pelo qual é um dos princípios que informa os contratos desta espécie.” (BONATTO; MORAES, 1999, p. 52) Esta particularidade é relevante porque, não raras vezes, o consumidor encontra-se em um estado de necessidade, que o induz a aceitar contratos-padrão, elaborados unilateralmente. A necessidade do consumidor é tão grande que, mesmo diante de uma situação abusiva o consumidor sente-se forçado a aceitar certas condições.

### **2.3.3 Princípio da Harmonia do Mercado de Consumo**

O princípio da harmonia do mercado de consumo é um princípio amplo, que representa o desejo de equilíbrio das relações de consumo. Na visão de Bonatto e Moraes “harmonizar o mercado de consumo significa, concretamente, atender à quase totalidade dos princípios da ordem econômica consubstanciados no artigo 170 da Constituição Federal.” (BONATTO; MORAES, 1999, p. 57)

Desta forma, a harmonia do mercado de consumo pode ser entendida como a convivência harmônica entre o interesse do fornecedor em exercer a atividade econômica, e dela obter lucro, e o interesse do consumidor, que precisa adquirir os produtos confeccionados pelo fornecedor, necessários a uma existência digna, dentro de uma sociedade igualitária.

Destacam ainda que é

[...] necessário que as mentalidades sejam modificadas, a fim de que os agentes econômicos percebam que seu ingresso no mercado de consumo representa muito mais do que uma simples atividade tendente à obtenção de lucro. Não se nega que este deva ser um objetivo a buscar, mas jamais pode ser perdida a noção da fundamental relevância social de qualquer atividade que conduza à criação de novos empregos. (BONATTO; MORAES, 1999, p. 55)

A obtenção do lucro é objetivo legítimo nas sociedades capitalistas, porém, não deve ser o foco principal das empresas, deve ser considerada ainda a criação de novos empregos, a necessidade dos produtos por ela criados, e o respeito ao consumidor. A harmonia no mercado de consumo é o objetivo principal do CDC, que utilizando-se dos princípios busca a realização desta harmonia.

Neste passo, é grande a importância dos princípios, porque atuam fundamentalmente na interpretação das normas e na organização social, buscando a unidade do sistema jurídico, e a efetivação dos direitos garantidos pela CF. A necessidade do estudo dos princípios se revela, também, pelo caráter norteador da atividade jurisdicional, quando, na demanda judicial for analisada a questão da inversão do ônus probatório. Quando invertido o ônus probatório, é alterada a regra de julgamento, e tal mudança deverá respeitar os princípios aplicáveis ao Direito do Consumidor.

### **3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO**

É imprescindível, antes de adentrar na problemática da inversão do ônus da prova, um breve exame do contexto processual onde a questão está inserida. Em decorrência disso, deve ser destacada a relevância da prova e a sua produção, dentro do processo civil brasileiro, pois é através dela que o juiz formará a sua convicção quanto ao direito a ser aplicado.

Igualmente, deve ser observada a regra geral do ônus probatório, vigente no ordenamento, e as implicações decorrentes de sua aplicação, bem como se há o enquadramento da situação em tela nos requisitos necessários para a inversão do encargo. Esclarecidos estes pontos, pode-se avaliar com segurança o momento processual adequado à inversão do ônus da prova no direito do consumidor brasileiro.

#### **3.1 A Prova no Direito Processual Civil Brasileiro**

A prova é o meio pelo qual o juiz pode formar a sua convicção sobre os fatos relevantes ou controvertidos dentro do processo. Através dela se chega ao resultado probatório que determina a convicção judicial. Assim, as partes atuarão em juízo buscando a convicção judicial que colocará fim à lide.

Conforme determina o art. 332 do CPC<sup>30</sup>, as partes podem utilizar quaisquer meios lícitos para provar o alegado no processo, ainda que não mencionados expressamente no Código. Alguns fatos, todavia, não necessitam ser provados, estes são chamados de fatos notórios, que estão previstos no art. 334, inciso I, do CPC<sup>31</sup>.

Para caracterizar um fato notório “não é preciso que, efetivamente, seja ele conhecido, bastando que o possa ser por meio da ciência pública ou comum.” (SANTOS, M., 1999, p. 338) São os chamados fatos de conhecimento público, aqueles conhecidos pela população de um município, região, estado ou país. Decorrentes da cultura, dos hábitos e das características

---

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> Art. 334. Não dependem de prova os fatos:  
I – notórios;

geográficas do local, podem versar sobre qualquer assunto, independentemente, como dito, de prova.

#### O conhecimento dos fatos notórios

[...] faz parte da cultura normal própria de determinada esfera social, e o juiz, ao utilizá-lo, não funciona como testemunha que informa quanto a fatos, porque se vale de conhecimento que não é seu apenas, ou de umas poucas pessoas, mas de uma *coletividade*, da qual é intérprete, e de cuja exatidão os litigantes sempre estão em condições de fiscalizar. (SANTOS, M., 1999, p. 339, grifo do autor)

Os fatos notórios, conseqüentemente, poderão ser invocados por qualquer das partes, dentro do processo, e pelo fato de serem conhecidos por um conjunto de pessoas, independarão de prova. Caso utilizados erroneamente, ou distorcido seu sentido, poderão ser corrigidos pela outra parte, ou ainda pelo juiz, também conhecedor do fato, sem, no entanto, ser considerado testemunha.

Já os fatos sujeitos à prova, são chamados controvertidos, porque sobre eles existe dúvida, sobre a sua existência ou ainda sobre suas circunstâncias. Sinteticamente:

Onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se traduz à mera aplicação do direito. Impõe-se a prova quando há *questão de fato*. Em consequência, reclamam prova os fatos contestados ou não admitidos como verdadeiros pela parte contrária à que os alega. (SANTOS, M., 1999, p. 335, grifo do autor)

Os fatos alegados por uma parte e não impugnados pela outra serão considerados verdadeiros. Ao passo que, impugnados os fatos deverão ser provados, na fase processual adequada. Frente a estas considerações, os fatos a serem provados devem ser relacionados a causa, e existir sobre eles dúvida, sendo o esclarecimento desta dúvida necessário ao deslinde do processo.

Neste raciocínio, “para serem suscetíveis de prova, os fatos devem ser determinados, isto é, apresentados com características suficientes para se distinguirem de quaisquer outros. São, pois, objeto de prova os fatos *controvertidos, relevantes e determinados*.” (SANTOS, M., 1999, p. 335, grifo do autor)

A determinação do fato será dada pelo conjunto de informações fornecidas pela parte, devendo individualizar o fato, para que não seja confundido com outro semelhante.

Determinado, deve ser relevante à solução do problema em tela. Ainda, sendo relevante, deve ser controvertido, para ser considerado fato passível de prova, na instrução processual.

