

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

CLÁUDIA MARIA CHAMORRO REBERTE

**ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA FACILITAÇÃO DA DEFESA DO
CONSUMIDOR EM JUÍZO EM LIDES INDIVIDUAIS**

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2009**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

CLÁUDIA MARIA CHAMORRO REBERTE

**ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA FACILITAÇÃO DA DEFESA DO
CONSUMIDOR EM JUÍZO EM LIDES INDIVIDUAIS**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Nelson Nery Junior.

**São Paulo
2009**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Banca Examinadora

Aos meus pais, Maria Helena e Cláudio, a quem devo todas as minhas conquistas.

À minha grande amiga Márcia Helena Bosch: um exemplo de garra, luta, determinação e generosidade. Precioso incentivo nesta árdua tarefa.

Ao Bruno, pelo amor e compreensão.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Ao Professor Nelson Nery Junior, que me concedeu a honra de sua orientação, presenteando-me com seus precisos ensinamentos.

Aos Professores Patrícia Miranda Pizzol, Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, Alexandre David Malfatti, Marcelo Gomes Sodré, Vitor Moraes de Andrade, Antônio Carlos Mendes, Márcio Pugliesi e, especialmente, ao Professor Gilson Delgado Miranda, por todo apoio e incentivo.

“Para que o Poder Judiciário se justifique, diante da necessidade social de justiça célere e eficaz, é imprescindível que os próprios juizes sejam capazes de ‘crescer’, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos difusos, coletivos e fragmentados, tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais”.

(Mauro Cappelletti)

RESUMO

REBERTE, Cláudia Maria Chamorro. *Aspectos do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo em lides individuais*. 2009. 193f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

O presente trabalho tem por finalidade analisar alguns dos principais aspectos do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo, previsto pelo art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no âmbito das lides individuais. Serão abordadas questões atinentes à competência, à inversão do ônus da prova, à tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, e aos Juizados Especiais Cíveis, e como estes institutos e instrumentos atuam para conferir efetividade ao princípio em questão. A análise desenvolve-se a partir dos princípios que regem o sistema protetivo ao consumidor, contido no CDC, levando-se em conta o desequilíbrio inerente às relações de consumo, que decorre da situação de vulnerabilidade do consumidor, e as dificuldades por ele encontradas no que respeita ao acesso à Justiça e à sua atuação em juízo.

Palavras-chave: Consumidor. Facilitação da defesa em juízo. Competência. Prova. Tutela específica. Juizados Especiais Cíveis.

ABSTRACT

REBERTE, Cláudia Maria Chamorro. *Aspects of the principle of facilitation of consumer protection in court on individuals deals*. 2009. 193f. Dissertation (Master in Law)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

This study aims to examine some of the main respects the principle of facilitation of consumer protection in court, provided for by article 6, section VIII, the code of consumer protection, within the individual deal. Will address issues pertaining to competition, shifting the burden of proof, the authority of states obligations to do and not do, and the special civil courts, and how these institutions and instruments to give effect to act principle in question. The analysis takes place from the beginning governing the protective system to the consumer in the CDC, taking account of the imbalance inherent in the relationship of consumption, which stems from the situation of vulnerability of the consumer, and the difficulties for him found with regard to access to justice and their situation in judge.

Keywords: Consumer. Facilitation of defense in court. Competition. Proof. Specifies protection. Special civil courts.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A FORMULAÇÃO DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR: BREVES CONSIDERAÇÕES	17
3 A RELAÇÃO DE CONSUMO E SEUS ELEMENTOS	22
3.1 CONSUMIDOR <i>STRICTO SENSU</i>	22
3.2 CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO.....	28
3.3 FORNECEDOR.....	30
4 O PRINCÍPIO DA FACILITAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO	34
5 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	41
5.1 PROVA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES	41
5.2 ÔNUS DA PROVA	43
5.3 A DUPLA ACEPÇÃO DO TERMO “ÔNUS DA PROVA”: ÔNUS SUBJETIVO E ÔNUS OBJETIVO	47
5.4 INSUFICIÊNCIA DA PROVA – <i>NON LIQUET</i>	54
5.5 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	57
5.6 A TEORIA DA CARGA DINÂMICA	59
5.6.1 A teoria da carga dinâmica e o direito brasileiro	61
5.7 ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	65
5.8 REQUISITOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	67
5.8.1 Verossimilhança	67
5.8.2 Hipossuficiência	68
5.8.3 Hipossuficiência e vulnerabilidade	72
5.8.4 Conceitos legais indeterminados e máximas de experiência	73
5.8.5 Cumulatividade ou alternatividade dos requisitos?	76
5.9 OBJETO E LIMITES DA INVERSÃO	79

5.10 O MOMENTO APROPRIADO PARA A INVERSÃO	81
5.11 CONVENÇÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA.....	86
5.12 ÔNUS DA PROVA E PUBLICIDADE	87
6 A COMPETÊNCIA NA AÇÃO FUNDADA EM RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR.....	90
6.1 JURISDIÇÃO.....	90
6.2 COMPETÊNCIA	92
6.2.1 Conceito	92
6.2.2 Competência absoluta e competência relativa.....	94
6.3 A REGRA DE COMPETÊNCIA ESTATUÍDA PELO ART. 101, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	98
6.3.1 Alcance da norma	101
6.4 CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATOS DE ADESÃO.....	103
7 AÇÕES ADMISSÍVEIS PARA TUTELA DE DIREITOS DO CONSUMIDOR E TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER (arts. 83 e 84 do CDC).....	120
7.1 AÇÕES CABÍVEIS PARA A DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR	120
7.2 TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER....	124
7.2.1 Conversão em perdas e danos	128
7.2.2 Medidas de sub-rogação e medidas de apoio	130
7.2.3 Multa	133
7.2.3.1 Exigibilidade da multa.....	135
7.2.3.2 Limites à fixação da multa e possibilidade de modificação	139
7.2.4 Antecipação da tutela específica	141
8 OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS	146
8.1 OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS	153
8.2 COMPETÊNCIA: OPÇÃO DO AUTOR OU IMPOSIÇÃO LEGAL INDERROGÁVEL?.....	156
8.3 PROCEDIMENTO	158

8.3.1 Partes	158
8.3.2 Advogados	160
8.3.3 Intervenção de terceiros	163
8.3.4 Atos processuais	163
8.3.5 Pedido, resposta do réu e pedido contraposto	164
8.3.6 Obrigatoriedade da presença das partes às audiências e consequências decorrentes do não-comparecimento	167
8.3.7 Isenção de custas e honorários advocatícios	169
8.3.8 Sistema recursal.....	170
9 CONCLUSÃO	175
REFERÊNCIAS.....	179
REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES	189

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho traz como temática de estudo alguns dos aspectos do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo, previsto pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em relação a lides individuais fundadas em relações de consumo.

A relação de consumo é marcada pelo desequilíbrio entre seus integrantes: consumidores e fornecedores. O consumidor, parte reconhecidamente vulnerável, que não tem acesso aos meios de produção e muitas vezes aos termos dos contratos firmados, não raro, por adesão, encontra-se em situação menos privilegiada em relação ao fornecedor que, por seu turno, detém toda tecnologia e controle da atividade produtiva. Este desequilíbrio se apresenta não apenas na relação jurídica material, firmada quando da aquisição de um produto ou da prestação de um serviço, mas também no âmbito das relações processuais, ou seja, no processo judicial em que se discute a relação material de consumo.

Criado por determinação constitucional inscrita nos artigos 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o CDC trouxe regras protetivas ao consumidor, tendentes a amenizar o desequilíbrio de forças entre este e o fornecedor.

Para alcançar esse desiderato, o diploma legal consumerista dispensa tratamento desigual aos desiguais, em perfeita consonância com o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88), preceito que cimenta, ao primeiro olhar, a base do princípio da facilitação do consumidor em juízo.

O CDC é um verdadeiro microsistema jurídico. Na sua construção o legislador não se olvidou de ingredientes de distintas naturezas: (i) principiológica, na medida em que contém princípios que lhe são peculiares, como a vulnerabilidade do consumidor; (ii) interdisciplinar, considerando que se relaciona com diversos ramos do Direito, como constitucional, civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo etc; (iii) multidisciplinar, considerando que contém normas de caráter variado: de cunho civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo etc¹.

O Código em comento, assim, institui tutela especial ao consumidor e prevê instrumentos tendentes à implementação desta tutela. As normas protetivas abarcam a fase pré-contratual, contratual e também o aspecto processual da ação fundada em relação de consumo, considerando que regulam a atuação do consumidor em juízo, em lides individuais e coletivas.

No âmbito processual, o CDC estabeleceu o princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo (art. 6º, VIII) e, como decorrência deste primado, criou regras tendentes a

¹ FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 9. ed., rev., at. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002 e leis subsequentes. São Paulo: Atlas, 2007, p. 10.

facilitar, não somente o acesso, mas também a atuação do consumidor em juízo, tais como a inversão do ônus da prova, a competência do foro do domicílio do consumidor para ações fundadas em responsabilidade civil do fornecedor, entre outras. Buscou, assim, o reequilíbrio da relação jurídica processual firmada entre os principais atores da relação de consumo, tendo em conta, mais uma vez, a condição de vulnerabilidade do consumidor, que não é dotado das mesmas armas que o fornecedor para enfrentar a batalha judicial.

Com esse pano de fundo, o estudo procurou investigar e aclarar as origens das normas processuais criadas em benefício do consumidor, bem como verificar como elas atuam na consecução do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo. Para tanto, foi necessário analisar, de forma crítica, a interpretação conferida a essas normas pelos tribunais e pela doutrina, à luz dos princípios estabelecidos pelo microsistema que representa o CDC.

Outro propósito que permeou o trabalho foi a necessidade de elucidar, sistematizar e problematizar alguns pontos importantes que interferem na correta aplicação das normas estudadas, à luz do princípio que as informa, e que suscitam a intensificação de discussões e pesquisas a respeito dos temas tratados.

Nesse contexto, entre as tantas importantes incidências do princípio, optou-se por discorrer sobre a inversão do ônus da prova, sobre a regra de competência estabelecida pelo art. 101, I, do CDC, e sobre a prevalência estabelecida pelo legislador em relação à tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, em detrimento de sua imediata conversão em perdas e danos. Por fim, tratou-se do sistema dos Juizados Especiais Cíveis, analisando-se os seus princípios e o seu procedimento, com abordagem de suas principais características, sempre sob o enfoque de sua importância e eficiência para a solução de litígios fundados em relações de consumo.

Importante mencionar, já de início, que não foram objeto do estudo outras implicações do princípio *sub examine* em lides individuais, como a vedação da denunciação da lide e a instituição de nova espécie de chamamento ao processo (arts. 88 e 101, II, do CDC), e também criação de critérios para a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor (art. 28 do CDC), considerando a extensão destes temas, que demandariam estudos mais aprofundados e específicos, comprometendo, assim, o direcionamento desta pesquisa. Do mesmo modo, não foram abordadas as questões processuais relacionadas às lides coletivas, não ignorando, em absoluto, a extrema relevância deste tema, especialmente em virtude da criação de modernos institutos de defesa coletiva do consumidor. A razão disso, vale dizer, foi a necessidade de se manter um foco bem pontuado para o trabalho, qual seja, o estudo dos principais aspectos do princípio da facilitação da defesa individual do consumidor em juízo.

No estudo do tema atinente à inversão do ônus da prova procurou-se destrinchar questões relevantes referentes à teoria do ônus da prova, abordando as regras da distribuição deste ônus no Código de Processo Civil (CPC) e a teoria adotada pelo legislador pátrio. Em seguida, foram analisados os requisitos da inversão do ônus da prova previstos pelo CDC, sempre

à luz da finalidade da norma, e do princípio que lhe confere substrato, qual seja, o princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo.

Na análise da questão relacionada à competência em ação fundada em responsabilidade civil do fornecedor procurou-se aclarar os conceitos de jurisdição e competência, bem como de competência absoluta e relativa, visto que esta classificação guarda íntima relação com a análise da nova regra de competência estabelecida pelo CDC. Tratou-se, também, da validade da cláusula de eleição de foro em contratos de adesão, sempre sob o enfoque dos princípios iluminadores do microsistema.

A prevalência conferida pelo legislador à tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, em detrimento de sua imediata conversão em perdas e danos, afigura-se outra importante aplicação do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo, e que foi objeto de estudo neste trabalho. Foram analisadas as medidas criadas pelo legislador que visam garantir ao consumidor o cumprimento da obrigação pelo fornecedor, ou a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento. A análise foi elaborada à luz das principais divergências encontradas especialmente na doutrina a respeito desses temas.

No tocante ao sistema dos juizados especiais cíveis, a investigação recaiu sobre o procedimento e os princípios que o informam, dada a sua importância para a solução de pequenas lides de consumo.

Estudar o princípio da facilitação de defesa do consumidor em juízo é de extrema importância, conquanto a correta aplicação das normas em análise contribui de forma decisiva para o atingimento das finalidades almejadas pelo CDC, microsistema destinado a proteger o consumidor, parte reconhecidamente vulnerável, que ocupa posição menos privilegiada nas relações de consumo.

As regras processuais analisadas no trabalho conferem caráter pragmático ao princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo, permitindo, assim, a verificação de seu exato conteúdo, alcance e finalidade.

A intensa aplicação das normas de defesa e proteção do consumidor a preencher o dia-a-dia forense, considerando o elevado e crescente número de demandas fundadas em relações de consumo, certifica a relevância e a atualidade da temática proposta. Demais, não são poucas as discussões encontradas na doutrina e na jurisprudência a respeito da correta aplicação das normas processuais tratadas neste trabalho, o que demonstra que as questões abordadas suscitam, ainda, muitas dúvidas e acirrados debates.

No desenvolvimento do estudo adotou-se como orientação metodológica a pesquisa exploratória de raciocínio dedutivo, conquanto foi necessário, em primeiro, tomar conhecimento de proposições gerais já firmadas sobre o tema escolhido. Para esta tarefa utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, essencial para compor o referencial teórico, base dos objetivos que

se pretendia atingir. Os dados, de natureza secundária, foram extraídos da melhor doutrina que explora o tema, especialmente livros, revistas, sites e artigos especializados, e do suporte pragmático proporcionado pela jurisprudência pátria.

Quanto ao aspecto estrutural, o trabalho foi dividido em nove capítulos, sendo o primeiro de índole introdutória. No segundo, procurou-se contextualizar o CDC em seu momento histórico, discorrendo brevemente sobre a formulação dos direitos básicos do consumidor, à luz da formação e do desenvolvimento da sociedade de consumo. No terceiro, a abordagem dirigiu-se aos elementos da relação de consumo, de modo a delimitar o âmbito de incidência das normas protetivas contidas no Código em comento. No quarto são apresentados os fundamentos do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo e sua importância para a efetiva tutela dos direitos do consumidor. No quinto, sexto e sétimo capítulos tratou-se, respectivamente, da questão atinente à inversão do ônus da prova; da competência estabelecida pelo art. 101, I, do CDC, bem assim da validade da inserção de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão e da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. O oitavo versou sobre os juizados especiais cíveis, momento em que se analisou, de forma crítica, sua importância e eficiência para a solução das lides individuais de consumo. O nono e último capítulo foi dedicado à exposição do resultado da pesquisa, lembrando que, diante da extensão do tema e da riqueza da bibliografia a respeito, não se teve a pretensão de esgotar o assunto. Bem por isso, o trabalho cingiu-se à análise de apenas alguns dos aspectos de aplicação do princípio, cuja escolha decorreu, frise-se, da frequência com que se apresentam no dia-a-dia forense e a partir da necessidade de aprofundamento dos estudos a respeito, considerando as divergências encontradas na doutrina e na jurisprudência.

2 A FORMULAÇÃO DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR: BREVES CONSIDERAÇÕES

A sociedade de consumo é um produto histórico, fruto dos estágios de desenvolvimento por que passou a humanidade ao longo dos tempos até os dias atuais e que culminaram na adoção de novos comportamentos, notadamente com o aparecimento do processo de manufatura, antes mesmo da Revolução Industrial.

Os três momentos mais importantes e que determinaram a formação da sociedade de consumo foram os séculos XVI, XVII, XVIII e XIX¹.

Na Inglaterra, o primeiro *boom* de consumo ocorreu no século XVI, quando a nobreza, no afã de amoldar-se à figura da sua monarca, que esbanjava recursos, passou a gastar em nova escala, adotando novos hábitos e padrões de consumo. Ao lado desta nova mentalidade, passou a existir uma maior competitividade entre os nobres em busca de status. Este fenômeno deu ensejo ao consumo arbitrário e exagerado de bens. Abandonou-se a ideia de que o valor dos bens variava de acordo com a sua antiguidade. O valor que antes era conferido aos chamados bens de família foi transferido para os bens mais novos. Os nobres passaram, então, a adquirir produtos de outras localidades, sempre em busca de maior ascensão e prestígio dentro de sua classe social².

No século XVIII, esses novos hábitos de consumo se consolidaram, alimentados por outros valores que não mais a família, mas sim o consumo individual. As classes subordinadas começaram a participar dessa nova era de consumo. O consumo cada vez maior evidenciou a tentativa de as classes menos abastadas imitarem os nobres que, por sua vez, saíam à procura de outros bens, como forma de manter a sua condição no estrato social e, assim, preservar a desigualdade. Os bens de consumo assumiram o status de marcadores sociais, de modo que se identificava uma determinada classe social a partir de seus bens e não mais por sua condição de empregado ou de empregador³.

¹ FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Manual de direitos do consumidor*, p. 30-51.

² McCracken, Grant. *Cultura e consumo*. Novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo. Rio de Janeiro: Mauad, 2003, p. 30-36.

³ *Ibidem*, p. 36-43.

No século XIX, houve o entrelaçamento total entre sociedade e consumo, época em que surgiram as lojas de departamentos que funcionaram como agentes de difusão de bens de consumo⁴.

No Brasil do século XX, o crescimento industrial ocorreu mais intensamente na década de 50, especialmente no setor alimentício, ensejando alterações nos hábitos alimentares dos brasileiros. As pessoas começavam a consumir produtos alimentícios industrializados em maior escala⁵.

A forma de comercialização de produtos igualmente se modificou com o surgimento dos supermercados e *shopping centers*. Os hábitos dos brasileiros foram mudando e novos produtos passaram a ser consumidos e desejados. Iniciou-se, assim, um processo de modernização do campo e verdadeira expulsão da população rural para as cidades. O motor desse êxodo, vale lembrar, era impulsionado pela busca de melhores condições de vida e principalmente pela ilusão de igualdade de oportunidades⁶.

Na década de 80 havia mais pessoas na cidade do que no campo. Ao contrário as aspirações iniciais, as desigualdades ficaram cada vez mais acentuadas. Houve mobilização de classes sociais e surgimento de novas divisões dentro de uma mesma classe, como é o caso da classe média, que se estratificou em classe média alta e classe média baixa. Essa movimentação fazia com que os integrantes de cada classe social fossem identificados a partir dos bens de consumo que possuíam⁷.

Nesse contexto de intensificação do consumo e de sedimentação da sociedade de consumo surgiu a sociedade de risco, em que todo este movimento passou a gerar riscos à sociedade, das mais variadas ordens.

No âmbito das indústrias, com a utilização cada vez mais crescente de novos maquinários para a produção em escala, houve um grande aumento do número de acidentes de trabalho. Na mesma trilha, com a renovação constante de bens de consumo pela população em geral, percebeu-se a acentuação de riscos

⁴ McCracken, Grant. *Cultura e Consumo*. Novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo, p. 43-50.

⁵ MELLO, João Manuel Cardoso de; NOVAIS, Fernando A. Capitalismo tardio e sociabilidade moderna. *História da vida privada no Brasil: contraste da intimidade contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 562-566.

⁶ *Ibidem*, p. 566-581.

⁷ *Ibidem*, p. 600.

difusos, principalmente no que se refere ao meio ambiente, com a utilização desenfreada de recursos naturais, poluição de rios e do ar, entre outros⁸.

Além disso, iniciou-se o processo de especialização dos produtores e, por consequência, de fragmentação dos meios de produção, o que gerou maiores dificuldades em se encontrar o efetivo responsável por danos causados.

A partir deste cenário e com apenas a lógica do lucro para orientar as ações do mercado capitalista hegemônico, surgiu a necessidade de o Estado intervir e regulamentar a atividade produtiva e também as relações de consumo⁹. Sentiu-se, assim, a necessidade de tratar de forma específica e adequada esta nova espécie de relação jurídica que baliza a produção e a venda de riquezas – bens e serviços –, que apresenta especificidades, e em muito se distancia das relações entre particulares e, também, das relações comerciais.

Na década de 60, mais precisamente no ano de 1962, o Presidente John Kennedy enviou ao Congresso dos Estados Unidos uma mensagem especial sobre a proteção dos interesses dos consumidores e inaugurou uma conceituação dos direitos do consumidor. À época, Kennedy elencou como direitos dos consumidores: o direito à segurança, o direito à informação, o direito à opção e o direito de o consumidor ser ouvido¹⁰.

Na esteira desse novo conceito e reconhecimento da existência de direitos básicos da classe de consumidores, em 1980, a Comunidade Europeia, que tinha a preocupação de uniformizar o tratamento conferido aos consumidores integrantes de todos os Estados-membros, promulgou diversas medidas de defesa do consumidor, conferindo relevância e destaque para aquelas que regulamentavam a publicidade enganosa e a responsabilidade civil do produtor¹¹.

Em 1985, a Organização das Nações Unidas, por consenso obtido em Assembleia Geral, editou a Resolução nº 39/248, que estabeleceu diretrizes internacionais de proteção das relações de consumo, fixando um patamar mínimo de proteção e defesa dos consumidores¹².

⁸ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Facia uma nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998, p.29.

⁹ REICH, Norbert Reich. Algumas proposições para a filosofia da proteção do consumidor. *Revista dos Tribunais* 728/11, p. 14-15.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

¹¹ *Ibidem*, p. 6.

¹² *Idem*.

No âmbito do direito brasileiro, o legislador constituinte inseriu, na Carta Constitucional de 1988, a defesa do consumidor no rol de garantias e direitos fundamentais (art. 5º, XXXII); no art. 170, inciso V, ao tratar da ordem econômica fundada na livre iniciativa, estabeleceu como uma espécie de limite a seu exercício a defesa do consumidor, indicando-a como princípio norteador da atividade privada. Por fim, determinou, no art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a criação de um código de defesa do consumidor, no prazo de cento e vinte dias, a contar de sua promulgação¹³.

Em 11 de setembro de 1990, foi editada a Lei nº 8.078, conhecida como Código de Defesa do Consumidor. O novo código, um microsistema aplicável às relações de consumo, de natureza predominantemente principiológica¹⁴, trouxe importantes inovações para o universo jurídico brasileiro, especialmente (i) a positivação de conceitos importantes como o de consumidor e o de fornecedor, (ii) o reconhecimento da situação de vulnerabilidade do consumidor, (iii) a instituição de regras específicas como a responsabilidade objetiva do fornecedor e de técnicas de facilitação da defesa do consumidor em juízo e, ainda, (iv) a criação de um rol de direitos básicos dos consumidores.

Os princípios gerais das relações de consumo estão enumerados nos artigos 1º ao 7º do CDC. Todos os demais dispositivos são projeções desses princípios gerais, ou seja, “uma espécie de pormenorização daqueles princípios de modo a fazê-los efetivos e operacionalizá-los”¹⁵.

Por expressa previsão contida no art. 1º do CDC, suas normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e de interesse social, o que significa que são inderrogáveis por vontade das partes. São normas cogentes e,

¹³ Vale lembrar que, antes da previsão constitucional em apreço, na década de 70, foram criadas diversas associações voltadas para a defesa do consumidor e, nos anos 80, instituiu-se o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), em São Paulo.

¹⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed., rev., mod. e at. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 65. O autor pondera que o modelo do CDC, de lei principiológica, até então não existia no sistema jurídico nacional. E leciona: “[...] como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentam o setor (Susep, Instituto de Resseguros etc), porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da Lei 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito”.

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos relevantes do Código de Defesa do Consumidor. *Justitia* 155/77, p. 79.

portanto, de aplicação obrigatória, que não admitem convenção entre as partes, conforme acentua José Geraldo de Brito Filomeno¹⁶. Portanto, devem ser aplicadas de ofício pelo juiz, ou seja, independentemente de pedido das partes e, além disso, não são atingidas pela preclusão, o que propicia seu exame a qualquer tempo ou grau de jurisdição. É possível, ainda, diante de sua natureza de norma ordem pública, que sua aplicação pelo tribunal, em sede de recurso, importe em *reformatio in pejus*, que, entretanto, deve ser permitida¹⁷.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., rev., at. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 24-25.

¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 1/200, p. 201.

3 A RELAÇÃO DE CONSUMO E SEUS ELEMENTOS

O CDC, nos artigos 2º e 3º, definiu todos os elementos da relação de consumo. No âmbito subjetivo, são partícipes da relação de consumo o fornecedor e o consumidor; no objetivo, o objeto da relação jurídica recai sobre os produtos e/ou serviços¹⁸.

3.1 CONSUMIDOR *STRICTO SENSU*

Por força do disposto no artigo 2º do CDC, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Conforme ensinamento de José Geraldo Brito Filomeno¹⁹, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levou-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou contrata a prestação de serviços, como destinatário final, “pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade comercial”. Desta maneira, conforme o raciocínio do autor, procurou-se abstrair de tal conceituação componentes de natureza sociológica, psicológica, literária e filosófica²⁰.

A definição da figura do consumidor está intimamente relacionada com o conceito e abrangência que merece o termo “destinatário final” utilizado pelo legislador, bem assim a análise da situação de vulnerabilidade atribuída a todos os consumidores. É o que se depreende do contido no artigo 4º, I, do CDC.

Conforme o que preceitua a doutrina de Cláudia Lima Marques²¹, inicialmente, formaram-se duas correntes doutrinárias a respeito da interpretação

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*, p. 49.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 28.

²⁰ *Ibidem*, p. 28-29.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 5. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 303.

dada ao conceito de consumidor estabelecido pelo CDC: a teoria finalista e a teoria maximalista.

Para os maximalistas, as normas do CDC devem ser entendidas como o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro e não como normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. Desta forma, o conceito de consumidor deve ser interpretado o mais extensamente possível, para que o CDC possa ser aplicado a um número cada vez maior de relações de mercado. Os defensores desta corrente afirmam que destinatário final é o destinatário fático do produto, ou seja, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome-o²²²³.

Para os finalistas, o conceito de destinatário final do produto ou serviço deve ser entendido de forma restritiva. Nesta linha de raciocínio, defendem que o destinatário final seria o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica²⁴.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho²⁵:

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhe concede.

A concepção dos teóricos finalistas é a de que o consumidor, para ser considerado como tal, deve consumir o produto para satisfazer necessidade própria ou da família.

Em se tratando de pessoa jurídica, é imprescindível que não objective, com o produto, o desenvolvimento de outra atividade negocial, ou seja, não pode utilizar o produto para incrementar a sua atividade profissional lucrativa. Em suma, o bem adquirido não pode ser destinado à revenda ou à integração em outro produto.

²² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais, p. 305.

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*, p. 49-50.

²⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 304.

²⁵ *Idem*, p. 304.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho²⁶, ensina:

O conceito de consumidor, na esteira do finalismo, portanto, restringe-se, em princípio, às pessoas, físicas ou jurídicas, *não profissionais*, que não visam ao lucro em suas atividades e que contratam com profissionais. Entende-se que não se há falar em consumo final, mas *intermediário*, quando um profissional adquire produto ou usufrui de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar o seu próprio negócio lucrativo.

Cláudia Lima Marques²⁷ comenta que a partir de 2003, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, formulou-se uma terceira corrente, subdivisão da primeira, denominada por ela de finalismo aprofundado ou interpretação finalista aprofundada, que conferiu ao termo interpretação diferenciada e mista, concentrando-se na noção de consumidor imediato e de vulnerabilidade.

Essa corrente, abrandando a rigidez da corrente finalista, admite, excepcionalmente e desde que reste demonstrada *in concreto*, a vulnerabilidade, que pode ser técnica, jurídica ou econômica. Há também o entendimento de que devem ser considerados consumidores os profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, ainda que utilizem o produto ou serviço como incremento de sua atividade empresarial, porém desde que não se relacione diretamente com a sua área de atuação²⁸. É o caso, por exemplo, de um hotel que consome gás. É inegável que o produto é utilizado em sua atividade empresarial, no entanto, é

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*, p. 51.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais, p. 347.

²⁸ Este é o entendimento que tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça: “Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - A relação jurídica qualificada por ser ‘de consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa jurídica consumidora e a fornecedora deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 476.428/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 19/04/2005, DJ 09/05/2005 p. 390. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

possível que o hotel demonstre sua vulnerabilidade em relação a esta atividade e, portanto, possa ser enquadrado no conceito de consumidor²⁹.

A teoria do finalismo aprofundado afigura-se a mais sensata e adequada³⁰, pois propicia a correta aplicação do microssistema, na medida em que permite a análise, em cada caso concreto, da situação de vulnerabilidade –

²⁹ Neste sentido já decidiu o STJ: “CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ENERGIA. DESPACHO SANEADOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 2º DO CDC. ILEGITIMIDADE ATIVA ‘AD CAUSAM’. 1. Em sede preliminar, sobreleva-se a questão relativa à admissibilidade e processamento do presente recurso especial, porquanto, tratando-se o caso, de decisão hostilizada proferida em sede agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória, deveria o presente apelo extremo ter ficado retido até o julgamento final da causa, *ex vi* do art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil, o que não ocorreu já que o recurso foi admitido chegando a esta Corte. Nas hipóteses em que o recurso especial é interposto contra decisão que resolve questão incidente em processo de conhecimento, cautelar ou de embargos à execução, aquele deve ficar retido até que seja proferida decisão final. Assim sendo, esta Corte firmou o entendimento de que, nesses casos, havendo o indevido processamento do recurso (processamento prematuro), este deverá retornar ao Tribunal de origem em observância ao art. 542, § 3º do Código de Processo Civil. (v.g. AGResp 534.624/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ de 11/11/2003, AGMC 7.040/DF, Rel. Ministra BARROS MONTEIRO, DJ de 12/04/2004, entre outras). Entretanto, em casos excepcionais, a jurisprudência, ultrapassando esse óbice legal, tem admitido o processamento do recurso especial, sem que haja sua retenção nos autos, objetivando, com isso, evitar a ocorrência - ante a eventual postergação do exame do recurso - de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, o perecimento do direito. Esta é a hipótese vertente. 2. No que tange à alegação de ilegitimidade ativa da recorrida, o recurso improcede. Como ressaltado no v. Acórdão recorrido, o art. 23, que trata do Inquilinato (Lei 8.245/91), dispõe expressamente que cabe a locatária, ora recorrida, o pagamento das despesas de ‘telefone e de consumo de força, LUZ e gás, água e esgoto’. Assim, a relação sinalagmática se consubstancia entre a locatária-recorrida e a concessionária fornecedora de energia. Registre-se, ainda, que a responsabilidade da recorrida é reconhecida pela própria recorrente, quando alega que ‘a requerente somente paga suas contas com atraso’ (fls.84/85). 3. No tocante ao segundo aspecto – inexistência de relação de consumo e consequente incompetência da Vara Especializada em Direito do Consumidor – razão assiste ao recorrente. Ressalto, inicialmente, que se colhe dos autos que a empresa-recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza do serviço de fornecimento de energia elétrica prestado pela recorrente, com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva. Todavia, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor. Ora, *in casu*, a questão da hipossuficiência da empresa recorrida em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância. (Precedentes: REsp. 541.867/BA, DJ 10.11.2004). 4. Por tais fundamentos, CONHEÇO PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL, E, NESTA PARTE, DOU-LHE PROVIMENTO, para, afastando a relação de consumo, determinar a incompetência absoluta do Juízo de Direito da 11ª Vara Especializada da Defesa do Consumidor para processar e julgar o feito. Reconheço, outrossim, a nulidade dos atos processuais praticados e determino a distribuição do processo a um dos Juízos Cíveis da Comarca de Vitória/ES”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 661.145/ES, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 28/03/2005 p. 286. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

³⁰ Neste sentido é o posicionamento adotado por Cláudia Lima Marques, para quem “[...] interpretação finalista mais aprofundada e madura deve ser saudada”. (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais, p. 347).

característica marcante e presente em toda relação de consumo – daquele que pretende ser enquadrado no conceito de consumidor.

A vulnerabilidade é o marco que caracteriza a relação de consumo, o que justifica a criação de regras de proteção ao ente reconhecidamente mais frágil³¹.

A relação de consumo, marcada pela desigualdade de forças entre seus partícipes, gera o desequilíbrio da relação. Por essa razão, o microssistema criado pelo CDC buscou restabelecer o equilíbrio, “compensando a fragilidade/fraqueza de um com as normas ‘protetivas’, controladoras da atividade do outro, e resultando no reequilíbrio da situação fática e jurídica”³².

Vulnerabilidade é concebida por Cláudia Lima Marques³³ como:

[...] o estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho³⁴, o consumidor, parte mais fraca da relação de consumo, é “afetado em sua liberdade pela ignorância, pela dispersão, pela desvantagem técnica ou econômica, pela pressão das necessidades, ou pela influência da propaganda”.

José Geraldo Brito Filomeno³⁵, a respeito, leciona:

O consumidor certamente é aquele que não dispõe de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, deve se submeter ao poder dos titulares destes, concluindo que, por conseguinte, consumidor é, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários.

Mais adiante o mencionado autor pondera que:

³¹ Neste sentido: ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 6. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24. O autor ensina que: “A primeira justificativa para o surgimento da tutela do consumidor, segundo entendemos, está assentada no reconhecimento de sua vulnerabilidade nas relações de consumo. [...] trata-se da espinha dorsal do movimento, sua inspiração central, base de toda a sua filosofia, pois, se a *contrario sensu*, admite-se que o consumidor está cômico de seus direitos e deveres, informado e educado para o consumo, atuando de igual para igual em relação ao fornecedor, então a tutela não se justificaria”.

³² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais, p. 318-319.

³³ *Ibidem*, p. 320.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*, p. 56.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 69.

No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação das margens de lucro³⁶.

Atualmente, há consenso acerca da vulnerabilidade do consumidor. Pode-se dizer que em todos os países do mundo ocidental capitalista há este reconhecimento³⁷, havendo previsão neste sentido no art. 1º, da Resolução nº 39/248 da ONU sobre os direitos do consumidor³⁸.

A vulnerabilidade pode ser técnica, jurídica, fática ou informacional³⁹. Por vulnerabilidade técnica entende-se o desconhecimento específico do consumidor em relação ao objeto adquirido, o que contribui para que seja mais facilmente enganado quanto às verdadeiras características do bem ou de sua real utilidade.

A vulnerabilidade técnica é presumida para o consumidor não profissional, podendo, entretanto, atingir excepcionalmente o profissional, destinatário final fático do bem. A vulnerabilidade jurídica consiste na falta de conhecimentos jurídicos específicos. A vulnerabilidade fática, também chamada de vulnerabilidade sócio-econômica, deve ser entendida como a superioridade do fornecedor, que pode decorrer de seu poder econômico, ou, ainda, da essencialidade do serviço que presta. Por vulnerabilidade informacional entende-se o déficit informacional, que não decorre da falta de informação, mas sim da informação desqualificada que, embora abundante, pode não informar de forma precisa e adequada⁴⁰.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 69.

³⁷ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 25.

³⁸ UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. A/RES/39/248. *Consumer protection*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2009.

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, p. 320.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 321.

3.2 CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO

O CDC tratou não somente da figura do consumidor *standard* ou *stricto sensu*, ou seja, daquele que, em posição de vulnerabilidade no mercado de consumo e não profissionalmente, adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário fático e econômico destes, visando à satisfação de suas necessidades pessoais, de sua família ou de terceiros que a ele se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva⁴¹.

Conforme Zelmo Denari, tratou o CDC, também, dos “consumidores equiparados”, chamados *bystanders*, ou seja, aquelas pessoas “estranhas à relação de consumo, mas que sofrem prejuízo em razão dos defeitos intrínsecos ou extrínsecos do produto ou serviço”⁴².

A tutela desta categoria de consumidores, por equiparação, encontra-se nos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29 do diploma consumerista. Estes dispositivos legais funcionam como verdadeiras “normas de extensão”⁴³ do campo de incidência originário do Código, de sorte que ficam amparados por suas normas todos aqueles que, ainda que não se enquadrem no conceito padrão de consumidor, “estão expostos aos efeitos decorrentes das atividades dos fornecedores no mercado, podendo ser por elas atingidos ou prejudicados”⁴⁴. Essas pessoas, grupos ou até mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outras formas e, mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, são consideradas como tais em virtude da situação de vulnerabilidade frente ao fornecedor.

O artigo 2º, parágrafo único, do CDC, trata da coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que de algum modo tenha intervindo nas relações de consumo. Este dispositivo afirma o caráter difuso do direito do consumidor,

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*, p. 58.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 208.

⁴³ Expressão utilizada pelo autor. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 59.

⁴⁴ *Idem*, p. 59.

informando que se trata de norma genérica, interpretativa, aplicável, portanto, a todos os capítulos e seções do Código⁴⁵.

Na coletividade insere-se, por exemplo, o filho do consumidor que adoece após ingerir o produto defeituoso por ele adquirido. Muito embora não possa ser considerado consumidor *stricto sensu*, a ele é equiparado, por força do dispositivo legal em análise, merecendo toda a proteção prevista pelas normas do CDC.

O art. 17, por sua vez, ampliando a proteção conferida ao consumidor *bystander*, equipara a consumidor todas as vítimas de determinado evento danoso.

Com efeito, não raras vezes, os danos causados por defeitos em produtos ou serviços atingem não somente o consumidor, mas também terceiros estranhos à relação jurídica de consumo. Atento a essa realidade, o legislador cuidou de equiparar estes terceiros a consumidores, a fim de lhes garantir a aplicação do sistema protetivo do CDC.

A regra de equiparação coaduna-se perfeitamente com os fins do sistema, especialmente no que toca ao dever imposto aos fornecedores de colocar no mercado de consumo produtos adequados e desprovidos de vícios e defeitos. Com a equiparação protege-se não apenas o consumidor, mas todos os terceiros que, de alguma forma, possam vir a ter contato com o produto ou bem adquirido.

Como bem ressalta Sérgio Cavalieri Filho⁴⁶:

Não faz qualquer sentido exigir que o fornecedor disponibilize no mercado de consumo produtos ou serviços seguros apenas para o consumidor, não se importando com terceiros que possam vir a sofrer danos pelo fato do produto ou do serviço, razão pela qual deu a estas vítimas um tratamento diferenciado, que se justifica, repita-se, pela relevância social que atinge a prevenção e a reparação de tais danos.

Por fim, em razão do disposto no art. 29 do CDC⁴⁷, segundo Antônio Hernam de V. Benjamin, equiparam-se a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas a práticas comerciais e contratuais abusivas.

⁴⁵ Neste sentido: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, p. 356.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*, p. 59.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 264. O autor explica que o conceito do art. 29 integrava o corpo do art. 2º, no entanto, em consequência do *lobby* empresarial que queria eliminá-lo por completo, foi transportado, por sugestão sua, para o Capítulo V.

Da leitura desse dispositivo infere-se que basta a exposição da pessoa às práticas comerciais ou contratuais abusivas para se identificar a figura do consumidor por equiparação e, portanto, sujeito da proteção do Código consumerista.

O conceito é de suma importância para fins de controle preventivo e abstrato dessas práticas⁴⁸. A regra de equiparação pode ser considerada a mais importante norma extensiva do campo de aplicação do CDC, justamente por buscar reprimir eficazmente os abusos do poder econômico e, assim, proteger todos aqueles que estiverem expostos a estas práticas⁴⁹.

3.3 FORNECEDOR

O conceito de fornecedor encontra-se no art. 3º do CDC, que assim dispõe:

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

§1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

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

Pouco se discute na doutrina a respeito do conceito de fornecedor, tendo em conta a clareza e larga abrangência da definição pretendida pelo legislador.

Todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, além de entes despersonalizados, são consideradas fornecedores. Não há qualquer

⁴⁸ Neste sentido, BENJAMIN, Antonio Hernam de V. e., na obra GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 265.

⁴⁹ Este também é o entendimento de MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais, p. 359-360.

exclusão relacionada à espécie de sociedade, restando claro que o legislador pretendeu atingir todo e qualquer modelo.

Nesse sentido, segundo Luiz Antônio Rizzato Nunes⁵⁰:

São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da administração direta etc.

O Código consumerista tratou o fornecedor como o gênero, dentro do qual se inserem as espécies: comerciante, fabricante, industrial, segurador, importador etc. Incluem-se no conceito, portanto, todos aqueles que participaram da cadeia de produção e comercialização, ou seja, todos os intermediários da cadeia produtiva.

A doutrina de José Geraldo Brito Filomeno⁵¹ assinala que são considerados fornecedores:

[...] todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo despidendo indagar-se a que título, sendo relevante, isto sim, a distinção que se deve fazer entre as várias espécies de fornecedor nos casos de responsabilização por danos causados aos consumidores, ou então para que os próprios fornecedores atuem na via regressiva e em cadeia da mesma responsabilização, visto que vital a solidariedade para a obtenção efetiva de proteção que se visa oferecer aos mesmos consumidores.

O enquadramento no conceito de fornecedor pressupõe que o ato negocial tenha sido praticado com caráter profissional. Dessa maneira, não é considerado fornecedor a pessoa física que, por exemplo, vende um imóvel de sua propriedade, já que não praticou este ato de forma profissional, mas sim esporádica.

A definição de produto inserta no §1º do art. 3º do CDC não comporta grandes discussões. Dos termos de referido dispositivo extrai-se que produto é tudo “aquilo que resulta do processo de produção ou fabricação”⁵².

⁵⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*, p. 86.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 47.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*, p. 63.

Por fornecedor, entende-se, pois, todo aquele que fornece ou participa do processo produtivo de bens – de todo e qualquer gênero – colocados à disposição do mercado.

Os serviços, definidos no §2º do art. 3º do CDC, podem ser objetos da relação de consumo. A característica marcante da definição de serviços consiste na remuneração.

A configuração da relação de consumo, portanto, pressupõe que o serviço seja prestado mediante remuneração, salvo se decorrente de relação de trabalho, ou seja, mediante vínculo de subordinação e dependência, hipótese em que deve ser regulada pela legislação trabalhista.

A remuneração pode ser direta ou indireta⁵³. Diz-se direta quando o consumidor efetua o pagamento diretamente ao fornecedor e indireta quando a remuneração está embutida em outros custos. É o que ocorre, por exemplo, com o serviço de estacionamento oferecido por supermercados. O consumidor não efetua o pagamento direto deste serviço, porquanto, em regra, o respectivo custo está embutido nos produtos oferecidos pelo estabelecimento, de maneira que, ao adquirir seus produtos o consumidor está remunerando indiretamente o serviço de estacionamento⁵⁴.

Com efeito, não se pode confundir serviço remunerado indiretamente com serviço gratuito, este, sim, afastado da incidência do CDC.

Por serviço gratuito entende-se aquele prestado no exclusivo interesse do beneficiário, desprovido de qualquer vantagem financeira ao prestador. São os serviços que encerram camaradagem, amizade, benemerência e absoluta ausência de vantagem financeira⁵⁵.

Cuidou o legislador de indicar alguns exemplos de serviços para fins de configuração da relação de consumo, mas o fez de forma meramente exemplificativa, não exaurindo o rol de atividades que também se enquadram no conceito.

⁵³ CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*, p. 65.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Neste sentido: ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 46.

Por fim, anote-se que os serviços públicos, prestados direta ou indiretamente pelo Estado, também estão sujeitos às regras do microssistema, desde que remunerados diretamente pelo consumidor, por tarifa ou preço público⁵⁶.

⁵⁶ Conforme a lição de José Geraldo Brito Filomeno, o contribuinte não se confunde com o consumidor, já que no primeiro caso existe uma relação de direito tributário, “[...] inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum”. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 53.

O mesmo entendimento é adotado por Sérgio Cavalieridaae5prNe

8 ErRd5n0er T465(n0erl)-11.3345l 5

4 O PRINCÍPIO DA FACILITAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

A massificação da produção e a intensificação do consumo contribuíram para o fortalecimento dos fornecedores e conseqüente enfraquecimento dos consumidores. Assim, com dificuldade de acesso ao fornecedor dos bens, o consumidor também teve enfraquecido o seu direito de escolha e de reclamação.

Os contratos na modalidade de adesão tornaram-se regra nas relações de consumo. Retirou-se do consumidor a faculdade de discutir previamente as cláusulas contratuais, cabendo-lhe, apenas, aceitar as disposições unilateralmente redigidas pelo fornecedor, ou simplesmente deixar de contratar.

A questão tem relevância no que toca aos serviços essenciais que, em sua maioria, são objetos de contrato por adesão, cujos termos são necessariamente aceitos pelo consumidor, por absoluta falta da opção de não contratar.

Essas circunstâncias acabaram por instalar um acentuado desequilíbrio de forças entre fornecedores e consumidores. Ficou claro que os atores da relação de consumo não ocupavam posições paritárias na relação jurídica, além de não disporem de igualdade de armas. Diante desta realidade, percebeu-se a necessidade da criação de normas específicas para esta modalidade de relação jurídica, como forma de dotar a parte mais fraca de mecanismos tendentes a fortalecê-la e, assim, amenizar o desequilíbrio verificado.

Nesse contexto se justifica a finalidade do direito do consumidor, que é, portanto, “eliminar essa injusta desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes na relação de consumo”⁵⁷.

Não foi por outro motivo que o CDC reconheceu a condição de vulnerabilidade do consumidor e, a partir deste princípio, criou normas protetivas, predominantemente principiológicas, tendentes a garantir maior equilíbrio nas relações de consumo. A vulnerabilidade do consumidor é, portanto, a espinha dorsal do microssistema consumerista. Sobre ela se funda toda a filosofia do movimento.

Bem a propósito, João Batista de Almeida⁵⁸ anota que, se se admitir “que o consumidor está cômico de seus direitos e deveres, informado e educado para o

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*, p. 8.

⁵⁸ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 24.

consumo, atuando de igual para igual em relação ao fornecedor, então a tutela não se justificaria”.

A criação de normas de direito material, ao contrário do que se pode pensar num primeiro momento, não seria suficiente para atender à finalidade do comando constitucional de defesa do consumidor, já que resolveria o problema pela metade. Também não bastaria a criação de direitos sem mecanismos adequados e eficazes para o seu exercício.

A aplicação dos princípios clássicos e das regras ortodoxas do direito processual existente poderia inviabilizar o exercício do direito material pelo consumidor. Notórias são as dificuldades que a parte vulnerável teria de enfrentar, não somente para ativar o aparelho jurisdicional, mas também para demonstrar a procedência de sua pretensão – desincumbir-se do ônus da prova, segundo as regras ordinárias de distribuição estabelecidas pelo CPC – se o processo fosse regido pelo sistema comum, isto porque se funda na premissa de igualdade entre as partes, o que não ocorre nas relações processuais derivadas de relações de consumo.

Mauro Cappelletti⁵⁹⁶⁰, com precisão, aponta:

Enquanto o produtor é de ordinário bem organizado, juridicamente bem informado e tipicamente um *repeat player*, ou seja, um litigante habitual (no sentido de que o confronto judiciário não representará para ele episódio solitário, que o encontre desprovido de informações e experiência), o consumidor, ao contrário, está isolado, é um litigante ocasional e naturalmente relutante em defrontar-se com o poderoso adversário.

O problema se agrava em relação aos integrantes das classes sociais menos favorecidas economicamente e menos aparelhadas culturalmente, para

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista de Processo* 62/205, p. 207.

⁶⁰ Carlos Roberto Barbosa Moreira, ao tratar do tema, estabelece um perfil do consumidor no mercado de consumo, que não se mantém em relação à justiça. Referindo-se à obra do escritor francês Honoré de Balzac, que descreveu a trajetória do perfumista César Birotteau, conclui que o consumidor gosta de tudo aquilo que o intriga (*le consommateur aime tout ce qui l'intrigue*). Afirma que o consumidor, no momento da aquisição de produtos e serviços, se deixa levar por algo que o confunde, que lhe estimula a curiosidade e, portanto, dá preferência ao frasco de perfume incomum, ao aroma exótico e ao nome extravagante. Não obstante, quando precisa recorrer ao Judiciário, para reprimir conduta atual e danosa do fornecedor ou para ver-se ressarcido de prejuízos que este lhe causou, “[...] o mesmo consumidor se depara com algo que o intriga, mas não o seduz, pois dificilmente haverá, aos olhos do consumidor ou de outra pessoa leiga, objeto mais intrigante do que a própria Justiça; e a decisão de a ela recorrer não será tomada, no caso do consumidor, sem hesitações várias, ditadas pelas inúmeras dificuldades que, ordinariamente, enfrenta”. (A defesa do consumidor em juízo. *Revista de Processo* 61/178, p. 178).

quem o Poder Judiciário é algo muito distante e, portanto, inócuo para a solução de conflitos, especialmente os oriundos de relações de consumo que envolvam valores pouco expressivos. Diante desta realidade, afigurou-se necessária, portanto, a criação de regras processuais próprias para as lides de consumo.

