

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DE RONDÔNIA
PÓS-GRADUAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA COM ENFASE EM
DIREITO E ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA**

DEYVID JUNIOR CREMASCO

TATIANE CAVALCANTE DE SOUZA

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA DEFESA DOS DIREITOS DO
CONSUMIDOR**

Porto Velho - RO
2015

Catalogação na fonte: Bibliotecário Celson Iris da Silva – CRB11/881

C915i Cremasco, Deyvid Junior

A inversão do ônus da prova na defesa dos direitos do consumidor. /
Deyvid Junior Cremasco ; Tatiane Cavalcante de Souza. – Porto Velho,
Rondônia, 2015.

63f

Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Escola da
Magistratura de Rondônia – Pós-Graduação em Gestão Pública com Ênfase
em Direito e Administração Judiciária, 2015.

Orientador: Profa. Ione Grace N. Cidade Konzen

1. Direito do Consumidor. 2. Inversão. 3. Ônus da Prova. I. Souza, Tatiane
Cavalcante de. II. Título.

CDU: 34:381.6

DEYVID JUNIOR CREMASCO
TATIANE CAVALCANTE DE SOUZA

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Trabalho de Conclusão de Curso, elaborado como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em nível de Pós-Graduação em Gestão Pública com ênfase em Direito e Administração Judiciária, apresentado à Escola da Magistratura do Estado de Rondônia.

Orientadora: Profª. Ione Grace Cidade

PORTO VELHO/RO
MARÇO - 2015

DEYVID JUNIOR CREMASCO
TATIANE CAVALCANTE DE SOUZA

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA DEFESA DOS DIREITOS DO
CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso elaborado como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em nível de pós-graduação em Gestão Pública com ênfase em Direito e Administração Judiciária, apresentado à Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON.

Data de Aprovação____/____/____

Conceito_____

Banca Examinadora

Profª. Ione Grace Cidade

Orientadora

Prof.

Examinador 1

RESUMO

A relação de consumo, historicamente construída, é caracterizada atualmente por num polo situar o fornecedor detentor dos meios de produção e doutro o consumidor que precisa se submeter ao que é oferecido pelo primeiro, visto que inserido numa sociedade em que, o ato de consumir, além de essencial para a subsistência em seus aspectos mais básicos, alimentação, água e energia elétrica, vestuário, lazer etc., também é fator cultural preponderante no desenvolvimento de sua identidade. Nesse contexto, houve pressão social para superação da desigualdade de condições dos atores de consumo, fazendo com que aos poucos fossem conquistados direitos pelos consumidores, dos quais destaca-se a possibilidade de inversão do ônus da prova nas demandas judiciais, que significa dizer, alterar as regras processuais tradicionais tirando a incumbência de produzir prova “daquele que faz a alegação” transferindo-a para aquele que tem melhores condições de produzí-la, nessa relação específica, o fornecedor, possibilitando assim, efetivo acesso à justiça na medida em que aumentam as chances de êxito das demandas consumeristas. O presente estudo se volta a entender o cenário e em que medida o instituto da inversão do ônus da prova garante a defesa do consumidor.

Palavras-chave: **Inversão do ônus da prova. Consumidor.**

RESUMEN

La relación del consumo históricamente construida, se caracteriza actualmente por una pole position el proveedor titular de los medios de producción y de otro el consumidor que tiene que someterse a lo que se ofrece por lo primero, porque está insertado en una sociedad donde el acto de consumir, así como esencial para la supervivencia en su forma más básica aspectos, alimentos, agua y electricidad, ropa, ocio, etc., también es importante factor cultural en el desarrollo de su identidad. En este contexto, hubo presión social para superar las condiciones de desigualdad entre los actores del consumo, derechos gradualmente fueron ganados por los consumidores, de los cuales existe la posibilidad de invertir la carga de la prueba en los procesos judiciales, es decir, el cambio de normas procesales tradicionales que toman la tarea de producir pruebas "de quien hace la reclamación" y pasarla a uno que es más capaz de producirlas, en este respecto, el proveedor, permitiendo así el acceso efectivo a la justicia, por aumentar las posibilidades de éxito de acciones consumeristas. Este estudio se dirige a comprender el escenario y en qué medida el instituto de la carga de la prueba inversa garantiza la protección del consumidor.

Palabras clave: **Inversión de la carga de la prueba. Consumidor.**

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
1.1 Tema e delimitação.....	08
1.2 Jutificativa.....	09
1.3 Importância do tema	10
1.4 Conceitos chave para desenvolvimento do tema	13
2 MÉTODO.....	18
2.1 Concepção científica.....	18
2.2 Quanto aos objetivos.....	19
2.3 Quanto aos procedimentos.....	19
3 FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO	21
4 O CONSUMIDOR SOBRE O ENFOQUE CONSTITUCIONAL.....	23
4.1 Antecedentes históricos à constitucionalização da relação de consumo e aspecto psicossocial do ato de consumir.....	23
4.2 Cronologia do Direito do Consumidor na Legislação Brasileira e impulso internacional.....	27
5 DISCUSSÃO JURÍDICA SOBRE A VERDADE.....	34
5.1 A relatividade da verdade	34
6 A PROVA NO PROCESSO JUDICIAL TRADICIONAL.....	41
6.1 Visão panorâmica de prova no processo civil ortodoxo.....	41
6.2 A distribuição tradicional da inversão do ônus da prova.....	44
7 REGRAS ESPECIAIS PARA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUA INVERSÃO NO DIREITO CONSUMERISTA.....	47
7.1 Cenário de inserção do consumidor e sua possibilidade de produção de provas.....	47
7.2 A vulnerabilidade do consumidor.....	49
7.3 A facilitação de acesso aos meios de defesa para o consumidor.....	51
7.4 A hipossuficiência do consumidor.....	53
7.5 A verossimilhança das alegações.....	54
7.6 A não cumulatividade dos requisitos para concessão judicial da inversão do ônus da prova.....	55

7.7 Momento adequado para deliberação quanto a inversão do ônus da prova.....	55
7.8 A efetividade da inversão do ônus da prova na defesa do consumidor..	58
9 CONCLUSÕES.....	60
REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

1.1 Tema e delimitação.

A presente pesquisa monográfica busca desenvolver o tema “a efetividade da inversão do ônus da prova como mecanismo de proteção da relação de consumo na esfera judicial, via reflexa a esfera material, e seu aspecto constitucional”, levando em consideração o Direito do Consumidor, como novo ramo do Direito Civil que surge espargindo seus princípios sobre os demais ramos sempre devendo ser observado onde houver uma relação de consumo.

Buscará se identificar os participantes dessa relação de consumo e como se comportam extrajudicialmente, a forma em que sociológica e economicamente se relacionam e então analisar as peculiaridades dessa relação e seus desdobramentos na vida privada e coletiva dos indivíduos.

Após, o cenário judicial em que se dão as disputas pelos direitos de cada ator dessa relação, as “armas processuais” que tem disponíveis e as regras gerais a que seriam submetidos caso não houvesse a regras consumeristas, especificamente quanto ao ônus da prova.

Para se apurar se a questão probatória é adequada sobre o prisma do Direito Consumerista, há que se rebuscar as bases tradicionais do *ônus probandi*, sendo parte considerável desta obra dedicada neste intento, levantar informações sobre as questões relevantes sobre a “prova” no processo judicial, uma vez que um primeiro olhar parece ser elemento crucial para o sucesso da ação e satisfação do direito material via processo.

Trata-se de revisão bibliográfica do assunto, que não se limita às questões estritamente tecno-legais, mas busca entender a efetividade do instituto se corretamente utilizado, o que acarreta uma intervenção na esfera sociológica eis que altera a relação dos papéis, consumidor e fornecedor em juízo.

1.2 Justificativa.

Quase todos na sociedade contemporânea estão ininterruptamente expostos às relações de consumo, desde os utensílios e comida em nossa residência, energia, água, até a mídia que fomenta a psico-realidade socialmente construída do consumo como forma única de expressão e vida.

Vivemos numa sociedade de massa, em que as relações são construídas em coletividade. Diferente de outrora nos tempos áureos do Direito Civil, em que as negociações eram pessoais e reinava o *Pacta Sunt Servanda*, hoje nas negociações diárias as regras já foram previamente estabelecidas via contratos de adesão, pois não há tempo de os atores sociais se conhecerem e estipularem suas próprias regras.

A abertura democrática seja política ou econômica, trouxe mais pessoas para o gozo dos serviços e bens outrora privilégios da classe dominante. A demanda cada vez maior por bens e serviços objetivou as relações, não se levando em conta aspectos subjetivos como sentimentos envolvidos, moral e índole dos participantes. Dessa forma o direito como ciência social também se objetivou, nas relações de consumo não se busca a culpa ou dolo, mas pela responsabilidade objetiva tão somente o dano, se de fato ocorreu e o nexo de causalidade.

Também o direito se massificou como se observam nos gabinetes de juízes lotados de processos, o que chama-se hoje de “judicialização” das relações, que nada mais é que reflexo da era consumerista, para cada problema há um produto ou serviço para resolver, assim o indivíduo não tem mais autonomia de resolver seus conflitos necessitando sempre buscar fora de si a solução seja adquirindo produtos, trabalhando para ter mais dinheiro, buscando serviços de ajuda (psicólogos, advogados...) e também buscando o judiciário nas mais simples questões.

Assim é preciso uma análise crítica do panorama atual, e até que ponto as novas regras consumeristas, sobretudo a inversão do ônus da prova vão ao encontro daquilo que entendemos como melhor para nossa sociedade.

Especificamente no universo do processo civil, se esse instituto, inversão do ônus da prova é eficaz e em que medida comparando-o com as regras tradicionais de distribuição do ônus da prova ou outras formas novas que porventura existam e o que isso altera na relação dos consumidores e fornecedores.

1.3 Importância do tema.

É de conhecimento geral da sociedade e da comunidade científica da área do Direito que estamos passando por uma era que futuramente poderá vir a ser chamada de revolução digital, com mudanças nas relações dos humanos entre si, e com o meio, sobretudo no aspecto bens e serviços, as mudanças são drásticas.

Assim, cabe rever as vetustas regras de direito e adaptá-las às relações atuais, ora mantendo-as e aperfeiçoando, ora substituindo-as por novas práticas.

Nesse cenário o Direito do Consumidor, busca proteger a relação de consumo, entendendo-se com tal expressão, dizer que busca na balança jurídica, de um lado dar prerrogativas ao consumidor, para equilibrar sua relação com o fornecedor, e por outro lado, viabilizar que este último, respeitando os direitos da massa, desenvolva suas atividades econômicas e cresça com elas proporcionando à sociedade, melhores formas de viver.

Mal ou bem, socialmente hoje, as pessoas se definem pelo que elas consomem, julgamentos de valores à parte, a expressão da personalidade do homem moderno se encontra naquilo que consome e na forma como consome, ei que esses atos são expressões de suas atitudes, crenças e valores, um pouco diverso de outras épocas em que outros elementos eram mais preponderantes como a conduta em si, o trato com os demais etc.

Dessa forma, o indivíduo mais do que nunca se expressa, pelo que veste, pelo que assiste, pelo que come etc. Assim o consumo como parte integrante da personalidade é direito fundamental intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, daí a grande importância do tema abordado nesse trabalho.

Entende-se hoje, que condições mínimas para o consumo são os requisitos existenciais mínimos para a dignidade humana, assim discute-se se serviços de água e energia elétrica podem ser suspensos por inadimplência, o ponto central que se questiona é se uma pessoa, pode manter seu mínimo de dignidade como ser humano inserido numa cidade e impossibilitado de usar água e energia, por exemplo.

Então o judiciário como caminho para se efetivar os direitos da personalidade há de se adaptar ao novo cenário, por isso os princípios consumeristas cada vez mais se fortificam e desenvolvem.

Um grande desafio judicial ainda é entender e administrar de forma satisfatória o fenômeno da massificação das causas, ou seja, amplo acesso à justiça que importa em muitos processos acumulados para julgamento. Destaca-se que o crescimento vertiginoso no quantitativo de demandas, é muito mais sentido na área de relações de consumo e políticas públicas. Nesse primeiro viés, importante ressaltar que o aumento de causas nas Varas Cíveis genéricas, cresceram muito mais por causa das relações de consumo do que pelas causas cíveis tradicionais. Assim, como base para superar esse fenômeno e dar as respostas adequadas aos jurisdicionados, os juízes cíveis cada vez mais estão se especializando nas matérias afetas aos Direitos do Consumidor, ainda que esta disciplina ocupe cadeira tímidas na universidades, nos cursos de graduação em Direito, se comparadas com a cátedras cíveis tradicionais.

Sobretudo a prova, coração do processo, é matéria sobre a qual os juízes sempre têm de enfrentar, pois através dela se determina a quem assiste razão, quem gozará do aval judicial em seu benefício, a grosso modo, quem prova ganha o processo, ou quem goza de presunção não desfeita por prova do outro, também ganha o processo, sendo tal distribuição do ônus de provar alterada pelas regras consumeristas. Como se dá essa mudança de perspectiva e até que ponto potencialmente pode ser eficaz, sob o ponto de vista teórico, no sentido de proteger a relação de consumo, dando condições ao consumidor de se defender judicialmente de forma justa, e ao fornecedor os limites de sua atuação no mercado, é o ponto principal que se busca aclarar com a presente obra.