O direito, em contrapartida, não precisa ser provado, “visto que a lei é a fonte primordial, principal, imediata e direta do direito, generaliza-se o princípio, universalmente aceito, de que as *regras de direito independem de prova*.” (SANTOS, M., 1999, p. 340, grifo do autor)

As regras de direito não precisam ser provadas, pois, presume-se que a coletividade seja conhecedora das normas que regem uma sociedade. Esta sociedade pode ser um município ou um país, pois cada um cria normas de convivência social. Presume-se que os seus integrantes são conhecedores das normas que precisam respeitar. Os fatos não têm a seu favor esta presunção, mas as regras sim, por materializarem a essência do ordenamento jurídico de uma sociedade.

Todavia, este princípio não é absoluto, quando tratar-se de direito estadual, municipal, costumeiro, singular ou estrangeiro, poderá o juiz conhecer o direito invocado, tornando-se desnecessária a prova; mas, no caso de lei de outro estado ou município, impõe-se a prova do direito, por não ser obrigatório seu conhecimento. (SANTOS, M., 1999, p. 341)

As regras de direito de outro município, por exemplo, podem ser conhecidas pelo juiz da causa, independentemente de prova, entretanto, por não ser a lei local, o juiz pode perfeitamente alegar seu desconhecimento, e determinar que o direito seja provado. O direito deverá ser provado pela parte que o invocou, devendo ainda provar que tal norma tem aplicabilidade, ou seja, que não perdeu validade ou caiu em desuso no local de origem. Essa é uma informação importante, pois existem normas que não são mais utilizadas pelo ordenamento, contudo, não foram alteradas.

Na produção da prova, deve ser destacado o princípio da necessidade da prova:

Segundo este princípio, que de certo modo é um reflexo das regras sobre o ônus da prova, os fatos afirmados pelas partes não de ser suficientemente provados no processo, não sendo legítimo que o juiz se valha de seu conhecimento privado para dispensar a produção de prova de algum fato de cuja existência ou veracidade esteja ele ciente por alguma razão particular. (SILVA, 2005, p. 328)

O fato deve ser provado clara e suficientemente, de forma que não pare mais dúvida sobre ele, sob pena de ser considerado inexistente e excluído do contexto probatório da lide. O

juiz não pode, ainda, abordar aspecto que conheça, mas que não veio aos autos, tampouco considerar verdadeiro um fato em razão de conhecimento particular, pois ao juiz não cabe a produção da prova, este encargo é exclusivo das partes.

A produção de provas deverá ser norteada, ainda, pelo princípio da contradição da prova:

O princípio do contraditório, ou da contrariedade em matéria de prova, deriva do princípio mais amplo por nós já indicado quando aludimos ao princípio fundamental que preside o processo civil, conhecido como princípio da *bilateralidade da audiência*, segundo o qual ninguém poderá ser condenado sem antes ser ouvido e sem que se lhe assegure a possibilidade de defesa adequada. Também no domínio do direito probatório, a parte contra quem se produza prova tem direito de conhecê-la antes que o juiz a utilize como elemento de convicção em sua sentença, e deve ter igualmente o direito de impugná-la e produzir contraprova, se puder, por este meio, invalidá-la. (SILVA, 2005, p. 329)

É garantido às partes, por este princípio, o conhecimento das provas produzidas pela parte contrária, e a possibilidade de manifestação sobre elas. A parte insatisfeita poderá exprimir sua discordância, e caso entenda necessário, produzir prova em sentido contrário. Somente após a produção é que as provas serão analisadas e valoradas pelo juiz, circunstância em que formará juízo de mérito da questão. Este princípio representa ainda a busca da igualdade das partes, permitindo a elas participação igualitária nos atos processuais.

O ônus probatório é regra processual para o alcance do direito material, através da prova das alegações dentro do processo civil. Cada ordenamento possui regras de julgamento, em busca do provimento jurisdicional, e esse provimento ocorre substancialmente com base na prova juntada aos autos. As partes, portanto, deverão provar o alegado, com vistas a atingir o provimento jurisdicional.

Para a produção da prova, ensina Ovídio Baptista da Silva que:

Como todo direito se sustenta em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhes o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes. (2005, p. 326)

Os fatos, portanto, devem ser provados por quem os alegou. Esta é a idéia inicial da produção da prova em juízo, pois quem alega um fato detém um mínimo de conhecimento sobre a sua existência. Logo, se a parte não provar o fato alegado, este não será considerado verdadeiro, pois não pode ser exigida da parte contrária prova negativa.

Cada uma das partes, então, tem um ônus:

Ônus – do latim *onus* – quer dizer carga, fardo, peso. *Onus probandi* traduz-se apropriadamente por *dever de provar*, no sentido de *necessidade* de provar. Trata-se apenas de *dever* no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes. (SANTOS, M., 1999, p. 344, grifo do autor)

O fato invocado é considerado relevante pela parte, conseqüentemente, é seu o interesse de que o fato seja acolhido no processo. Como destacou o autor, o ônus não é uma obrigação, mas sim um dever, de produzir elementos que corroborem sua tese, culminando no reconhecimento judicial do direito pleiteado. O juiz não poderá reconhecer um direito sem elementos a seu favor, o que significa que o ônus não acarreta uma sanção, mas o não reconhecimento do direito em questão.

Este ônus é um encargo, e não uma obrigação, como refere Pacífico:

No ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro, como ocorre na obrigação. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada. A norma estatuidora de um ônus tutela interesse do próprio onerado, ao passo que a norma portadora de uma obrigação tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente, que pode exigir o seu cumprimento. (2001, p. 165)

Nesse raciocínio, o sujeito não está obrigado a produzir a prova, e agindo desta forma não está cometendo ato ilícito, nem será sancionado por isso, mas, ao deixar de produzir a prova, que é seu ônus, deixará de receber a tutela jurisdicional almejada com o processo. Assim, não há como acolher a pretensão do autor, onerado, se ele não provar, ao menos, o fato constitutivo do direito que alega ter.

Este ônus é tido como regra de julgamento, pois “diante da necessidade de o juiz proferir uma decisão – mesmo sem haver atingido convicção sobre os fatos relevantes durante

a instrução – a inafastabilidade do julgamento projeta um risco (*objetivo*) de sucumbimento sobre os litigantes.” (PACÍFICO, 2001, p.133, grifo do autor)

Significa dizer que, o juiz deverá julgar a pretensão, mesmo que não existam provas suficientes, pois a produção das mesmas foi oportunizada. Então, diante da escassez de prova para o seu convencimento, e, sendo o ônus da prova regra para este julgamento, a parte onerada sucumbirá.