Na avaliação de Kazuo Watanabe⁶¹, o tema envolve o direito de acesso à justiça, que não pode ser estudado “nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*” [grifo no original].

Mauro Cappelletti⁶², ao examinar o tema do acesso à justiça, trata da natural desigualdade existente entre consumidor e fornecedor. O autor assevera que o efetivo acesso à justiça poderia ser expresso como a completa igualdade de armas entre os litigantes, no entanto, reconhece que a perfeita igualdade é algo utópico, já que as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. Completa o seu raciocínio advertindo que, diante deste cenário, é necessário identificar os obstáculos e tentar transpô-los.

Em termos práticos, é possível resumir em duas ordens as dificuldades encontradas pelo consumidor no que se refere ao acesso à justiça. A primeira não diz respeito ao funcionamento da máquina judiciária e a segunda está ligada à sua atuação em juízo e, portanto, ao funcionamento da máquina judiciária⁶³.

No primeiro grupo insere-se o desconhecimento que o consumidor tem das leis e, por consequência, da extensão de seus direitos e dos meios que pode utilizar para vê-los reconhecidos. No mesmo grupo aparece o problema dos custos que envolvem o processo, com a contratação de advogado, despesas processuais, riscos de sua iniciativa, que lhe podem acarretar os ônus da sucumbência. Estes custos, muitas vezes, podem superar o benefício econômico perseguido com o processo e, por esta razão, tornar-se obstáculo intransponível ao acesso à justiça⁶⁴.

⁶¹ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: _____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

⁶³ Esta classificação, para fins didáticos, foi construída por MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. A defesa do consumidor em juízo. *Revista de Processo* 61/178, p. 178-179.

⁶⁴ *Idem*.

No segundo grupo estão as regras processuais ordinárias, previstas pelo CPC, que podem inviabilizar, da mesma forma, o pleno acesso à justiça. Em primeiro lugar, cite-se a regra da competência do domicílio do réu, prevista pelo art. 94 do referido código processual civil, que pode acarretar extrema dificuldade para o consumidor, dependendo da distância que tiver de percorrer para discutir o seu direito. É dizer que o consumidor teria de suportar todos os custos decorrentes do deslocamento, que se somariam aos encargos financeiros normais inerentes ao processo. Em segundo lugar, tem-se a regra ordinária de distribuição do ônus da prova, prevista pelo art. 333 do CPC que, se aplicada no âmbito das relações de consumo, tornaria praticamente inviável a pretensão, tendo em conta as naturais dificuldades que enfrentaria o consumidor se fosse obrigado a comprovar eventual defeito ou vício do produto ou serviço e o nexo de causalidade com o dano, como condição para ter reconhecido seu direito à reparação, por exemplo. Por fim, a regra segundo a qual a coisa julgada somente se opera perante os litigantes⁶⁵.

Conforme pondera Carlos Roberto Barbosa Moreira⁶⁶, os autores italianos:

[...] no exame do sistema de controle das condições gerais dos contratos, vigente em seu país, têm identificado na regra correspondente do direito italiano um entrave à efetiva tutela do aderente, dada a possibilidade de emprego de cláusulas vexatórias – o que o nosso Código de Defesa do Consumidor chamou de ‘abusivas’ – a outros consumidores, diversos daquele se saiu vitorioso em ação contra o fornecedor, na qual se reconheceu a ineficácia da estipulação contratual excessivamente onerosa [grifo no original].

Diante desse panorama, e sensível à necessidade de “reestruturação dos esquemas processuais clássicos, para a sua adaptação aos conflitos emergentes, próprios de uma sociedade de massa”⁶⁷, o legislador inseriu no rol de direitos básicos do consumidor o princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo (art. 6º, VIII, do CDC). No mesmo Código, conferiu efetividade ao princípio,

⁶⁵ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. A defesa do consumidor em juízo. *Revista de Processo* 61/178, p. 179.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 179-180. No mesmo artigo, o eminente jurista aponta, entre as causas inibitórias desta natureza, os austeros edifícios dos tribunais, considerando as impressões que deixam na mente do observador não iniciado.

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 788.

estabelecendo novas regras de direito processual, tendentes a dotar o consumidor, parte reconhecidamente vulnerável na relação de consumo, de mecanismos mais eficazes à realização de seus direitos.

A interpretação literal do dispositivo poderia levar à conclusão, precipitada, de que o princípio comportaria aplicação exclusivamente no âmbito processual, o que, entretanto, não ocorre.

No art. 6º do CDC existe uma lógica no elenco de indicação dos direitos básicos do consumidor que deve ser interpretada de forma sistemática. Nesta medida, se o legislador indicou, ao lado do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo (inciso VIII), o acesso aos órgãos judiciários ou administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados (inciso VII), não seria coerente concluir que a garantia de facilitação da defesa do consumidor aplica-se apenas em relação aos órgãos judiciais, ficando sem amparo o seu acesso e atuação no âmbito extrajudicial.

A melhor interpretação parece ser a ampliativa, no sentido de se admitir a incidência do princípio da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, não somente em juízo, mas também no âmbito extrajudicial, ou seja, na esfera administrativa⁶⁸.

Na esteira desse princípio e, portanto, visando facilitar o exercício, pelo consumidor, de seus direitos, o CDC, no artigo 5º, indicou como instrumentos necessários à execução da política nacional das relações de consumo: (i) a manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita, para o consumidor carente; (ii) a instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; (iii) a criação de Delegacias de Polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; (iv) a criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e de varas especializadas para a solução de litígios de consumo, e (v) a concessão de estímulo à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

⁶⁸ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis Civis comentadas*, at. até 20 de julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 189 e ALVAREZ, Anselmo Prieto. As repercussões extraprocessuais e processuais (competência e inversão do ônus da prova) da facilitação da defesa de direitos do consumidor como garantia básica do sistema. *Revista de Direito do Consumidor* 57/165, p. 166.

Simple análise desse dispositivo revela a preocupação do legislador com a criação de instituições especializadas, com o fito de facilitar e aprimorar o atendimento aos reclamos do consumidor, inclusive no âmbito extrajudicial.

A previsão consistente na prestação de assistência jurídica engloba “toda a orientação extrajudicial, como consultas, encaminhamentos do consumidor aos órgãos competentes, tentativas de acordo extrajudicial, bem como a assistência judiciária, que deve ser prestada ao consumidor carente”⁶⁹.

A criação de Promotorias de Defesa do Consumidor e de Delegacias de Polícia especializadas propicia a prestação de atendimento mais adequado ao consumidor, bem como o seu correto encaminhamento ao órgão competente, para a solução dos conflitos apresentados.

Por seu turno, a concessão de estímulos à criação de associações especializadas caracteriza importante missão do Estado, considerando que estas entidades atuam não somente na esfera judicial, com o ajuizamento de ações coletivas, por exemplo, mas também como importante meio de difusão de informações ao consumidor, no que concerne a seus direitos, sua extensão e meios de exercê-los.

Como bem ressalta José Geraldo Brito Filomeno⁷⁰:

As associações funcionam também como fóruns de debate dos mais importantes e proveitosos, eis que sensíveis porque próximos da população, servindo, destarte, como verdadeiras caixas de ressonância que podem desencadear não apenas o encaminhamento de seus reclamos aos órgãos públicos competentes, como também movimentos populares de reivindicação.

No âmbito judicial, ao longo do CDC encontram-se importantes aplicações práticas do princípio da facilitação da defesa do consumidor, que se referem às lides individuais e também às coletivas.

Ada Pellegrini Grinover⁷¹ esclarece que, para garantir a efetividade do processo e a facilitação do acesso do consumidor à justiça, o CDC atuou em duas vertentes: nas ações coletivas e nas ações individuais.

⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, p. 187.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 131.

⁷¹ *Ibidem*, p. 788.

Em breves linhas, no tocante às ações coletivas, o legislador considerou os notórios inconvenientes que o consumidor enfrenta, enquanto litigante solitário, quando instaura disputa judicial em face do fornecedor e, assim: possibilitou o ajuizamento de ações coletivas, inclusive para a tutela de direitos individuais homogêneos de consumidores ou vítimas de eventos provocados por defeito de produtos ou serviços (arts. 17, 81 e 82); dispensou o adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas pelo autor da ação coletiva, bem como a associação autora do pagamento de honorários advocatícios e demais despesas, salvo comprovada má-fé (art. 87); alterou substancialmente o sistema da coisa julgada, seja no que concerne aos seus limites subjetivos, seja no tocante à ampliação do objeto do processo coletivo para favorecer as pretensões individuais (arts. 103 e 104); regulou a litispendência (art. 104) e, ainda, ampliou a abrangência da Lei nº 7.347/85, de forma a adequar e harmonizar a sua tutela com a estabelecida pelo Código (art. 109 *usque* 117).

No âmbito das lides individuais, o CDC trouxe importantes mecanismos tendentes a dotar o consumidor de melhores armas para a disputa judicial e, assim, garantir a paridade de forças entre os litigantes, em cumprimento ao princípio constitucional da igualdade real (art. 5º, *caput* e inciso I, da CF).

Nesse aspecto, criou nova regra de competência para ações fundadas em responsabilidade civil do fornecedor, determinada pelo local do domicílio do consumidor (art. 101, I); vedou expressamente a denunciação da lide e criou nova espécie de chamamento ao processo (arts. 88 e 101, II); previu o cabimento de todas as espécies de ações para a tutela dos direitos do consumidor (art. 83), conferindo especial relevância à tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer e criou mecanismos tendentes à sua efetivação ou, na impossibilidade, à obtenção do resultado prático equivalente ao cumprimento da obrigação (art. 84); previu a extensão subjetiva da coisa julgada apenas para beneficiar pretensões individuais (art. 103); estabeleceu a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII); determinou a criação de Juizados Especiais Cíveis para a solução ágil das lides de consumo e, por fim, criou requisitos menos rígidos – em relação aos requisitos estabelecidos pelo art. 50 do Código Civil – para a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor (art. 28).

5 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

No art. 6º, VIII, o CDC previu o princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo, bem assim a possibilidade de inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, em processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

A possibilidade de inversão do ônus da prova trata-se, portanto, de uma das mais importantes implicações do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo, já que permite que o consumidor seja dispensado da produção de determinada prova de difícil obtenção, para demonstrar a pertinência da pretensão deduzida judicialmente.

5.1 PROVA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Ao deduzir uma pretensão em juízo, deve o autor descrever os fatos que a embasam, qualificando-os juridicamente e desta afirmação extrair as consequências jurídicas que resultam do seu pedido (art. 282, III e IV, do CPC). Ao réu incumbe negar os fatos descritos pelo autor, ou deduzir outros fatos que possam impedir, modificar ou extinguir o direito do autor⁷². Estes fatos, desde que possíveis e juridicamente relevantes, serão levados em consideração pelo juiz ao proferir a sentença, uma vez convencido quanto à sua verdade⁷³.

A simples alegação de um fato, entretanto, não é suficiente para formar a convicção do juiz. É necessário que os fatos sejam provados, já que as dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes devem ser resolvidas pelo

⁷² “Todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios a serem solucionados pelo processo se originam de fatos (*ex facto ius oritur*).” THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 472.

⁷³ Neste sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed., rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhen. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 357.

juiz. “A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.”⁷⁴

Conforme lição de Moacyr Amaral Santos⁷⁵, a ação tem por objeto um ponto de fato. O autor explica que:

O ponto de fato deve ser provado, porque é na verdade resultante desta prova que a sentença, a ser proferida no processo, vai assentar-se para restaurar em sua inteireza e plenitude o direito ameaçado ou violado. A questão de fato se decide pelas provas. Por estas se chega à verdade, à certeza dessa verdade, à convicção. Em conseqüência, a prova visa, como fim último, a incutir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado.

Humberto Theodoro Junior⁷⁶ ensina que a prova pode ser concebida em dois sentidos: objetivo e subjetivo. O sentido objetivo denota o meio ou o instrumento hábil para demonstrar a existência de um fato (documentos, testemunhas, perícias). O sentido subjetivo refere à certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção de instrumento probatório. Em outros termos, objetivamente, a prova seria a convicção formada no espírito do julgador em torno de determinado fato comprovado. Conforme esses critérios, deve-se ver na prova, a um só tempo, a ação e o efeito de provar.

Nas palavras de Francesco Carnelutti⁷⁷: “Prova não se chama somente o objeto que serve para conhecimento de um fato, mas também o próprio conhecimento fornecido por tal objeto”.

O fato de o litigante produzir inúmeras provas, por si só, não significa que tenha provado, o que somente ocorrerá se as provas produzidas foram suficientes para formar o convencimento do juiz acerca da veracidade daquilo que por ele foi alegado.

⁷⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed., rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 371.

⁷⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed., at. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1, p. 6.

⁷⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 472.

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista, Campinas: Servanda, 1999, v. 1, p. 307.

5.2 ÔNUS DA PROVA

Ônus, do latim *onus*, significa carga, fardo, peso⁷⁸. O ônus⁷⁹ da prova não traduz um dever de provar, mas sim um interesse do litigante, que pretende que sua pretensão seja acolhida.

Conforme ensinamento de Humberto Theodoro Junior⁸⁰:

[...] não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁸¹, a respeito, afirmam que:

[...] não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho da causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.

⁷⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 358.

⁷⁹ “Ônus são aquelas atividades que a parte realiza no processo em seu próprio benefício. A lei não obriga as partes a fazer prova, mas, se elas o fizerem, obterão a vantagem de demonstrar suas alegações, e, se se omitirem, sofrerão as conseqüências da ausência disso.” GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 432.

O Professor Arruda Alvim faz a distinção entre ônus perfeito e imperfeito. Segundo sua doutrina, “[...] se terá ônus perfeito quando, do descumprimento de uma atividade processual, necessariamente decorrer uma conseqüência jurídica danosa. O indivíduo que perdeu a demanda tem o ônus de dela recorrer. Se não o fizer, fatalmente, como já se disse, consolidar-se-ão os efeitos da sentença, formando-se a coisa julgada. Já não se constitui em um exemplo de ônus perfeito a revelia: o réu tem o ônus de contestar a ação, mas, caso não a conteste, nem sempre se reputarão verdadeiros os fatos alegados pelo autor (art. 320 do CPC e suas exceções), como ainda os fatos constitutivos do pedido deverão ser críveis. Normalmente, porém, advirão daí conseqüências, de transcendental importância no campo do processo. Já o ônus será imperfeito, quando, em verdade, a conseqüência danosa for possível, mas não necessária. É o caso, por exemplo, de a parte perder a oportunidade de provar; é possível que, a final, a prova resulte feita pelo adversário”. (*Manual de direito processual civil*. Processo de conhecimento. 12. ed., rev. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2, p. 502-503).

⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento, p. 478.

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 608.

Para Chiovenda⁸², não se pode falar propriamente em dever de provar, mas apenas em necessidade ou ônus, “[...] porque a carência de prova dá origem a uma situação jurídica análoga à que enseja o inadimplemento de um dever, desde que a parte, a quem incumbe o ônus de provar, suporta as consequências da falta de prova”.

A noção de ônus insere-se no mesmo grupo que os poderes e as faculdades, isto porque o sujeito tem liberdade para a realização do ato, que reverte em seu próprio benefício e cuja não-realização pode lhe acarretar, apenas, consequências desfavoráveis. Nem o juiz, nem a parte contrária ou qualquer outro sujeito processual podem exigir o seu cumprimento, já que a sua inobservância é perfeitamente lícita.

Nessa medida, o ônus difere das obrigações e dos deveres, porque, nestes casos, o sujeito não tem liberdade de conduta, pois se encontra submetido a um vínculo, de sorte que o cumprimento da obrigação pode ser exigido pelo outro sujeito e, não cumpri-la implica uma ilicitude.

O não-cumprimento de um dever ou de uma obrigação acarreta uma sanção jurídica, que é imposta como efeito da ilicitude. O não-cumprimento de um ônus, por sua vez, acarreta consequências desfavoráveis apenas para o sujeito que deveria cumpri-lo. Nada obriga o indivíduo a cumprir o ônus, tendo a parte contrária apenas uma expectativa de que o ato não seja realizado, para que se beneficie da inércia⁸³.

⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução J. Guimarães Menegale. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. II, p. 374.

⁸³ Neste sentido é o ensinamento de ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1972, p. 415-416: “La carga es una relación jurídica activa, al contrario de la obligación y el derecho, que son relaciones jurídicas pasivas. Aquella se debe catalogar al lado del derecho subjetivo y la potestad, como una facultad o poder, porque su aspecto fundamental consiste en la posibilidad que tiene el sujeto, conforme a la norma que la consagra, de ejecutar libremente el acto objeto de ella, para su propio beneficio. [...] En la carga, el sujeto se encuentra en absoluta libertad para escoger su conducta y ejecutar o no el acto que la norma completa, no obstante que su inobservancia puede acarretarle consecuencias desfavorables. De suerte que puede decidirse por soportar éstas, pues ninguna persona (ni el juez em las cargas procesales) puede exigirle su cumplimiento y, menos aún, obligarlo coercitivamente a ello, de lo cual se deduce que la inobservancia de la carga es perfectamente lícita, por estar autorizada en la ley. [...] En la obligación, en cambio, el sujeto pasivo se encuentra sometido a una sujeción jurídica, a un *vinculum juris* y a una típica coacción que le quitan su libertad de conducta (en la práctica puede decidirse a no cumplir y soportar los efectos respectivos, pero se le puede exigir coercitivamente), y existe outro sujeito (acreedor, o el Estado cuando se trata de obligaciones de derecho publico) que puede exigirle la ejecución (o no ejecución) del acto; por esta razón su incumplimiento es un ilícito, puesto que implica violación de la ley. (O ônus é uma relação jurídica ativa, ao contrário da obrigação e do direito, que são relações jurídicas passivas. Aquela se deve catalogar ao lado do direito subjetivo e do poder, como facultade ou poder, porque seu aspecto fundamental consiste na possibilidade que

Deduzidos os fatos em juízo, a atividade probatória desenvolve-se segundo o interesse das partes, que buscam, em última análise, um julgamento que lhes seja favorável. Ônus da prova, portanto, é o agir de determinado modo para a satisfação de interesse próprio, evitando-se uma situação de desvantagem⁸⁴.

Interessante observar que o ônus da prova apresenta uma especificidade em relação à categoria do ônus em sentido geral, isto porque o seu mero cumprimento não importa, necessariamente, em uma consequência favorável. Em outras palavras, a produção de determinada prova não significa a obtenção da tutela jurisdicional plena, isto porque ela deve ser analisada em conjunto com as demais provas carreadas aos autos e, assim, ser suficiente para formar a convicção do julgador.

Conforme anota Eduardo Cambi⁸⁵:

Percebe-se, pois, que não basta à parte produzir a prova (por sinal, é indiferente quem a produziu), para que a sua pretensão ou a sua defesa seja acolhida, mas é necessário que essa prova realizada, no contexto do conjunto probatório, tenha força persuasiva suficiente para poder convencer o juiz de que as suas alegações são verdadeiras e de que tem razão, merecendo obter a tutela jurisdicional favorável; caso contrário, não haveria sentido a fase de valoração da prova e o magistrado não teria como julgar o dilema de ter de decidir qual das partes tem razão, se ambas provassem os fatos a que estão oneradas. Isso, em contrapartida, não retira a importância do ônus da prova, porque, se o seu cumprimento não garante automaticamente a obtenção da tutela jurisdicional favorável, com certeza a sua não observância aumenta o risco de uma decisão desfavorável.

tem o sujeito, conforme a norma que a consagra, de executar livremente o ato objeto dela, para seu próprio benefício. [...] No ônus, o sujeito se encontra em absoluta liberdade para escolher sua conduta e executar ou não o ato que a norma completa, não obstante que sua inobservância pode acarretar-lhe consequências desfavoráveis. De sorte que pode decidir por suportá-las, pois nenhuma pessoa (nem o juiz nos ônus processuais) pode exigir seu cumprimento, e menos ainda obrigá-lo coercitivamente a ele, do que se deduz que a inobservância do ônus é perfeitamente lícita, por estar autorizada na lei [...]. Na obrigação, ao contrário, o sujeito passivo se encontra submetido a uma sujeição jurídica, a um *vinculum juris* e a uma típica coação que lhe retiram sua liberdade de conduta (na prática pode decidir não cumprir e suportar os respectivos efeitos, mas se pode exigir-lhe coercitivamente) e existe outro sujeito (credor, ou o Estado quando se trata de obrigações de direito público) que pode exigir-lhe a execução (ou não execução) do ato; por esta razão seu descumprimento é um ilícito, posto que implica violação à lei), [tradução nossa].

⁸⁴ Neste sentido: MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Justitia* 57/94, p. 96.

⁸⁵ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315-316.

Quando o legislador deixa a cargo do autor o ônus de provar determinado fato não significa que o réu não possa apresentar a prova que entenda necessário produzir. Significa, sim, que não apresentando a prova, o autor assume os riscos decorrentes da não-comprovação de um fato, ou seja, de a prova não ter sido levada ao processo. O que caracteriza, pois, o ônus da prova é a ideia de risco que ele contém no que concerne às consequências da não-comprovação de um fato. A parte que não leva ao processo a prova de um fato relevante ao acolhimento de sua tese assume o risco de obter decisão contrária aos seus interesses⁸⁶.

Hernando Devis Echandia⁸⁷, nesse sentido, ensina:

[...] o ônus da prova não significa que a parte sobre quem recai deva ser necessariamente quem apresente ou solicite a prova do fato que constitui seu objeto, porque em virtude do princípio da comunhão da prova [...], esta surte todos seus efeitos quem quer que tenha fornecido o pedido, e inclusive se provém da atividade oficiosa do juiz. Por conseguinte, se o adversário ou o juiz leva a prova do fato, fica satisfeito cabalmente o ônus, exatamente como se a parte gravada com ele a tivesse fornecido. Ao juiz basta, para decidir a fundo, sem recorrer à regra de juízo contida no ônus da prova, que no processo apareça prova suficiente para a sua convicção, não importa de quem provenha. Em consequência, não é correto dizer que a parte gravada com o ônus deve fornecer a prova ou produzi-la; é melhor dizer que a esta parte corresponde o interesse em que o fato resulte provado ou evitar que fique sem prova e, por conseguinte, o risco de que falte (o qual se traduz em uma decisão adversa) [tradução nossa].

A parte que tinha o ônus de provar sofrerá, portanto, as consequências negativas da sua inércia, não pelo fato de ter deixado de produzir a prova, mas sim em razão de não a ter carreado aos autos. Se a prova foi levada aos autos porque

⁸⁶ “A expressão ‘ônus da prova’ sintetiza o problema de quem responderá pela ausência de prova de determinado fato.” DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Podium, 2007, v. 2, p. 55.

⁸⁷ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 484-485. “[...] la carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necessariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que constituye su objeto, porque en virtud del principio de la comunidad de la prueba [...], ésta surte todos sus efectos quienquiera que la haya suministrado o pedido, e inclusive si proviene de actividad oficiosa del juez. Por consiguiente, si el adversario o el juez llevan la prueba del hecho, queda satisfecha a cabalidad la carga, exactamente como si la parte gravada con ella la hubiera suministrado. Al juez le basta para decidir en el fondo, sin recurrir a la regla de juicio contenida en la carga de la prueba, que en el proceso aparezca la prueba suficiente para su convicción, no importa de quién provenga. En consecuencia, no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde *el interes en que tal hecho resulte probado o em evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte (el cual se traduce em una decisión adversa)*”.

produzida pela outra parte, pelo Ministério Público, ou em razão de determinação *ex officio*, não há que se falar em impor os efeitos dessa inércia a quem tinha o ônus de produzi-la e não o fez⁸⁸.

Ademais, quadra acrescentar que, pelo princípio da aquisição processual, também chamado de comunhão das provas, a autoria das provas não tem importância para o julgamento da lide, na medida em que, uma vez produzidas, incorporam-se ao processo. Ao juiz cabe apenas extrair as consequências do fato provado.

5.3 A DUPLA ACEPÇÃO DO TERMO “ÔNUS DA PROVA”: ÔNUS OBJETIVO E ÔNUS SUBJETIVO

Durante muito tempo considerou-se o ônus da prova somente sob o aspecto subjetivo, ou seja, atrelado à atividade probatória das partes; um mandato dirigido à parte obrigada a fornecer as provas necessárias à comprovação dos fatos alegados.

Na concepção de Leo Rosenberg⁸⁹, formulação do ônus da prova seria o ônus de subministrar a prova de um fato controvertido mediante sua própria atividade, com o fito de evitar uma decisão desfavorável, ou seja, a perda do processo.