Para Henry Ford: “O consumidor é o elo mais fraco da economia. E nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco.”

A título ilustrativo cabe trazer à baila também os pensamentos de Sergio Cavalieri Filho:

A massificação da produção, do consumo e da contratação deixou o consumidor em desvantagem, pois, à medida que o fornecedor se fortaleceu técnica e economicamente, o consumidor teve o seu poder de escolha enfraquecido, praticamente eliminado. Não mais tendo acesso direto ao fabricante, o consumidor ficou submisso aos contratos por adesão, cujas cláusulas e condições, conforme já destacado, eram preestabelecidas ao gosto do fornecedor, de sorte a não lhe deixar outra alternativa que não aquela de aceitar as condições preestabelecidas, sob pena de não ter acesso aos produtos e serviços de que necessita.

Instalou-se então 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.

A proteção do consumidor passou assim a ser um desafio da nossa era e o Direito não podia ficar alheio a tal tarefa. A finalidade do Direito do Consumidor é justamente eliminar essa injusta desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo.

É na vulnerabilidade do consumidor, portanto, que se funda o Direito do Consumidor. Essa é a sua espinha dorsal que sustenta toda a sua linha filosófica. 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 ideia 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.¹

Como se observa dos pensamentos do ilustre autor, historicamente foi construída a relação entre consumidores e fornecedores que visualizamos hoje, e como elemento natural no desenvolver da história humana, há conflitos nessa relação e desequilíbrio que clamam a regularização do Direito, apelo esse que vem sendo atendido aos poucos na medida da evolução jurídica nacional.

Com mais de 20 anos, nosso Código de Defesa do Consumidor – CDC teve grandes sucessos na medida em que mudou as regras materiais e processuais envolvendo matéria de consumo, todavia, ainda restam grandes desafios, sobretudo de entendimento e comprometimento com o assunto, basta olhar os diversos

¹ FILHO, Sérgio Cavalhieri, *Programa de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. Atlas, 2008 pp.7-8

processos em trâmites nas Varas Cíveis de hoje e observar que nem sempre a fundamentação das decisões se dá com fulcro no CDC. O que ocorre muitas vezes é que alguns dos juízes atuais se formaram em época anterior ao fortalecimento do CDC e como muitas vezes os conflitos consumerista podem ser resolvidos (ainda que inadequadamente) somente via Código de Processo Civil - CPC e Código Civil – CC, sem maiores questionamentos, esses diplomas legais acabam sendo utilizados de imediato e o CDC deixado apenas pra situações que não haja previsão específica neles, o que é causa de preocupação, já que em matéria especializada em primeiro lugar a lei especial deveria ser observada e então em suas omissões se buscar a lei genérica, todavia isso significaria um movimento de saída da zona de conforto, dessa sorte, por vezes, são mantidas posturas tradicionais baseadas sem levar em conta o CDC.

1.4 Conceitos-chave para desenvolvimento do tema.

CONSUMIDOR - *Ipsis litteris* artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor: “..é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”².

Como se denota o legislador optou por definir o conceito, técnica utilizada a fim de evitar celeumas, uma vez que deixando a cargo total da doutrina como costumeiramente acontece nesses casos, pode-se pela peculiaridade do assunto, não se chegar a um mínimo coerente de consenso sobre o conceito. Mas a técnica legislativa utilizada tem suas mazelas no sentido de engessar de certa forma uma ideia fluida, tendo em vista que as relações de consumo estão mudando a velocidade tremenda, assim como outras relações sociais em tempos pós-modernos, exigindo por vezes, que o conceito seja alongado ou restringido, alcançado ou não situações novas de consumo ou outra forma de negociação.

A fim de alçar o entendimento satisfatório é necessário refletir sobre o enunciado “destinatário final”, a *prima facie* a diferenciação que se quer trazer com essas palavras, a fim de delimitar o escopo do conceito consumidor, é tão somente para separar aqueles que adquirem produtos para utilizá-lo/exaurí-lo/destruí-lo para

² BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor – CDC. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm em 14/05/2013 às 15:45

seu gozo próprio, daqueles que adquirem para movimentar a cadeia de consumo, vale dizer, aqueles que compram pra revender ou que compram pra prestar serviços.

Assim, a grosso modo, consumidor é aquele que adquire o produto para gozo próprio, sendo o último na cadeia de consumo, vale dizer, não tem *animus* de repassar o produto adiante na cadeia produtiva, mas de gozá-lo.

Todavia, para alcançar a proteção adequada aos fins constitucionais o conceito de consumidor precisava ser mais alongado a fim de abarcar outros atores sociais, por isso no próprio CDC há equiparações como o parágrafo único do artigo 2º: *“Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”* Artigo 17: *“Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”* e artigo 29: *“Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”*.³

Assim o conceito para fins de justiça social se alargou abrangendo também aquelas pessoas que não adquiriram o produto mas o estão consumindo, como os convidados num jantar caseiro, e para aqueles que sofrem as consequências do acidente de consumo, como num acidente de avião que além de ferir os passageiros, fere ainda os transeuntes que trafegavam próximo ao local do sinistro, e ainda as coletividades consideradas indeterminadamente e previamente, sendo os potenciais consumidores dum produto colocado no mercado e os destinatários potenciais das campanhas publicitárias e marketing consumerista.

Ainda que a técnica legislativa tenha escolhido definir quem é o consumidor, a doutrina e jurisprudência ainda divergem em alguns casos peculiares, vale a pena neste momento transcrever decisão a respeito.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ROUBO A BANCO. TRANSPORTADORA DE VALORES. VIGILANTES QUE PROVOCAM FERIMENTO DE ARMA DE FOLA EM TRANSEUNTE. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. Verba fixada em R\$ 30.000,00. CDC, arts. 2º, 14 e 17. Lei 7.102/83. CF/88, art. 5º, V e X. CCB/2002, arts. 186 e 927. Vigilantes da transportadora de valores, que reagem a assalto no interior do banco, saindo em perseguição na via pública, provocando

³ Idem

ferimento proveniente de projétil de arma de fogo no autor da ação. Consumidor por equiparação, considerando ser o autor da ação vítima do assalto ao banco (CDC, arts. 2º c/c 17). Responsabilidade civil dos apelados em virtude da Lei 7.102/83 e do art. 14 do CDC, que obriga o banco a dar segurança a pessoa física que se tornou vítima pelo fato do serviço, sendo o roubo previsível na atividade bancária. Aplicação da Teoria do Risco Integral. Impossibilidade de denuncia à lide no CDC. Verbete 92 do TJ/RJ. Dano moral reconhecido. (TJRJ – Ap. Cív. 134.816 – Rel.: Des^a. Zélia Maria Machado dos Santos. – J em 08/07/2010.⁴

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.
2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.
3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.
4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).
5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses

de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio.

Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, Dje 21/11/2012)⁵

Conforme demonstrado, há controvérsia sobre o alcance total do conceito de consumidor, contudo para a presente obra basta a discussão exposta.

FONECEDOR – Também com definição por lei, fornecedor é nos termos do art. 3º do CDC: “(...) *toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*”⁶

Menos discutível a abrangência deste conceito bastando ter em mente que o legislador quis classificar como fornecedor aquele que exerce habitualmente atividade da cadeia de consumo, independente de qual e em que medida. Cabe destacar que a característica habitual é de suma importância para a classificação, uma vez que venda esporádica de um item de uso pessoal, por exemplo, com o

5 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ . Disponível em <http://www.stj.jus.br> acessado em 14/05/2013 às 16:36

6 Idem item 2.

simples intuito de se livrar de um bem que não mais atende a seus interesses, não configura relação de consumo, mas sim relação contratual civil tradicional.

PRODUTO – O CDC via parágrafo 1º do artigo 2º conceitua produto como: “(...)*qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.*”⁷, lembrando-se que o conceito de bem em direito civil traz a ideia de patrimônio, de economicidade, vale dizer aquilo que é valorável pelo homem e capaz de ser exprimível em moeda, que é suscetível de utilidade, vantagem, apropriação etc.

SERVIÇO – De acordo como parágrafo 2º do artigo 2º do CDC: “*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*”⁸ Da mesma forma que produto o legislador quis dar um conceito simples e abrangente, neste caso sendo auto explicável literalmente, acrescentando-se apenas a habitualidade que se espera para configuração do conceito de serviço para efeitos de defesa do consumidor.

2 MÉTODO

2.1 Concepção científica

7 Idem.

8 Idem.

Quanto à metodologia empregada, foi utilizado o método dedutivo, já que se parte de uma formulação geral do problema, buscando-se posições científicas que sustentem ou neguem, para que ao final, seja apontada prevalência, ou não, das hipóteses elencadas.

Adotou-se a pesquisa bibliográfica de forma que, estudando os conceitos, legislações e as interpretações dos autores sobre o tema Direito do Consumidor, para concluir-se o cenário jurídico do tema e entendimento sobre a aplicação das regras peculiares sobre prova em matéria de consumo, além verificar a visão histórica e sociológica do direito sobre as relações de consumo.

Nas diversas fases do estudo foram acionadas as técnicas da pesquisa bibliográfica, com foco em levantar um conjunto de ideias sobre a efetivação dos direitos do consumidor com a utilização de instituto do ônus da prova.

Inicialmente, o estudo se direcionou a entender o fenômeno processual prova em sua visão tradicional e após passou a se verificar as peculiaridades dos conflitos envolvendo relação de consumo materializados em processos, e como a distribuição do ônus da prova ortodoxa se mostrava inadequada para a dissolução de algumas lides nessa área, surgindo assim a sua inversão como forma de efetivar os direitos reconhecidos ao consumidor em legislação especial.

Foi concluído pelas obras consultadas, legislação, notícias e análise abstrata das potencialidades da defesa em juízo que o instituto da inversão do ônus da prova se adequadamente utilizado é ferramenta eficaz na concretização dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor.

2.2 Quanto aos objetivos

O objetivo deste estudo é entender e apresentar a importância do elemento prova no deslinde das relações processuais, as peculiaridades das relações de consumo e a legislação própria que justificariam a necessidade de quebra de modelo tradicional de distribuição do ônus da prova, e se realmente o instituto da inversão do ônus da prova por hipossuficiência técnica e econômica ou verossimilhança das alegações seria medida adequada e eficaz para solução processual de conflitos consumeristas.

2.3 Quanto aos procedimentos

Os procedimentos adotados para coleta de dados foram, a pesquisa bibliográfica, sendo esta entendida como passo inicial na construção efetiva de um protocolo de investigação, quer dizer, após a escolha de um assunto é necessário fazer uma revisão bibliográfica do tema proposto. Essa pesquisa auxilia na escolha de um método mais apropriado, assim como num conhecimento das variáveis e na autenticidade da pesquisa, podendo ser uma etapa de outras formas de pesquisa ou um próprio método de pesquisa como é o caso.

Inicialmente houve coleta e análise de material através de consultas em livros, artigos e legislações que contemplam o instituto da efetividade da inversão do ônus da prova como mecanismo de proteção da relação de consumo na esfera judicial e via reflexa a esfera material e seu aspecto constitucional.

A seleção inicial do material foi aleatória, tratando-se de buscas em internet e consultas a acervos de bibliotecas locais, como forma de ter contato com a matéria de maneira global para depois direcionar-se o foco de atenção do pesquisador às áreas ou correntes mais pertinentes a partir do julgamento deste em termos de alinhamento com sua proposta científica.

A partir dos estudos iniciais os novos materiais consultados tiveram como base os autores que na fase inicial se mostraram mais preocupados com o entendimento do fenômeno processual prova, seja esta em termos tradicionais ortodoxos, buscando entender através das visões históricas e sociais a importância de tal elemento na relação processual que une os indivíduos, seja nas teorias mais

modernas, a legal tratando-se da inversão do ônus da prova especialmente na legislação consumerista mas também na legislação ambiental e ainda a teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Dentre todo o arcabouço consultado que fizeram parte das citações desta obra, aqueles que se destacaram por uma abordagem extraprocessual sobre as relações entre os indivíduos em conflito judicial e sua forma de atuar no processo orquestrada pela distribuição do ônus da prova.

3 FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

Sem direito não há sociedade e sem sociedade não há direito, provérbio antigo e muitas vezes usado no início dos cursos de Direito conduz a uma das primeiras reflexões deste trabalho.

O Direito surge como instrumento de pacificação social, vista a necessidade de regras que regulem o fluxo das forças humanas e gerem benefícios coletivos que não poderiam ser percebidos por aqueles indivíduos que optassem pelo isolamento.

Todavia cada ser humano é uma universalidade de possibilidades, dessa sorte sempre há conflitos entre o espaço dum universo e doutro, vindo o Direito para regular o que é de cada um, o espaço de atuação de cada qual em prol do funcionamento regular do todo (sociedade).

Dessa sorte a conduta humana sempre esteve direcionada pelo Direito em todas as suas facetas desde os sentimentos mais primitivos de respeito à integridade física e espaço do outro. Ora por medo, ora por necessidade de cooperação para sobreviver, o homem viveu coletivamente, se desenvolveu utilizando o Direito como ferramenta indispensável nesse processo.