Cada sistema jurídico determina a forma de atuação das partes em juízo. No direito brasileiro, o ônus de provar cabe a quem alega, este é o princípio distributivo do ordenamento, pois “ao autor cabe a prova dos fatos dos quais deduz o seu direito; ao réu a prova dos fatos que, de modo direto ou indireto, atestam a inexistência daqueles (*prova contrária, contraprova*).” (SANTOS, M., 1999, p. 347, grifo do autor)

Ao autor incumbe a tarefa de provar o seu direito, esta é a regra geral disposta no art. 333, inciso I, do CPC<sup>32</sup>, ao passo que ao réu cabe alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor, conforme art. 333, inciso II, do CPC<sup>33</sup>. Importa dizer que, na sua defesa o réu poderá demonstrar a existência de algum fato que impeça o autor de exigir uma obrigação, ou que tenha alterado seu direito, ou ainda que venha a extinguir a pretensão. Do mesmo modo, a resposta do réu é regulada pelo art. 300, do CPC<sup>34</sup>, que define a atuação do réu dentro do processo, permitindo a ele refutar o alegado pelo autor, pelos motivos que entender pertinentes e apresentar as provas que deseja produzir.

Embora predomine a regra geral mencionada, existe a possibilidade de convenção do ônus probatório, facultada pelo parágrafo único<sup>35</sup> do art. 333, do CPC. É permitida convenção sobre a inversão do ônus probatório, mas será vedada quando afetar direito indisponível da parte, ou tornar excessivamente difícil à parte o exercício do direito.

Insatisfeito com o contexto probatório, ou mediante requerimento da parte, o juiz poderá determinar de ofício as provas necessárias à instrução do processo, com base no art. 130, do CPC<sup>36</sup>. Em razão disso, o juiz

<sup>32</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

<sup>33</sup> II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

<sup>34</sup> Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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.

[...] não está circunscrito, na averiguação dos fatos, às provas propostas pelas partes, podendo não admiti-las, não só porque inadmissíveis como também quando manifestamente protelatórias (desnecessárias, inadequadas, impossíveis, inúteis), ou, ainda, podendo determinar, de ofício, a produção de outras provas que entender necessárias à formação de sua convicção quanto à verdade dos fatos. Diga-se, pois, que no caminho da indicação das provas, com o princípio da iniciativa das partes, que aí predomina, convive o *princípio da iniciativa oficial*. (SANTOS, M., 1999, p. 350, grifo do autor)

O princípio da iniciativa das partes, que é a regra, deve conviver harmonicamente com o princípio da iniciativa oficial, que permite ao juiz determinar a produção de provas. Conductor da marcha processual, o juiz, verificando que as provas não guardam relação com a ação, poderá determinar a produção de outras provas. Poderá agir desta forma também quando alguma das partes estiver usando a fase probatória para protelar a duração do processo, buscando que o processo se eternize no tempo.

O poder de iniciativa oficial “deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença.” (SANTOS, M., 1999, p. 350)

Esta faculdade do juiz deve ser utilizada com parcimônia, a fim de que as decisões sejam proferidas com a segurança de que o direito foi dito corretamente. A prova, portanto, compete às partes, mas o juiz poderá interferir neste ponto aspirando a solução correta da lide. A fixação destas idéias é fundamental para a análise da inversão do encargo probatório prevista pelo CDC. Considerada a fragilidade do consumidor o legislador proporcionou a ele uma ferramenta em busca da igualdade.

### **3.2 A Inversão do Ônus da Prova**

A inversão do ônus da prova é uma das ferramentas processuais que visa restaurar o equilíbrio nas relações de consumo. Está prevista no Capítulo III, do CDC, reservado aos direitos básicos do consumidor, através do art. 6º, inciso VIII<sup>37</sup>. O artigo prevê que é direito

<sup>37</sup> 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;

do consumidor a facilitação da sua defesa em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil.

É notório que o consumidor enfrente grande dificuldade de atuação em juízo, mormente diante do fornecedor que é litigante habitual, em razão disso, a inversão do ônus da prova visa auxiliar o consumidor:

A finalidade do dispositivo em questão é muito clara: tornar mais fácil a defesa da posição jurídica assumida pelo consumidor, na seara específica da instrução probatória. Distanciou-se o legislador, assim, dos tecnicismos e das formalidades inúteis, conferindo autêntico caráter instrumental ao processo, na busca da verdade real e da solução justa da lide. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 98)

O legislador criou esta ferramenta para o consumidor melhor atuar em juízo, em vista de que ele não é litigante habitual como o fornecedor, não conhece o procedimento da ação judicial, nem os meandros de sua tramitação. Ao contrário, o consumidor pouco recorre ao poder judiciário, justamente por pensar que é pequeno demais frente ao fornecedor, e que em vista disso não saberá atuar em juízo.

Para que ocorra a inversão, existem requisitos, quais sejam: a verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua hipossuficiência. O juiz constatará a verossimilhança quando o consumidor trazer aos autos algo que confirme as suas alegações; já a hipossuficiência, será reconhecida quando for notória a deficiência do consumidor perante o fornecedor, tanto pela falta de conhecimento técnico, quanto pela incapacidade probatória.

É imprescindível esclarecer os conceitos de verossimilhança e hipossuficiência, a fim de que não sejam confundidos com demais conceitos do ramo do Direito do Consumidor, bem como sejam corretamente caracterizados na relação processual. Por conseguinte, a verossimilhança das alegações do consumidor será analisada tendo por base que:

Verossímil é aquilo que é crível ou aceitável em face de uma realidade fática. Não se trata de prova robusta e definitiva, mas da chamada prova de primeira aparência, prova de verossimilhança, decorrente das regras de experiência comum, que permite um juízo de probabilidade. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 99)

Será analisada a verdade nas alegações, a racionalidade, a seqüência lógica dos acontecimentos, e, sendo aceitável o exposto, será considerada verossímil a alegação do

consumidor, dentro do processo. Não são necessárias provas contundentes, incontestáveis, mas provas com aparência de verdade, permitindo que o juiz analise o contexto fático com certa segurança, formando um juízo acerca do afirmado.

Já a “hipossuficiência é um agravamento da situação de vulnerabilidade, um *plus*, uma vulnerabilidade qualificada. Além de vulnerável, o consumidor vê-se agravado nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou ambos.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p.43, grifo do autor)

O consumidor é naturalmente vulnerável, no entanto, a hipossuficiência surge desta incapacidade processual do consumidor de provar o direito alegado, pois os meios, ou documentos, estão em poder do fornecedor. Surge também do desconhecimento do consumidor dos seus direitos, que embora previstos, muitas vezes são desconhecidos em grupos sociais carentes e marginalizados.

Relativamente a estes dois conceitos,

[...] importante salientar que a vulnerabilidade é um conceito de direito material e geral, enquanto a hipossuficiência corresponde a um conceito processual e particularizado, expressando aquela situação a dificuldade de litigar, seja no tocante à obtenção de meios suficientes para tanto, seja no âmbito da consecução das provas necessárias para a demonstração de eventuais direitos. (BONATTO; MORAES, 1999, p. 46)

Difere, portanto, o âmbito de aplicação dos dois conceitos, porque, enquanto todos os consumidores são vulneráveis, em todas as situações, em juízo ou fora dele, nem todos eles serão hipossuficientes, em decorrência do caráter processual da hipossuficiência. Implica dizer que hipossuficiente será aquele consumidor vulnerável, e que está em extremo desequilíbrio na relação processual.