Importante lembrar que, até os estudos formulados por Julius Glaser, publicados em 1883, nos quais aparece a distinção entre ônus formal e ônus material da prova, muito utilizada pelos tratadistas de direito processual penal⁹⁰, não se cogitou de outro conceito.

O aspecto objetivo do ônus da prova foi objeto de uma teoria desenvolvida por processualistas civis austríacos, já que naquele sistema, os poderes instrutórios do juiz preponderaram sobre os das partes. Por esta razão, a

⁸⁸ Neste sentido: MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Consumidor* 31/63, p. 64.

⁸⁹ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 16-17.

⁹⁰ BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito I*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 64-65 e ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, p. 16-17.

doutrina daquele país passou a sustentar a existência de apenas um ônus objetivo da prova⁹¹.

O caráter objetivo do ônus da prova configura uma regra de julgamento, voltada para o magistrado no momento do julgamento da demanda. Trata-se de uma regra de juízo, segundo a qual, na eventualidade de faltarem provas de fatos que fundamentam o litígio e, portanto, de fatos que interferem diretamente na aplicação da norma jurídica invocada, o juiz deve proferir sentença de mérito, desfavorável àquele que tinha o ônus de prová-los, considerando a impossibilidade de declarar o *non liquet*. Esta regra regula a decisão sobre fato incerto ou desconhecido, ou seja, orienta a solução do litígio quando não há provas suficientes à formação da convicção do juiz quanto à matéria de fato imprescindível para o julgamento⁹².

Observa Gian Antonio Micheli⁹³ que:

Ao lado do ônus subjetivo da prova se construiu um ônus objetivo, depois batizado de diversas formas, mas de qualquer maneira tendendo a pôr em evidência que a atividade probatória realizada pelas partes é só mediatamente ligada ao resultado favorável a uma delas; e, reciprocamente, que a sua inatividade é somente causa mediata do resultado desfavorável. Em outros termos, o princípio da aquisição processual – juntamente com os poderes instrutórios do juiz e com a possibilidade de que este valorize o debate interno, para dele tirar elementos úteis à formação da própria convicção – ensejou uma involução do conceito de ônus [tradução nossa].

Com efeito, notou-se que todo o esforço empreendido pelas partes para produzir determinadas provas não seria, por si só, suficiente para garantir o sucesso da demanda. De outro lado, a completa inércia não seria sinônimo de sucumbimento, tendo em conta a relatividade existente entre a atividade probatória

⁹¹ Neste sentido é a lição de ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, p. 14-16.

⁹² No mesmo sentido: ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, 2 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1972, tomo I, p. 427-429.

⁹³ MICHELI, Gian Antônio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 106-107. “De este modo, junto a una carga de la prueba subjetiva se ha construido una carga objetiva, bautizada después de diversa manera, pero tendiendo, como quiera que sea, a poner en evidencia que la actividad probatoria, desarrollada por las partes, está sólo mediatamente vinculada al resultado favorable para una de ellas, y, reciprocamente, que su inactividad es sólo causa mediata del resultado desfavorable. En otros términos, el principio de la adquisición procesal, juntamente con los poderes instructorios del juez y con la posibilidad de que el mismo valore el debate entero, para sacar de él elementos útiles a la formación de la propia convicción, han conducido a una involución del concepto de carga”.

das partes e o resultado do processo⁹⁴. Acrescente-se, conforme ensinamento de Gian Antonio Micheli, mencionado anteriormente, que isso ocorre em virtude do princípio da comunhão das provas – segundo o qual não importa quem produziu a prova, mas se determinado fato relevante restou comprovado –, dos poderes instrutórios do juiz e do princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado.

Como bem sintetiza Alfredo Buzaid⁹⁵:

[...] o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual delas há de suportar o risco da prova frustrada; é o aspecto subjetivo; e a outra, voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente vinculado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo de ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não provados cumpridamente.

O ônus subjetivo da prova configura uma regra de comportamento processual, previamente fixada pelo ordenamento jurídico, que distribui a carga da prova aos litigantes, relativamente aos fatos que considerem importantes para o julgamento da causa.

Érico de Pina Cabral⁹⁶, a respeito, sintetiza:

O ônus da prova direciona as partes quanto às provas que devem ser produzidas, isto é, fixa os encargos de quem fica com a demonstração de determinado fato. [...] Assim, as regras do ônus da prova não têm somente a função fundamental de evitar, em qualquer hipótese, um *non liquet* (ônus objetivo), mas também a de indicar, no curso do processo, qual das partes está legitimada a exercer o poder processual de produzir as provas do seu interesse (ônus subjetivo).

Essa classificação, entretanto, não está imune a críticas, sobretudo em face da ideia de que as regras atinentes ao ônus da prova somente devem ser aplicadas quando a prova não foi produzida, ou seja, quando um fato relevante não

⁹⁴ Neste sentido: PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 134.

⁹⁵ BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direitos I*, p. 66.

⁹⁶ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008, p. 195.

restou demonstrado. Deste raciocínio pode-se inferir que o aspecto subjetivo é irrelevante para a compreensão do termo que, deve, portanto, restringir-se ao aspecto objetivo.

Leo Rosenberg⁹⁷ reconhece esse argumento, porém discorda da ideia de se eliminar por completo o conceito subjetivo do ônus da prova. O autor sustenta que a lei, consoante o procedimento informado pelo princípio dispositivo, considera como cumprimento de um dever legal a apresentação das afirmações necessárias e a produção das provas, e que a atividade das partes, especialmente daquela obrigada à produção de determinada prova, que tende a alcançar a certeza, não é somente uma consequência prática para prevenir o perigo da perda da demanda, ou algo que apenas se aconselha às partes, senão uma consequência jurídica. A lei espera que as partes, por sua própria atividade, comprovem os fatos que lhes incumbem; aos tribunais compete incitar as partes a tanto.

Não obstante o raciocínio apresentado, o autor reconhece que:

A essência e o valor das normas sobre o ônus da prova consistem nesta instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve pronunciar, em um caso em que não se pode comprovar a verdade de uma afirmação de fato importante. A decisão deve ditar-se contra a parte sobre a qual recai o ônus da prova com respeito à afirmação de fato não aclarada [...]. Ele mostra, ao mesmo tempo, que se deve decidir sobre o ônus da prova somente ao final do processo, regularmente depois de examinadas as circunstâncias de fato não discutidas, e depois da recepção da prova⁹⁸ [tradução nossa].

Gian Antonio Micheli⁹⁹ reconhece as duas acepções do termo, porém entende que o aspecto subjetivo tem relevância mais psicológica do que jurídica. É o que se depreende da seguinte afirmação:

A respeito do ônus da prova, a existência de uma regra de juízo pode determinar na parte o interesse de provar, mas tal critério desdobra seus efeitos como coeficiente da determinação psicológica para a

⁹⁷ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, p. 19-20.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 2-3: “La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decision debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada [...]. Ello muestra al mismo tiempo, que debe decidirse sobre la carga de la prueba solo al final del proceso, regularmente después de examinadas las circunstancias de hecho no discutidas, y después de la recepción de la prueba”.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 144-145.

ação. O direito se limita a fixar o âmbito dentro do qual a atuação das partes no processo não somente é lícita, senão também juridicamente relevante; o mais, como se viu, escapa da disciplina jurídica, enquanto constitui o conteúdo de uma discricionariedade, que não está regida senão por regras técnicas, que seria inútil tentar constranger nas estreitezas de fórmulas jurídicas mais ou menos precisas [tradução nossa].

Os juristas brasileiros, em sua maioria, reconhecem a especial importância que se deve conferir ao aspecto objetivo do ônus da prova.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁰⁰ sustentam que:

O juiz, na sentença, somente vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da prova se houver o *non liquet* quanto à prova, isto é, se o fato não se encontrar provado. Estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu. Somente quando não houver a prova é que o juiz deve perquirir quem tinha o ônus de prova e dele não se desincumbiu.

Os doutrinadores mencionados deixam claro que, conforme o entendimento defendido, o ônus da prova deve ser analisado tão-somente em seu aspecto objetivo.

José Carlos Barbosa Moreira¹⁰¹ afirma que o aspecto subjetivo do ônus da prova tem relevância mais psicológica do que jurídica, isto porque, na prática, não interessa saber se a parte onerada conseguiu ou não comprovar os fatos a ela favoráveis, mas sim verificar se tais provas foram carreadas aos autos, por obra da parte onerada ou de outrem. Para o autor, não cabe ao juiz avaliar o comportamento da parte, mas sim o resultado da atividade probatória desenvolvida no processo. E arremata:

Ao juiz, por conseguinte, toca ver se são completos ou incompletos os resultados da atividade instrutória. Não lhe importa, na primeira hipótese, a quem se deve o serem completos os resultados. Importar-lhe-á, sim, na segunda, a quem se deve o serem incompletos; ou, mais precisamente, a quem se hão de atribuir as conseqüências da remanescente incerteza. Se quisermos usar a terminologia habitual, poderemos dizer que o órgão judicial só tem de preocupar-se, a rigor, com o aspecto objetivo do ônus da prova, não com o seu aspecto subjetivo. Ora, semelhante preocupação, como

¹⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 608.

¹⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual civil*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 75.

se compreende com facilidade, não há de assaltar o espírito do juiz durante a instrução da causa, senão apenas quando, depois de encerrada a colheita das provas, for chegado o instante de avaliá-las para decidir. Unicamente, então, com efeito, é que tem sentido cogitar da existência de eventuais lacunas no material probatório: enquanto esteja ‘aberta’ a prova, qualquer conclusão a tal respeito seria prematura. Quer isso dizer que as regras sobre distribuição do ônus da prova são aplicadas pelo órgão judicial no momento em que julga¹⁰².

Em rigor, não se discute que os riscos da insuficiência de provas para a formação da convicção judicial se projetam sobre as partes e, desta forma, estimulam-nas a produzi-las, de modo que não há como se desprezar, por completo, a perspectiva subjetiva do ônus da prova.

Também não se pode negar a preponderância do aspecto objetivo, porquanto é no momento do julgamento e quando o juiz se deparar com o *non liquet*, ou seja, com lacunas no material probatório que lhe impeçam de formar a sua convicção com relação à matéria de fato, que deve recorrer às regras de distribuição do ônus da prova a fim de solucionar a demanda, já que não lhe é dado eximir-se de julgar sob este argumento¹⁰³. Trata-se, pois, de um critério de “racionalização da dúvida”¹⁰⁴, de suma importância prática. É que, frise-se, o magistrado não pode deixar de julgar alegando que não conseguiu formar sua convicção a partir dos elementos de prova coligidos aos autos, sob pena de denegar a justiça e agir em desconformidade com o preceito contido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal¹⁰⁵.

O aspecto subjetivo do ônus da prova, de fato, enfraquece-se diante dos poderes instrutórios do juiz¹⁰⁶. Com efeito, a lei confere ao juiz poderes para

¹⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual civil*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 75-76.

¹⁰³ Conforme relembra Munir Karam: “No direito romano, o juiz não tinha obrigação de proferir sentença. Se o juiz romano não chegasse a um convencimento sobre a realidade dos fatos e sobre o direito do autor ou do réu, escusava-se de sentenciar, jurando *sibi non liquere*, ou seja, que não havia conseguido formar uma opinião segura sobre a causa. Com este juramento se livrava de sua obrigação de pronunciar sentença e o pretor designava outro juiz em seu lugar”. (Ônus da prova: noções fundamentais, *Revista de Processo* 17/50, p. 51).

¹⁰⁴ Termo utilizado pelo autor. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 329.

¹⁰⁵ Art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁰⁶ Como já assinalado linhas acima, o desenvolvimento do aspecto objetivo do ônus da prova ocorreu na Áustria, onde o papel instrutório do juiz prepondera em relação ao das partes.

determinar a produção de provas, de ofício ou a requerimento das partes¹⁰⁷, de modo que é possível que, após a atividade probatória desenvolvida pelas partes, o juiz, em se deparando com questão de fato importante não provada, determine a produção de outras provas.

Importante ressaltar que a atividade do juiz é subsidiária, complementar ou integrativa à das partes e, de modo algum, pode substituí-la.

Na interpretação de Eduardo Cambi¹⁰⁸:

Isso significa dever ser a atividade probatória principal desenvolvida pelas partes e que os poderes do magistrado não existem para suprir, direta ou indiretamente, a inércia da parte onerada pelo ônus da prova, mas para buscar eliminar as insuficiências não culpáveis e as dificuldades objetivas da atividade probatória, em nome da melhor reconstrução dos fatos, que é um fator que está diretamente relacionado com a justiça da decisão e, por conseguinte, com a sua legitimação social.

Os poderes instrutórios do juiz, ainda que considerados como medida de exceção, que atuam de forma subsidiária e não suprem a inércia das partes, acabam por mitigar a necessidade de “provar” das partes, relativizando, assim, o conceito de ônus subjetivo da prova. Não obstante, esses mesmos poderes, de modo algum, esvaziam por completo o conceito, já que às partes incumbe, de ordinário, a comprovação dos fatos que interferem no julgamento da demanda¹⁰⁹, sendo certo que as consequências advindas da não-comprovação dos fatos alegados servem como estímulo às partes no momento da produção das provas.

¹⁰⁷ Art. 130 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

¹⁰⁸ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 326-327.

¹⁰⁹ A respeito do tema José Carlos Barbosa Moreira reconhece que os poderes instrutórios do juiz atenuam a concepção subjetiva do ônus da prova, no entanto, não a suprimem. Afirma que não parece exato supor que a parte interessada sinta-se tranquila com a mera consideração de que a prova do fato a ela favorável decorra da atividade do juiz ou de seu adversário. Esta postura, em verdade, configuraria excesso de otimismo que talvez lhe custasse bem caro, sobretudo porque a lei não impõe ao juiz um dever de determinar a produção de outras provas, mas tão-somente o autoriza a tanto. Arremata afirmando que “o estímulo à atividade probatória não fica eliminado, embora se possa fazer sentir, em certa medida, com menor vigor, por saber o litigante que o esforço próprio não é o único meio de convencer o órgão judicial. Nos limites em que algum relevo se lhe pode reconhecer, subsiste, pois – atenuado que seja – o aspecto subjetivo do ônus da prova”. (Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual civil*, p. 78-79).

5.4 INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – *NON LIQUET*

Após o encerramento da fase probatória, quando as partes levaram para o processo todos os meios de que dispunham para comprovar os fatos alegados na fase postulatória, cujo reconhecimento será imprescindível à prolação de decisão de mérito favorável, o juiz pode se deparar com uma questão de fato irredutivelmente incerta no processo. Neste caso, o juiz deve necessariamente decidir, compondo a lide, já que, assim como não lhe é permitido eximir-se de decidir sob o pretexto de lacuna ou obscuridade da lei (art. 126 do CPC), também lhe é vedado deixar de decidir sob o fundamento de que não se acha instruído quanto aos fatos¹¹⁰.

Abordando a questão, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹¹¹ afirmam que, nesse caso, poder-se-ia abrir para o juiz o seguinte leque de alternativas: a) ou ele *prescinde* de resolver aquela questão de fato; b) ou *insiste* em resolvê-la.

A primeira alternativa:

[...] importaria em deixar o juiz de decidir a causa, pronunciando o *non liquet* (que não é admissível no direito moderno), ou em decidi-la de maneira tal que não exigisse a resolução daquela questão de fato (de que seriam exemplos o julgamento por sorteio e o julgamento salomônico)¹¹².

A segunda opção implica: “a) o *adiamento do problema*, através da prolação de uma decisão provisória (no estado do processo); b) ou o uso de um *meio mecânico* de prova, necessariamente decisório (como o duelo ou o juramento); c) ou, enfim, o emprego de *regras da distribuição do ônus da prova* [grifo no original]¹¹³.

Conforme anota Moacyr Amaral Santos¹¹⁴, a doutrina encontra algumas soluções para a questão. A primeira delas, formulada por Bentham, é no sentido de que a presunção da justiça deve estar em favor do autor e, em prejuízo do réu por

¹¹⁰ Neste sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 384.

¹¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 373.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 384-385.

dois motivos: porque aquele vem submeter o seu direito à apreciação da justiça, enquanto que a este, em geral, cabe defender-se, tenha ou não razão; no mais das vezes, as causas são ganhas pelo autor.

Na crítica que faz a essa solução, o autor pondera que sua formulação não observou o princípio da paridade de tratamento porque presumir como verdadeiras as afirmações do autor seria atribuir à palavra das partes valores diferentes, considerando a posição ocupada por cada uma delas na lide. Não bastasse isso, sustenta que a opinião do jurista inglês peca por tomar para seu fundamento o efeito e não a causa, isto é, peca por prescindir das causas determinantes dos resultados estatísticos por ele mencionados. É claro que, antes de propor determinada demanda, o autor, ciente da necessidade de comprovar suas alegações, busca elementos de prova e, muitas vezes, desiste de propor a demanda quando verifica que os elementos encontrados são insuficientes, circunstância esta que justifica o fato de haver mais ações ganhas pelos autores do que vencidas pelos réus¹¹⁵.

Outra solução considerada seria autorizar o juiz a ordenar o prosseguimento da instrução até que os fatos fossem comprovados. Esta solução, igualmente, não se afigura a mais adequada, considerando que apenas protelaria a solução requerida, com grave dano aos serviços da justiça e à própria finalidade do processo, que é compor a lide, assegurando a paz social¹¹⁶.

A terceira e mais adequada solução seria coordenar a solução do problema da falta ou insuficiência de provas aos princípios informativos do ônus da prova, de modo que a cada uma das partes compete provar os fatos que lhes interessam e dos quais inferem o direito que pleiteiam, sob pena de sucumbir. Esta solução, “além de ensejar a resolução da causa nas hipóteses de questão de fato irreduzivelmente incerta, informa-se por um critério racional e de equidade que a legitima”¹¹⁷.

Não se pode olvidar que o juiz, na condução do processo, diante de eventual insuficiência de provas para a formação de seu convencimento, antes de encerrados os debates na audiência ou antes de requerer a substituição por

¹¹⁵ Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 384-385.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 385.

¹¹⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 373.

memoriais, pode determinar, de ofício, a produção de prova necessária à instrução do processo, conforme dispõe o art. 130 do CPC.

A iniciativa do juiz deve se limitar a complementar a prova a ser produzida nos autos, não se prestando a suprir a iniciativa das partes, porquanto sua posição lhe impõe equidistância em relação a elas. Trata-se de atividade excepcional do juiz que, portanto, deve se valer dos poderes instrutórios somente em casos muito especiais, “quando se encontre perplexo ante a prova produzida, e dos autos resulte a possibilidade de sair desta perplexidade com a realização de outras provas”¹¹⁸.

As regras atinentes ao ônus da prova, considerando a sua principal acepção, qual seja, a objetiva, não são regras de procedimento, pois não há um momento em que o juiz deva determinar a produção de uma prova por uma das partes. Na verdade, são regras de julgamento, regras de juízo, isto porque, quando da sentença, cabe ao juiz julgar contrariamente àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. As regras de distribuição do ônus da prova orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato e constituem, também, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória¹¹⁹.

No mesmo sentido é o ensinamento de Leo Rosenberg¹²⁰. Segundo a sua doutrina, as regras atinentes ao ônus da prova ajudam o juiz a formar um juízo afirmativo ou negativo sobre a pretensão, não obstante a incerteza quanto às circunstâncias de fato, porque lhe identificam o modo de chegar a uma decisão, ou seja, orientam o juiz a decidir quando um fato importante não restou devidamente comprovado.

Em outras palavras, o juiz deve julgar com base no ônus da prova somente quando se deparar com dúvida invencível a respeito de fatos relevantes. Neste momento, é necessário identificar a qual parte cabia fazer a prova: se incumbia ao autor, deve julgar improcedente o pedido, se incumbia ao réu, o pedido será procedente.

¹¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 386.

¹¹⁹ Trata-se aqui da preponderância do aspecto objetivo do ônus da prova, sem se olvidar da existência do aspecto subjetivo.

¹²⁰ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, p. 2-3. Nas palavras do autor: “A essência e o valor das normas sobre ônus da prova consistem nesta instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve pronunciar, em um caso em que não se pode comprovar a verdade de uma afirmação de fato importante. A decisão deve ditar-se contra a parte sobre a qual recai o ônus da prova em relação à questão de fato não aclarada [...]. Ele mostra ao mesmo tempo que se deve decidir sobre o ônus da prova somente ao final do processo, regularmente depois de examinadas as circunstâncias de fato não discutidas, e depois da recepção da prova” [tradução nossa].

O princípio da distribuição do ônus da prova pode ser considerado um dos mais relevantes princípios subsidiários da verdade real, que deve sempre orientar o julgamento¹²¹. Se não for possível o alcance da verdade real, deve o juiz lançar mão das regras atinentes à distribuição do ônus da prova ao proferir o julgamento, isto porque o fato de não se ter convencido da verdade não o isenta de julgar a causa. Não lhe é lícito, ainda, aguardar indistintamente que sejam carreadas outras provas aos autos, sob pena de eternizar as demandas e, com isso, afrontar a esperada pacificação social com a resolução de conflitos.

5.5 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O CPC estabeleceu, de modo rígido, as regras atinentes à distribuição do ônus da prova, adotando a teoria clássica ou estática.

A distribuição do ônus da prova está prevista no art. 333 do diploma processual civil, que assim estabelece: “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”. Desta regra pode-se extrair que, de maneira geral, o ônus da prova incumbe a quem alega¹²²¹²³, de modo que as partes devem provar os fatos que lhe aproveitam, sob pena de assumirem os

¹²¹ A respeito do tema conferir a lição de SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. 12. ed., rev., at. e amp. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1, p. 509-510.

¹²² ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de La Prueba Judicial*, p. 487 e 490. Concordando com a teoria de Rosenberg e Micheli, o autor sustenta que o melhor critério para a distribuição do ônus da prova não deve levar em consideração somente a posição processual das partes e os fatos que serão objeto de prova, mas sim o efeito jurídico perseguido com este em relação à norma jurídica que se deve aplicar. Neste passo, conclui que a regra geral de distribuição do ônus da prova pode ser enunciada como “[...] a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico perseguido por ela, qualquer que seja sua posição processual [tradução nossa]”. “[...] a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal”.

¹²³ No mesmo sentido é a lição de Antonio Dall’Agnol Junior: “Conforme se observa, nada mais expressa a norma do que a evolução da tradicional regra de que *semper onus probandi ei incumbit qui dicit* – em que o termo *dizer*, ou alegar, apreende o *agir* (*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*) [grifo no original]”. (Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais* 788/92, p. 93).

riscos inerentes à ausência de comprovação¹²⁴. A regra vale também para todos os terceiros que eventualmente intervenham no processo. A cada qual compete o ônus de provar aquilo que alega, aquilo que é do seu interesse ver reconhecido¹²⁵.

Na lição de Moacyr Amaral Santos¹²⁶:

O disposto no art. 333 do Código de Processo Civil equivale a um princípio, amparado na lógica das provas, sujeito a não poucas exceções. Nem por outra razão dissemos: 'Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato impeditivo, extintivo ou modificativo daquele'. E conjugamos esse princípio a outro, de origem romana: 'Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer a prova das alegações que fizer'.

Pela letra da lei, é possível perceber que o legislador, adotando critério fixo, levou em consideração, para distribuir o ônus da prova, a posição das partes em juízo (autor e réu) e a espécie de fato a ser comprovado (constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo), não se importando com a dificuldade eventualmente encontrada pela parte para a produção da prova que lhe incumbe¹²⁷.

A dificuldade em produzir a prova foi levada em consideração apenas na hipótese de convenção entre as partes, prevista pelo parágrafo único do art. 333 do CPC. Neste caso, reputa-se nula a convenção se a distribuição do ônus da prova, ajustada de forma distinta da prevista no *caput* do artigo, tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

¹²⁴ Neste sentido afirmam Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: "O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato". (*Teoria Geral do Processo*, p. 374).

¹²⁵ Neste sentido: GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, p. 434.

¹²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 362.

¹²⁷ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a prova diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 944. Ao analisar a questão, o autor pondera que a positivação de regra rígida de distribuição do ônus da prova, sem se considerar as eventuais dificuldades encontradas pela parte para produzir a prova que lhe incumbe, flerta com a impossibilidade de provar, beirando a inutilidade da ação judiciária, com a vedação oculta de acesso à justiça. Salieta que a aplicação da regra consagrada no *caput* do art. 333 do CPC pode levar à situação considerada em seu parágrafo único, inciso II.

5.6 A TEORIA DA CARGA DINÂMICA

Em contraposição à teoria estática ou clássica da distribuição do ônus da prova, em que as regras são fixadas abstratamente, a partir da posição das partes e da natureza dos fatos alegados, desenvolveu-se a teoria da carga dinâmica, em que as regras sobre o tema são flexíveis e se alteram a partir de cada caso concreto, conforme a dificuldade encontrada pela parte para a produção de determinada prova. Em poucas palavras, pode-se resumir esta teoria como “prova quem pode”¹²⁸.