Os conflitos surgiam logicamente sobre aquilo que tinha valor ao homem, os objetos de seus interesses, primeiramente os itens de sobrevivência, e ao se sofisticar, outros se agregaram à zona de interesse.

Organizando-se o homem teve seus primeiros “produtos” de satisfação, caça, colheita etc... e daí regras sobre a obtenção, divisão e valoração desse bens começaram a surgir, o embrião da ideia de consumo.

Com a estruturação da sociedade, foi-se estabelecendo a divisão de tarefas e papéis sociais, dessa sorte o Direito passou a ser dito por determinadas pessoas, ora com fundamento de autoridade pela força, ora religião, ora admiração.

O certo é que momento houve em que a alguém cabia dizer o Direito, e não bastava mais que as pessoas resolvessem por si sós medindo forças ou buscando apoio noutros do grupo para resolver seus conflitos, do contrário o caos se reinstalaria e se voltaria à barbárie.

Dessa sorte surgiu a figura de um terceiro estranho ao conflito, alguém que poderia decidir a questão baseado no seu conhecimento de Direito e não teria parcialidades. Em Roma, por exemplo, essa figura chamou-se pretor por épocas. O cidadão que se sentisse lesado em seu direito, buscava o pretor e demonstrava o ocorrido solicitando autorização para utilizar-se da força a fim de impor seu direito ao outro. Só a autorização do pretor legitimava o uso da força. Mas desde aí, para o convencimento do pretor era necessário levar-lhe elementos, a história contada precisava de lógica e carecia de testemunha ou o que fosse possível a fim demonstrar a situação que gerava a busca do direito ferido.

Havia necessidade de argumentação e necessidade de “prova”.

Assim é preciso além de sentir e viver o direito que entende possuir, é preciso externalizá-lo através da linguagem a quem deseja ver reconhecido esse direito, essa linguagem devendo ter elementos lógicos harmoniosos que não se contradigam, vale dizer, há de ser real e se respaldar em elementos probatórios, testemunhas, objetos, fatos conhecidos etc. Salvo contrário o direito pode não vir a ser atendido, daí a importância do instituto prova, ela é essencial para a satisfação/concretização dum direito.

4 O CONSUMIDOR SOBRE O ENFOQUE CONSTITUCIONAL

4.1 Antecedentes históricos à constitucionalização da relação de consumo e aspecto psicossocial do ato de consumir.

O movimento de reconhecimento da figura do consumidor e da elaboração dos direitos dele peculiares, de acordo com a natureza dessa nova relação objeto do Direito, deu-se gradativamente, como a maioria das grandes mudanças da história humana, mesmo que marcada por datas fixas de revoluções e guerras as ideias começam a mudar muito antes deste ápice.

É comum nos manuais apontar-se o Direito Americano como marco dessas conquistas consumeristas, tendo como momento simbólico o discurso do presidente Kennedy ao Congresso Americano em março de 1962 que pela primeira vez utiliza a expressão direitos dos consumidores.

É certo que o país foi pioneiro, sobretudo por ser quem mais viveu intensamente o período pós-segunda Guerra Mundial, época em que após o esfacelamento de vários países, as indústrias americanas precisaram desenvolver técnicas de produção em massa a fim de atender a demanda. Assim num cenário de pressão por produção acelerada, os direitos dos trabalhadores e consumidores eram negligenciados, o que ocasionou a reunião de sindicatos e grupos de consumidores em busca de seus direitos.

Todavia o surgimento formal e o desenvolvimento das noções de direitos peculiares sobre as relações de consumo, não é privilégio exclusivo americano. É certo que como nação de cabeça do capitalismo mundial foi natural que o reconhecimento da figura do consumidor se desse primeiro em seus territórios, pois a relação de consumo é a base do livre desenvolvimento do capitalismo, e por trás dum discurso de direitos humanos dos consumidores há os interesses econômicos. Por vezes os freios governamentais impostos aos fornecedores são necessários em prol do desenvolvimento global do mercado de consumo. Assim ações do Estado na esfera do Direito Econômico, por exemplo, coibindo os monopólios comerciais não tem só o viés de proteger os consumidores de preços assoberbados mas também de possibilitar que outras empresas também atuem no ramo e assim exista a “concorrência”, peça chave do desenvolvimento do capitalismo, tendo em vista que nessa filosofia, só através desta, “concorrência”, se conseguem melhorar os

produtos, serviços e meios de produção. Permitir formação de monopólios poderia significar a estagnação da economia.

Importante destacar que fruto das mudanças tecnológicas de forma de produção e distribuição dos bens e serviços, ilusoriamente o discurso demagógico do mercado era de que toda a movimentação dos produtos se dava em prol do bem estar do consumidor, daí se criou o mito do “consumidor, o rei do mercado”, ou no jargão popular: “O cliente sempre tem razão”, pois na teoria propagandizada os movimentos do mercado de davam em prol de saciar os fregueses. Todos os melhoramentos e as formas novas de produtos e produção em massa eram única e exclusivamente para atender às necessidades dos consumidores e melhorar suas vidas, todavia, basta um olhar menos ingênuo e a percepção de mundo de que o poder econômico tem forte influência nos rumos da história da humanidade pra se perceber que a realidade nunca foi tão fantasiosa assim.

A mídia de massa em seus comerciais e mais variadas formas de comunicação criou uma cultura consumerista, dessa forma desde de criança o sujeito está exposto a situações em desenhos animados, novelas, facebook, whats app etc e outros meios de entretenimento inserindo-lhe a mensagem de que o bem estar está fora do indivíduo, está na vitrine, está na prateleira da loja, enfim, com isso cria-se um ambiente favorável a aumentar gradativamente o consumo, pois só através dos produtos e serviços o indivíduo pode alcançar satisfação, realização e bem estar.

A questão cultural é tão delicada que é difícil discernir até que ponto vai a liberdade do indivíduo em afirmar-se como sujeito de consumo e até que ponto está condicionado a isso, passo a explicar, os desejos e necessidades psicológicas de desenvolvimento do indivíduo passam a ser direcionados pelos meios de comunicação ao consumo, sendo suas principais vítimas os adolescentes, que são indivíduos em formação de personalidade sendo mais frágeis a influências devida a necessidade de aceitação e crise de identidade comum do período.

Não simplesmente é vendido um prazer em rótulo, é vendido mais do que isso, é vendida dignidade, o sujeito só tem o respeito de seu grupo se se vestir de

acordo com o padrão deste, se consumir de acordo com o padrão deste, e a segregação social se dá por meio de marcas.

Interessante trazer como exemplo os motivos de alguns atos infracionais cometidos por adolescentes em conflito com a lei, muitos deles roubam para poder comprar um tênis de marca. A um olhar descurado isso parece um absurdo e uma demonstração da mesquinharia humana, mas não, sob um olhar humanizado pode-se perceber que o que o adolescente procura é dignidade, ele quer se sentir um ser de valor, uma pessoal “legal”, e sabe que socialmente os indivíduos de sua idade, que representam o protótipo de felicidade e realização pessoal disseminado pelo modelo capitalista, são rapazes que vestem tênis com nomes de marcas internacionais, camisas e demais peças de vestuários com as mesmas características, comem em redes de lanches americanos e ouvem músicas inglesas, esse é o adolescente bom, esse é o adolescente feliz, e por isso o infrator busca alcançar essa figura, ser essa pessoa legal, o tênis roubado representa muito mais que um objeto, é um passaporte para o reconhecimento, para a dignidade, na visão distorcida propiciada pelos meios de comunicações movidos por impulsos e estímulos capitalistas.

É de se admirar o apanhado histórico do conteúdo feito pelo mestrandor Cristian de Sales Von Rondow em seu artigo publicado no site da internet Jus Navegandi intitulado “Proteção Constitucional do Consumidor”:

“(...) a origem protecionista do consumidor se deu com as modificações nas relações de consumo, sendo esta, por seu turno difícil de precisar seu início. Não ficamos um só dia sem consumir algo, de modo que o consumo faz parte do dia-a-dia do ser humano. A afirmação de que todos nós somos consumidores é verdadeira. João Batista de Almeida aduz que “independentemente da classe social e da faixa de renda, consumimos desde o nascimento e em todos os períodos de nossa existência. Por motivos variados, que vão desde a necessidade e da sobrevivência até o consumo por simples desejo, o consumo pelo consumo”.

Hodiernamente as chamadas relações de consumo, outrora campo exclusivo do estudo da ciência econômica passou a fazer parte do rol da linguagem jurídica. E o fez, dado as alterações substanciais no panorama mundial, político, econômico e jurídico que permeavam época pretérita transportando-se para o cenário atual. Para Maria Antonieta Zanardo Donato, estas alterações foram introduzidas pelo liberalismo emergente do século XIX, que infiltrou-se no Direito operando sua transformação.

Após a transformação do panorama econômico, nasce um capitalismo agressivo que impôs um ritmo elevado na produção, erigindo um novo modelo social, qual seja, a sociedade de consumo (*mass consumption society*) ou sociedade de massa. Instaura-se um novo processo econômico, causando profundas e inesperadas alterações sociais.

Não há dúvidas de que as relações de consumo ao longo do tempo evoluíram drasticamente. Do primitivo escambo e das minúsculas operações mercantis tem-se hoje complexas operações de compra e venda, que envolvem milhões de reais ou de dólares.

Para trás ficou aquelas relações de consumo que estavam intimamente ligadas às pessoas que negociavam entre si, para dar lugar à "operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato de não se ver ou conhecer o fornecedor. Os bens de consumo passaram a ser produzidos em série, para um número cada vez maior de consumidores. Os serviços se ampliaram em grande medida". E essa produção em massa aliada ao consumo em massa, gerou a sociedade de consumo ou sociedade de massa.

Mas esta nova forma de vender e comprar trouxe em seu bojo o poderio econômico das macro-empresas de impor seus produtos e mercadorias àquele (consumidor) que ao que parecia seria "monarca do mercado" ou o "rei do sistema".

Dado a esta imposição, os consumidores começaram a enxergar que estavam mais para súditos do que para monarcas, bem como estavam desprotegidos e vulneráveis às práticas abusivas das empresas e para tanto necessitavam de proteção legal.

A partir dessa fundamental constatação, vários ordenamentos jurídicos do mundo todo passaram a reconhecer a figura do consumidor e, sobretudo a sua vulnerabilidade outorgando-lhes direitos específicos.

O caminho natural da evolução nas relações de consumo certamente acabaria por refletir nas relações sociais, econômicas e jurídicas do mundo. A partir deste evento, a tutela do consumidor ganhou espaço no seio jurídico, e os debates em torno da matéria iniciaram-se face às novas situações decorrentes do desenvolvimento.

Esse entendimento é corroborado por João Batista de Almeida que citando Camargo Ferraz, Milaré e Nelson Nery Júnior aduzem que a tutela dos interesses difusos em geral e do consumidor em particular deriva das modificações das relações de consumo e evidenciam que: 'o surgimento dos grandes conglomerados urbanos, das metrópoles, a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas, com a produção e consumo de massa, o nascimento dos cartéis, holdings, multinacionais e das atividades monopolísticas, a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, o aparecimento dos meios de comunicação de massa, e, com eles, o fenômeno da propaganda maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes voltaram-se contra ele próprio,

repercutindo de forma negativa sobre a qualidade de vida e atingindo inevitavelmente os interesses difusos. Todos esses fenômenos, que se precipitaram num espaço de tempo relativamente pequeno, trouxeram a lume à própria realidade dos interesses coletivos, até então existentes de forma latente despercebidos'.⁹

Como não diferente das outras categorias de direitos, o consumidor conseguiu seu espaço e reconhecimento jurídico através da conquista, da luta, da discussão legitimadora do Direito que reage diante de um quadro social que clama por regulação específica e com reconhecimento das peculiaridades da relação em discussão.

Ainda parafraseando o citado autor ao enriquecer sua obra com entendimento doutro autor têm-se:

Para João Batista de Almeida, esta tutela, "não surgiu aleatória e espontaneamente". Ao contrário, surgiu "de uma reação a um quadro social, reconhecidamente concreto, em que se vislumbrou a posição de inferioridade do consumidor em face do poder econômico do fornecedor, bem como a insuficiência dos esquemas tradicionais do direito substancial e processual, que já não mais tutelavam novos interesses identificados como coletivos e difusos. E termina o festejado autor: "a tutela surge e se justifica, enfim, pela busca do equilíbrio entre as partes envolvidas".¹⁰

Desta feita, pode-se dizer que o Direito do Consumidor emergiu como matéria autônoma da conquista da sociedade civil organizada que buscou reconhecimento pela condição peculiar de consumidor e pressionou no sentido de regras diferenciadas que promovessem justiça social.