Oportuno lembrar que o termo hipossuficiência

[...] foi tomado por empréstimo pelos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor da doutrina do Direito do Trabalho, que assim considera o detentor da força de trabalho, economicamente frágil, em face do detentor do capital, seu empregador, que detém o poder de subordinação. (FILOMENO, 2007b, p. 371)

Há que ser considerado que não existe prejuízo neste empréstimo de termos de outro ramo do Direito, em vista do caráter interdisciplinar do Direito do Consumidor. Além disso,

no Direito do Trabalho também há desequilíbrio na relação entre empregado e empregador, sendo que o movimento consumerista e o movimento trabalhista tiveram origem concomitante, devido ao avanço da produção e da tecnologia.

No entendimento de Sandra Aparecida Sá dos Santos “presente um dos requisitos legais da inversão probatória, surge o direito do consumidor, uma vez que a lei quer proteger o hipossuficiente da situação de desigualdade, estabelecida pela própria natureza da relação de consumo.” (2002, p.69) Neste sentido, a autora entende que os requisitos autorizadores não precisam ser cumulados, bastando que um deles esteja presente.

As afirmações do consumidor correspondem geralmente a fatos, o que naturalmente torna difícil a tarefa de comprová-los. Neste contexto é que a inversão surge como o instrumento de facilitação da sua defesa, para que a decisão judicial seja a mais próxima possível da realidade.

Sandra Aparecida Sá dos Santos refere ainda que “é necessária a presença de apenas um dos requisitos, porque, se assim não fosse, o legislador, à evidência, teria utilizado a conjunção aditiva ‘e’. É princípio basilar do Direito que onde o legislador restringe não é permitido ao intérprete ampliar.” (2002, p.72, grifo do autor)

O esclarecimento da autora é de grande importância, pois essa controvérsia tem muitos efeitos da seara processual, podendo implicar inclusive no mérito da questão. Ela reforça a previsão legal, defendendo que apenas um requisito é necessário para que seja autorizada a inversão, ao contrário de outros doutrinadores que entendem que devem estar preenchidos os dois requisitos, mesmo constando no artigo a palavra “ou”.

Preenchido um dos requisitos, é dispensável que o consumidor solicite a inversão, na visão de Farias:

Trata-se de importante regra, autorizando o juiz a determinar, inclusive *ex officio*, tal inversão, com fundamento na facilitação da defesa do consumidor em juízo. Importa registrar, por sinal, que a possibilidade de inversão do ônus de prova nas causas consumeristas funciona como verdadeiro mecanismo de afirmação dos direitos do consumidor, cuja especial tutela foi concedida pela Lex Legum, em seus arts. 5º, XXXII, e 170, V, revelando a matiz constitucional da inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente. (2005, p.211, grifo do autor)

O autor refere que é fundamental a inversão do ônus para que ocorra, efetivamente, a facilitação da defesa do consumidor em juízo, como forma de garantir a tutela constitucional

que o legislador quis conferir ao consumidor. Esta possibilidade é de tal relevância que poderá ocorrer mesmo sem requerimento da parte, desde que o juiz perceba e reconheça a hipossuficiência ou a verossimilhança das alegações do consumidor.

Neste cenário, a aplicação do instituto pode ocorrer sempre que estiver preenchido um dos requisitos autorizadores. Porém, existem autores que entendem que a inversão do ônus da prova não deve ser utilizada em todos os casos. Gidi entende que

[...] é preciso reconhecer que, ao contrário do que comumente se vem afirmando, a inversão do ônus da prova não é um direito básico do consumidor. O direito outorgado ao consumidor pelo inc. VIII do art. 6º do CDC, como direito básico, é a facilitação da defesa de seus direitos em Juízo: a inversão é, tão-somente, um meio através do qual é possível promover tal facilitação. (1995, p. 25)

Para o autor o objetivo é simplesmente facilitar a defesa do consumidor em juízo, e não privilegiá-lo na demanda. Mesmo que estejam presentes os requisitos autorizadores da inversão, o autor defende que não é obrigatória a sua aplicação, ficando a decisão a critério do juiz, considerando as características do caso em discussão. Essa ponderação colide com o afirmado anteriormente por Farias, evidenciando que existem posições das mais diversas relativamente à previsão do art. 6º, do CDC.

Semelhante a Gidi, é o entendimento de Khouri:

Não se trata de um direito automático de todo e qualquer consumidor. O juiz só concederá a inversão do ônus da prova se o fato por ele alegado for de grande verossimilhança, com fortes indícios de verdade, ou quando ele for notadamente hipossuficiente. Implica dizer que o consumidor precisa demonstrar caso a caso a hipossuficiência, motivo pelo qual nem todos os consumidores terão sempre, em seu benefício, a inversão do ônus. (2006, p. 119)

Na mesma linha de Gidi, Khouri refere que a inversão não configura direito automático do consumidor, logo, não poderá ser operada a inversão de ofício. Para o autor não serão todos os consumidores beneficiados com o instituto, mas apenas aqueles que comprovarem que sua situação é de extrema desvantagem.

Ainda neste sentido, é a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

A propósito, a inversão do ônus da prova é matéria fática, que nada tem a ver com o aspecto jurídico da questão e não é por qualquer motivo que se inverte o ônus da prova, mas apenas para quando o consumidor, estando em exagerada desvantagem em relação ao fornecedor, poder provar determinado fato importante para o deslinde da causa. Enfim, não se inverte o ônus da prova para qualquer matéria fática, mas exclusivamente para situações importantes no decorrer do processo, respeitados o contraditório, a ampla defesa e o momento adequado para a inversão, caso esta seja necessária. (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, 2002)

Nesta ótica, a inversão não deve ocorrer em todos os casos, mas apenas quando a desvantagem do consumidor for exagerada e a aplicação do instituto seja imprescindível para provar suas alegações, e em decorrência, para o julgamento do mérito, estando ainda subordinada a decisão do juiz. É ele quem fará a avaliação do caso e das provas juntadas aos autos, para então decidir se é necessária a inversão.

A inversão do ônus da prova é tema de análise intrincada, com várias divergências, inclusive quanto ao momento do processo em que deve ocorrer. É uma questão processual, mas que pode ter conseqüências no julgamento do mérito da ação. Em virtude disso, é fundamental destacar os possíveis momentos para a inversão do ônus da prova no direito do consumidor brasileiro.

### **3.3 Momento Processual Adequado à Inversão do Ônus da Prova no Direito do Consumidor Brasileiro**

Nos casos em que seja possível a inversão do ônus probatório, surge uma questão muito complexa: qual seria o momento processual adequado? Tal definição do momento processual pode interferir no resultado do processo? Alguns fatores devem ser considerados para a definição do momento adequado para a inversão. Entre os doutrinadores brasileiros existem vários entendimentos sobre esta questão, mas que se resumem em três posicionamentos principais: a inversão no início do processo, a inversão no despacho saneador ou início da fase probatória, e a inversão no momento da sentença.