A teoria desenvolveu-se a partir da ideia de que nem sempre as partes têm condições de provar os fatos que a lei lhes incumbe e, em muitos casos, veem-se diante da prova diabólica¹²⁹, nem por isso são dispensadas de sua produção.

Assim, no momento do julgamento, o juiz deve julgar a lide de modo desfavorável àquele que não se desincumbiu de seu encargo de provar, à luz das regras rígidas de distribuição do ônus probatório. Diante deste raciocínio, chegou-se à conclusão de que a distribuição rígida do ônus da prova atrofia o sistema, podendo conduzir a julgamentos injustos.

A teoria da carga dinâmica foi desenvolvida pelo jurista argentino Jorge W. Peyrano. Segundo seus ensinamentos, conforme a teoria da carga dinâmica, “[...] o ônus da prova incumbe a quem – pelas circunstâncias do caso e sem que interesse que funcione como autora ou demandada – se encontre em melhores condições para produzir a prova respectiva” [tradução nossa]¹³⁰.

A tese desenvolvida rompe com a concepção rígida da doutrina clássica, que adota uma visão exclusivamente estática da questão atinente às regras de

¹²⁸ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. Salvador: Podium, 2007, v. 4, p. 303.

¹²⁹ Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento de sentença e liquidação da sentença e coisa julgada, v. 2, p. 60.

¹³⁰ “En tren de identificar la categoría de las ‘cargas probatorias dinámicas’, hemos visualizado – entre otras – como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quien – por la circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada – se encuentre em mejores condiciones para producir la probanza respectiva”. PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. *Apud* DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, 788/92, p. 97.

distribuição do ônus da prova; leva em consideração o processo em sua concreta realidade, ignorando, por completo, a posição ocupada pelas partes, bem como a espécie de fato a ser comprovado (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo). Impõe-se o ônus da prova àquele que tem melhores condições de produzi-la.

Conforme sintetiza Antonio Janyr Dall'Agnol Junior¹³¹:

Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Revela, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a 'natureza' do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.

Dessa lição extrai-se que, conforme os preceitos da teoria da carga dinâmica, o encargo de produzir a prova é retirado daquele que se encontra em evidente dificuldade de produzi-la, impondo-se o ônus à parte que se encontra em melhores condições para tanto. Desprezam-se regras estáticas, pressupostos prévios e abstratos de distribuição do ônus da prova e se considera a dinâmica presente no caso concreto.

Ao aplicar a teoria da carga dinâmica, compete ao magistrado primeiro analisar cuidadosamente a situação em que se encontram as partes e, por decisão motivada, fixar as regras atinentes ao ônus da prova no caso concreto, sem deixar de considerar “fatores culturais, sociais e econômicos, bem como princípios e valores contemporâneos”¹³².

Adeptos desta teoria sustentam que sua aplicação implica uma visão mais solidarista do encargo probatório, superando-se a feição individualista¹³³.

Para Fredie Didier Jr¹³⁴, a distribuição dinâmica do ônus da prova seria uma decorrência dos seguintes princípios: a) princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF e art. 125, I, CPC); b) princípio da lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC); c) princípio da solidariedade com o órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC); d) princípio do devido processo legal (art. 5º, XIV, CF), “pois

¹³¹ DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, p. 98.

¹³² CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 343.

¹³³ Também opinam neste sentido: DALL'AGNOL JUNIOR Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, p. 99 e CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 343-344.

¹³⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Processo coletivo*, p. 304.

um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes”; e) princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF).

Em rigor, a distribuição dinâmica do ônus da prova denota preocupação com a colaboração das partes para com o resultado justo do processo, em que cada qual deve produzir as provas que estão ao seu alcance, ainda que não se prestem a comprovar fatos importantes para o acolhimento de sua tese.

5.6.1 A teoria da carga dinâmica e o direito brasileiro

O sistema processual civil brasileiro, como antes mencionado, estabeleceu regra rígida e, em princípio, imutável¹³⁵ de distribuição do ônus da prova, adotando, assim, a teoria estática ou clássica.

O CDC, por seu turno, previu a possibilidade de inversão do ônus da prova, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor, segundo as regras ordinárias de experiências (art. 6º, VIII).

A despeito de certa mobilidade que se conferiu à regra de distribuição do ônus da prova em lides de consumo, não há que se falar em adoção, pelo legislador pátrio, da teoria da carga dinâmica¹³⁶. É que, como visto, a teoria da carga dinâmica não leva em consideração qualquer regra prévia e abstrata referente à distribuição do ônus da prova, pois, conforme seus preceitos, o juiz deve distribuir o encargo

¹³⁵ A despeito da rigidez da norma contida no art. 333, *caput* e incisos, do CPC, o parágrafo único do mesmo artigo previu a possibilidade de alteração da regra, por convenção das partes, ressalvadas as hipóteses indicadas por seus incisos. Por esta razão, afirmou-se que a regra de distribuição do ônus da prova estabelecida pelo art. 333 do CPC é, em princípio, imutável. Isto não significa, entretanto, que o magistrado tem poderes para distribuir o encargo entre as partes litigantes de modo diverso do que foi estabelecido pelo legislador.

¹³⁶ Em sentido diverso manifesta-se Antonio Janyr Dall’Agnol Junior. Para ele, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra que se aproxima da teoria da carga dinâmica, já que o juiz deve impor o ônus da prova à parte que tiver maior facilidade para produzi-la. Conforme seus ensinamentos, a lei possibilitou ao juiz ignorar a distribuição abstratamente prevista na lei processual civil e inverter o ônus da prova, em cada caso concreto, desde que preenchidos os pressupostos exigidos pelo legislador. (Distribuição dinâmica dos ônus probatórios, *Revista dos Tribunais*, p. 95-97). No mesmo sentido é o posicionamento adotado por Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., quando sustentam que a regra inserta no art. 6º, VIII, do CDC, configura nítida aplicação da teoria da carga dinâmica, na medida em que se confere ao juiz o poder de redistribuir o ônus probatório em vista do preenchimento de pressupostos de aferição circunstancial e casuística. (*Curso de direito processual civil. Processo coletivo*, p. 303).

probatório, no caso concreto, observando as especificidades de cada uma das partes, assim como as dificuldades por elas potencialmente encontradas para a produção das provas necessárias ao julgamento do litígio.

A inversão do ônus da prova, ao contrário, pressupõe a existência de regra abstrata de distribuição, que pode ser invertida desde que presentes os requisitos legais, quais sejam, a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor.

Conforme a teoria da carga dinâmica, o juiz distribui o ônus da prova entre as partes sem estar atrelado a requisitos legais; deve observar, tão-somente, quem está em melhores condições de produzi-la¹³⁷¹³⁸.

A aplicação da teoria da carga dinâmica depende de decisão motivada do juiz a este respeito, ao final da fase postulatória, e, portanto, antes de iniciada a fase de instrução probatória, isto porque ao magistrado cabe distribuir o ônus da prova casuisticamente, a tempo de a parte dele desincumbir-se. Este procedimento, entretanto, não se aplica na hipótese de inversão do ônus da prova, uma vez que tal possibilidade encontra previsão legal expressa e comporta aplicação no momento do julgamento do feito, devendo ser entendida como regra de julgamento¹³⁹.

Com efeito, não obstante a rigidez da regra atinente à distribuição do ônus da prova estabelecida pelo CPC que, claramente, adotou a teoria estática, a aplicação da teoria da carga dinâmica tem sido reconhecida e aceita pela

¹³⁷ Neste sentido é o ensinamento de Eduardo Cambi: “Com efeito, não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma *inversão*, nos moldes previstos no art. 6º, inc. VIII, do CDC, porque só poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base em máximas de experiência (art. 335 do CPC), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado [grifo no original]”. (*A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 341).

¹³⁸ Danilo Knijnik defende a ideia de que o ônus dinâmico não afasta, *de per se*, as regras legais a este respeito fixadas pelo legislador. Segundo seus ensinamentos, em se adotando a teoria dinâmica, persistiria o enfoque estático do ônus da prova, e a invocação do ônus dinâmico entraria em jogo apenas quando a aplicação daquelas regras conduzisse a uma prova diabólica. (As perigosíssimas doutrinas sobre o “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, p. 946).

¹³⁹ O momento em que se opera a regra da inversão do ônus da prova e a desnecessidade de decisão judicial prévia a respeito será mais bem elucidada na seção 5.10 deste Capítulo.

jurisprudência¹⁴⁰, especialmente em se tratando de responsabilidade civil por erro médico e ações que versam sobre contratos bancários.

Em julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar ficou decidido que:

Responsabilidade civil. Médico. Clínica. Culpa. Prova. 1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente. 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade. 4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa a lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido¹⁴¹.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu no mesmo sentido. É o que se extrai dos seguintes arestos:

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Danos morais e materiais - Erro médico - Paciente alérgica a Dipirona internada no Hospital do Servidor Público Estadual, com queixa de febre associada a vômitos e dor abdominal, a quem foi ministrado medicamento cujo princípio ativo era a substância causadora da alergia - Ocorrência de choque anafilático, com subsequente morte da doente, após ter entrado em estado de coma - Prova pericial não conclusiva quanto à prévia comunicação da paciente ou seus familiares acerca da alergia - Irrelevância - Aplicação da teoria da carga dinâmica das provas, que mitiga a regra geral inculpada no art 333 do Código de Processo Civil - Médicos e hospitais não podem eximir-se da responsabilidade, nos casos de insucesso no atendimento de paciente, com a alegação de que de seus arquivos não constaram estes ou aqueles dados essenciais ao deslinde da causa - Anamnese mal elaborada - Precedente do STJ e lição doutrinária a respeito da questão - Sentença de improcedência - Recurso parcialmente provido¹⁴².

¹⁴⁰ A respeito desta questão, e concordando com a aplicação prática da teoria da carga dinâmica no direito brasileiro, sustenta Antonio Janyr Dall'Agnol Junior: "Alguns tribunais pátrios, indiscutivelmente, deixaram-se contaminar por esta *flexibilização* da doutrina clássica da distribuição dos ônus de provar, circunstância que se explica pelo fato de que os Juízes, assim como os demais operadores de direito, não restringem seu exame ao formal. Ao encharcarem-se de realidade, os Magistrados percebem, cotidianamente, a insuficiência da doutrina tradicional, exatamente pelo que apresenta de abstração". (Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, p. 100).

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 69.309/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18/06/1996, DJ 26/08/1996 p. 29.688. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

¹⁴² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. (AC n. 369.006-5/8-00, Rel. Desembargador Reinaldo Miluzzi, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 02/06/2008). Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – Não-apresentação, pelo agravante, de extratos bancários faltantes - Aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova - RECURSO IMPROVIDO¹⁴³.

A tese foi expressamente adotada pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América que, no art. 12, §§1º e 2º, assim dispõe:

§1º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir a deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar a sua realização, a cargo do Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

§2º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária¹⁴⁴.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, encampou a mesma teoria, conforme se depreende do seu art. 11, §§1º, 2º e 3º:

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

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

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

¹⁴³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 1191754-0/5, Rel. Desembargador Antonio Nascimento, 34ª Câmara de Direito Privado, julgado em 03/09/2008. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

¹⁴⁴ CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA. Disponível em <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV)¹⁴⁵.

Trata-se, portanto, da primeira tentativa de positivação da teoria da carga dinâmica, aplicável tão-somente em processos coletivos.

5.7 ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Uma das mais importantes inovações trazidas pelo CDC diz respeito à possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova em benefício do consumidor (art. 6º, VIII).

Como observa Carlos Roberto Barbosa Moreira¹⁴⁶:

A relevância do dispositivo foi posta em destaque pelo próprio legislador, que preferiu inseri-lo no multifacetado elenco dos 'direitos básicos do consumidor' (Título I, Capítulo III) a situá-lo no Título III do Código, inteiramente dedicado às normas de natureza processual.

A inversão do ônus da prova, vale destacar, não é um direito básico do consumidor, muito embora tenha sido prevista no artigo que elenca estes direitos.

O direito outorgado ao consumidor, conforme o art. 6º, VIII, é a facilitação da defesa de seus direitos em juízo, ao passo que a inversão do ônus da prova é tão-somente um meio através do qual é possível dar efetividade a este direito¹⁴⁷. A utilização, pelo legislador, da partícula "inclusive"¹⁴⁸, ao prever a possibilidade de inversão do ônus da prova, não dá margem a outra conclusão.

Não se trata de regra tendente a privilegiar o consumidor em detrimento das garantias processuais do fornecedor, mas sim de previsão legal tendente a

¹⁴⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo. Disponível em: < <http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

¹⁴⁶ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo* 86/295, p. 295.

¹⁴⁷ Neste sentido conferir: GIDI, Antonio. Defesa do consumidor: aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Ciência Jurídica* 64/24, p. 25.

¹⁴⁸ "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 experiência."

facilitar a atuação do consumidor em juízo, tendo em vista o desequilíbrio inerente às relações de consumo, em que o consumidor, reconhecidamente vulnerável (art. 4º, I, do CDC), ocupa posição menos favorecida em relação ao fornecedor. Deste raciocínio extrai-se que a regra da inversão do ônus da prova não se aplica em favor do fornecedor.

Patente a constitucionalidade desta norma, já que representa a aplicação do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, e inciso I, da Constituição Federal)¹⁴⁹, que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Ensina Nelson Nery Junior¹⁵⁰ que:

O art. 4º, n. I, do CDC reconhece o consumidor como a parte mais fraca na relação de consumo. Portanto, para que se tenha a isonomia real entre o consumidor e o fornecedor, é preciso que sejam adotados mecanismos como o da inversão do ônus da prova, estatuído no art. 6º, n. VIII, do CDC, como direito básico do consumidor. Este artigo não é inconstitucional, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade esta reconhecida pela própria lei.

A aplicação das regras ordinárias de distribuição do ônus da prova, previstas no CPC, poderia inviabilizar a pretensão do consumidor, tendo em conta as dificuldades que encontraria para levar ao processo provas suficientes a respeito da ocorrência do dano e do nexo de causalidade com a conduta do fornecedor.

Antonio Gidi¹⁵¹, a propósito, considera que:

Em face da crescente sofisticação da sociedade contemporânea, é por demais cristalina a verdadeira impossibilidade para o *homem médio* fazer frente a essa tarefa contra o profissional, principalmente nos casos de produtos e serviços de alta complexidade tecnológica. Para ficarmos num exemplo banal e corriqueiro, como seria possível ao consumidor leigo reconhecer a imperícia do laboratório fotográfico que destruiu todas as exposições do filme revelado, se ele nem mesmo tem noção de como opera o nosso processo químico da revelação de películas e cópias? [grifo no original].

¹⁴⁹ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

¹⁵⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed, rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.

¹⁵¹ GIDI, Antônio. Defesa do consumidor: aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor, p. 25.

O legislador, nesse ponto, portanto, guiando-se pela condição de vulnerabilidade do consumidor, bem assim pela dificuldade natural ou quase impossibilidade de produzir provas conforme a regra geral de distribuição do ônus da prova, facilitou-lhe a prova, haja vista que o aliviou do ônus de demonstrar o nexo de causalidade quando transferiu ao fornecedor o ônus de provar a ocorrência de causa diversa daquela apontada como geradora do dano.

5.8 REQUISITOS PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova não se aplica de forma automática, *ope legis*, mas *ope judicis*, cabendo ao magistrado aplicar a regra apenas se preenchidos os requisitos exigidos pela lei (art. 6º, VIII, do CDC).

Assim é que, primeiramente, deve o magistrado observar se a relação jurídica formada nos autos decorre de relação de consumo, com a presença de todos os seus elementos, a saber: o consumidor, o fornecedor e o objeto – produtos ou serviços. Em seguida, deve verificar se a argumentação expendida pelo consumidor é verossímil e se, de fato, ele é hipossuficiente. Para a aferição destes dois últimos requisitos, o juiz se utilizará das regras ordinárias de experiência.

5.8.1 Verossimilhança

Verossimilhança é a qualidade do que é verossímil, algo “[...] que se apresenta como verdadeiro, que tem semelhança com a verdade, ou que é possível ou provável por não contrariar a verdade ou, que tem probabilidade de ser verdade”¹⁵².

O que é verossímil não é necessariamente verdadeiro, mas a verossimilhança está intimamente ligada com a verdade, é o que tem aparência de verdade, o que não repugna a verdade, ou seja, o que é provável.

¹⁵² CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 372.

Nas palavras de Carlos Roberto Barbosa Moreira¹⁵³:

A verossimilhança o juiz extrairá dos indícios, fatos alegados e *provados* no processo, dos quais se possa deduzir, com base no que ordinariamente acontece, a ocorrência de *outro fato* este, todavia, não provado. Em outras palavras: o juiz, a partir do indício, *presumirá* ter acontecido, também, o fato que constitui o *thema probandum* [grifo no original].

Quando se estabelece que a alegação deve ser verossímil, significa dizer que a versão trazida pelo autor deve ser crível, plausível, aparentando ser a expressão da verdade real, segundo as regras ordinárias de experiência, ou seja, a partir das noções abstratas decorrentes da observação do que comumente acontece.

5.8.2 Hipossuficiência

A noção de hipossuficiência deve ser obtida a partir da finalidade da lei que a indica com um dos requisitos necessários à inversão do ônus da prova, qual seja, facilitar a defesa do consumidor em juízo em matéria probatória. Deve relacionar-se com as dificuldades encontradas pelo consumidor em sua tarefa de produzir provas, de modo que não há como se atrelar a condição de hipossuficiência exclusivamente ao aspecto econômico do consumidor, já que ela guarda estreita relação com o aspecto técnico¹⁵⁴.

Portanto, aquele que tiver melhores condições para produzir a prova, certamente não será considerado hipossuficiente, de sorte que se este for o consumidor, não será aplicada a regra da inversão do ônus da prova, sob o mesmo fundamento.

¹⁵³ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo* 86/295, p. 302.

¹⁵⁴ Em sentido contrário manifesta-se José Geraldo Brito Filomeno, quando sustenta que a hipossuficiência indicada pelo legislador refere-se exclusivamente ao aspecto econômico do consumidor, de modo que é considerado hipossuficiente o consumidor que não pode arcar com as custas do processo e sobretudo com o pagamento de honorários de um perito. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 157.

No tocante à produção probatória, importante observar que a inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor repousa na desigualdade que existe quanto à detenção de conhecimentos técnicos inerentes à atividade produtiva e este, em rigor, deve ser o aspecto observado quando se trata de hipossuficiência como requisito necessário à inversão do ônus da prova.

Quando a produção da prova for, portanto, mais fácil para o consumidor, ele não será considerado hipossuficiente em relação ao fornecedor e, assim, não preencherá o requisito da hipossuficiência para efeito de inversão do ônus da prova. Como exemplo, pode-se indicar a hipótese de o microcomputador de um técnico renomado em informática apresentar vícios. Neste caso, não há que se falar em dificuldade para a produção das provas necessárias à solução do litígio, ainda que o consumidor seja infinitamente menos abastado financeiramente que o fornecedor. Situação inversa é a de um indivíduo multimilionário que se depara com um vício em seu automóvel e tem de litigar em face da montadora. Flagrantes as sérias dificuldades que enfrentaria o consumidor, a despeito de sua fortuna e da capacidade de suportar as despesas do processo ao ter de comprovar a ocorrência de vício de fabricação do veículo, dificuldades estas que não enfrentaria a montadora-fornecedora. O mesmo se diz de um indivíduo, igualmente abastado financeiramente, que contrai grave infecção após uma transfusão de sangue e é obrigado a comprovar, em juízo, o nexo de causalidade entre a infecção e o ato clínico.

Forçoso afirmar, com apoio em Kazuo Watanabe¹⁵⁵, que a hipossuficiência de que trata a lei não é puramente econômica, de modo que seu conceito não se confunde com o preceito contido no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50, relativamente à assistência judiciária gratuita, e assim dispõe: “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento da própria família”.

Se a intenção do legislador cingisse-se a viabilizar a produção da prova pelo consumidor desprovido de recursos financeiros suficientes, poderia

¹⁵⁵ Kazuo Watanabe, revendo posição anteriormente adotada, comunga deste entendimento, afirmando que a posição que sustentara não é de todo aceitável, já que aquela inteligência do dispositivo legal não propicia a plena consecução do objetivo colimado pelo legislador. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 813.

simplesmente atribuir ao fornecedor os encargos financeiros dela decorrentes. Demais, tal intenção não teria relevantes consequências práticas, na medida em que a Lei nº 1.060/50, no art. 3º, isenta do pagamento de despesas processuais, incluindo-se honorários periciais, a parte carente de recursos financeiros¹⁵⁶.

A par disso, o fato de um consumidor gozar de boa situação financeira não significa que tenha melhores condições de provar suas alegações, notadamente quando envolvem questões técnicas atinentes à fabricação de um produto. Não seria razoável impor a este consumidor o ônus de produzir prova extremamente difícil e complexa, pelo simples fato de ser privilegiado financeiramente.

A lição de Antonio Gidi¹⁵⁷ ratifica a assertiva: “[...] não parece, e não há nada em seu conteúdo que indique, que a filosofia do Código do Consumidor seja beneficiar o consumidor pobre, mas sim o consumidor em geral, sujeito vulnerável na relação de consumo”.

A hipossuficiência do consumidor deve ser analisada de forma abrangente, à luz de sua carência sócio-econômica, técnica e de informação¹⁵⁸.

Segundo Erico de Pina Cabral¹⁵⁹:

A hipossuficiência do consumidor consiste na ausência de conhecimentos técnicos específicos sobre o produto ou serviço colocados no mercado de consumo, das técnicas de venda, dos termos do contrato, bem como de condições sociais, econômicas e jurídicas para demandar juridicamente. É hipossuficiente a parte que tem, em relação à outra, acentuada dificuldade de produzir determinada prova: por falta de conhecimentos técnicos, por não deter informações sobre os fatos ou por ter maior dificuldade de

¹⁵⁶ Neste sentido foi o julgamento proferido pela 20ª. Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 7.289.629-6: “Prova Pericial - Despesas respectivas que competem à parte que a requereu. - A hipótese da hipossuficiência prevista no inciso VIII, do art. 6º do CDC, refere-se à dificuldade de se obter a prova pretendida, sem vinculação, em princípio, com as despesas judiciais para a sua produção. - Inadmissibilidade da inversão do ônus da prova para esse fim. Hipótese, ademais, em que o Banco, em face de sua responsabilidade objetiva, deve produzir as provas que entender necessárias para sua defesa, haja vista o disposto no artigo 14 do CDC (responsabilidade objetiva), independentemente de haver decisão antes do julgamento, pelo MM. Juízo de Primeiro Grau, sobre a inversão ou não do ônus da prova - Recurso provido”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI nº 7.289.629-6. Relator Cunha Garcia, julg. em 17.11.2008. Disponível em: <www.tjsp.gov.br>. Acesso em: 18 fev. 2009.

¹⁵⁷ GIDI, Antônio. Defesa do Consumidor: aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor, p. 26.

¹⁵⁸ Neste sentido é o posicionamento de Nelson Nery Junior: “[...] a hipossuficiência de que fala o art. 6º, VIII, respeita tanto à dificuldade econômica quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito”. (Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor, p. 217).

¹⁵⁹ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*, p. 377.

demonstrar a veracidade de um fato. Em relação a tais conhecimentos é que incide e se legitima a inversão do ônus da prova.

José Rogério Cruz e Tucci¹⁶⁰ afirma que a hipossuficiência está ligada ao monopólio da informação, considerando que o consumidor, em muitas hipóteses, não tem acesso às informações sobre as quais recairiam suas provas. Nesse sentido, o autor segue analisando que:

A informação, na conjuntura social moderna, é sinônimo de poder. Daí porque, por simples questão de lógica é que o autor fica, em princípio, dispensado de provar, carreando-se tal ônus ao produtor, que é quem possui o monopólio dos dados atinentes ao processo de fabricação¹⁶¹.

Importante frisar que a inversão do ônus da prova não importa em alteração da regra inserta no art. 33 do CPC¹⁶², na medida em que o pagamento das despesas referentes à prova deve ser suportado por aquele que a tiver requerido.

A inversão do ônus, ao reverso, significa que as consequências da não-produção de uma determinada prova devem recair justamente sobre aquele que tinha o ônus de produzi-la. Em outras palavras, pode-se dizer que, identificada como necessária a realização de perícia para a comprovação de defeito em um produto, o fornecedor não está obrigado a custear exame pericial eventualmente requerido pelo consumidor. No entanto, se não providenciar a realização da prova - arcando com os respectivos honorários periciais - e se a prova não for levada aos autos por outros meios – por obra do autor ou do juiz – o fornecedor suportará as consequências da não-comprovação do fato¹⁶³.