4.2 Cronologia do direito do consumidor na legislação brasileira e impulso internacional.

No Brasil os movimentos de reconhecimento dos direitos do consumidor foram tímidos, havendo organizações da sociedade civil, mas o grande marco foi a Constituição Cidadã de 1988 que ordenou expressamente que o legislador

9 VON RONDOW, Christian de Sales, *apud* João Batista de Almeida, Maria Antonieta Zanardo Donato, João Batista de Almeida *apud* Camargo Ferraz, Milaré e Nelson Nery Júnior, *Proteção Constitucional do Consumidor*. Disponível no sítio Jus Navegandi, <http://jus.com.br/revista/texto/2694/protecao-constitucional-do-consumidor> acessado em 15/05/2013 às 15:36

10 Idem, *apud* João Batista de Almeida.

infraconstitucional fizesse o Código de Defesa do Consumidor, o qual foi feito como lei complementar, contudo recebendo a nomenclatura de código e seguindo rito de votação de lei ordinária, polêmicas de rito legislativo à parte, num mesmo diploma legal houve a benesse de tratar matéria referente à defesa da relação de consumo, matérias de direito civil especializado, direito processual civil, direito administrativo, penal e processual penal todos esses prismas da matéria consumerista, e pode ser citada como a primeira lei predominantemente principiológica do ordenamento, no sentido de sua técnica legislativa utilizada não se restringir a elencar tipos como de costume, mas de indicar a ideia na norma dando orientação via princípios, assim ao intérprete cabe mais entender o espírito da lei a fim de aplicá-la do que se o fato descrito se encaixa no tipo legal ou não.

O termo consumidor como lembrado noutros pontos é tema ainda hoje, relativamente novo e estranho à maioria dos ouvidos que tem apenas uma ideia vaga do que seriam os direitos do consumidor, na maioria das vezes associando a postura de clientes insatisfeitos que reclamam dos produtos ou serviços de forma deselegante. Mas é interessante observar na história legislativa brasileira que o assunto mesmo que via tangente já era abordado há muito mais tempo. João Batista de Almeida ¹¹ aduz ser de 1971 a 1973 os discursos proferidos pelo então Deputado Nina Ribeiro, alertando para a gravidade do problema, densamente de natureza social, e para a necessidade de uma atuação mais enérgica no setor.

Depois pode-se apontar com destaque que em 1978 surgiu em nível estadual, o primeiro órgão de defesa do consumidor, o Procon de São Paulo, criado pela Lei nº 1.903, de 1978, na vanguarda em relação a postura federal quanto ao tema que só em 1985 criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, por meio do Decreto nº 91.469 que posteriormente foi extinto e substituído pela atual Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE).

Pode-se indicar como exemplo de gérmen de preocupação legislativa com o consumidor as leis esparsas como o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933 (Lei da usura) a primeira norma nesta seara que visava reprimir a usura (juros excessivos) considerada como prática abusiva contra os consumidores perpetrada principalmente por agentes econômicos de grande porte. O mais interessante,

11 Idem item 9.

intervindo em interesses dos bancos, que hoje representam parcela considerável das reclamações dos consumidores, que sempre se utilizaram do poder econômico para influenciar na esfera jurídica, para constatar isso basta olhar as legislações específicas em seus interesses existentes como a Lei de Alienação Fiduciária, Decreto Lei 911 de 1º de Outubro de 1969, que permite aos bancos utilizar o aparelho Estatal para buscar e apreender veículos de consumidores que fizeram financiamento de veículos e estão inadimplentes de forma menos burocratizada do que o que se exige noutros casos de busca e apreensão de bens. Outra situação pra realçar a ingerência econômica na esfera jurídica foi que apesar do legislador consumerista ser explícito no sentido de que os serviços bancários são relação de consumo, art. 3^a, § 2º do CDC, ainda assim, houve discussão jurídica ferrenha no sentido contrário, fomentada por estes agentes econômicos, sendo que para pacificação da questão foi necessária a edição da Súmula 297 do STJ confirmando a aplicação das regras consumerista nos serviços bancários/financeiros.

Depois disso essa matéria específica foi objeto da Constituição de 1934, arts. 115 e 117), com a proteção à economia popular, *in verbis*:

"Art. 115 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica".

"Art. 117 – A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedade brasileira as estrangeiras que actualmente operam no paiz.

Parágrafo único: É proibida a usura, que será punida na forma da lei."¹²

Outra matéria legislativa correlata foi o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, e o nº 9.840, de 11 de setembro de 1946, que cuidava dos crimes contra a economia popular. Em 1951 a Lei de Economia Popular que vige

12 BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1.934. Disponível no sítio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitui%C3%A7ao/constitui%C3%A7ao.htm acessado em 15/05/20136 às 16:52

até hoje e depois em 1962 a Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico nº 4.137 , que de maneira oblíqua beneficiava o consumidor, além da criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, na estrutura do Ministério da Justiça, ainda existente.

Em 1984 editou-se a Lei nº 7.244, autorizando os Estados a instituírem os Juizados de Pequenas Causas, atualmente Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95). Com a Lei nº 7.492 de 16 de junho de 1986, passaram a ser punidos os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, denominado "crimes de colarinho branco".

Destaque maior se deu em 1985, quando em 24 de julho foi promulgada a Lei nº 7.347 que trata da ação civil pública por danos causados ao consumidor, além de outros bens tutelados, dando início desta forma, à tutela jurisdicional dos interesses difusos em nosso país.

E no cenário internacional no mesmo ano a Organização das Nações Unidas – ONU editou a resolução 39/248 cujo fragmento traduzido segue transscrito:

1) Levando-se em conta os interesses e as necessidades dos consumidores em todos os países, em particular os países em desenvolvimento, reconhecendo que os consumidores muitas vezes enfrentam desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder de barganha, e tendo em conta que os consumidores devem ter o direito de acesso a produtos não perigosos, bem como o direito de promover o justo, desenvolvimento econômico e social sustentável e equitativo, essas diretrizes de defesa do consumidor têm os seguintes objectivos:

- (A) Para ajudar os países a atingir ou manter a proteção adequada para sua população como consumidores;
- (B) Para facilitar a produção e padrões de distribuição que respondem ao necessidades e desejos dos consumidores;
- (C) incentivar altos níveis de conduta ética para as pessoas envolvidas na produção e distribuição de bens e serviços aos consumidores;
- (D) Para ajudar os países a reduzir as práticas comerciais abusivas por todos empresas a nível nacional e internacional, que afetam negativamente dos consumidores;
- (E) Para facilitar o desenvolvimento de grupos de consumidores independentes;
- (F) Para uma maior cooperação internacional na área de bens de consumo proteção;

(G) Para incentivar o desenvolvimento das condições de mercado que fornecem aos consumidores com maior possibilidade de escolha a preços mais baixos.

II. Princípios gerais

2. Os governos devem desenvolver, reforçar ou manter um consumidor forte com política de proteção, tendo em conta as orientações definidas abaixo. No modo fazendo, cada governo deve definir as suas próprias prioridades para a proteção de consumidores de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país, e as necessidades de sua população, e tendo em conta os custos e benefícios das medidas propostas.

3. As necessidades legítimas que as diretrizes são destinadas a atender são a seguir:

(A) A proteção dos consumidores contra os riscos para a sua saúde e segurança;

(B) A promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores;

(C) O acesso dos consumidores à informação adequada que lhes permita fazer escolhas informadas, de acordo com os desejos e necessidades individuais;

(D) Educação do Consumidor;

(E) disponibilidade de consumidor efetiva reparação;

(F) A liberdade para formar consumidores e outros grupos ou organizações relevantes e a oportunidade de tais organizações para apresentar seus pontos de vista em processos de tomada de decisões que lhes dizem respeito.

4. Os governos devem fornecer ou manter infra-estrutura adequada para desenvolver, implementar e acompanhar as políticas de defesa do consumidor. Cuidados especiais devem ser tomadas para assegurar que as medidas de defesa do consumidor serão implementadas para o benefício de todos os setores da população, especialmente a população rural.¹³

Como se pode notar a Resolução da ONU indicou as áreas a se trabalhar especialmente nos países em desenvolvimento a fim de proteger a relação de consumo sobretudo seu ator mais frágil o consumidor, e como outros instrumentos internacionais, se percebe que as ideias foram incorporadas no ordenamento interno, assim como o Pacto São José da Costa Rica que deu norte às matérias cruciais da área de processo penal e civil nacionais.

Como exposto cronologicamente até agora, as normas internas sempre tocaram levemente o tema não mergulhando nas suas veredas, mas mudando esse cenário e indo ao encontro dos anseios sociais e das práticas utilizadas pelos países capitalistas mais preocupados com a matéria, o constituinte ao promulgar a

¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU, *Resolução 39/248, Consumer Protection*, de 15 de abril de 1985. Disponível em http://www.decon.ce.gov.br/legislacao/ResolucaoONU39-248_1985.pdf acessado em 15/05/2013 às 18:19 tradução deste autor.

Constituição Cidadã em 1988 garantiu direitos fundamentais ao consumidor e determinou que o legislador infraconstitucional cuida-se pormenorizadamente da matéria de proteção do consumidor, curvando-se ante aos anseios da sociedade e ao enorme trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, com ênfase o VII Encontro Nacional das referidas Entidades de Defesa do Consumidor, realizado em Brasília, por razões óbvias, no calor das discussões da Assembléia Nacional Constituinte, e que acabou sendo devidamente protocolada e registrada sob o nº 2.875, em 8-5-87, trazendo sugestões de redação, inclusive aos então artigos 36 e 74 da "Comissão Afonso Arinos", com especial destaque para contemplação dos direitos fundamentais do consumidor, culminando assim, na inserção de quatro dispositivos específicos e objetivos sobre o tema. O primeiro deles e o mais importante por refletir toda a concepção do movimento está grafado no artigo 5º, inciso XXXII, no capítulo relativo aos "direitos e deveres individuais e coletivos", onde diz que dentre os deveres impostos ao Estado brasileiro, está o de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.¹⁴

Noutra passagem, é atribuída a competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor (art. 24, VIII). No capítulo da Ordem Econômica, a defesa do consumidor é apresentada como um dos motivos justificadores da intervenção do Estado na economia (art. 170, V). E, finalmente, ainda no bojo da Constituição de 1988, diz o artigo 48 do ato de suas disposições transitórias que "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da data da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor", prazo não respeitado, mas o comando constitucional foi respeitado com a promulgação da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 o chamado Código de Defesa do Consumidor.

Destaca-se ainda que é o primeiro diploma com características interdisciplinares tão fortes, que pulverizou seus conteúdos normativos em várias outras áreas do ordenamento, inclusive criando novas regras observáveis na via judicial da ação civil pública por exemplo.

Não poderia ser-lo diferente uma vez que intimamente ligado à viga mestra do nosso ordenamento jurídico, indissociável da "dignidade da pessoa humana", visto que para se garantir as características mínimas de existência humanamente

14 Idem item 9.

digna, ao menos nos espaços urbanos, é imperativo o consumo de determinados itens, como por exemplo, água e energia elétrica, sem os quais, dificilmente a pessoa conseguirá realizar as atividades mais corriqueiras do dia a dia, conservação de alimentos, higiene etc. que estão veementemente arraigadas nas necessidades de subsistência digna.

Assim, garantir a dignidade da pessoa humana, ao menos em seu aspecto de mínimo existencial digno, significa cuidar com a devida gravidade da matéria consumerista com um olhar humanizado para as relações de consumo e a vulnerabilidade dos consumidores diante dos outros agentes do mercado de consumo considerando como consumidor portador de direito tanto aquele que efetivamente consome como aquele que não o faz por falta de condições, mas que por imperativo constitucional de promoção do desenvolvimento humano com erradicação da pobreza e promoção de condições digna de vida humana deveria podê-lo.

5 DISCUSSÃO JURÍDICA SOBRE A VERDADE

5.1 A relatividade da verdade.

A realidade é sentida pelos homens de forma diversa, assim de acordo com a individualidade de cada um incluindo nesta ideia as características orgânicas, psicológicas e sociais de cada, um mesmo objeto é sentido de forma diversa.

Aquilo que chamamos de verdade e que representaria o certo, exato e desprovido de ficção e mentira, nada mais é do que a forma de ver dum indivíduo, sinceramente falando.

Dessa forma a verdade recai sobre a visão de um sobre o objeto mais do que o objeto em si.

Mas vivendo em sociedade, o tempo todo estabelecemos convenções sobre o que admitimos como verdade. As várias formas de linguagem todas se dão por convenção, e alguns objetos precisam ser padronizados a fim de viabilizar entendimentos e possibilitar relações. Assim estabelecem-se verdades coletivas sobre determinadas coisas que possibilitam o desenvolvimento do indivíduo ao apropriar-se da linguagem do grupo.

Objeto de todas as ciências, a verdade é buscada sobre o olhar de cada esfera do conhecimento humano, destacando-se a Filosofia, primeira área de conhecimento intimamente comprometida com este mister.

Sobre o olhos do direito, houve época em que se firmava o entendimento de que a verdade era, em última instância, o alvo de perseguição do juiz que utilizava-se do processo como meio eficaz para se chegar a ela.

Pensava-se que pela ciência jurídica, através da criação de seus procedimentos metódicos e rígidos poderia se chegar à verdade em essência.

Como pode se observar do fragmento abaixo tal ideia já era presente desde a antiguidade.