No entendimento de Rogerio Zuel Gomes:

Merece ser sublinhado, também, que ao contrário do que defendem alguns doutrinadores, a inversão já na citação não fere o contraditório, tampouco a ampla defesa. Ao revés, invertido o ônus da prova já no início de lide, o fornecedor ou o prestador de serviço terá a oportunidade de apresentar a sua contestação

devidamente amoldada no que diz respeito à estratégia processual a ser adotada, eis que ciente de que mais adiante arcará com o ônus dessa produção. (2009, p.119)

Neste sentido, autor entende que a inversão deve ocorrer já no início da lide. Desta forma, o juiz deve se manifestar já no primeiro despacho sobre a inversão, antes mesmo da citação da parte requerida, e, cientes da alteração da regra, as partes adequarão a sua atuação em juízo. A parte estará ciente do seu ônus, de forma que, nas suas manifestações e na fase probatória, a produção das provas considerará esta regra.

Na visão de Filomeno,

[...] 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. (2007b, p. 376)

O raciocínio de Filomeno aborda os três possíveis momentos, destacando o momento adequado como sendo o início do processo. Em vista de que os outros momentos causariam prejuízos às partes, e ao juiz, quando do julgamento do processo, ele entende que a ciência do fornecedor deve preceder a produção da prova, de modo a não surpreendê-lo no curso da demanda, o que poderia acarretar um resultado indesejado.

Assim também entende Nogueira, defendendo que “tanto no despacho inicial, quanto no saneador seria o momento mais propício para tanto, pois assim procedendo, estaria de forma ampla, e para ambas as partes garantindo direito de ampla defesa consagrado na Constituição Federal”. (1998, p.128)

A autora entende que nesse momento a inversão garante o direito de ampla defesa, pois a prova ainda não foi produzida, e não haveria qualquer interferência ou prejuízo na sua produção, proporcionando maior clareza e equilíbrio ao processo.

Esta também é a opinião de Mello, pois “é no início do processo que deverá o juiz decidir sobre a aplicação ou não deste benefício do consumidor, de ofício ou a requerimento da parte, sempre dando ciência ao réu, o fornecedor, para que este não sofra de cerceamento de defesa”. (1998, p.121)

Mello entende que no início do processo o juiz já tem condições de averiguar, com base na petição inicial, se estão presentes os requisitos autorizadores da inversão. Considerará, ainda, a ampla defesa, pois se efetuada a inversão neste momento não causará prejuízo, pelo contrário, norteará a produção da prova.

Ainda para Rogerio Zuel Gomes:

Poderá, também, ocorrer a inversão do ônus da prova quando do saneamento do processo. [...] Se este é o momento onde se defere e especifica as provas necessárias ao deslinde da questão, nos parece correto afirmar que este seria o último momento em que se permitiria a inversão do ônus probatório, respeitadas as garantias processuais constitucionais. (2009, p.119)

As garantias processuais constitucionais a serem respeitadas são o contraditório e a ampla defesa, ambas previstas no artigo 5º, inciso LV, da CF<sup>38</sup>. Estas garantias visam assegurar o equilíbrio processual e a participação igualitária das partes no andamento do processo, pois possibilitam que os fatos alegados sejam impugnados pela parte contrária. Consideradas estas garantias, na fase de saneamento o juiz avalia a ação, nomeia os pontos controvertidos e em seguida, ordena a produção das provas. Logo, o autor defende que na fase instrutória as partes já devem saber se será aplicado o instituto, tendo em conta que após a produção da prova, a sua aplicação perde a razão de ser.

Na opinião de Sandra Aparecida Sá dos Santos, o momento adequado pode variar, pois as regras de distribuição do ônus da prova são regras de procedimento. Assim,

[...] como o procedimento ordinário é o mais extenso, cabível a inversão do ônus da prova após a apresentação da contestação, vale dizer, no despacho saneador, momento em que o magistrado apreciará a tese do autor e a antítese do réu, podendo decidir sobre a necessidade, ou não, da utilização do instituto. (2002, p. 85)

É necessária, na visão da autora, a vinda da parte demandada aos autos, para maiores esclarecimentos sobre o caso em tela, para que, somente após, o juiz decida sobre a inversão, no despacho saneador. Quando então, estarão cientes dos pontos controvertidos e a quem caberá o encargo de provar.

<sup>38</sup> 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:

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

No procedimento sumário, tendo em vista a concentração das fases, a autora entende que o momento correto seja após a contestação. (SANTOS, S., 2002, p.81-86) Considerando esta concentração, existem muitas possibilidades de prosseguimento do processo, a possibilidade de indeferimento da inversão, de extinção do feito, de julgamento antecipado da lide, ou ainda de designação de audiência de instrução e julgamento, por isso, este seria o momento correto.

Nos casos em que o objeto da ação for indenização de danos oriundos de acidente de consumo, Caldeira defende que:

[...] o juiz possa decidir-se acerca da aplicação ou não do art. 6º, VIII, no momento de julgar a demanda. Isso porque, em decidindo pela incidência do mencionado preceito, o juiz apenas estará isentando o consumidor de comprovar o fato constitutivo, o que não irá prejudicar em nada o fornecedor que, sempre terá o ônus de provar o contrário. Não haverá, assim, qualquer surpresa, posto que o fornecedor sabe que, por força da lei, lhe compete o ônus de produzir as provas dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do consumidor. (2001, p.179)

O entendimento de Caldeira é que, a aplicação do instituto deve ser analisada conforme o caso. Nesse caso, o momento adequado para a inversão seria a sentença, pois não se configuraria exatamente uma inversão do encargo probatório, mas apenas um benefício ao autor de não comprovar o nexo causal, sendo que ao fornecedor ainda caberia a comprovação do contrário.

No entanto, se no caso em tela o objeto da ação for outro, que não indenização, como por exemplo, relativo à revisão contratual, a anulação de cláusulas abusivas, ou ainda, ao reconhecimento de práticas abusivas, o posicionamento de Caldeira é de que

[...] o juiz deva, necessariamente, manifestar-se acerca da aplicação ou não da regra do art. 6º, VIII, uma vez que aqui, já se trata de inversão do ônus da prova propriamente dita e, não mais da distribuição de encargo. E, nesse caso, tal manifestação deve ocorrer até o despacho saneador, sob pena de, assim não agindo, estar-se violando o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV) de ambas as partes. (2001, p.179)

Segundo ela somente nesses casos tratar-se-á de inversão do ônus da prova propriamente dita, e que assim, é vital a manifestação do juiz acerca da presença dos requisitos até o despacho saneador. Tal omissão prejudicaria as partes, pois, toda a fase instrutória aconteceria sem que as partes soubessem se seria utilizada, no caso, a regra geral

ou a exceção. Logo, a sua inversão na sentença, seria uma total surpresa para as partes, pois configuraria uma inovação no final do processo, e ainda afrontaria o princípio da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

No entendimento de Nunes, o deferimento da inversão do ônus da prova deverá ocorrer entre o ajuizamento e o despacho saneador, sob pena de prejuízo à defesa do réu. (NUNES, 2000, p.127) Essa posição considera que, se o deferimento ocorrer após a fase instrutória, por exemplo, o réu sofreria prejuízo, pois produziu suas provas de acordo com a regra geral do artigo 333, do CPC. Nestes casos, a prova produzida pode não ser suficiente, acarretando possível derrota na ação.