¹⁶⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do Consumidor e processo civil. Aspectos polêmicos. *Revista dos Tribunais* 671/32, p. 33.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² “Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.”

¹⁶³ Neste sentido foi o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da relatoria do Ministro Ari Pargendler: “Processo civil. Relação de consumo. Inversão do ônus da prova. A regra probatória, quando a demanda versa sobre relação de consumo, é a da inversão do respectivo ônus. Daí não se segue que o réu esteja obrigado a antecipar os honorários do perito; efetivamente não está, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Recurso especial conhecido e parcialmente provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 466.604/RJ. 3ª Turma. Relator Min. Ari Pargendler. Julg. em: 7.4.2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

Anote-se que o Código de Processos Coletivos para a Ibero-América, no art. 12, §1º, que dispõe sobre o ônus da prova em processos coletivos, determina que o ônus da prova incumbe “à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”.

5.8.3 Hipossuficiência e vulnerabilidade

Hipossuficiência e vulnerabilidade são expressões que produzem sensações parecidas, de modo que, no sentido vulgar, podem ter o mesmo sentido. No entanto, o CDC tratou-as de forma bem distinta, o que sugere uma análise mais detalhada de cada um dos conceitos para bem aplicá-los dentro do sistema protetivo do consumidor.

Por força do art. 4º, I, todo consumidor é considerado vulnerável no mercado de consumo, princípio este que se aplica indistintamente a todos os consumidores. Trata-se, pois, de princípio jurídico de direito material. Hipossuficiência, de outro lado, é um conceito que se relaciona com o direito processual, já que diz respeito àquele que tem menos condições para produzir uma prova.

Vulnerabilidade alude à condição geral de insuficiência técnica, jurídica ou econômica do consumidor em relação ao fornecedor, já que aquele não tem acesso aos meios de produção, o que faz com que ocupe sempre a posição mais fraca dentro da relação de consumo¹⁶⁴.

Em função da vulnerabilidade, que gera desigualdades na relação de consumo, o legislador preocupou-se em estabelecer regras tendentes a dotar o consumidor das melhores armas, como forma de buscar o equilíbrio na relação jurídica, que tem como protagonistas o consumidor e o fornecedor.

A hipossuficiência, de outro giro, refere-se à pior condição de um dos sujeitos da relação jurídica processual de produzir determinada prova¹⁶⁵.

¹⁶⁴ A respeito do conceito de vulnerabilidade, ver Capítulo 3, seção 3.1.

¹⁶⁵ Neste sentido: CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no Processo Civil do Consumidor*, p. 384.

Pois bem, pode-se afirmar então que, no âmbito das relações de consumo, todo hipossuficiente é vulnerável, mas nem todo vulnerável é também hipossuficiente.

5.8.4 Conceitos legais indeterminados e máximas de experiência

A redação do art. 6º, VIII, do CDC, deixa claro que a inversão do ônus da prova resulta necessariamente de um ato judicial, ou seja, dá-se *ope judicis* (por obra do juiz) e não *ope legis* (diretamente da lei), tendo em conta a utilização da expressão “a critério do juiz”. Contudo, não é correto dizer que tal expressão dá a ideia de discricionariedade ou de mera faculdade que a lei atribui ao julgador para aplicar a norma. Este entendimento, entretanto, não é pacífico na doutrina.

José Geraldo de Brito Filomeno¹⁶⁶ sustenta que a aplicação da regra da inversão é mera faculdade do juiz, um direito subjetivo da parte, apenas em se tratando de publicidade enganosa ou abusiva, por conta do disposto no art. 38 do CDC, quando é obrigatória.

Antonio Gidi¹⁶⁷, de outro turno, rechaça a ideia de que o juiz deva agir conforme o seu poder discricionário, afirmando que este entendimento afrontaria até mesmo a interpretação literal do dispositivo. O autor sustenta que o que fica a critério do juiz é tarefa de aferir, no caso concreto levado à sua presença, se estão presentes os requisitos estabelecidos pela lei e, uma vez reconhecendo o preenchimento destes requisitos, não mais lhe cabe decidir se inverterá o ônus da prova ou não. Por este motivo, considera tratar-se de hipótese de inversão *ope legis* e não *ope judicis*, já que o papel do magistrado seria meramente o de aferir a presença dos requisitos impostos pelo Código.

Deveras, o juiz não age fundado em seu poder discricionário ao analisar o preenchimento, no caso concreto, dos requisitos indicados pela lei para a inversão do ônus da prova. Não obstante, como a aplicação da norma não ocorre

¹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 158.

¹⁶⁷ GIDI, Antônio. *Defesa do Consumidor: aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*, p. 28-29.

automaticamente, haja vista que depende da aferição dos requisitos, evidente que se opera por ato do juiz e, portanto, *ope judicis* e não *ope legis*, como as regras ordinárias de atribuição do ônus da prova estatuídas pelo art. 333 do CPC.

Do mesmo modo, o juiz não age com discricionariedade quando analisa a presença dos requisitos legais para a aplicação de determinada norma. Esta expressão, largamente utilizada no âmbito do direito administrativo, traz consigo a ideia de conveniência e oportunidade, critérios estes que não devem ser utilizados na atividade judicial, cuja tarefa é verificar, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei para, a partir da aferição, aplicar o respectivo comando.

A atuação do juiz cinge-se, assim, a observar se estão preenchidos os conceitos legais indeterminados indicados pelo legislador, que podem ser definidos como, segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery: “[...] palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é bastante abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com a hipótese de fato posta em causa”¹⁶⁸.

Diante dessas ponderações, não é difícil inferir que o preceito contido no art. 6º, VIII, do CDC, atinente à inversão do ônus da prova, traz conceitos legais indeterminados, ou seja, palavras de conteúdo e extensão vagos e imprecisos, quais sejam, verossimilhança e hipossuficiência, que devem ser preenchidos e integrados pelo juiz. Estes conceitos, uma vez preenchidos, impõem a aplicação da regra estabelecida pela norma, não cabendo ao julgador solução diversa.

Ao fixar conceitos legais indeterminados, o legislador dá ao juiz certa margem de liberdade, não lhe impondo padrões rígidos de atuação, o que torna particularmente importante o papel confiado à sua prudência.

O mesmo raciocínio vale para a atuação fundada em poder discricionário. No entanto, como ensina José Carlos Barbosa Moreira¹⁶⁹, esses fenômenos não se confundem, tendo em conta a existência de diferença fundamental entre eles, que, nas suas palavras, diz respeito aos:

[...] elementos essenciais da estrutura da norma, a saber, o ‘fato’ (*tatbestand, fattispecie*) e o efeito jurídico atribuído à sua concreta

¹⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 157.

¹⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 66.

ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do 'fato', ao passo que a discricionariedade se situa no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador.

Os conceitos legais indeterminados indicados pelo legislador como requisitos à inversão do ônus da prova, por força do que estatui o art. 6º, VIII, do CDC, devem ser preenchidos segundo as regras ordinárias de experiência, que podem ser definidas, de acordo com a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁷⁰ como:

[...] o conjunto de juízos fundados sobre a observação do que de ordinário acontece, podendo formular-se em abstrato por todo aquele de nível mental médio. Servem de critério e guia para a solução da questão relativa à prova, não sendo necessário que o juiz sobre elas se pronuncie expressamente na sentença ou decisão.

José Carlos Barbosa Moreira¹⁷¹ comenta que não se trata de conhecimento prévio, pelo juiz, de determinado fato pontual, mas sim

[...] de noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro.

Por fim, a utilização de regras de experiência, pelo juiz, não se trata de uma novidade, considerando que já se encontrava prevista no artigo 335 do CPC¹⁷².

¹⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis Civis comentadas*, p. 190.

¹⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*, p. 62.

¹⁷² "Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial."

5.8.5 Cumulatividade ou alternatividade dos requisitos?

Uma interpretação literal da norma em questão permite inferir que o legislador indicou requisitos alternativos à inversão do ônus da prova, uma vez que utilizou a partícula “ou” (conjunção alternativa) para unir a hipossuficiência à verossimilhança (art. 6º, VIII, CDC, segunda parte: “[...] com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação *ou* quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência [sem grifo no original]”).

A propósito do dispositivo citado, distintos são os posicionamentos da doutrina acerca da utilização, pelo legislador consumerista, da partícula disjuntiva “ou” e não da aditiva “e”, demonstrando a indicação de requisitos alternativos e não cumulativos. Diversos autores afirmam que o legislador estabeleceu requisitos alternativos, bastando, portanto, o preenchimento de um deles para a aplicação da regra de inversão. Outros, entretanto, sustentam que esta interpretação poderia dar margem a situações injustas e contrárias à finalidade da lei, de modo que se deve entender que são tratam – a verossimilhança e a hipossuficiência – de requisitos cumulativos. Conforme esta corrente, teria o legislador se equivocado ao usar a partícula “ou”, quando pretendeu dizer “e”.

José Geraldo de Brito Filomeno¹⁷³ perfilha do primeiro entendimento, ou seja, aquele que sustenta que o legislador estabeleceu requisitos alternativos para a aplicação da regra de inversão. Assim também entendem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁷⁴ quando afirmam que: “A inversão pode ocorrer em duas situações distintas: a) quando o consumidor for hipossuficiente; b) quando for verossímil sua alegação. As hipóteses são alternativas, como claramente indica a conjunção *ou* expressa na norma ora comentada”. Da mesma forma se posiciona Cláudia Lima Marques¹⁷⁵: “Note-se que a partícula ‘ou’ bem esclarece que, a favor

¹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 157.

¹⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis Civis Comentadas*, p. 190.

¹⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 183.

do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso”.

Entendimento diverso, sustentado por outros autores, conclui que é inafastável o preenchimento de ambos os requisitos, tendo em conta a finalidade da regra de inversão, que pressupõe não somente que a alegação seja verossímil, mas também que haja dificuldade para provar.

Antonio Gidi¹⁷⁶, ferrenho defensor da ideia de que os requisitos devem coexistir para a aplicação da regra, afirma que a alegação deve sempre ser verossímil, já que a hipossuficiência, por si só, não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova. O autor traz como exemplo, a hipótese de um mendigo que, alegando que seu veículo, que estava estacionado, foi furtado com todas as suas compras de Natal, poderia acionar um *shopping center* luxuoso e requerer a inversão do ônus da prova em função de sua hipossuficiência, para que o réu provasse que não havia compras em seu carro. Afirma, ainda, que a verossimilhança da argumentação do consumidor também não se prestaria à inversão do ônus da prova, se não houvesse hipossuficiência, ou seja, dificuldade em produzir determinada prova.

Érico de Pina Cabral¹⁷⁷ e Anselmo Prieto Alvarez¹⁷⁸ partilham desse mesmo entendimento quando sustentam que a presença de apenas um dos requisitos poderia ensejar situações absurdas que, na realidade, levariam à preponderância dos interesses do consumidor frente aos interesses do fornecedor. O segundo autor ressalta que a admissão da inversão lastreada em apenas um dos requisitos levaria ao desvirtuamento do direito básico do qual ela decorre, “pois a verossimilhança ou a hipossuficiência, por si só, não caracterizariam o desequilíbrio entre consumidor e fornecedor”¹⁷⁹.

Em rigor, não se pode negar a coerência do raciocínio expendido por estes autores, na medida em que, de fato, não seria razoável impor-se ao fornecedor o ônus de provar fatos integrantes de alegações inverossímeis ou, ainda,

¹⁷⁶ GIDI, Antonio. Defesa do consumidor: aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor, p. 26.

¹⁷⁷ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 379-383.

¹⁷⁸ ALVAREZ, Anselmo Prieto. As repercussões extraprocessuais e processuais (competência e inversão do ônus da prova) da facilitação da defesa de direitos do consumidor, como garantia básica do sistema, p. 178.

¹⁷⁹ *Idem*.

no caso de o consumidor ter meios para produzir a prova e, portanto, quando não pudesse ser considerado hipossuficiente.

Ocorre que o legislador, por certo, não teve a intenção de dar margem a interpretações restritivas desta ordem, já que, de forma clara e contundente, indicou requisitos ligados pela partícula “ou”, impondo, assim, ao julgador a aplicação da regra da inversão do ônus da prova quando preenchido qualquer um deles, não lhe cabendo exigir a presença simultânea de ambos¹⁸⁰.

Desse modo, a interpretação literal da lei afigura-se a mais adequada com os princípios que regem o CDC.

Carlos Roberto Barbosa Moreira¹⁸¹, revendo posição anteriormente manifestada, afirma que a exigência do preenchimento de ambos os requisitos é entendimento que deve ser evitado: “em primeiro lugar, porque se estaria adotando, entre duas possíveis exegeses, a menos favorável ao consumidor, o que não parece razoável”. Mais adiante, analisando o exemplo trazido por Antonio Gidi, qual seja, o caso do mendigo que propõe demanda em face do luxuoso *shopping center*, e que teria a inversão do ônus da prova em seu favor, unicamente em razão de sua hipossuficiência, já que as alegações por ele expendidas não são dotadas da mais remota aparência da verdade, o autor conclui que: “[...] inconvenientes deste jaez serão evitados adequadamente se o Judiciário vir na hipossuficiência algo além da mera indigência financeira, e se, além disso, for bem manejado o novo instrumento [...]”¹⁸².

Resta claro, portanto, que o exemplo do mendigo não pode ser considerado como situação injusta, desde que não se atribua a hipossuficiência exclusivamente às condições financeiras do consumidor.

¹⁸⁰ Neste sentido: "Preclusão - Ação civil pública - Alegação de ilegitimidade ativa e inadequação do procedimento adotado - Preliminares já analisadas em anterior agravo de instrumento entre as mesmas partes na mesma causa - Preclusão caracterizada - Não conhecimento. Prova - Perícia - Deferimento do pedido de inversão do ônus da prova - Caracterização de relação de consumo no contrato de cartão de crédito - Hipossuficiência dos consumidores representados pela associação-agravada caracterizada - Desnecessidade de prova da verossimilhança das alegações - Requisitos do art. 6o, VIII do CDC alternativos e não cumulativos - Inversão do ônus probatório que se refere aos fatos alegados pela autora na inicial, cabendo ao juiz analisar a pertinência e necessidade das provas requeridas - art. 130 do CPC - Recurso improvido." SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1º.TACSP. Agravo de Instrumento n. 1.184.641-4. 4ª. Câmara. Relator J. B. Franco de Godói. Julgado em: 27/08/2003. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

¹⁸¹ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, p. 301.

¹⁸² *Idem*.

5.9 OBJETO E LIMITES DA INVERSÃO

A inversão do ônus da prova é um instrumento processual de facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo. Trata-se de medida que tem por finalidade estabelecer um processo justo, devendo ser utilizada como instrumento de efetividade da política tutelar do consumidor, como consequência da sua situação de vulnerabilidade. Bem por isso, não deve ser tomada como instituto tendente a garantir a vitória do consumidor no processo.

A previsão legal atinente à inversão do ônus da prova não liberou totalmente o consumidor do encargo de produzir provas no processo, em relação aos fatos constitutivos de seu direito.

A inversão não abrange todo e qualquer fato alegado pelo consumidor, mas apenas os fatos diretamente relacionados com sua hipossuficiência. Os fatos que com ela não se relacionam devem ser comprovados pelo consumidor, sob pena de se irrogar ao fornecedor situação excessivamente gravosa, em flagrante afronta ao princípio da isonomia, desta vez, contra ele.

Nas palavras de Antonio Gidi¹⁸³:

[...] se está correto que a hipossuficiência do consumidor é relacionada com a falta de conhecimentos técnicos específicos da atividade do fornecedor, afigura-se de clareza meridiana que somente em relação a tais conhecimentos é legítima a inversão do ônus da prova.

De outro turno, existem fatos cuja comprovação, ainda que difícil, compete ao consumidor. Pode-se citar, a título de exemplo, a efetiva ocorrência do dano e sua extensão. São fatos cuja comprovação fica a cargo do consumidor, ainda que seja invertido o ônus da prova, isto porque, à evidência, o fornecedor não teria meios para comprovar a extensão dos danos sofridos pelo consumidor, já que se trata de fato relativo à sua vida, aos seus costumes, às suas atividades habituais, aos seus bens, ou seja, a elementos a que o fornecedor não tem acesso. Além disso, estes fatos não guardam qualquer relação com a hipossuficiência do

¹⁸³ GIDI, Antônio. Defesa do Consumidor: aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor, p. 29.

consumidor, de modo que não haveria qualquer razão lógica para se eximi-lo de demonstrar o que alega¹⁸⁴.

A prova que se impõe ao fornecedor deve ser, ainda, objetivamente possível. Ao consumidor compete precisar adequadamente os fatos, na medida em que o indeterminado ou o indefinido não é suscetível de prova.

A inversão refere-se a fato específico, perfeitamente individualizado, e não a qualquer fato que o consumidor tenha interesse em demonstrar. Além disso, a prova deve ser possível de realização pelo fornecedor, em razão de sua hipersuficiência tecnológica, econômica etc. A transferência para o fornecedor necessita decorrer da insuficiência pessoal do consumidor. É como analisa Humberto Theodoro Junior¹⁸⁵: “Se este, portanto, aciona o fornecedor, arguindo fatos absolutamente impossíveis de prova, não ocorrerá a inversão do *onus probandi*, mas a sucumbência inevitável da pretensão deduzida em juízo”.

Aplicável, também, é a inversão do ônus da prova em se tratando de responsabilidade civil subjetiva dos profissionais liberais e, portanto, aferível mediante investigação de culpa (art. 14, §4º, do CDC)¹⁸⁶.

Para efeito de inversão do ônus da prova, não importa a espécie de responsabilidade em discussão, se objetiva ou subjetiva. A inversão do ônus da prova, em se tratando de responsabilidade subjetiva, tem o condão de isentar o consumidor de comprovar a culpa do profissional que, portanto, fica incumbido de comprovar que agiu com toda diligência que lhe era exigível no desenvolvimento de sua atividade. De extrema importância é a inversão do ônus da prova no tocante ao elemento subjetivo da conduta, tendo em conta a natural dificuldade que encontraria o consumidor para comprovar que o profissional agiu com imprudência, negligência ou imperícia. A prova da culpa do fornecedor pelo consumidor pode ser considerada prova diabólica, de impossível elaboração e, assim, levar à irresponsabilidade¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Neste sentido se posiciona GIDI, Antonio. *Defesa do Consumidor: aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*, p. 30-31.

¹⁸⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 5. ed., rev. e at. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 185.

¹⁸⁶ Neste sentido manifesta-se NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor*, p. 217.

¹⁸⁷ Ao discorrer sobre a responsabilidade subjetiva e a ineficiência deste sistema na atual sociedade de consumo, pondera o Professor Nelson Nery Junior que: “A regra geral é da irresponsabilidade do produtor pelos danos da coisa, como deflui dos prazos breves de prescrição e da impossibilidade prática de a vítima provar a culpa do produtor”. (*Aspectos da Responsabilidade Civil do Fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90)*. *Revista do Advogado* 33/76, p. 77).

A propósito, não procede o argumento de que a inversão do ônus da prova transformaria em objetiva a responsabilidade subjetiva, por eximir o consumidor da comprovação da culpa do fornecedor. É que, a despeito da inversão e, portanto, da transferência, para o fornecedor, do encargo probatório quanto ao elemento subjetivo de sua conduta, persiste a discussão a ele relacionada, de sorte que a comprovação da ausência de culpa afasta a responsabilidade. Com relação à responsabilidade objetiva, a culpa é elemento irrelevante, que não interfere, de modo algum, no dever de indenizar. Evidente que, se a inversão transformasse em objetiva a responsabilidade subjetiva, comprovações atinentes à culpa seriam desprezadas, o que não ocorre quando há inversão do ônus da prova¹⁸⁸.

A inversão pode abranger, ainda, o nexos de causalidade entre a conduta (ação ou omissão) e o dano noticiado pelo consumidor, tal como se opera nos casos de responsabilidade objetiva.

5.10 O MOMENTO APROPRIADO PARA A INVERSÃO

A lei não estabelece o momento em que deve ser aplicada a inversão do ônus da prova. Na doutrina, não há consenso sobre o tema. Contudo, três são as correntes de entendimento. A primeira delas sustenta que a inversão deve ser aplicada no momento do despacho inicial¹⁸⁹. A segunda, que conta com adeptos como José Carlos Barbosa Moreira, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Hugo Nigro Mazzilli, Antonio Gidi e Humberto Theodoro Júnior, defende que a inversão deve ser aplicada no momento do saneamento do processo. A terceira corrente, da qual perfilham, entre outros, Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, Kazuo Watanabe, José Geraldo de Brito Filomeno e Sérgio Cavalieri Filho, afirma que o

¹⁸⁸ Neste sentido: MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, p. 308.

¹⁸⁹ Neste sentido: NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor* 10/48, p. 59.

ônus da prova deve ser invertido no momento da sentença, como regra de julgamento e não de procedimento¹⁹⁰.

Apesar dos respeitáveis e coerentes argumentos que embasam as duas primeiras correntes, percebe-se que a terceira possa ser a mais adequada. O raciocínio é o de que seria prematuro qualquer pronunciamento judicial a respeito da inversão do ônus da prova no despacho inicial, na medida em que, neste momento, a contestação sequer foi apresentada. O juiz, não tendo condições de verificar quais são os fatos controvertidos, que demandarão comprovação na fase de instrução, não teria, por conseguinte, elementos suficientes para determinar a inversão. Além disso, fica difícil imaginar que, nesta fase inicial, o juiz consiga analisar o preenchimento dos requisitos necessários à inversão, o que evidentemente ficará mais bem esclarecido no decorrer do processo.

¹⁹⁰ A respeito desta questão, há intensa discussão no âmbito jurisprudencial, notadamente em face das duas últimas posições, quais sejam a aplicação da regra no momento do saneamento do processo e, portanto, no início da fase instrutória, e no momento da sentença, como regra de julgamento.

Adotando a primeira corrente: "RECURSO ESPECIAL. CDC. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ENUNCIADO N. 297 DA SÚMULA DO STJ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC). MOMENTO PROCESSUAL. FASE INSTRUTÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. Há muito se consolidou nesta Corte Superior o entendimento quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (Enunciado n. 297 da Súmula do STJ) e, por conseguinte, da possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII do artigo 6º da lei consumerista. 2. O Tribunal de origem determinou, porém, que a inversão fosse apreciada somente na sentença, porquanto consubstanciaria verdadeira 'regra de julgamento'. 3. Mesmo que controverso o tema, dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória - momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes -, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal, conforme precedentes. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 662.608/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Quarta Turma. Julgado em: 12/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 242. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

Adotando a segunda corrente: "PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR COM O OBJETIVO DE DESTRANÇAR RECURSO ESPECIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PERICULUM IN MORA. INEXISTÊNCIA. ART. 542, § 3º, DO CPC. - O entendimento da 3ª e 4ª Turmas do STJ é de que o recurso especial interposto contra acórdão em agravo de instrumento versando sobre a inversão do ônus da prova deve permanecer retido na origem, nos termos do § 3.º do artigo 542 do CPC. - A inversão do ônus da prova é regra de juízo e não de procedimento, sendo irrelevante a decisão em agravo de instrumento afastando a inversão do ônus probatório no curso do processo, pois é na sentença o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova. - Ausência de urgência da prestação jurisdicional, apta a ensejar o destrancamento do recurso especial que versa sobre essa questão, posto que eventual erro quanto à aplicação do ônus da prova pode ser corrigido até mesmo após a decisão de mérito. Negado provimento ao agravo interno. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 11.970/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 07/12/2006, DJ 18/12/2006, p. 357. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

A segunda posição, no sentido de que a inversão deve ser aplicada no momento do saneamento do feito, funda-se no argumento de que o fornecedor deve ter conhecimento prévio a respeito dos fatos que lhe incumbirão provar, para que possa se desincumbir deste ônus, sem que a inversão lhe cause surpresa, pois outra conclusão não atenderia ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa. A doutrina que se filia a esta posição critica a corrente que afirma que a inversão deve ocorrer no momento da sentença, sob o argumento de que configuraria cerceamento de defesa e que, na eventualidade de o juiz, no momento da sentença, verificar que fatos relevantes, deduzidos pelo consumidor, cuja comprovação competia ao fornecedor em virtude da inversão, não foram comprovados, deveria reabrir a fase instrutória, para dar a oportunidade de o fornecedor produzir a prova.