É o procedimento que atribui à reconstrução dos fatos sua capacidade de gerar a verdade. Já em Aristóteles se encontra a verdadeira semente desta ideia (...) Para ele a busca do conhecimento verdadeiro apenas se daria pela via da dialética. O objeto do conhecimento deveria ser debatido pelos sujeitos – cada qual, presumivelmente com parcela do conhecimento -, logrando-se, assim, aperfeiçoar a verdade de cada qual sobre o objeto. A dialética Aristotélica é, então, uma busca, uma tentativa de aproximação da verdade.¹⁵

Assim como Habermas, a ideia aristotélica de busca da verdade é vinculada a linguagem e a oportunidade de discussão acerca do conflito/dúvida.

Segundo Ludwig, na teoria de Habermas “os sujeitos que se comunicam pela linguagem apoiam-se necessariamente num

15 MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova*, 2^a Tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 42

consenso que ‘serve de pano de fundo para a ação comunicativa’. O consenso torna-se manifesto através do reconhecimento recíproco, prévio, de pretensões de validade, pressupostas. São elas: pretensão de comprehensibilidade da comunicação, pretensão de verdade do conteúdo, pretensão de correção (de justiça) do conteúdo normativo e pretensão de sinceridade e autenticidade relativas ao mundo subjetivo.” Obviamente que tais pretensões não tem em vista o mundo real, mas o pressupõem. Aplicam-se a momento anterior ao diálogo concreto, que só ocorre porque tais pretensões estão, inexoravelmente, supostas.¹⁶

Em senso comum, a expectativa social que recai sobre o personagem juiz, é de que com suas técnicas e procedimentos vislumbre a verdade dos fatos através do processo.

Mas forçoso foi para a ciência jurídica rever seus conceitos acerca da verdade, de nada adiantava arrastar uma defesa teórica de que o sistema judicial teria condições de, com perfeição, chegar à verdade, então passou a adotar outros vieses do processo judicial.

Pois bem, partindo da premissa de que a essência da verdade é inalcançável, isso como imperativo categórico da condição humana de impossibilidade de apreensão da verdade, e que variando as percepções de pessoa a pessoa, os pontos de vista sobre a verdade de um fato seriam diversos, nem sempre sendo possível a convenção, há que se desvendar o que se busca com o processo.

Num primeiro momento cabe relembrar qual a função do Direito perante a sociedade, como outrora dito nesta obra, a função é eminentemente pacificadora, a regulação de direito é mais comprometida com estabelecer a ordem, a harmonia social através de regras permitindo assim o funcionamento da sociedade em seus diversos aspectos, econômicos, patrimoniais, inter-pessoais etc, mais do que dar a resposta ou a regra científicamente melhor para a situação conflituosa a ser regulada.

Vale dizer, diante dum conflito, com diversas regras possíveis a se estabelecer, a discussão nem sempre se levará a um consenso sobre qual a melhor regra a se adotar. Chega um momento crucial que não cabe mais a discussão, essa

16 Idem, p. 45.

discussão jurídica que é legitimadora do direito, cede espaço à fixação da regra daquela caso concreto, que por sua vez deve ter se dado de forma legítima, vale dizer, oportunizado a discussão e tomada de decisão de forma democrática representativa (no caso do ordenamento brasileiro). A partir de então, a regra boa ou má, passa a regular a situação, em decorrência dessa regulação se alcança a paz ou um ponto mais próximo desta, consubstanciada na segurança jurídica, vale dizer, estando fixadas as regras do jogo, os indivíduos tem a segurança de saber sua área de atuação, mesmo que seja para infringi-la.

Dessa sorte, num processo, num primeiro momento busca-se esclarecer como os fatos se deram e o que o direito diz sobre eles, para enfim gerar as consequências de direito material esperadas, e que foram frustradas pela resistência à pretensão (lide). Mas mesmo que se quisesse reproduzir o passado, nunca se conseguiria a exatidão dos fatos, uma por que cada participante guardou em sua memória a impressão destes em consonância com seus universo interno (sentimentos, crenças, convicções e interesses), e outra porque a cada novo acesso à memória esta se influencia pelo sentimentos atuais sobre os fatos.

Assim o que as partes expõem no processo são seus argumentos sobre os fatos, como se deram e quais consequências jurídicas esperam ser deliberadas pelo juiz e não os fatos em si.

Dessa forma, o processo passa a ser uma oportunidade de linguagem das partes, que se comunicam de acordo com as técnicas jurídicas sobre o conflito existente, e o juiz utilizando-se do saber jurídico conduz o ritual processual de forma a garantir que os direitos processuais de ambas sejam respeitados em pé de igualdade, e se oportuniza convencer pelas partes.

A chave do entendimento processual pode ser indicada como esse “convencimento” do juiz, que em princípio, pelas alegações das partes, se convenceria da verdade de como se deram os fatos. Mas, esse convencimento não precisa necessariamente ser sobre a verdade, podendo ser sobre uma probabilidade de verdade, sobre uma verossimilhança.

Caso a busca da verdade fosse o ponto principal do processo, vários se arrastariam por vidas inteiras. O que se busca no processo é pacificação do conflito,

é a segurança jurídica, que ora pode ser mais alcançável por uma decisão fundada em probabilidades, do que a esperar por mais elementos de convicção da “verdade”.

Importante destacar neste momento, que o esforço das partes no processo se direciona para as alegações, estas mais fortes são quanto mais embasadas em provas o forem, pois a prova é o elemento mais forte de convicção por demonstrar/representar informações sobre características de como os fatos se deram.

Segundo Deocleciano Torrieri Guimarães prova significa:

Meios regulares e admissíveis em lei, utilizados para demonstrar a verdade ou falsidade de fato conhecido ou controvertido ou para convencer da certeza de ato ou fato jurídico. Objetivamente, é todo meio lícito usado pela parte ou interessado a demonstração daquilo que alega. Subjetivamente, é qualquer meio lícito capaz de levar o juiz a convencer-se da verdade de uma alegação da parte.¹⁷

As provas tem o condão de demonstrar a veracidade da alegação da parte, assim a análise do conjunto probatório e a tese a ser levantada pela parte formam o ponto principal de tentativa de convencimento do juiz.

O processo busca uma verdade que pode-se classificar como “possível”, este é o compromisso do juiz, com manter a ordem processual a fim de garantir os direitos sobretudo no aspecto de oportunizar seu convencimento pela manifestação das partes, em busca da “verdade possível” via processo.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart citando Calamandrei destacam:

Como diz Calamandrei, mesmo para o juiz mais escrupuloso e atento vale o fatal limite de relatividade que é próprio da natureza humana: aquilo que se vê é apenas aquilo que parece ser visto. Não é verdade, mas verossimilhança, isto é, aparência (que pode ser ilusão) de verdade. O mesmo processualista acrescenta, a propósito do real conceito de verdade, que, quando se afirma que um fato é verdadeiro, apenas se diz que a consciência de quem emite o juízo atingiu o grau máximo de verossimilhança que, segundo os meios limitados de cognição de que dispõe o sujeito, basta a dar-lhe certeza subjetiva de que o fato ocorreu.¹⁸

17 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri, *Dicionário Técnico Jurídico*, 11^a edição, São Paulo: Editora Rideel, p. 468.

A ideia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade. Realmente a definição clássica de prova liga-se diretamente àquilo “que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente”. Tem-se (ou tinha-se) essa ideia para a ampla maioria das ciências, e a ciência processual clássica não foge à regra. Também o juiz, no processo (de conhecimento), tem por função precípua a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre estes a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo; feito esse juízo de concreção da regra aos fatos, extraí-se a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizada pelo legislador.

Ninguém duvida de que a função do real (e, portanto, da prova) no processo é absolutamente essencial, razão mesmo para que a investigação dos fatos, no processo de conhecimento, ocupe quase que a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema nos diversos códigos processuais que se aplicam no direito brasileiro. Se a regra jurídica pode ser decomposta em uma hipótese fática (onde o legislador prevê uma conduta) e em uma sanção a ela atrelada, não há dúvida de que o conhecimento dos fatos ocorridos na realidade é essencial para a aplicação do direito positivo, sob pena de ficar inviabilizada a concretização da norma abstrata. Tamanha é a importância da verdade (e da prova) no processo, que Chiovenda ensina que o processo de conhecimento trava-se entre dois termos (a demanda e a sentença), por uma série de atos, sendo que “esse atos têm, todos, mais ou menos diretamente, por objeto, colocar o juiz em condições de se pronunciar sobre a demanda e enquadram-se particularmente no domínio da execução das provas”. Na mesma linha de pensamento Libman, ao conceituar o termo “julgar”, assevera que tal consiste em valorar determinado fato ocorrido no passado, valoração esta feita com base no direito vigente, determinando, como consequência, a norma concreta que regerá o caso.

Ora, partindo-se desse pressuposto, nada mais natural do que eleger, como um dos princípios essenciais do processo – senão a função principal do processo de conhecimento –, a busca da verdade substancial. No dizer de Mittermayer, a verdade é a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a ideia que fazemos dele.¹⁹

Cabe reafirmar que a “verdade” é um conceito fluído e em cada situação-análise penderão tantas verdades quantos pontos de vista diversos de atores subjetivos que observam o caso, como no ditado popular: “*Cada cabeça, uma sentença*”. Ainda que a filosofia e ciência em suas mais diversas ramificações tenham trabalhado de forma objetiva para se apreciar a verdade ou em que pedida

18 MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz *apud* Calamandrei, *Prova*, 2^a Tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 38

19 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *apud* Chiovenda, *apud* Mittermayer, *Processo de Conhecimento*, 6^a ed. Volume 2 – São Paulo: RT, 2007. p. 247-248

esta é perceptível, ainda assim, resta à humanidade uma verdade relativizada, uma verdade construída coletivamente através de convenções, parafraseando Albert Einstein: “*De absoluto, só a relatividade*”.

No cenário de um processo judicial, a verdade é construída a partir do diálogo das partes com argumentos, provas e linguagem própria tentando convencer o juiz, que sua verdade reflete a forma como os fatos se deram e sua valorização encontra respaldo na verdade coletivamente convencionada, direito.

Não é preciso muito esforço mental para notar que o conceito de verdade no processo (e, subsequentemente, dos institutos processuais que com ela operam) não pode afastar-se da ideia de verdade que se tem nos demais ramos do conhecimento (em uma perspectiva mais moderna) Em outros termos, a questão da verdade (e, assim da prova) deve orientar-se pelo estudo do mecanismo que regula o conhecimento humano dos fatos. E, voltando os olhos para o estágio atual das demais ciências, a conclusão a que se chega é uma só: a noção de verdade é, hoje, algo meramente utópico e ideal (enquanto absoluto). (...) Em essência, o que se pretende dizer, na realidade é que, seja no processo, seja em outros campos científicos, jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponde à verdade. Realmente a essência da verdade é intangível (ou ao menos o é a certeza de aquisição desta) (...) percebeu Miguel Reale ao estudar o problema, deduzindo, então, o conceito de quase-verdade em substituição ao de verdade, considerando que esta seria inatingível e imprestável.

Deveras, a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre é influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda daquele que (como o juiz) há de receber e valorar a evidência concreta. Sempre, o sujeito que percebe uma informação (seja presenciando diretamente o fato, ou conhecendo-o através de outro meio) altera o seu real conteúdo, absorve-o à sua maneira, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce (se é que essa palavra pode ser aqui utilizada) a realidade. Mas que isso, o julgador (ou o historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir a possibilidade de que as coisas tenham-se passado de forma diversa daquela a que suas “impressões” o levaram.

Some-se a tudo isso o fato de que a relação da verdade com o processo (juiz e provas) vem permeada de certas particularidades, as quais muitas vezes excluem a possibilidade de que o magistrado efetivamente a encontre. É o que observa Giovanni Verde, ao ponderar que, no processo, as regras sobre prova não regulam apenas os meios de que o juiz pode servir-se para “descobrir a verdade”, mas também traçam limites à atividade probatória, tornando inadmissíveis certos meios de prova, reguardando outros interesses (como a intimidade, o silêncio etc.) ou ainda condicionando a eficácia do meio probatório à adoção de certas

formalidades (como o uso do instrumento público). Diante dessa proteção legal (de forte intensidade) a outros interesses, ou, ainda, da submissão do mecanismo de “revelação da verdade” a certos requisitos, parece não ser difícil perceber que o compromisso que o direito (e, em especial, o processo) tem com a verdade não é tão inexorável como aparenta ser.

Há, realmente, uma contradição nesse aspecto, como bem demonstra Sergio Cotta. Quer-se um juiz que seja justo e apto a desvenda a essência verdadeira do fato ocorrido no passado, mas se reconhece que a falibilidade humana e o condicionamento dessa descoberta às formas legais não lhe permitem atingir esse ideal.²⁰

Dessa sorte, percebe-se que o direito não busca via processo a utopia da essência da verdade, lógico que quanto mais próximo desta, maior será a eficiência de seu proceder, todavia, o foco é na resposta que o processo dá às partes e à sociedade, na necessidade de que a questão seja julgada para se gerar segurança jurídica e pacificação das relações.