Partilha desta opinião Moreira, quando refere que a inversão na sentença afronta o contraditório e a ampla defesa, pois altera a regra vigente até o momento, sem oportunizar ao fornecedor a chance de apresentar novos elementos de convicção ao juiz. (MOREIRA, 1997, p.146) O autor compartilha do entendimento de que a inversão deve ser comunicada às partes antes da fase probatória, pois, até ocorrer essa comunicação a regra vigente é a geral, e que não pode ser alterada após produzida a prova.

Moreira defende ainda que a aplicação da inversão, antes da contestação, afronta o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois somente com a contestação o juiz poderá concluir se existe polêmica quanto àquele fato. (1997, p.145) Neste contexto, o juiz não poderia deferir a inversão com base, apenas, nas alegações do consumidor, pois, com a vinda do réu aos autos pela contestação, poderia desaparecer a controvérsia aparente na petição inicial. Desaparecendo a controvérsia, desnecessária seria a inversão do ônus probatório.

Este também é o entendimento de Moraes, pois o deferimento no início da lide não considera a resposta do réu, que não veio aos autos ainda, estando ausentes os pontos controvertidos. (1999, p. 68) Moraes afirma que se o réu não veio aos autos ainda, não há como considerar que existam pontos controvertidos, pois até então, somente a versão do autor foi conhecida. Refere ainda, que, somente com a contestação, ocorre a formação do contraditório, e que a partir daí, o magistrado tem condições de analisar a utilização do instituto, e dar andamento ao processo.

Nesse sentido, corrobora Holthausen:

O problema do despacho inicial é a ausência de elementos suficientes para a análise dos requisitos da inversão, bem como pela falta de agir em contraditório, pois não se estaria possibilitando que o réu participasse da convicção do juiz em relação à

verossimilhança das alegações do autor (consumidor) ou de sua caracterização como hipossuficiente. Haveria, então, uma precipitação desnecessária e que poderia, ferindo princípios constitucionais, prejudicar o andamento célere e ordenado do processo, inviabilizando a própria defesa constitucional do consumidor e a efetivação da justiça. (2006, p.120)

Para Holthausen apenas pode ser aplicado o instituto após a formação do contraditório, caso contrário, o juiz não tem elementos suficientes para a análise do caso, e, a aplicação anterior ao contraditório priva o réu da participação na convicção do magistrado. Segundo ele, a manifestação antes da contestação seria prejudicial ao correto andamento da lide.

Existem ainda doutrinadores que entendem que o momento adequado para a inversão do ônus da prova seja a sentença, Nery Junior é um deles, e defende que as regras de distribuição do ônus são regras de juízo, e cabe ao juiz, no julgamento da causa, agir conforme o artigo 6º, inciso VIII, do CDC. (1992, p. 217-221)

O posicionamento do autor está no sentido de que, somente no final da lide o juiz tem condições de decidir sobre a necessidade da aplicação do instituto. Pois, segundo ele, as regras relativas ao ônus probatório são regras de juízo, e não de procedimento, que serão utilizadas conforme a necessidade do caso em discussão. As regras de juízo estão ligadas ao mérito da demanda, autorizando, portanto, sua utilização na sentença.

Watanabe partilha da mesma opinião de Nery Junior, defendendo que o momento adequado é a sentença, pois as regras do ônus são regras de juízo e orientarão o juiz quando não existirem elementos probatórios suficientes para formar a sua convicção. (2000, p.714)

No entendimento do autor, é desnecessária a inversão durante a instrução probatória, e que somente será decidida a aplicação do instituto no julgamento da lide, ressaltando que tal previsão servirá, apenas para orientar o juiz, principalmente, nos casos de insuficiência de provas.

Cavaliere Filho também partilha deste entendimento:

Temos assim como correta a posição daqueles que entendem ser o **momento da sentença** o mais adequado à inversão do ônus da prova. Tal critério, além de aplicável em qualquer tipo de procedimento – ordinário, especial, sumário e juizados especiais -, coloca em destaque a verdadeira natureza das regras de distribuição do ônus da prova – são regras de julgamento e não de procedimento. (2010, p. 328, grifo do autor)

Cavaliere Filho, seguindo os autores do anteprojeto do CDC, assevera ser a sentença o momento mais adequado em vista da diversidade de procedimentos em que a ação pode estar tramitando. Conseqüentemente, por configurar regra de juízo não poderia ser utilizada em outro momento que não o de julgamento do mérito da ação.

No entanto, para Moreira a inversão do encargo na sentença configura ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois “ao mesmo tempo em que estivesse invertendo o ônus da prova, o juiz estaria julgando, sem dar ao fornecedor a chance de apresentar novos elementos de convicção, com os quais pudessem cumprir aquele encargo”. (1997, p.146)

Neste caso, vigorava a regra geral, e o réu produziu a prova de acordo com esta regra, contudo, com a modificação do ônus na sentença, o réu não tem mais oportunidade de produzir provas em seu favor, restando evidente prejuízo, pois já decorrida a fase instrutória. Essa alteração seria uma inovação do momento de julgar a demanda.

Ainda sobre a aplicação do instituto na sentença, é importante mencionar a Súmula n. 91 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>39</sup>. Esta súmula representa o entendimento dominante naquele Tribunal, e a justificativa do Rel. Des. Silvio Teixeira é no sentido de que tal inversão não é legal, mas judicial, e que a inversão na sentença afronta os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Há ainda que se mencionar, a inversão prevista no artigo 38 do CDC<sup>40</sup>, que é substancialmente distinta daquela do inciso VIII, do artigo 6º, do CDC, pois se dá na forma *ope legis*. Tal afirmação significa que, se o fundamento da ação for publicidade inverossímil ou incorreta, a inversão será automática, no início da lide, impedindo a incidência da regra geral, independentemente de manifestação do juiz. (GOMES, 2009, p.122)

O legislador entendeu desta forma, tanto porque há a vulnerabilidade do consumidor, quanto porque a documentação necessária à comprovação está em posse de quem a patrocinou. Nesse caso, não será necessária a verificação dos requisitos da verossimilhança e hipossuficiência, pois o artigo refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção.