Humberto Theodoro Junior¹⁹¹, a respeito, pondera:

[...] a não ser assim, ter-se-ia uma surpresa intolerável e irremediável, em franca oposição aos princípios da segurança e lealdade imprescindíveis à cooperação de todos os sujeitos do processo na busca e construção da justa solução do litígio. Somente assegurando a cada litigante o conhecimento prévio de qual será o objeto da prova e a quem incumbirá o ônus de produzi-la é que se preservará 'a garantia constitucional da ampla defesa'.

Para os adeptos dessa corrente, segundo esta linha de raciocínio, a inversão pressupõe decisão judicial a respeito, devidamente fundamentada, que desafia recurso de agravo.

Nas palavras de Carlos Roberto Barbosa Moreira¹⁹²:

[...] se não houver decisão judicial ordenando a inversão – e acrescento: *enquanto* semelhante decisão não for proferida –, vigorarão, no tocante ao ônus da prova, as regras gerais do Código de Processo Civil. Só seria lícito identificar a inversão legal desse ônus se a lei houvesse estabelecido, indistintamente, como regra, para os litígios envolvendo consumidores, sem dar ao magistrado qualquer margem na apreciação dos pressupostos que a autorizam [grifo no original].

Com efeito, várias razões indicam que a inversão do ônus no momento do saneamento do feito não parece ser a melhor solução a adotar. Em primeiro lugar,

¹⁹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*, p. 187.

¹⁹² MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*, p. 299.

esta regra não comportaria aplicação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, na medida em que a lei que rege seu procedimento, qual seja, a Lei nº 9.099/95, não prevê a fase de saneamento do processo, tendo em conta a concentração dos atos processuais, estabelecida como forma de conferir efetividade ao princípio da celeridade por ela estatuído. Nesse passo, não parece adequado afirmar que a regra de inversão deva ser aplicada em momentos distintos, dependendo do rito observado em determinado processo. Em segundo lugar, não convence a afirmação de que a inversão aplicada na sentença ofenderia o princípio do contraditório e ampla defesa, por retirar do fornecedor a possibilidade de se desincumbir do ônus da prova. É que a inversão do ônus da prova não impõe ao fornecedor um novo encargo probatório. De acordo com o disposto no art. 6º, VIII, do CDC, o fornecedor tem inequívoca ciência de que, se o juiz considerar verossímeis as alegações do consumidor ou considerá-lo hipossuficiente, inverterá o ônus da prova, o que afasta, por completo, qualquer situação de surpresa ou perplexidade. A par disso, sabe o fornecedor que dispõe de meios para produzir provas tendentes a afastar a pertinência da pretensão, já que participa da cadeia de produção e, portanto, tem pleno acesso a informações atinentes à técnica empregada na produção de um produto ou na execução de um serviço, bem assim que deve produzir provas no decorrer da instrução probatória.

Cecília Matos¹⁹³, sobre o tema, ensina:

[...] se o demandado, fiando-se na suposição de que o juiz não inverterá as regras do ônus da prova em favor do demandante, é surpreendido com uma sentença desfavorável, deve creditar seu insucesso mais a um excesso de otimismo do que à hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa.

De outro turno, não se pode olvidar que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento e, portanto, dirigidas ao juiz, destinatário mediato da prova, que as aplica no momento do julgamento do processo, quando se depara com o *non liquet*, isto é, com uma situação de insuficiência de provas que lhe gere dúvidas intransponíveis a respeito de determinado fato relevante ao julgamento da causa. Neste momento, percebendo que o *non liquet* envolve fato constitutivo do direito do autor, deve observar se o consumidor é hipossuficiente ou, se ausente a hipossuficiência, se sua argumentação é verossímil. Em caso positivo, deverá

¹⁹³ MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Justitia* 57/94, p. 100.

observar se o fornecedor produziu provas suficientes a elidir os fatos constitutivos do direito do autor e, na ausência destas provas, julgar a demanda em favor do consumidor¹⁹⁴.

O fato é que não há como desatrelar a aplicação das regras de distribuição do ônus da prova da análise da qualidade e suficiência das provas produzidas, já que sua aplicação depende da existência de falhas na atividade probatória das partes, que conduzem a uma incerteza. Essa incerteza torna, pois, inafastável a conclusão de que a inversão do ônus da prova deve ser aplicada no momento do julgamento do feito. Mais, a valoração das provas no momento do saneamento do feito, análise imprescindível à inversão do ônus da prova, importaria em evidente prejulgamento da demanda, o que não é admissível.

Não há que se falar, ainda, em reabertura da fase instrutória para que o fornecedor produza determinada prova, isto porque ele teve oportunidade de produzir todas as provas necessárias ao acolhimento de sua defesa durante a fase de instrução, ciente do preceito contido no art. 6º, VIII, do CDC, da situação de vulnerabilidade do consumidor e da posição vantajosa que ocupa na relação de consumo frente ao consumidor.

De outra parte, na linha deste raciocínio, não há que se exigir que o juiz aplique a regra da inversão por decisão prévia e fundamentada.

Evidente que a aplicação da regra, assim como todas as decisões judiciais, devem ser devidamente fundamentadas, conforme determinação constitucional (art. 93, IX, da CF), no entanto, cabe ao magistrado fundamentar a aplicação da regra na própria sentença, não havendo necessidade da prolação de decisão interlocutória neste sentido.

Desnecessário também qualquer requerimento expresso da parte para a inversão, primeiro porque se trata de regra de distribuição do ônus da prova e, portanto, regra de julgamento dirigida ao juiz, segundo porque as normas do CDC são de ordem pública, por expressa previsão contida no seu art. 1º, de sorte que ao juiz compete aplicá-las de ofício, independentemente de prévio requerimento das partes.

Anote-se, por fim, que nada impede que o juiz, no curso do feito ou até mesmo no despacho saneador, alerte as partes no sentido de que a inversão poderá

¹⁹⁴ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*, p. 217-218.

ser aplicada na sentença, com o que evitará eventual alegação de nulidade por cerceamento de defesa¹⁹⁵. Ressalte-se que, neste caso, não deverá o juiz elaborar nenhum juízo de valor acerca das provas coligidas aos autos até aquele momento, mas, apenas, de modo didático, mencionar a possibilidade de aplicação da regra estabelecida pelo art. 6º, VIII, do CDC.

5.11 CONVENÇÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA

O CPC admite convenção entre as partes em relação ao ônus da prova, salvo se o litígio recair sobre direito indisponível ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, hipóteses em que eventual convenção será nula. É o que estabelece o art. 333, parágrafo único.

Em se tratando de direitos disponíveis, em que a parte tem disponibilidade não somente do direito mas também do próprio processo, perfeitamente possível é a elaboração de cláusula contratual que estabeleça critérios próprios a respeito do ônus da prova. Não é possível, entretanto, a convenção sobre o ônus da prova em se tratando de direitos indisponíveis, isto porque estes direitos não estão sujeitos à confissão (art. 351 do CPC), à transação (art. 841 do CC) e, ainda, a respeito deles, não podem ser considerados verdadeiros os fatos alegados na inicial, mesmo que ocorra revelia (art. 320, II, do CPC).

De outro lado, nula será a convenção que tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, ocorrência esta que deve ser analisada pelo juiz, caso a caso. Ainda que o direito seja disponível, de modo que o interessado possa a ele renunciar ou sobre ele transigir, não pode assumir o encargo de fazer uma prova excessivamente difícil. “O processo é público, e o juiz não pode prestar-se a conduzi-lo quando uma das partes, por convenção, assumiu o ônus de produzir a *probatio diabolica*.”¹⁹⁶

O CDC, por sua vez, não proíbe convenção sobre o ônus da prova, no entanto, considera nula de pleno direito cláusula contratual que estabeleça inversão

¹⁹⁵ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, p. 190 e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 295.

¹⁹⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, p. 435.

do ônus da prova em prejuízo do consumidor (art. 51, VI). Nesta medida, nula será qualquer convenção contratual que transfira ao consumidor o ônus probatório carreado ao fornecedor em matéria de publicidade (art. 38), e também no que diz respeito às cláusulas excludentes da responsabilidade de indenizar por fato do produto ou do serviço (arts. 12, §3º, e 14, §3º).

Ainda que o legislador consumerista não tivesse incluído no rol de cláusulas abusivas a cláusula que trata de convenção sobre o ônus da prova em prejuízo do consumidor, qualquer convenção neste sentido, nos exemplos mencionados, não teria validade, considerando que a atribuição do ônus da prova ao fornecedor foi ditada por normas de ordem pública (art. 1º do CDC) que, portanto, não admitem derrogação por convenção das partes.

5.12 ÔNUS DA PROVA E PUBLICIDADE

Consoante disposição do CDC, ao patrocinador impõe-se o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária (art. 38)¹⁹⁷.

Antes da edição do CDC, o ônus da prova acerca da incorreção ou falta de veracidade da publicidade, por se tratar de fato constitutivo do direito do consumidor, a ele competia, por força do art. 333, I, do CPC. Tratava-se de comprovação extremamente difícil para o consumidor e, por esta razão, o legislador houve por bem atribuir o ônus da prova, neste caso, a quem patrocina a publicidade, ou seja, ao fornecedor interessado em sua veiculação¹⁹⁸.

Como forma de propiciar e garantir tal comprovação, o legislador impôs ao fornecedor, na publicidade de seus produtos e serviços, a obrigação de manter em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem (art. 36, parágrafo único, do CDC).

¹⁹⁷ “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

¹⁹⁸ Neste sentido: ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 124.

Não basta, portanto, veicular a verdade. É necessário que a prova da verdade da informação seja mantida em arquivo pelo fornecedor, para eventual averiguação e demonstração.

Como observa Luiz Antônio Rizzatto Nunes¹⁹⁹, a norma tem dupla função: proteger o consumidor “porque ele ou seus legítimos representantes, querendo e havendo motivo justificado, poderão requerer a confirmação dos dados anunciados”, e também garantir o fornecedor, “pois, arquivando e mantendo consigo os dados técnicos que deram base ao anúncio, não poderá ser acusado de prática de publicidade enganosa, porquanto terá como provar que falou a verdade”.

Nessa medida, consoante exemplo trazido pelo citado autor, caso um fabricante de pneus, em um determinado anúncio publicitário, assegure que os pneus que fabrica duram 50.000 Km, deverá manter consigo os testes de qualidade e durabilidade que comprovem a afirmação, para exibí-los em caso de requerimento do consumidor²⁰⁰. Não há dúvidas, portanto, que o ônus da prova, em se tratando de veracidade de informação publicitária, recai sobre o fornecedor.

A questão que surge na doutrina diz respeito à natureza desta norma, ou seja, se constitui regra de atribuição ou de inversão do ônus da prova, considerando a regra geral de distribuição do ônus da prova estabelecida pelo art. 333 do CPC.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁰¹ sustentam que não se trata de regra de inversão do ônus da prova. A explicação é a seguinte:

Enquanto o CDC 6º, VIII, constitui exceção à regra de que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto aos fatos constitutivos de seu direito (CPC 333, I), a norma ora analisada estabelece como regra o ônus da prova da veracidade ou correção da informação ou comunicação publicitária ao fornecedor. Quando o consumidor, nas ações individuais, ou qualquer dos legitimados pelo CDC, 82, nas ações coletivas, alegar a existência de publicidade enganosa ou abusiva, incumbe ao fornecedor provar o contrário. Não há necessidade de o consumidor ou o autor da ação coletiva provar essa alegação. A hipótese não é de inversão, mas sim de determinação legal do ônus da prova, que é atribuído *ex lege* ao fornecedor.

¹⁹⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*, p. 506.

²⁰⁰ *Idem*.

²⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, p. 209.

De outro lado, autores como Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin²⁰², Sérgio Cavalieri Filho²⁰³ e Érico de Pina Cabral²⁰⁴, insistem que se trata de inversão do ônus da prova, que se opera *ope legis*, ou seja, por obra da lei.

A regra em apreço, estabelecida pelo CDC, não constitui hipótese de inversão do ônus da prova, na medida em que não há nenhuma possibilidade de a inversão ser operada pelo juiz ou pela lei, porquanto o ônus é sempre do fornecedor. A lei, destarte, não inverte o ônus, mas sim o atribui ao fornecedor.

Antonio Gidi²⁰⁵, nesse sentido, afirma que: “[...] trata-se, apenas, de uma alteração na diretriz política adotada pelo direito positivo. É posição política do legislador, é atividade pré-processual, é, de certo modo, pré-jurídica”.

Essa disposição legal não guarda, portanto, qualquer similitude com a possibilidade de inversão prevista pelo art. 6º, VIII, do CDC, que constitui exceção à regra de que o ônus da prova incumbe ao autor, com relação aos fatos constitutivos de seu direito, e prevê a possibilidade de inversão, por obra do juiz, desde que preenchidos os requisitos legais necessários a tanto.

Impende ressaltar que, ainda que se entenda que se trate de regra de inversão *ope legis*, sua aplicação é imediata, ou seja, não depende do preenchimento dos requisitos da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor.

²⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 369.

²⁰³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*, p. 298-299.

²⁰⁴ CABRAL, Erico de Pina. *Inversão do ônus da prova no Processo Civil do Consumidor*, p. 362-363.

²⁰⁵ GIDI, Antônio. *Defesa do Consumidor: aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*, p. 33.

6 COMPETÊNCIA NA AÇÃO FUNDADA EM RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR

A norma do art. 101, inciso I, do CDC, permite o ajuizamento de ação fundada em responsabilidade civil do fornecedor no foro do domicílio do consumidor.

Trata-se de regra inovadora e de grande importância como implicação do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo, tendo em conta os inúmeros entraves que decorreriam da aplicação das normas de competência previstas pelo CPC a lides fundadas em relação de consumo, considerando a desigualdade de forças entre seus partícipes, quais sejam, o consumidor e o fornecedor.

6.1 JURISDIÇÃO

Nos primórdios da história humana, a solução dos conflitos era feita pelos próprios envolvidos, ou seja, pelos titulares dos interesses em disputa, já que o Estado era fraco e se limitava a definir os direitos. Naquele período, vigia a justiça privada, também conhecida como justiça pelas próprias mãos, em que o resultado era, quase sempre, a predominância do mais forte sobre o mais fraco. A solução dos conflitos era parcial, na medida em que conferida pelos próprios envolvidos e, naturalmente, imperfeita e incapaz de gerar a paz social desejada por todos²⁰⁶.

Mais tarde, com o fortalecimento do Estado e a evolução das instituições, a justiça privada foi substituída pela justiça pública. O Estado atribuiu para si, com exclusividade, a responsabilidade de solucionar conflitos, proibindo, como regra, que os próprios envolvidos o fizessem²⁰⁷. As lides passaram a ter uma solução imparcial e o Estado passou a não somente definir os direitos, mas também a executá-los.

²⁰⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 38.

²⁰⁷ *Idem*. Conforme o autor: “O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei.”

Para o desempenho dessas funções estabeleceu-se a jurisdição, definida “como o poder que toca ao Estado, entre suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”²⁰⁸.

Na doutrina encontram-se alguns conceitos que caracterizam a jurisdição, a começar por Moacyr Amaral Santos²⁰⁹ que a define como:

A função do Estado destinada a compor conflitos de interesses ocorrentes tem por finalidade resguardar a ordem jurídica, o império da lei, amparando o direito objetivo, e, como conseqüência, proteger aquele dos interesses em conflito que é tutelado pela lei. Sendo função estatal, e mesmo uma das características da soberania do Estado, é exercida sobre todo o território nacional; é a função de fazer justiça.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²¹⁰ afirmam que:

A função jurisdicional tem por escopo a pacificação social, de sorte que a solução dos conflitos é o objeto primeiro da jurisdição. O CPC estabelece regras de jurisdição contenciosa (CPC, 1º a 1.102c), ao mesmo tempo em que regula a jurisdição voluntária (CPC, 1.103 a 1.210).

Clássica é a definição de jurisdição formulada por Giuseppe Chiovenda²¹¹, quando assim se expressa:

A função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

Enrico Tullio Liebman²¹², referindo-se aos conceitos de Carnelutti e Chiovenda, define jurisdição como sendo “atividade dos órgãos do Estado destinada

²⁰⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 38.

²⁰⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 205.

²¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 164.

²¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 3.

²¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual Civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 23.

a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.

Pondera Patrícia Miranda Pizzol²¹³ que, “de forma bem simples, poderemos dizer que jurisdição é dizer o direito, o que se depreende, inclusive, do significado semântico da palavra – *iuris dictio*, do latim, que significa dicção do direito”.

Uma das principais características da jurisdição é a substitutividade²¹⁴, na medida em que, em seu exercício, o Estado substitui, por sua vontade, a vontade das partes em litígio.

A função jurisdicional tem por finalidade atingir, na experiência concreta, os resultados preconizados pelo direito material, além de propiciar a pacificação social.

No dizer de Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra²¹⁵, “o mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade (ou seja, do Estado enquanto comunidade)”.

Em síntese, pode-se afirmar que a jurisdição “tem por finalidade resguardar a ordem jurídica, o império da lei, amparando o direito objetivo, e, como conseqüência, proteger aquele dos interesses em conflito que é tutelado pela lei”²¹⁶.

6.2 COMPETÊNCIA

6.2.1 Conceito

A jurisdição, como expressão do poder do Estado, é una e exercida sobre todo o território nacional, não comportando divisões ou fragmentações. Cada juiz e

²¹³ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 32.

²¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 9.

²¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 147.

²¹⁶ SANTOS, Amaral Santos. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 205.

cada tribunal são plenamente investidos de jurisdição, de modo que podem exercê-la em abstrato²¹⁷. Não obstante, por diversas questões práticas, tais como a extensão territorial, a distribuição da população, a complexidade das demandas e seus respectivos valores, o exercício da jurisdição é repartido entre vários órgãos jurisdicionais, todos eles integrantes do Poder Judiciário. “Tudo isso com a finalidade de que a distribuição da justiça seja mais ágil e melhor”²¹⁸.

Nessa medida, a lei estabelece regras prefixando atribuições aos órgãos jurisdicionais, criando, assim, limites ao exercício da jurisdição, definindo-lhes a competência. A competência, portanto, “limita a jurisdição, é a delimitação da jurisdição”²¹⁹; é a medida ou o limite da jurisdição, ou, ainda, o âmbito dentro do qual pode o juiz exercê-la.

No dizer de Enrico Tullio Liebman²²⁰:

A competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a medida da jurisdição. Em outras palavras, ela determina em quais casos e em relação a quais controvérsias tem cada órgão, individualmente considerado, o poder de emitir provimentos, ao mesmo tempo em que delimita, em abstrato, o grupo de controvérsias que lhe são atribuídas.

Giuseppe Chiovenda²²¹, por seu turno, define a competência de um tribunal como “o conjunto das causas nas quais pode ele exercer, segundo a lei, sua jurisdição; e, num segundo sentido, entende-se por competência esta faculdade do tribunal considerada nos limites em que lhe é atribuída”.

Francesco Carnelutti²²² também ensina que:

O instituto da competência tem origem na distribuição do trabalho entre os diversos ofícios judiciais ou entre seus diversos componentes. [...] Portanto, a competência significa a pertinência a um ofício, a um oficial ou a um encarregado, da potestade a respeito de uma lide ou de um negócio determinado; naturalmente, tal pertinência é um requisito de validade do ato processual, em que a potestade encontra seu desenvolvimento.

²¹⁷ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Competência no processo civil*, p. 119.

²¹⁸ *Idem*.

²¹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 206.

²²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, p. 81.

²²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 153.

²²² CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*, p. 256.

Importante ressaltar que jurisdição e competência são conceitos que não se confundem, uma vez que esta última é medida daquela. A competência, portanto, pressupõe jurisdição²²³.

6.2.2 Competência absoluta e competência relativa

As regras atinentes à competência podem ser imperativas e cogentes, ou apenas dispositivas e, portanto, transponíveis, dependendo do critério utilizado para determiná-la, a ordem pública ou o interesse privado²²⁴.

Há duas ordens de interesses que devem ser consideradas para a fixação de regras de competência; uma ligada à conveniência da administração da justiça e outra à comodidade das partes. Não significa dizer que estes interesses sejam necessariamente contrapostos e reciprocamente excludentes. É possível que eles coincidam, o que facilitará sobremodo a opção legislativa²²⁵.

Contudo, na eventualidade de haver conflito entre esses interesses, será necessário sopesar qual deles merece maior proteção naquela determinada circunstância, de modo que o legislador, quando da fixação da regra de competência, deverá desprezar um deles em benefício do outro. Concebe-se que há casos em que o interesse público, que envolve o bom desempenho da máquina judiciária, sobrepõe-se ao interesse privado, de modo que, em havendo conflito, a lei terá de sacrificar o segundo em benefício do primeiro. Há situações, entretanto, em que a escolha do foro, pelo ângulo do interesse público, assume diminuta relevância; neste caso, prevalecerá o interesse privado na designação do foro competente²²⁶.

A regra inserta no art. 95 do CPC é um exemplo de regra de competência intransponível, *verbis*: “Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis, é

²²³ Neste sentido: PIZZOL, Patrícia Miranda. *Competência no processo civil*, p. 128.

²²⁴ Conforme ensinamento de Rosa Maria de Andrade Nery, o Código de Processo Civil brasileiro levou em consideração dois critérios para se determinar a competência, sob ângulo dicotômico público-privado, a ordem pública e o interesse privado. (Competência relativa de foro e a ordem pública: O art. 51 do CDC e o verbete n. 33 da Súmula do STJ. *Justitia* 167/46, p. 46).

²²⁵ Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa? *Revista de Processo* 62/29, p. 29.

²²⁶ *Idem*.

competente o foro da situação da coisa”. A razão legislativa é clara; prende-se à ideia de que este é, em princípio, o lugar em que a atividade jurisdicional será exercida com mais facilidade e eficiência, e isto se dá porque a proximidade do imóvel facilitará por certo a colheita de provas, que poderá abarcar a realização de perícia ou inspeção judicial²²⁷.

Em outros casos, entretanto, a lei não subordina o interesse público ao privado. “Ela assim procede, é verdade, na maioria dos casos; mas deixa de lado outros, em que a seu ver não causará mal maior a transigência com a comodidade privada”²²⁸. Nestas situações, o legislador fixa a regra de competência levando em consideração o interesse exclusivamente privado daquele que suportará a lide, ou seja, daquele que sofrerá o incômodo de se ver demandado.

Nas palavras de Athos Gusmão Carneiro²²⁹:

Em certos casos, as regras de competência visam atender primacialmente ao *interesse das partes*, quer facilitando ao autor o acesso ao Judiciário, quer propiciando ao réu melhores condições de defesa. [...] Em outros casos, as regras de competência são motivadas por considerações ligadas principalmente ao interesse público de uma melhor administração da Justiça [grifo no original].

Nos casos em que a lei leva em consideração o interesse público para a fixação de regras de competência, a competência é absoluta; naqueles que as regras são fixadas em observância aos interesses privados, a competência é relativa.

A principal consequência dessa classificação diz respeito à possibilidade de prorrogação e de ser reconhecida e declarada de ofício pelo juiz.

Enrico Tullio Liebman²³⁰, a respeito, afirma que:

As normas que disciplinam a competência são inspiradas em diversas razões e apresentam uma rigidez variável. A competência,

²²⁷ Neste sentido lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis, é competente o foro da situação da coisa (*forum rei sitae*), tendo em vista que o juiz deste lugar, por exercer ali sua função, tem melhores condições de julgar essas ações, aliado ao fato de que as provas, normalmente, são colhidas mais direta e facilmente”. (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10ª. ed., rev., ampl. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 350).

²²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa? p. 29.

²²⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 15. ed., at., inclusive em face das reformas do CPC de 2006/2007. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103.

²³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, p. 57.

por isso, absoluta ou relativa; a primeira é insuscetível de prorrogação pelas partes e a segunda, ao contrário, é prorrogável.

No mesmo sentido é o magistério de Moacyr Amaral Santos²³¹:

Os limites da jurisdição *nem sempre são intransponíveis*. Pode, em certos casos, um juiz, incompetente segundo as normas ordinárias da competência para conhecer de uma causa, ter jurisdição ampliada, prorrogada, tornando-se competente para conhecê-la. Normalmente, não teria ele competência: não teria competência, segundo critérios ordinários determinadores da competência, mas, por força de um fato superveniente, adquire competência que não tinha [grifo no original].

Não há dissenso na doutrina a respeito da impossibilidade de prorrogação da competência absoluta, isto porque se trata de pressuposto processual de validade da relação jurídica processual²³². Ademais, a disposição constante do art. 113 do CPC não deixa qualquer dúvida acerca desta conclusão: “A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção”.

Ao verificar sua incompetência absoluta, deve o juiz declará-la de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente de prévia arguição pelo réu. Trata-se de um poder-dever de zelar pela observância da norma de determinação de competência, considerando que, nestes casos, o legislador não se preocupou com a vontade dos litigantes, mas sim com a administração da justiça e, portanto, com o interesse público.