6 A PROVA NO PROCESSO JUDICIAL TRADICIONAL

6.1 Visão panorâmica de prova no processo civil ortodoxo.

Prova pode ter três concepções distintas para fins processuais, destacando-se nas palavras Daniel Amorim Assumpção Neves as seguintes significações:

- (α) pode significar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se nesse caso com o próprio procedimento probatório (por exemplo, o autor tem o ônus de provar, ou seja, de praticar os atos atinentes às formações do convencimento do juiz);
- (β) pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida (prova documental, prova testemunhal etc.);
- (γ) pode significar a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte de prova (documento, testemunha);
- (δ) pode significar o resultado de convencimento do juiz (por exemplo, “esse fato está devidamente provado nos autos”).

20 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Processo de Conhecimento*, 6^a ed. Volume 2 – São Paulo: RT, 2007. p. 252-253.

Há doutrinadores que preferem conceituar a prova como sendo os meios ou elementos que contribuem para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinados fatos. Outros entendem a prova como a própria convicção sobre os fatos alegados em juízo. Há ainda os que preferem conceituar a prova como um conjunto de atividades de verificação e demonstração, que tem como objetivo chegar à verdade relativa às alegações de fatos que sejam relevantes para o julgamento.²¹

Percebe-se que a multiplicidade de utilizações do termo no universo processual não causa maiores problemas, bastando a contextualização em que o termo estiver inserido para que o leitor se situe no sentido pretendido pelo autor. Todas as concepções expostas tem vínculo direto com a parte crucial do processo, que seria a elucidação do ocorrido e verificação das alegações/teses das partes sobre o assunto, e suas expectativas de consequências jurídicas materiais prolatadas pelo juiz. A multiplicidade de usos pode ser explicada pela complexidade e delicadeza do assunto além de sua importância para o sucesso do processo.

Os autores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart preferem a conceituação do autor italiano Giovanni Verde:

Giovanni Verde conceitua prova como sendo “todos aqueles instrumentos na base dos quais se pode fixar a hipótese a qual a norma torna possível implicar os efeitos jurídicos pretendidos.” Nessa visão, provas seriam todos os elementos que poderiam restabelecer a verdade dos fatos (fixar) da hipótese aventada pela parte, para suportar certa consequência jurídica pretendida.

(...) tem-se que a prova pode resumir-se em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo. Nas palavras de Michele Taruffo, a prova assume, nesta perspectiva, a função de fundamento para a escolha racional da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato. (...) prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.²²

21 NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito Processual Civil*, volume único, 4^a edição, São Paulo: Editora Método, 2012, p. 408

22 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *apud* Giovanni Verde, *apud* Michele Taruffo, *Processo de Conhecimento*, 6^a ed. Volume 2 – São Paulo: RT, 2007. p. 259/260

Como dito alhures a prova é engrenagem essencial para viabilização do direito material, uma vez que quando este não é respeitado, o sujeito de direito ao buscar a manifestação estatal via jurisdição, precisará convencer/provar que lhe assiste razão, caso contrário, não conseguindo demonstrar a existência de seu direito de exigir conduta diversa do outro polo da ação, seu pedido não terá sucesso.

Assim a prova serve para formar o convencimento do julgador, sobre como os fatos se deram, e então dizer o direito ao caso concreto.

No processo civil ortodoxo, reinava o que a doutrina costumava chamar de princípio da verdade formal, onde por estarem-se discutindo invariavelmente direitos disponíveis, sobretudo dinheiro e bens, o Estado não teria o papel de se imiscuir de forma tão incisiva, participando da disputada judicial apenas como um árbitro numa competição, dessa sorte impedindo que ocorram fraudes ou outros atos atentatórios à regularidade dos procedimentos, mas não interferindo se uma das partes não está utilizando os elementos possíveis e disponíveis para o aclaramento da verdade que lhe seria benéfico.

O raciocínio era simples, se ambas as partes brigam por bens, o interesse do Estado resta apenas em manter a paz social e garantir que os bens sejam usados para os fins social de desenvolvimento, dessa sorte ao Estado tanto importa se o bem ficará com um ou com o outro, apenas que seja regular e legítimo esse poder que o indivíduo terá sobre o objeto de disputa. Dessa sorte ambas partes figurariam na ação equipadas com as armas processuais que considerem necessárias na proporção de seu desejo sobre o bem, se o juiz além da forma dos atos no processo, se preocupasse com a verdade real, estaria adentrando na intimidade das pessoas, naquilo que elas podem deliberar e se assim o fosse geraria-se a aberração de obrigar alguém ficar com o bem objeto da lide, quando por motivos pessoais esta pessoa pode desistir do mesmo, ou por outras razões ter ganhos noutras áreas de sua vida deixando-o.

Assim no processo civil tradicional o juízo foca-se na forma, e o resultado do processo refletiria mais o desempenho dos advogados das partes em utilizar os elementos disponíveis, do que numa aproximação da “verdade”, aqui entendida como a maneira como se deram os fatos.

Entendível e razoável esse posicionamento sobre o prisma de um Estado liberal, que tentava se afastar o máximo da sociedade a fim de que pelas liberdades individuais o desenvolvimento social se firmassem regidos pela mão invisível da economia, no dizeres de Adam Smith.

E aos assuntos tidos como essenciais, sendo estes os direitos indisponível, vida, liberdade etc reputados da seara penal, buscava-se a verdade real, pois aqui, no processo penal, se está lidando com bem essenciais ao funcionamento da sociedade, dessa sorte não basta que alguém confesse um assassinato, há de constatar se haveria motivos para estar acobertando o verdadeiro criminoso, uma vez que além da injustiça causada ao confessor, o meliante livre, tenderia a repetir o ato.

Contudo, nos tempos atuais, essa dicotomia, busca da verdade real no processo penal e busca da verdade formal no processo civil, vem se atenuando, pois o Estado passou a ter tendência mais assistencial que liberal, a intervenção maior dos tentáculos do Estado na matéria cível se justifica a fim de garantir que a economia cresça com parâmetros mínimos de igualdade na distribuição das riquezas, assim conceitos como “função social da propriedade”, “direito ao meio ambiente saudável”, “bem estar coletivo” trouxeram para matéria cível a necessidade de mitigar esse conceito de busca da verdade formal, comprometendo-se o processo de conhecimento cível mais com essência de determinadas situações sobre sua égide.

Vale a pena frisar também, que de acordo com as mudanças nas relações sociais, manter-se a visão antiga significaria viabilizar, sob o manto do judiciário, a concretização de fraudes e enriquecimentos ilícitos, na medida em que a forma não é mais o bastante para garantir que a disputa judicial seja leal.

Em consonância com as novas configurações sociais, antigos conceitos como *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”*, de Ruy Barbosa, e novos como a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova atribuindo este a quem tem mais condições de fazê-lo, vieram para o cenário jurídico a fim de equilibrar a disputa processual, e a figura do juiz cível passou a ser mais emponderada no sentido de dever adotar num leque maior de

situações, postura ativa no conduzir do processo, podendo determinar a realização de provas que julgue necessário para formar seu conhecimento, não se limitando apenas em julgar sempre a partir somente do que as partes trouxeram.

6.2 A distribuição tradicional do ônus da prova.

O artigo 333 do Código de Processo Civil sintetiza as regras tradicionais de distribuição de ônus da prova: “*O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*”²³

Dessa forma, em princípio, pela fórmula do CPC as questões do rumo processual e do peso do conjunto probatório se dão naqueles termos, vale dizer, ao autor que tem sua pretensão de direito resistida pelo requerido, é imputada a carga probatória principal no sentido de demonstrar suas alegações de fato e de direito. Já ao requerido, incumbe trazer a tona fatos que alteram o pretenso gozo de direito do autor.

É importante diferenciar ônus de obrigação ou dever, pois neste último caso o indivíduo não o cumpra terá como consequência jurídica uma sanção, ficará sujeito a uma resposta negativa ao seu não cumprimento, ao passo que o ônus está mais ligado à ideia de oportunidade, o ônus da prova é a chance/espaço que o sujeito tem de demonstrar suas alegações, nesse aspecto sendo um direito de participação no discurso no sentido de influenciar o convencimento do juiz, mas caso não consiga se desincumbir deste ônus de provar suas alegações, não terá necessariamente uma consequência de negativa direta, como improcedência de seu pedido, uma vez que o julgamento se dá por verossimilhança, pelas regras de experiência e os demais elementos do caso concreto, além de eventual produção de prova de ofício pelo juízo, mesmo não provando o alegado, a parte pode ter a procedência de sua pretensão.

23 BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1.973. Disponível no sítio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm acessado em 15/05/2013 às 16:40

Nesse sentido é o pensamento dos autores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

(...) a produção da prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável – ou para o resultado favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário (...)

A ideia de ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova a um resultado favorável, mas sim o de relacionar a produção da prova a uma maior chance de convencimento do juiz.

(...) se o autor pede o pagamento da dívida e o réu alega que ela foi parcelada, somente podendo ser exigida em parte, o fato é modificativo; se o réu alega o pagamento, o fato é extintivo; se o réu afirma a exceção de contrato não cumprido, o fato é impeditivo.

É preciso observar, contudo, que a distribuição do ônus da prova a partir da classificação dos fatos pode ser vista como um mecanismo artificial, ou menor, como algo comprometido com a própria natureza universalista do procedimento ordinário, que distribui os riscos do processo e o ônus da prova sem qualquer atenção para o que ocorre no plano do direito material e na realidade da vida.

A distribuição do ônus da prova não pode deixar de considerar as especificidades das situações de direito material. Para tanto, além das presunções legais relativas, são importantes normas particulares ligadas a determinadas situações de direito substancial que prevejam um distribuição do ônus da prova diferenciada em relação à regra geral do art. 333 ou a possibilidade da atenuação do rigor dessa regra ou ainda a possibilidade de inversão do ônus da prova. Além disso, nada impede, na ausência dessas normas, que o próprio juiz, considerando a situação de direito material controvertida, trate de forma particularizada a questão do ônus da prova, logicamente, justificando o seu procedimento.²⁴

Dessa forma, o ônus da prova, por um lado é a oportunidade que a parte tem de influenciar o convencimento do juiz, e por outro uma carga processual que quando não cumprida a contento, deixa-o com menos chances de juízo final favorável.

Trazendo à baila as ideias dos capítulos iniciais sobre o cenário consumerista é fácil perceber de início que o consumidor encontra dificuldades diversas de se

24 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova*, 2^a tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 165/168.

desincumbir do ônus da prova no processo judicial, motivo pelo qual pra fins de justiça equitativa, e nos termos do pensamento de Rui Barbosa, que entendia que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de sua desigualdade, forma criadas regras específicas de distribuição de ônus da prova, aspecto que será melhor abordado no próximo capítulo.

7 REGRAS ESPECIAIS PARA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUA INVERSÃO NO DIREITO CONSUMERISTA.

7.1 Cenário de inserção do consumidor e sua possibilidade de produção de provas

Retomando as ideias dos capítulos iniciais, o homem ao se organizar em sociedade construiu a noção de direito sendo este indissociável da ideia de sociedade, e como instrumento, o direito atendia às demandas da época. Todavia, as sociedades vão tornando-se mais complexas, as relações sociais se diferenciam com os novos arranjos sociais, assim a ferramenta direito precisa ser adaptada aos novos anseios, por isso estruturas e institutos jurídicos antigos precisam ser repaginados para continuar sendo eficazes em seu intuito.

O homem antigo, da época de criação dos primeiros institutos de direito civil, mas especificamente o romano pra fins desta análise, se relacionava diretamente com o outro do qual pretendia a obtenção de um bem ou a prestação dum serviço. Dessa sorte, havia possibilidade de entabulação de regras, firmadas diretamente um com o outro.

Mas, nos dias atuais o homem que buscar saciar seus desejos e necessidades com produtos e serviços não tem mais essa possibilidade.

A forma de produção dos bens mudou radicalmente com a revolução industrial e tecnológica como expõe em sua obra o autor Rizzato Nunes:

(...) do período pós-Revolução Industrial. 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 mais serviços. Para isso, criou-se a chamada produção em série, a “standartização” da produção, a homogeneização da produção.

Essa produção homogeneizada, “standartizada”, em série, possibilitou uma diminuição profunda dos custos e um aumento enorme da oferta, indo atingir, então, uma mais larga camada de pessoas. Este modelo de produção é um modelo que deu certo; veio crescendo na passagem do século XIX para o século XX; a partir da Primeira Guerra Mundial houve um incremento na produção, que se solidificou e cresceu em níveis extraordinários a partir da Segunda Guerra Mundial com o surgimento da tecnologia de ponta, do fortalecimento da informática, do incremento das telecomunicações etc.

A partir da segunda metade do século XX, esse sistema passa a avançar sobre todo o globo terrestre de tal modo que permitiu que nos últimos anos se pudesse implementar a ideia de globalização (...)

Temos, assim a sociedade de massa. Dentre as várias características desse modelo, destaca-se uma que interessa: nele a produção é planejada unilateralmente pelo fabricante no seu gabinete, isto é, o produtor pensa e decide fazer uma larga oferta de produtos e serviços para serem adquiridos pelo maior número possível de pessoas. A ideia é ter um custo inicial para fabricar um único produto, e depois reproduzi-lo em série. (...)