Como refere Benjamin “a veracidade tem a ver com a prova de adequação ao princípio da veracidade. A correção, diversamente, abrange, a um só tempo, os princípios da não-

---

<sup>39</sup> Súmula 91. A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença.

<sup>40</sup> Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.” (2007, p.369)

Ao fornecedor cabe, automaticamente, nesses casos, o ônus de provar que a sua publicidade é correta e verdadeira, e que não está afrontando os mencionados princípios. Sendo automática, o juiz não precisa declarar no curso do processo que a regra do artigo 38 será utilizada, pois já está expressamente previsto no artigo.

É imperioso frisar, que a inversão do ônus da prova jamais poderá ocorrer em prejuízo do consumidor. Assim, conforme Farias:

Vislumbrada esta gênese constitucional na inversão do ônus da prova em favor do consumidor, impõe-se, sempre, a interpretação mais favorável ao consumidor, de modo a conferir maior efetividade ao comando da Lei Maior. [...] Não é por outro motivo que o art. 51, VI, do Código de Defesa do Consumidor reputa abusiva e nula de pleno direito a cláusula que pretenda, em contrato de consumo, inverter o ônus da prova em detrimento do consumidor, por dificultar a defesa do consumidor. (2005, p. 212)

A defesa do consumidor, em vista de seu caráter constitucional, é de tal importância que, ao consumidor deve-se, sempre, dar a interpretação mais favorável, flagrante a sua desigualdade perante o fornecedor. A inversão do ônus probatório, nada mais é, na visão do autor, do que o respeito e cumprimento à norma constitucional, reafirmada pelo artigo 51, inciso VI, do CDC<sup>41</sup>.

Adentrar esta discussão é tarefa complicada, em vista disso Holthausen defende que

[...] para efeitos da discussão do momento processual para se inverter o ônus da prova, imperioso destacarem-se três princípios processuais constitucionais, quais sejam: o devido processo legal (garantia do exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, bem como do desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas, garantindo a todos os cidadãos que a solução de seus conflitos obedecerá aos mecanismos jurídicos de acesso e ordenação do processo), o contraditório e a ampla defesa (a oportunidade dada às partes quanto à informação (ciência), e, na continuidade, à participação efetiva e plena das mesmas nos procedimentos e atos processuais, em igualdade de condições). (2006, p. 134)

Esta posição é de vital importância, pois a aplicação da inversão não pode descuidar, em nenhum momento destes princípios balizadores. O respeito a estes princípios é forma de

<sup>41</sup> 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;

buscar um processo democrático, com equilíbrio entre as partes, e que, ao final, decida com segurança o conflito, de acordo com a realidade fática, pondo fim a demanda com seriedade e efetividade.

Tendo em vista as posições dos vários autores, sobre o momento adequado à aplicação da inversão do ônus da prova, nas ações relativas ao direito do consumidor, é possível agrupá-los em três grandes grupos.

O primeiro grupo defende que o momento adequado para a aplicação da inversão do ônus probatório é o primeiro despacho. Este grupo entende, fundamentalmente, que o juiz deve manifestar-se já no primeiro despacho sobre a aplicação do instituto, se presentes a verossimilhança ou a hipossuficiência do consumidor. A aplicação é possível, mesmo que o réu não tenha vindo a juízo ainda. Logo, cientes desta manifestação, as partes poderão adequar sua atuação judicial, buscando a produção das provas de acordo com a regra vigente.

O segundo grupo entende que o momento adequado para a inversão do ônus probatório é o despacho saneador. Neste momento, pois somente com a vinda do réu aos autos o juiz concluirá se existem pontos controvertidos a serem esclarecidos. Ainda, necessária a contestação, a formação do contraditório propriamente dito, para que não seja configurado prejuízo à defesa do réu. Portanto, a inversão deve necessariamente anteceder a fase probatória.

Por fim, o terceiro grupo entende que o momento adequado para a aplicação do instituto é a sentença. Neste sentido, as regras de distribuição do ônus probatório são regras de juízo, que orientam o juiz apenas quando não existirem elementos probatórios suficientes para a formação da convicção.

Entre todas as teorias expostas, destaca-se a aplicação da inversão do ônus probatório no despacho saneador, em vista de que causará menos prejuízos a atuação das partes, e da necessidade de prévia formação do contraditório para o equilíbrio processual. Assim, o juiz deverá aplicar esta exceção, após a contestação, e antes da fase instrutória.

Este momento é entendido como mais adequado em vista de a inversão do ônus ser entendida como regra de procedimento. Revela-se imprescindível a ciência das partes desta alteração da regra geral do processo civil brasileiro, pois, caso alterada em momento diverso, poderá configurar prejuízo às partes, afronta aos princípios constitucionais, ou ainda desequilíbrio na relação processual. Importa ainda mencionar que, a inversão do encargo

probatório não configura juízo de valor, apenas científica as partes de que devem adequar sua postura processual.

Não se pode deixar de mencionar que, caso entendida como regra de julgamento, a inversão do ônus da prova deve ocorrer na sentença. Sendo regra de julgamento, sua utilização cabe ao juiz no momento de proferir a decisão, sendo desnecessária manifestação em qualquer outra fase processual.

### 3.4 Aplicação Jurisprudencial

A par dos possíveis momentos processuais para a inversão do ônus da prova, é interessante exemplificar como este instituto está sendo aplicado nas decisões judiciais proferidas atualmente.

Pode-se perceber que as posições divergem, principalmente, sobre se a inversão do ônus da prova configura regra de procedimento ou regra de julgamento. Diante desta divergência é imperioso destacar as considerações da Min. Nancy Andriahi, ao relatar de forma sucinta, mas objetiva e clara, em apenas uma decisão, como se apresenta o entendimento dominante no Brasil:

Por ocasião do julgamento do REsp 422.778/SP (Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andriahi, DJ de 27/8/2007), a 3ª Turma do STJ firmou seu entendimento no sentido de que o art. 6º, VIII, do CDC consubstancia uma regra de *julgamento*, de modo que o juízo pode determinar a inversão do ônus da prova nas relações de consumo apenas no momento de sentenciar a causa. [...]A partir desse julgamento, essa orientação vem sendo acompanhada de modo pacífico pelos integrantes da 3ª Turma, do que são exemplos os seguintes precedentes: REsp 949.000/ES (Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ de 23/5/2008); AgRg nos EDcl 977.795/PR (Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJ de 13/10/2008); AgRg no Ag 1.028.085/SP (Rel. Min. Vasco Della Giustina, 3ª Turma, DJ de 16/4/2010); entre outros.