Esse modelo de produção industrial, que é o da sociedade capitalista contemporânea, pressupõe planejamento estratégico unilateral do fornecedor, do fabricante, do produtor, do prestador do serviço etc. Ora, esse planejamento unilateral tinha de vir acompanhado de um modelo contratual. E este acabou por ter as mesmas características da produção. (...)

Não tinha sentido fazer um automóvel, reproduzi-lo vinte mil vezes, e depois fazer vinte mil contratos diferentes para os vinte mil compradores. Na verdade quem faz um produto e o reproduz vinte mil vezes também faz um único contrato e o reproduz vinte mil vezes. (...)

Esse padrão é, então o modelo contratual que supõe que aquele que produz um produto ou serviço de massa planeja um contrato de massa que veio a ser chamado pela Lei n. 8.078 de contrato de adesão.²⁵

25 NUNES, Rizzato, *Curso de Direito do Consumidor*, 6^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 41-42.

Nesse cenário, o consumidor é um desconhecido do fornecedor, as relações estabelecidas são mais de números/estatísticas do que pessoais, não havendo possibilidade de diálogo direto, de negociação, o produto simplesmente está exposto ou o serviço ofertado e o consumidor escolhe se adere ou não.

Inserido nesse contexto é fácil supor que o consumidor não tem as condições necessárias de atuar de forma satisfatória em juízo, uma vez que além de desconhecer as formas de produção dos itens que consome, não tendo informações técnicas a respeito, ainda tem dificuldades de se fazer representar judicialmente por advogado, ao passo que as empresas já são litigantes comuns mantendo corpo técnico específico para defesa de suas causas.

Além da matéria consumerista outros conteúdos específicos em direito também comportam regramento diverso em matéria probatória, por exemplo, em direito ambiental há diversas presunções uma delas é de que qualquer obra que altere as condições ambientais dum local representa dano, cabendo ao empreiteiro para ver sua obra concretizada provar que os danos não existem ou são contornáveis, dessa forma ele tem contra seu empreendimento uma presunção negativa a qual lhe inverte de imediato o ônus da prova.

Outro exemplo mais voltado para as condições das partes envolvidas do que a matéria em si é a teoria da carga dinâmica da prova, para esta, nos dizeres de Kazuo Watanabe, não sendo tão importante a posição processual das partes ou seu interesse jurídico em ver admitido o fato probando, mas sim a maior facilidade em sua demonstração, pelo domínio de conhecimentos científicos ou técnicos ou pela detenção de informações sobre os fatos da causa.²⁶ Não quer dizer que se abandonam com essa teoria as regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, pois estas são os nortes da organização dos procedimentos e trabalho dos atores processuais, todavia, o que se busca é a flexibilização das ditas regras adaptando-as ao caso concreto, considerando as peculiaridades e atribuindo o ônus da prova específico a quem tem melhores condições de arcar com o mesmo, evitando assim

26 WATANABE, Kazuo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto, 10ª edição, volume II*, São Paulo: Editora Forense

que o processo se torne instrumento de injustiça social e tornando mais efetiva a tutela e prestação jurisdicional.

7.2 A vulnerabilidade do consumidor.

A vulnerabilidade pode ser considerada um princípio constitucional norteador do Direito do consumidor, trata-se de característica da parte mais fraca na relação de consumo, o consumidor, pois depende dos fornecedores que delimitam as opções de aquisição que tem e as formas de consumo, dessa sorte sua liberdade é limitada ao que lhe é ofertado, além de ser influenciado pelo aparato midiático movimentado pelos vendedores. Basta lembrar que, como agente econômico, não tem acesso aos bens de produção por isso precisa se submeter aos empresário, por isso a necessidade de regras diferenciadas a fim de juridicamente e inclusive economicamente, estabelecer uma harmonização da relação consumidor – fornecedor. Como o consumo está diretamente ligada às necessidades básicas do ser humano, alimentação, higiene, saúde, vestuário etc., além do direitos da personalidade, esta que se expressa via escolhas de consumo. Todos estes elementos estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e por isso se justificam dentre os direitos básicos do consumidor, a facilitação de seu acesso aos instrumentos de defesa, a responsabilização objetiva dos fornecedores e a inversão do ônus da prova.

Assim sua condição de vulnerável, frágil nos aspectos, econômico, técnico, social etc, traz a necessidade de intervenção para se restabelecer o equilíbrio. Além dessa constatação lógico jurídica, no Brasil a Constituição determina a proteção do consumidor, o que o coloca numa posição prévia de vítima, vale dizer, pelas peculiaridades da relação, da forma que o mercado se organiza hoje, presume-se que o consumidor é vulnerável quanto às práticas que lhe burlem seus direitos, por parte dos fornecedores.

O CDC fortalece ainda mais o consumidor a fim de equilibrar a relação quando estipula em seu art. 47 que as cláusulas contratuais serão interpretadas em seu benefício, trazendo a ideia de “*in dubio pro*” consumidor, para justificar a regra

basta lembrar que a maioria dos contratos, especialmente os de adesão ou os tácitos, são formulados pelos fornecedores, que previamente podem estipular o que eles quiserem resguardar.

O ordenamento brasileiro via CDC reconheceu as situações de vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica do consumidor, sabendo tratar-se de pessoa que, na prática, para obter produto ou serviço, deve aceitar, com pouca margem para negociação, as condições impostas pelo fornecedor.

Destaca-se que mesmo que já concebível pelos princípios gerais de defesa do consumidor a presunção de vulnerabilidade foi positivada no art. Art. 4º, I do CDC:

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: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;²⁷

O reconhecimento significa adoção de medidas que tornem equânime a relação, dessa sorte reconhecer que o consumidor é vulnerável significa imputar aos fornecedores obrigações de cuidado para com os destinatários finais de produtos e serviços.

Nos dizeres de Sérgio Cavalieri Filho pode-se classificar a vulnerabilidade em três espécies: 1^a – Vulnerabilidade fática, que decorre da discrepância entre a maior capacidade econômica e social dos detentores dos mecanismos de controle de produção, em todas as suas fases (capital), status e prestígio social, e doutro a dependência dos consumidores em relação a estes, fator limitador de autonomia; 2^a – vulnerabilidade técnica, que decorre do desconhecimento do consumidor sobre o processo produtivo e dos atributos específicos de determinados produtos e; 3^a – vulnerabilidade jurídica ou científica, que significa a falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos incluindo a quem recorrer ou reclamar, e a

27 BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor – CDC*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm em 14/05/2013 às 15:45

impossibilidade de aguardar o tramitar processual alongado indevidamente pela deturpação de princípios processuais, por técnicas utilizadas pelas empresas ditas “litigantes habituais”.²⁸

7.3 A facilitação de acesso aos meios de defesa para o consumidor.

Diante do cenário desfavorável e das peculiaridades da condição do consumidor, o que significa dificuldades excessivas para efetivar seus direitos na via judicial, uma vez que o caminho processual é comumente desconhecido dos consumidores quiçá as provas que precisaria produzir em juízo para ver satisfeito seu direito, o legislador sabiamente alterou as regras tradicionais de distribuição do ônus da prova fazendo sua inversão automática em decorrência de imposição legal conforme se observa do CDC:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

28 FILHO, Sérgio Cavalieri, Programa de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Atlas, 2008.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.²⁹

Assim nessas situações específicas o ônus da prova já se encontra invertido automaticamente por força de lei, é como alguns autores chamam “inversão do ônus da prova legal”, trazendo a responsabilização objetiva, vale dizer, diferente de outras matérias jurídicas não há que se discutir na ação se houve, dolo, negligência, imperícia ou imprudência na conduta do requerido, mas tão somente se o dano efetivamente ocorreu.

Lógico que a imposição não é absoluta uma vez que as regras especiais consumeristas respeitam o princípio da isonomia, dessa sorte a inversão legal do ônus da prova apenas equipa o consumidor com presunções que lhe possibilitam brigar de igual para igual em juízo, mas ao fornecedor há exceções que devidamente demonstradas isentam de responsabilidade como a culpa exclusiva do consumidor que tenha sido responsável pelo evento danoso, mas assim tem-se que o ônus de provar já está com o fornecedor.

Todavia entendeu o legislador que tal mecanismo não seria suficientemente hábil à proteção e promoção dos direitos do consumidor, dessa sorte também possibilitou a critério do juiz proceder a inversão do ônus da prova em relação a situações não abrangidas pelos dispositivos acima demonstrados, é o que prevê o artigo 6º, VIII do CDC:

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;³⁰

Verossimilhança das alegações e hipossuficiência como exposto são os requisitos para inversão judicial do ônus da prova, passa-se a sua análise pormenorizada no próximo subitem.

29 BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor – CDC. Acessado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm em 14/05/2013 às 15:45

30 Idem.

Vale a pena relembrar que inverter o ônus da prova em última instância significar mudar as regras do jogo, se no processo ortodoxo o ônus probatório é de quem alega, em direito do consumidor considerando a hipótese legal automática e a possibilidade de inversão por deliberação do juízo, a regra passa a ser que o ônus de provar fica a cargo do fornecedor, e caso este não demonstre através de provas que o direito lhe assiste, consequentemente valendo-se da presunção legal o consumidor terá muito mais chances de ter a procedência de seus pedidos.

7.4 A hipossuficiência do consumidor.

Significa aquele que está abaixo da suficiência, vale de dizer que não tem condições de exercer sua autonomia por depender de fatores externos para realizar seus atos.

O termo geralmente é usado em textos jurídicos com conotação econômica, como por exemplo leituras sobre o instituto da gratuidade da justiça, em que sempre friza-se o caráter hipossuficiente, economicamente falando, a fim de fazer jus ao benefício.

Porém para fins de Direito de consumidor o conceito é mais abrangente, lógico que a questão econômica é levada em conta, todavia, a hipossuficiência para fins de direito consumerista é mais ligada a hipossuficiência técnica, vale dizer, o consumidor não tem conhecimento técnico sobre as formas que o produto foi industrializado, seus efeitos no organismo etc., informações estas que o empresário tem facilidade, pela equipe de profissionais que labora em sua empresa.

Além dessa hipossuficiência técnico científica, há ainda a hipossuficiência processual, uma vez que não detendo essas informações torna-se por demais oneroso o consumidor conseguir formar algum tipo de prova que convença o juiz de seu direito, ademais, também não tem corpo jurídico disponível para lhe assessorar como acontece com as empresas que regra geral são litigantes contumazes tendo equipe de advogados especializada na defesa dos seus direitos, o consumidor por sua vez, tem de contratar um advogado específico para lhe defender, ou por vezes pela falta de dinheiro, procurar a Defensoria Pública.

Dessa forma, o reconhecimento da hipossuficiência técnica e processual traz o condão de aplicar ao caso, regras especiais que possibilitem que o consumidor tenha condições páreas de litigar em juízo, vale dizer, é motivo suficiente para inverter o ônus da prova a fim de lhe garantir amplo acesso aos meios de defesa juridicamente aceitos.

7.5 A verossimilhança das alegações.

Como discutido no capítulo específico sobre provas, verossimilhança é uma condição de probabilidade de certeza, assim como a verdade, é uma concepção inalcançável, o máximo que se pode chegar é a uma convicção de certeza, sendo verossimilhança essa condição dos fatos que pela peculiaridade da situação descrita e demonstrada, associada a regras de experiência, é possível repercutir na mente do juiz uma convicção sumária de que é bem provável que as alegações e provas exibidas retratam fatos que efetivamente ocorreram.

Dessa sorte, diante da inicial, pelas peculiaridades do caso, é perceptível ao juiz, sobretudo por laborar a algum tempo observando como os conflitos geralmente ocorrem e culminam em ações judiciais, saber se o conteúdo fático apresentado pelo autor tem elementos suficientes a formação de convicção prévia de futura procedência da tese levantada.

7.6 A não cumulatividade dos requisitos para concessão judicial da inversão do ônus da prova

Com relação à hipossuficiência e verossimilhança que são formalmente expostos como elementos suficientes para garantir ao consumidor o direito da facilitação de sua defesa, sendo apreciável pelo juiz a concessão de inversão do ônus da prova, têm-se pela interpretação literal da norma, bem como a sistêmica observando-se os princípios de ampla proteção do consumidor, que a presença de um dos dois elementos já é suficiente para a concessão da medida, restado assim a não cumulatividade dos requisitos.

7.7 Momento adequado para deliberação quanto a inversão do ônus da prova.

Há discordância quanto ao aspecto preponderante da inversão do ônus da prova, uns entendem prevalecer a natureza de matéria de instrução, outros que trata-se de técnica de julgamento, posturas essas que alteram a decisão sobre o momento processual adequado para que juiz delibere quanto ao assunto.

Alguns entendem que as regras sobre a distribuição do ônus de provar tem de ser proferidas pelo juízo ao início do processo, pois neste momento já é possível verificar que encontram-se os elementos permissionários da inversão, verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor, dessa forma em seu entender todo o tramitar processual já está com as regras claras e as partes tem plena ciência das possíveis consequências de seus atos ou omissões processuais.

Ainda no grupo dos que entendem que prevalece a natureza de matéria de instrução há aqueles que defendem que na oportunidade de decisão saneadora é que deve ser deliberado pelo juízo quanto a possibilidade de inversão do ônus da prova, uma vez que neste momento o processo é saneado, vale dizer seus vícios sanáveis são resolvidos e caso superadas as preliminares, o juiz analisará o conjunto probatório já exposto nos autos e determinará os pontos controvertidos, vale dizer, apontará quais são suas dúvidas quanto à alegações expostas pelas partes, dessa sorte como neste momento se apontam as dúvidas do juiz, é em cima delas que as partes trabalharão a instrução processual trazendo e produzindo as provas que convençam o juiz de sua tese.

Assim, como é a partir das dúvidas expressas pelo juiz que se irão produzir as provas, nada mais sensato do que inverter o ônus da prova, quando viável, neste momento, pois assim a parte a qual ficar com este encargo, terá plena ciência dos esforços que precisa direcionar para demonstrar seu direito através de prova, pois caso não consiga produzir as provas necessárias e o juiz continuar em

dúvida, a ação terá tendência de privilegiar a outra parte a qual não foi imputado o ônus da prova.

Já há doutrinadores que entendem ser a inversão do ônus da prova regra de julgamento, por que é de ciência das partes e uma obrigação legal, promover os atos necessários colaborando com o conduzir do processo, dessa sorte, entende-se que ambas partes tem responsabilidade no processo no sentido de trazer as provas que tenham disponíveis, falar a verdade dos fatos que tenham conhecimento e etc, sob pena de que por suas omissões ou inverdades, sofram as consequências de um julgamento que não lhes seja vantajoso.

Desta feita, já é prévio o conhecimento da parte no sentido de que se ao final do processo, no ato de sentenciar o juiz ainda estiver em dúvida sobre como os fatos se deram, há risco de perder a causa.

Considerando o já exposto noutros capítulos, o juiz não pode manter o processo em trâmite até que surja prova necessária a formar um juízo exato sobre como os fatos se deram, é imperioso julgar, inclusive sendo uma obrigação da qual não pode se esquivar. Quando apesar do tramar processual os elementos trazidos e produzidos nos autos não são hábeis a formar o convencimento do juiz, este por sua vez, deve verificar de quem era o ônus de provar os fatos, e como esta parte não se desincumbiu de seu dever de provar, há presunção de que suas alegações não são verídicas, de que a outra parte está correta.

Assim, no processo tradicional, caberia ao juiz nesse momento da sentença em que permanece a dúvida ao analisar as provas produzidas, presumir que de acordo com a regra “o ônus da prova é de quem alega”, que aquilo alegado pela parte e não provado satisfatoriamente não merece procedência.

Mas em matéria de consumidor, na sentença verificando a situação duvidosa, mas também percebendo os elementos ensejadores da inversão do ônus da prova, verossimilhança e hipossuficiência do consumidor, o juiz aplicaria a inversão e o ônus da prova deixaria de ser de quem alega passando a ser da outra parte.

Os que defendem esse pensamento aduzem que não haveria prejuízos para as partes, que não seriam pegas de surpresa com a inversão uma vez que desde o início do processo os profissionais do direito tem consciência da possibilidade dessa situação, assim o fornecedor se esforçaria para produzir a prova, pois sabe que se não o fizesse e na sentença o juiz se mantivesse em dúvida, haveria análise do ônus da prova, o qual poderia ser invertido lhe criando uma situação desvantajosa.

A jurisprudência inclusive do STJ tem se inclinado para que mesmo que se considere a inversão do ônus da prova como regra de julgamento, a deliberação do juiz deve se dar na decisão saneadora, pois assim, a parte já fica ciente que se a dúvida se mantiver durante a instrução processual o magistrado poderá utilizar essa regra de julgamento. Dessa forma alertando a parte sobre essa possibilidade se prestigia o princípio da ampla defesa.

Destaca-se que quando não invertido o ônus da prova na decisão saneadora, mas utilizado como regra de julgamento, entende-se de acordo com essa jurisprudência, que houve nulidade da instrução processual, devendo o processo voltar àquele momento processual e ser instruído novamente.

7.8 Efetividade da inversão do ônus da prova na defesa do consumidor.

Teoricamente analisando, percebe-se o que instituto da inversão do ônus da prova trouxe para o consumidor maiores possibilidades de atuação judicial, uma vez que o peso da produção probatória que antes lhe criava empecilhos para a concretização de seus direitos, pode ser invertido atribuindo-se à outra parte, o fornecedor, o encargo de produzir a prova, medida esta de justiça uma vez que este é quem detém os meios para melhor fazê-lo.

Vale a pena trazer à baila citação que José Geraldo Brito Filomeno faz da mestrandona promotora de Justiça Cecília Matos:

A prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com o objeto do conhecimento uma relação de certeza ou de dúvida. Diante das dificuldades própria da reconstrução

histórica, contenta-se o magistrado em alcançá-la não a verdade absoluta, mas a probabilidade máxima; a dúvida conduziria o julgador ao estado de *non liquet*, caso não fosse elaborada uma teoria da distribuição do ônus da prova. Conceituado como risco que recai sobre a parte por não apresentar a prova que lhe favorece, as normas de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento utilizadas para afastar a dúvida. Neste enfoque, a Lei 8.078/90 prevê a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, adequando-se o processo à universalidade da jurisdição, na medida em que o modelo tradicional mostrou-se inadequado às sociedades de massa, obstado o acesso à ordem jurídica efetiva e justa. Fortaleceu sua posição através da associação de grupos, possibilitado a defesa coletiva de seus interesses, além de sistematizar a responsabilidade objetiva e reformular os conceitos de legitimação para agir e conferir efeitos à coisa julgada *secundum eventum litis*. A inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgado estiver em dúvida. É dispensável caso forme sua convicção, nada impedindo que o juiz alerte, na decisão saneadora que, uma vez em dúvida, se utilizará das regras de experiência a favor do consumidor. Cada parte deverá nortear sua atividade probatória de acordo com o interesse em oferecer as provas que embasam seu direito. Se não agir assim, assumirá o risco de sofrer a desvantagem de sua própria inércia, com a incidência das regras de experiência a favor do consumidor.³¹

Conforme o exposto, a inversão do ônus da prova é medida ímpar na defesa do consumidor, facilitando-lhe sua defesa judicial, tornando efetivo o direito material que tantas vezes lhe é tolhido, na medida em que associado à responsabilização objetiva direciona ao fornecedor, imputa a incumbência de provar que não ocorreu infringência aos direitos do consumidor.

31 FIOMENO, José Geraldo Brito, *apud* Cecília Matos, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto – Direito Material*, Volume I, 10^a edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 159.

9 CONCLUSÕES

No decorrer da pesquisa, percebeu-se que as condições históricas de organização social para produção de bens e serviços culminaram nos últimos tempos com situações que desfavorecem os consumidores, uma vez que todos os meios de produção, os conhecimentos técnicos e recursos econômicos estão nas mãos dos fornecedores, e como os consumidores precisam dos serviços e bens para viver, tem de se sujeitar àqueles disponíveis no mercado.

Tal situação de desigualdade associada aos abusos praticados pelos detentores dos meios de produção sobre diversas formas, como preços abusivos, falta de segurança dos produtos falta de qualidade etc. levaram à tensão social em que representações consumeristas buscaram cada vez mais seus direitos.

A pressão culminou gradativamente no reconhecimento cada vez mais forte dos direitos consumeristas, uma vez que a realidade de consumidor hoje é comum a quase todos os humanos. A sociedade atual é dita de "massa" e se alimenta, se veste, se comunica tudo estabelecendo relações de consumo.

Além das condições fáticas que levam ao ato de consumir inevitavelmente, há ainda pressão midiática cultural sobre o ato de consumidor que, na sociedade pós-moderna tornou-se elemento principal de manifestação da personalidade, desde o nascimento os indivíduos são expostos a divulgação de valores de vida e atendimento às necessidades de desenvolvimento via consumo, assim o ato de consumir por um lado é ligado diretamente à dignidade da pessoa humana consubstanciando nos elementos mínimos de condições de subsistência

oferecidos no mercado, como água e energia, e doutro é manifestação da identidade do indivíduo nos elementos como vestuário, lazer etc.

O ponto mais significante no direito brasileiro de reconhecimento do consumidor se deu com a Constituição de 1988 que garantiu direitos básicos a este e determinou que o legislador infraconstitucional criasse lei própria para viabilizar a defesa do consumidor.

Assim surgiu o Código de Defesa do Consumidor que dentre as principais inovações destaca-se a inversão do ônus da prova, uma vez que pelas regras tradicionais caso o consumidor lesado recorresse ao judiciário teria de produzir provas de suas alegações o que é extremamente difícil, pois contra si pesa sua característica de vulnerabilidade em seus aspectos fáticos, técnico e jurídico científico.

Dessa sorte o CDC fixou situações de presunção de veracidade em prol do consumidor invertendo de imediato o ônus probatório noutros possibilitando via apreciação judicial quando constatada hipossuficiência, processualmente falando, e verossimilhança das alegações, que o magistrado inverta o ônus da prova, vale dizer, altere a regra tradicional, tirando o peso probatório de quem alega e passando àquele que pelas condições fáticas tem mais condições de produzir prova (fornecedor).

Destaca-se que o momento adequando para a inversão, por cuidado é o do despacho saneador, pois em que pese ter natureza predominante de regra de julgamento, o anúncio da possibilidade de inversão do ônus da prova em momento anterior à sentença, elimina qualquer possibilidade de alegação de cerceamento de defesa.

Frisa-se que a inversão não é medida obrigatória, nem mesmo quando presentes os requisitos que possibilitam sua concessão, pois como regra de julgamento, o juiz só se socorrerá desta quando estiver em dúvida, dessa sorte, quando perceptível que o conjunto probatório dos autos é suficiente para formar o convencimento do juiz não há necessidade de deliberação quanto ao ônus probatório, visto que o julgamento se dará pelas provas existentes nos autos.

Ao fim deste estudo considera-se o instituto da inversão do ônus da prova como medida adequada e potencialmente eficaz à defesa do consumidor, pois conforme estudado, este tem várias dificuldades de exercer seus direitos e uma forma de promover a isonomia tratando “desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade” é distribuir o ônus probatório àquele que tem condições de produzir a prova, vale dizer, o fornecedor.

REFERÊNCIAS

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Manual do Consumidor em Juízo*, 4^a edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- MATUDA, Alessandra Elaine, *Direito do Consumidor*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.
- FILHO, Sergio Cavalieri, *Programa de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Atlas 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova*, 1^a edição 2^a tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilher; ARENHART, Sérgio Cruz, *Processo de Conhecimento*, 6^a ed. Volume 2 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia lima; BESSA, Leonardo Roscoe, *Manual de Direito do Consumidor*, 3^a edição, 2^a tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito Processual Civil*, volume único, 4^a edição, São Paulo: Editora Método, 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de Direito Processual Civil*, 3^a edição, 2^a tiragem, Volume I, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.
- JÚNIOR, Walter Vechiato, *Processo Civil*, 1^a edição, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; FIOMENO, José Geraldo Brito, JUNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zelmo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, Direito Material, Volume I, 10^a edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; JUNIOR, Nelson Nery, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, Processo Coletivo, Volume II, 10^a edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- FILHO, Sergio Cavalieri, *Programa de Responsabilidade Civil*, 9^a Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri, *Dicionário Técnico Jurídico*, 11^a edição, São Paulo: Editora Rideel, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; FIOMENO, José Geraldo Brito, JUNIOR, Nelson Nery; DENARI,

Zelmo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

NUNES, Rizzato, *Curso de Direito do Consumidor*, 6ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor – CDC*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm acessado em 14/05/2013 às 15:45

VON RONDOW, Christian de Sales, *Proteção Constitucional do Consumidor*. Disponível no sítio Jus Navegandi, <http://jus.com.br/revista/texto/2694/protecao-constitucional-do-consumidor> em acessado em 15/03/2015 às 15:36

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1.934, Disponível no sítio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm acessado em 15/03/2015 às 16:52

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDEC, *Os 20 anos da Constituição Federal e o Consumidor*, Disponível no sítio <http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/os-20-anos-da-constituicao-federal-e-o-consumidor> acessado em 15/03/2015 às 17:25

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU, *Resolução 39/248, Consumer Protection*, de 15 de abril de 1985, Disponível em http://www.decon.ce.gov.br/legislacao/ResolucaoONU39-248_1985.pdf acessado em 15/03/2015 às 18:19, tradução deste autor.

NORAT, Markus Samuel Leite, *Evolução histórica do Direito do Consumidor*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9474 acessado em 15/05/2015 às 18:55.

TORTOLA, Cláudia Andrea, *Dos Direitos Básicos do Consumidor*. Disponível no sítio Universo Jurídico, página http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1296/dos_direitos_basicos_do_consumidor Acessada em 15/03/2015 às 19:00

HUMBERT, Georges, *Inversão do ônus da prova no CDC: momento processual e adequação aos princípios constitucionais e processuais*. Disponível no sítio Migalhas <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI134098.71043-STJ+Inversao+ope+judicis+do+onus+deve+ocorrer+preferencialmente+no> acessada em 15/03/2015 às 21:00