A 4ª Turma deste Tribunal, contudo, vem adotando outro entendimento, defendendo que a regra de inversão, mesmo no CDC, é uma regra de procedimento, de modo que é imperativo que o juízo informe as partes, antes da instrução, a quem competirá a prova de cada fato. Nesse sentido podem-se citar, entre outros, os seguintes precedentes: REsp 716.386/SP (Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJE 159/2008); REsp 707.451/SP (Rel. Min. Jorge Scartezini, 4ª Turma, DJ de 11/12/2006); REsp 720.930/RS (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJ de 9/11/2009) [...] Ambas as posições contam com sólidos argumentos e são defendidas por avalizada doutrina. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2010)

Como visto, o entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, e que seu objetivo não é orientar a atuação das partes, mas sim orientar o juiz no momento de proferir a decisão de mérito da demanda. Por isso a sua aplicação correta deve ocorrer na sentença, possível também em 2º grau, por seu cunho decisório.

Com aplicação minoritária no STJ, o entendimento de que a inversão é regra de procedimento, é aplicado com base na idéia de que as regras devem ser esclarecidas antes da atuação probatória, com vistas a melhor defender os seus direitos. Isso não significa que não assiste razão àqueles que entendem ser o instituto uma regra de procedimento, pois como afirmado pela autora ambas as correntes estão bem amparadas doutrinariamente.

Mesmo diante dos entendimentos jurisprudenciais divergentes, é necessário mencionar que as partes devem atuar em juízo da forma mais honesta e cooperativa possível, em vista de que o desleixo na comprovação quer seja de fato constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo, do direito da parte, sempre acarretará conseqüências processuais. Portanto, cabe a parte atuar em juízo de modo a facilitar a formação da convicção judicial e o alcance da tutela almejada.

## CONCLUSÃO

Na atual sociedade globalizada e massificada, o consumo é característica presente no cotidiano de todas as pessoas. O consumidor é, constantemente, o alvo do fornecedor, estando em flagrante desvantagem no mercado de consumo, logo, esta relação não poderia ficar sem amparo legal. As normas de proteção do consumidor evoluíram mundialmente, alcançando também o Brasil. O reconhecimento desta fragilidade do consumidor foi marcante para o direito brasileiro, e a necessidade da sua proteção, reconhecida na Constituição Federal de 1988, foi reforçada com a criação do CDC, em 1990.

O CDC veio consolidar no ordenamento jurídico brasileiro a previsão constitucional de que é dever do Estado promover a defesa do consumidor. Através dele foram fixados os conceitos da relação de consumo, a política nacional de consumo, normas de cunho civil, penal, administrativo e processual, entre outras. Embasado e limitado por princípios, que além disso, norteiam a interpretação e a aplicação do direito ao caso concreto, o CDC é considerado uma lei principiológica, que criou uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar.

Por meio da relação processual o consumidor busca a efetivação da prestação jurisdicional, contudo, é através da prova das alegações que alcança seu objetivo. Esta questão cria uma barreira à defesa do consumidor, pois, muitas vezes ele não dispõe de meios ou documentos capazes de comprovar seu direito, e tampouco possui o conhecimento técnico do produto como o fornecedor. A legislação consumerista veio, por meio dos instrumentos processuais, auxiliar o consumidor a alcançar a tutela desejada.

Dentre os instrumentos que facilitam a defesa do consumidor, a possibilidade de inversão do encargo probatório, em seu favor, é o mais importante. Este é o principal instrumento de que dispõe o consumidor para sua defesa em juízo. Essa inversão transfere para o fornecedor a tarefa de provar que o alegado pelo consumidor não ocorreu. Assim, verificados um ou ambos os requisitos autorizadores da inversão do ônus probatório, o juiz decidirá sobre a aplicação do instituto, no caso em discussão.

No entanto, a definição do momento processual adequado para esta aplicação também é importante, pois pode implicar conseqüências jurídicas indesejadas pelas partes. Destacam-se, neste ponto, três teorias para o momento processual adequado: na primeira, os doutrinadores entendem que a inversão deve ocorrer no primeiro despacho, ou seja, no recebimento da petição inicial o juiz já deve pronunciar-se sobre a inversão; na segunda, os doutrinadores entendem que o momento correto é o despacho saneador, ou ainda, antes da

fase instrutória, pois é neste momento que o réu vem aos autos, e completa a relação processual; e na terceira, os doutrinadores defendem que o momento adequado é a sentença, pois é neste momento que a ação é julgada, e esta é a ocasião para formação de juízo de valor.

Analisadas as características das teorias e suas conseqüências, destaca-se, como resposta a esta pesquisa, a teoria que defende a aplicação do instituto no despacho saneador, ou ainda, antes da fase probatória. Neste momento processual, a inversão mostra-se mais adequada, considerando que o réu já veio aos autos, e o juiz fixou os pontos controvertidos da demanda. A inversão, operada neste ponto, está em concordância com os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como, possibilita às partes o conhecimento prévio da regra processual a ser aplicada.

A relação de consumo demandará sempre tratamento processual diferenciado, considerando a desigualdade entre as partes litigantes. Diante disso, o objetivo da inversão do ônus probatório não é privilegiar o consumidor na demanda, mas sim, buscar o equilíbrio da relação processual, o acesso à justiça, a celeridade do processo, e principalmente, o alcance do direito material, com a efetiva tutela jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 9. ed. São Paulo: Ícone, 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: princiologia, conceitos, contratos atuais**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 mai. 2011.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 mai. 2011.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 mai. 2011.
- BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 mai. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1125621-MG**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 19 de ago. de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 17 mai. 2011.
- CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.38, abr.-jun./2001.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. A Inversão do Ônus da Prova nas Ações Coletivas: O Verso e o Reverso da Moeda. In: SAMPAIO, Aurisvaldo (Coord.). **Estudos de Direito do Consumidor: Tutela Coletiva (Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de direitos do consumidor**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GIDI, Antonio. **Defesa do Consumidor** – aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. São Paulo: Ciência Jurídica, ano IX, vol.64, 1995.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade Civil: dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Rogerio Zuel. Questões processuais em lides de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.69, jan.-mar./2009.

HOLTHAUSEN, Fabio Zobot. **Inversão do ônus da prova nas relações de consumo: momento processual**. Tubarão: Unisul, 2006.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Sônia Maria Vieira de. **O direito do consumidor na era da globalização: a descoberta da cidadania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MEMÓRIA, Antonio Ricardo Brigido Nunes. Reflexões sobre o binômio proteção-defesa na Lei 8078/1990. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.68, out.-dez./2008.

MORAES, 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: Editora Revista dos Tribunais, n.31, jul.-set./1999.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.22, abr.-jun./1997.

NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.1, mar.-mai./1992.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. **A prova no direito do consumidor**. Curitiba: Juruá, 1998.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebmann, v.44. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogério da (Coord.). **Balcão do Consumidor: histórico do movimento consumerista em Passo Fundo**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Processo : 2005.146.00006**, Órgão Especial. Relator: Des. Silvio Teixeira, 10 de outubro de 2005. Disponível em: <[www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br)>. Acesso em: 11 nov. 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AI nº 01.020784-2, da Capital, 03 de maio de 2002. Rel. Des. Monteiro Rocha. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br>> Acesso em: 08 nov. 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. v. I. 7. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.