Como ensina José Carlos Barbosa Moreira²³³:

[...] o órgão que recebe a petição inicial ficará não só autorizado, mas obrigado, a recusar a causa, sem atribuir relevância alguma à vontade manifestada pelo autor, nem aguardar a manifestação expressa ou tácita, da vontade do réu. Cabe-lhe, pura e simplesmente, declarar *ex officio* a sua própria incompetência (art. 113, *caput*).

A incompetência absoluta é vício insanável. A sentença proferida por juiz absolutamente incompetente é nula, podendo ser rescindida por ação rescisória, nos

²³¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 254.

²³² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 371.

²³³ BARBOSA, José, Carlos Barbosa. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa? p. 29-30.

termos do art. 485, II, do CPC: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] II – proferida por juiz absolutamente incompetente”²³⁴.

A competência relativa, de outro lado, cujas regras são ditadas no interesse exclusivo das partes, porque irrelevante para a ordem pública, é informada pelo princípio dispositivo²³⁵, de modo que admite prorrogação e não pode ser conhecida de ofício pelo juiz.

Pelo fenômeno da prorrogação, o juiz que era relativamente incompetente torna-se competente para o julgamento da causa, se o réu não alegar a incompetência, por meio de exceção, no prazo para defesa (art. 114 do CPC: “Prorroga-se a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais”)²³⁶. Pela prorrogação, portanto, “a competência de um juiz é ampliada, para abranger determinada causa que, pelas regras gerais, nela não estaria incluída”²³⁷.

A prorrogação da competência relativa pode ocorrer de modo expresso ou tácito. Será expresso quando as partes assim dispuserem previamente em contrato, convencionando que quaisquer ações dele oriundas serão propostas em determinado foro, ainda que outro seja competente, estatuinto, assim, o chamado foro de eleição. Será tácita, a prorrogação, quando ocorrer após o ajuizamento da demanda, em virtude da inércia do réu em apresentar exceção declinatória de foro, no prazo para defesa, aceitando, assim, o foro escolhido pelo autor.

Diante de suas características, especialmente por ser informada pelo princípio dispositivo, bem assim por não se tratar de matéria de ordem pública, a incompetência relativa não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz²³⁸, de modo que, se o réu não apresentar exceção de incompetência no prazo legal, a competência sofrerá prorrogação.

Há várias razões que justificam a impossibilidade de reconhecimento de ofício da incompetência relativa.

²³⁴ Neste sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v.1, p. 256.

²³⁵ “O Juiz, em matéria de direito dispositivo, não pode adiantar-se às partes, mas deve conservar a característica da inércia da jurisdição, somente se pronunciando se for provocado para tanto”. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Competência relativa de foro e a ordem pública: O artigo 51 do CDC e o verbete n. 33 da Súmula do STJ*, p. 48.

²³⁶ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 373-374.

²³⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*, p. 111.

²³⁸ Neste sentido: Súmula 33 do STJ: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

Como afirmado anteriormente, as regras de competência relativa levam em consideração não a conveniência da administração da justiça, como as regras de competência absoluta, mas o interesse privado; a presumida comodidade da parte. Ocorre que é possível que o interesse real do réu não coincida com o interesse presumido pela lei, de sorte que a ele menos inconveniente se afigure litigar no foro escolhido pelo autor do que no foro de seu domicílio. Prudente, desta forma, que o juiz não se valha de um dado presumido para declinar de sua competência, mas sim que aguarde a manifestação do réu, para que possa avaliar se a presunção abstratamente considerada revela-se exata no caso concreto, ou seja, se há coincidência entre a presunção legal e a realidade do caso concreto.

O único modo de obter o dado real consiste em consultar o próprio réu. Se ele se abster de impugnar a escolha feita pelo autor, isso significará que mais lhe convém defender-se no foro em que a demanda foi ajuizada, restando satisfeitos os interesses coincidentes das partes, resultado a que não se chegaria se o juiz se precipitasse ao reconhecer e declarar, de plano, sua incompetência e remetesse os autos a outro foro²³⁹.

Diante da possibilidade de a presunção legal não se verificar no caso concreto, o reconhecimento, de ofício, da incompetência relativa poderia contrariar o objetivo da lei.

6.3 A REGRA DE COMPETÊNCIA ESTATUÍDA PELO ART. 101, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com o escopo de conferir efetividade ao princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo, em tema de competência, inovou o CDC ao estabelecer a possibilidade de o consumidor optar pelo foro de seu domicílio, em ações de responsabilidade civil (art. 101, inciso I)²⁴⁰.

²³⁹ Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa? p. 30-31.

²⁴⁰ “Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título, serão observadas as seguintes normas:

I- a ação pode ser proposta no domicílio do autor; II – [...]”.

Na formulação dessa regra, o legislador levou em consideração as naturais dificuldades encontradas pelo consumidor, ao atuar em juízo, especialmente se for obrigado a se deslocar para outras localidades, a fim de postular perante o juízo do foro do domicílio do fornecedor.

Na hipótese, óbvio que o consumidor seria duplamente apenado, primeiro por ter suportado os danos decorrentes do fato ou vício do produto ou serviço e, segundo, por ter de litigar no foro do ofensor, arcando com todos os custos inerentes a esta obrigação. Sob este enfoque, previu o legislador uma faculdade conferida ao consumidor, de optar pelo foro de seu domicílio, buscando, assim, amenizar as desigualdades inerentes às relações processuais derivadas das relações de consumo e conferir tratamento paritário aos litigantes.

Trata-se, segundo Kazuo Watanabe²⁴¹, de uma opção conferida ao consumidor, de modo que ele poderá dela abrir mão, elegendo a regra geral de competência prevista pelo art. 94 do CPC, qual seja, o foro do domicílio do réu, regra clássica de competência, que visa resguardar precipuamente os interesses do réu.

A opção que se confere ao consumidor lhe possibilita sopesar as naturais desvantagens de litigar a distância, bem como eventuais vantagens, especialmente de índole instrutória, já que, dependendo da natureza da questão levada a juízo, melhor seria para o consumidor litigar em outro foro que não o de seu domicílio e, assim, enfrentar menores dificuldades no campo probatório²⁴².

Em ações de responsabilidade civil fundada em relação de consumo, portanto, caberá ao autor optar pelo foro de seu domicílio, com fundamento no art. 101, inciso I, do CDC ou pelo foro do domicílio do fornecedor, com fundamento no art. 94 do CPC, ou, ainda, pelo local do ato ou do fato ou o local do cumprimento da obrigação, valendo-se da regra estabelecida pelo art. 100 do CPC.

Cuida-se de regra de competência relativa, na medida em que estabelecida no interesse particular do consumidor e, uma vez escolhido um destes

²⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 918.

²⁴² MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. A defesa do consumidor em juízo. *Revista de Processo* 61/179, p. 182.

foros, não terá guarida eventual exceção declinatória de foro apresentada pelo fornecedor²⁴³.

Não há que se confundir a natureza cogente das normas contidas no CDC – normas de ordem pública por expressa previsão contida em seu art. 1º – com a natureza da regra de competência em análise.

Com efeito, por serem as disposições contidas no CDC normas de ordem pública, deve o juiz aplicá-las de ofício, considerando que, neste caso, prevalece o interesse público sobre o interesse privado.

Na questão atinente à competência, entretanto, o legislador deixou claro, na redação do art. 101, I, em razão da utilização do termo “poderá”, que se trata de norma de competência relativa, porquanto ao consumidor compete escolher um dos foros competentes para o ajuizamento da demanda, conforme sua conveniência.

Atribuir caráter absoluto à regra de competência em apreço significa retirar do consumidor a possibilidade de escolher a melhor localidade para atuar em juízo, o que poderia afastar, por completo, a intenção legislativa, qual seja, a facilitação do acesso do consumidor à justiça. Acrescente-se que o CDC apenas ampliou o rol de foros competentes para o processamento e julgamento de lides de consumo. De forma alguma restringiu a competência ao foro do domicílio do consumidor, o que ocorreria se a regra tratasse de competência absoluta, já que, como visto, as regras de competência absoluta são fixadas em prol do interesse da administração da justiça e, por esta razão, não admitem prorrogação em nenhuma hipótese, mormente por questões de interesse privado.

Arruda Alvim²⁴⁴²⁴⁵, a propósito, afirma que a regra em questão não é de ordem pública, isto porque, querendo, o consumidor “poderá propor a ação no

²⁴³ Neste sentido: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*.

²⁴⁴ ALVIM, Arruda *et al.* *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 454.

²⁴⁵ Em sentido contrário é o posicionamento de Anselmo Prieto Alvarez, que assim pondera: “Num primeiro momento, por se tratar de prerrogativa do consumidor, poderíamos chegar à conclusão de que se trata de competência territorial, portanto relativa. No entanto, não podemos olvidar da regra contida no art. 1º do CDC, que eleva a legislação consumerista ao *status* de norma de ordem pública, portanto aqui a regra de competência é material e assim sendo absoluta, ou seja, inderrogável, improrrogável, podendo ser reconhecida *ex officio* pelo juiz. Há uma estranheza inicial, pois muito embora regra de competência absoluta, só aparece como tal, após a escolha pelo consumidor. Duas conseqüências acabam sendo extraídas da conclusão acima, quais sejam, o réu-fornecedor deverá impugnar a competência, neste caso, através de preliminar de contestação (art. 301, II, do CPC) e o juiz poderá, se não hipótese de aplicação do art. 101, I, do CDC, de ofício, dar-se como incompetente. Assim, é de se concluir que o Código de Defesa do Consumidor, quando entendeu

domicílio do fornecedor de produtos ou serviços. Mas é de ordem pública para o fim de inadmitir-se que a seu respeito haja eleição de foro, inaplicável o art. 111, segunda parte, do Código de Processo Civil”.

6.3.1 Alcance da norma

Como visto na seção anterior, a partir da análise da regra de competência estabelecida pelo art. 101, I, do CDC, é possível concluir que o Código não conferiu ao consumidor indistintamente regra de foro privilegiado, mas tão-somente previu a possibilidade de optar pelo foro de seu domicílio em ações envolvendo responsabilidade civil, como forma de lhe assegurar, com plenitude, o acesso à justiça. O legislador não estabeleceu, portanto, norma de cunho meramente paternalista. Procurou, sim, criar regras processuais tendentes a promover o equilíbrio entre as partes integrantes da relação processual instaurada em lide de consumo e garantir-lhes paridade de armas, levando em consideração o desequilíbrio inerente a esta espécie de relação jurídica, em nome do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo.

Questão interessante que surge da análise do dispositivo em apreço diz respeito ao seu alcance, haja vista que o legislador conferiu ao consumidor tal faculdade apenas em ações de responsabilidade civil, o que gerou certa discussão na doutrina com relação ao conteúdo e extensão desta hipótese.

Vicente Greco Filho²⁴⁶, ao comentar o artigo em análise, afirma, de forma categórica, que:

A ação de responsabilidade civil a que se refere o artigo é a que decorre do fato do produto (arts. 12 e 13), ou seja, danos causados aos consumidores por defeitos do produto ou serviço, em correspondência com o art. 159, do Código Civil, no direito comum. Não é ação que adviria dos arts. 18/20, porque ali a responsabilidade

necessária a adoção da regra de competência do domicílio do consumidor para solução dos litígios individuais de consumo, abraçou tal proteção para facilitação da defesa de direitos, como prerrogativa específica e não de caráter geral”. (As repercussões extraprocessuais e processuais (competência e inversão do ônus da prova) da facilitação da defesa de direitos do consumidor como garantia básica do sistema, p. 171).

²⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente *et al.* *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 353.

é contratual e não se enquadra no conceito jurídico de responsabilidade civil.

Em rigor, não há como partilhar desse entendimento. É que, em nenhum momento, o CDC fez distinção entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual. Muito pelo contrário, afastou esta dicotomia ao equiparar a consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (art. 17, do CDC) para efeito de responsabilidade civil. Não haveria, portanto, qualquer razão para se conferir tal interpretação restritiva a uma das aplicações práticas do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo²⁴⁷.

Inegável que a interpretação restritiva do artigo teria efeito altamente prejudicial ao sistema de proteção ao consumidor, considerando que, no mais das vezes, ações fundadas em vício do produto ou serviço envolvem valores menos significativos, de sorte que os custos inerentes ao processo e a distância do foro da sede do fornecedor dificultariam imensamente o acesso à justiça e desestimulariam o consumidor, talvez de forma decisiva, a discutir o seu direito. Esta interpretação, portanto, contraria por completo o espírito protetivo do microssistema criado pelo CDC.

Kazuo Watanabe²⁴⁸, que até a sétima edição do “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto” defendia a interpretação restritiva do termo responsabilidade civil empregado pelo legislador no art. 101, I, curvou-se ao entendimento jurisprudencial dominante e reviu a sua posição, quando então passou a sustentar que o termo deve ser interpretado de forma ampla, abarcando, portanto, não somente as ações de responsabilidade civil fundadas em ilícito extracontratual, mas também em ilícitos contratuais. É o que se depreende do seguinte trecho extraído da sua doutrina:

²⁴⁷ “A regra tem aplicação quer se trate de responsabilidade contratual quer extracontratual, mesmo porque, como vimos, o CDC superou essa clássica dicotomia da responsabilidade civil.” Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*, p. 285.

²⁴⁸ Na 6ª edição da obra *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Kazuo Watanabe assim se manifestava ao comentar a regra de competência estabelecida pelo art. 101, I, do CDC: “As regras estabelecidas no artigo dizem respeito à ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços. Responsabilidade civil, evidentemente, que tenha nexos com as relações de consumo. Tais regras, portanto, não têm aplicação à responsabilidade contratual e tampouco à responsabilidade civil que nenhum vínculo guarde com as relações de consumo”. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. rev. atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 797.

Com efeito, o CDC, além da regra em análise e da do art. 93, não contém qualquer outra regra de competência que seja aplicável às ações de responsabilidade contratual, de sorte que a interpretação restritiva deixaria o consumidor, nas controvérsias relativas aos contratos de consumo, com menos facilidade de defesa de seus direitos do que em casos de ilícitos extracontratuais, o que contraria o propósito repetidamente manifestado pelo legislador, de ampla facilitação de defesa do consumidor (cf., entre outros, os arts. 4º, inc. I, e art. 6º, incs. VII e VIII)²⁴⁹.

Nesse sentido é o teor do Enunciado nº 22, do I Encontro de Juízes de Juizados Especiais Cíveis da Capital e Grande São Paulo, publicado em 21 de dezembro de 1998: “O art. 101, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos casos de responsabilidade civil contratual e extracontratual²⁵⁰.”

Essa regra também incide no âmbito das ações coletivas e nas liquidações individuais promovidas pelas vítimas ou sucessores do evento²⁵¹, e, ainda, no caso do transporte *in utilibus* da coisa julgada, nos termos do art. 103, §3º, do CDC²⁵².

6.4 CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATOS DE ADESÃO

Na sociedade de consumo atual prevalece o sistema de contratação em massa, em que as cláusulas contratuais são redigidas unilateralmente pelo fornecedor, havendo reduzido espaço para as contratações negociadas. Este fenômeno do automatismo contratual deixa imperceptível o mecanismo da vontade, antes um baluarte do contrato²⁵³.

Nas palavras de Nelson Rosenvald²⁵⁴:

²⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 917-918.

²⁵⁰ Publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 21.12.1998.

²⁵¹ ALVIM, Arruda *et al.* *Código do Consumidor comentado*, p. 454-455.

²⁵² PIZZOL, Patrícia Miranda. *Competência no processo civil*, p. 636.

²⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 7. ed., 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2007, p. 351.

²⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. São Paulo: Manole, 2007, p. 316.

Os contratos de adesão traduzem um modelo de sociedade marcado pela massificação das relações econômicas. Não se trata de uma espécie de contrato, como a compra e venda ou a doação, mas de um instrumento contemporâneo de contratação, no qual a manifestação de vontade não se exterioriza pelo consentimento tradicional, mas pela forma de adesão. O contrato por adesão convive com o tradicional contrato paritário, marcado pela existência de uma etapa de negociação de cláusulas.

A figura do contratante, que oferece bens ou serviços, é geralmente desconhecida nesta modalidade contratual, ao passo que o consumidor individual também é anônimo. É o descumprimento contratual que gera a necessidade de identificar os partícipes da relação contratual, já que, se cumprido o contrato, não haverá interesse na identificação das partes. A personificação do contrato, portanto, ocorrerá apenas na hipótese de seu descumprimento²⁵⁵.

O mesmo ocorre, muitas vezes, com relação às cláusulas do contrato, no tocante ao seu conteúdo e alcance, pois, não raro, o consumidor não atenta para o exato teor das cláusulas insertas no contrato, no momento da adesão. “Em regra, apenas quando a cláusula abusiva incide é que o consumidor atenta para a sua existência”²⁵⁶.

Contrato de adesão é a modalidade mais frequente no âmbito das relações de consumo. São aqueles dotados de cláusulas predispostas por uma das partes e, portanto, desprovidos de prévia discussão acerca de seu conteúdo. Ao aderente incumbe apenas aceitar suas condições ou recusar a celebração do contrato, não havendo possibilidade de debater ou alterar suas disposições. A manifestação do consentimento ocorre por simples adesão às cláusulas que foram apresentadas por um dos contratantes²⁵⁷.

De acordo com Araken de Assis²⁵⁸:

²⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, p. 352.

²⁵⁶ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Proteção ao consumidor e condições gerais dos contratos. *Revista Forense* 306/311, p. 312.

²⁵⁷ Neste sentido: “A contratação por adesão possui uma grande característica: elimina a fase das conversações preliminares, pois uma das partes estabelece unilateralmente as condições gerais do contrato, sendo que o consentimento do outro contratante será a própria adesão em bloco – *take it or leave it*.” ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*, p. 316.

²⁵⁸ ASSIS, Araken de. Controle da eficácia do foro de eleição em contratos de adesão. *Ajuris* 48/219, p. 228.

[...] em inúmeras hipóteses o contrato obedece a um modelo uniforme, adrede preparado, de maneira que, desejando alguém obter o fornecimento de algo ou fazer jus a um serviço, público ou não, cabe-lhe uma aceitação ou rejeição pura e simples e em bloco, sem qualquer alternativa de debate. É inútil ressaltar que o esquema aniquila, mortalmente, a forma clássica de contratação, onde se supõe partes em condição paritária, perfeitamente conscientes das alternativas negociais, discutindo as cláusulas e as condições pertinentes, e, finalmente, fechando o negócio mediante consenso recíproco. O negócio derivado de semelhante modelo, contendo cláusulas padronizadas, designa-se sob influência francesa, de *contrato de adesão* [grifo no original].

Orlando Gomes²⁵⁹ ensina que o traço distintivo do contrato de adesão seria a “imposição de vontade de um dos contratantes à do outro”. O autor ainda afirma que:

No contrato de adesão, uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples *adesão* a conteúdo preestabelecido da relação jurídica [grifo no original].²⁶⁰

O CDC trouxe uma definição aos contratos de adesão, conforme se extrai do art. 54, *verbis*:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

A larga utilização desta espécie de contrato em relações de consumo contribui para agravar a posição de inferioridade ocupada pelo consumidor reconhecidamente vulnerável, a quem incumbe apenas aceitar as condições previamente impostas pelo fornecedor, ou não contratar, não lhe sendo dada a oportunidade de discutir, tampouco alterar as regras contratuais impostas.

Nesse contexto, surge a questão relativa à validade da cláusula de eleição de foro em contratos de adesão.

Como visto, as regras de competência relativa podem ser objeto de derrogação pelas partes em contrato, mediante a elaboração de cláusula de eleição

²⁵⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Edvaldo Brito (coord.). Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino (atualizadores). 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 128.

²⁶⁰ *Idem*.

de foro e, nesta hipótese, em havendo descumprimento da disposição contratual, diante de sua natureza, seu reconhecimento depende de arguição pelo interessado, já que o juiz não pode agir de ofício²⁶¹.

O foro de eleição é instituído, geralmente, em favor de um dos contratantes, com a anuência do outro e, por vezes, em benefício de ambos, “cada um deles na previsão de que o outro possa eventualmente mudar seu domicílio e, assim, adquirir o direito de ser demandado no novo local de morada, quiçá em comarca longínqua”²⁶².

Ocorre que, em contratos de adesão, é preciso que se analise a questão com maior acuidade, tendo em vista a reduzida autonomia de vontade inerente a esta espécie de contratação²⁶³, bem como as possíveis consequências danosas desta cláusula que, no mais das vezes, pode inviabilizar o acesso do consumidor ao Judiciário – seja como autor, seja como réu –, que, diante das dificuldades financeiras e materiais que encontra para o deslocamento, pode desistir de discutir a matéria²⁶⁴.

A realidade revela que, em contratos de adesão, é muito comum que o fornecedor, que tem filiais em várias cidades do país, após contratar nas mais variadas localidades, onde presta o serviço ou vende o produto e recebe o pagamento, apresente ao consumidor contrato-padrão contendo cláusula elegendo o foro de outra localidade, onde tem sua sede, muitas vezes, distante do local da contratação, como competente para dirimir eventuais conflitos decorrentes daquele contrato.

Evidente o desequilíbrio que tal disposição contratual acarreta, já que impõe ao consumidor a necessidade de se deslocar para grandes distâncias dentro do país, arcando com todas as despesas atinentes ao deslocamento, ao passo que o fornecedor, além de dispor de sede ou filial no foro eleito, em regra, conta com filial na localidade onde contraiu a obrigação e reside o aderente, inclusive com corpo de advogados. Cláusulas desta natureza podem inviabilizar completamente o acesso

²⁶¹ Neste sentido: Súmula 33 do STJ: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.”

²⁶² CARNEIRO, Athos Gusmão Carneiro. *Jurisdição e competência*, p. 113.

²⁶³ “Em virtude desse desequilíbrio prévio, caberá ao ordenamento uma intervenção mais drástica sobre os contratos dessa natureza, a fim de que a parte mais débil possa se relacionar com total inteligência da avença.” ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*, p. 317.

²⁶⁴ Neste sentido: XAVIER NETO, Francisco de Paula. A possível descon sideração do foro de eleição nos contratos de adesão. *Revista dos Tribunais*, 634/18, p. 19.

do consumidor à justiça, especialmente em lides de consumo que, não raro, envolvem valores pouco expressivos.

Nesse sentido é o ensinamento de Juan Carlos Rezzónico²⁶⁵:

Disse, com acerto, Berlioz, referindo-se às cláusulas atributivas de jurisdição: 'Forçando o aderente a se deslocar a um tribunal afastado por um litígio referente a somas relativamente pouco importantes, ditas cláusulas acabam por privar o aderente de todo recurso judicial, constituindo, assim, cláusulas de exoneração' [tradução nossa].

A análise da validade da cláusula em apreço, sob o aspecto processual, não encontra solução adequada. Por se tratar de regra de competência relativa e, portanto, derogável pela vontade das partes, não poderia o julgador afastá-la, seja por ato *ex officio*, seja por meio de exceção de incompetência. A melhor solução encontra-se no direito material.

O CDC, no art. 51, estabelece rol exemplificativo de cláusulas contratuais abusivas, o que se conclui, diante da utilização da expressão “entre outras”, inserida em seu *caput*, que precede à indicação de alguns exemplos. De outro lado, em seu art. 1º, confere caráter de ordem pública e de interesse social às normas por ele estabelecidas.

Conforme pontua Nelson Nery Junior²⁶⁶, diante dessas premissas, o juiz, ao verificar a existência de cláusula contratual abusiva, ou seja, que intensifique a condição desfavorável ocupada pelo consumidor na relação de consumo, poderá reconhecer e declarar, de ofício, a abusividade desta cláusula, atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor.

À luz desse raciocínio, é perfeitamente possível que o juiz afaste a cláusula de eleição de foro em contrato de consumo, com fundamento em sua abusividade. Esta decisão, muito embora tenha a mesma consequência, não diz

²⁶⁵ “Dice con acierto Berlioz, refiriéndose a las cláusulas atributivas de jurisdicción: ‘Forzando al adherente a desplazarse a un tribunal alejado por un litigio referente a sumas relativamente poco importantes dichas cláusulas concluyen a menudo por privar al adherente de todo recurso judicial constituyendo, así, cláusulas de exoneración’”. REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas*. Condiciones negociales generales. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987, p. 565.

²⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 573.

respeito ao reconhecimento, de ofício, de regra de competência relativa, motivo pelo qual não é aplicável, na hipótese, o verbete nº 33 da Súmula do STJ²⁶⁷.

Conforme ensinamento de Nelson Nery Junior²⁶⁸²⁶⁹, a cláusula de eleição de foro em contrato de adesão é abusiva *in abstracto* porque se traduz em dificuldade para a defesa do consumidor e, em se tratando de cláusula abusiva de pleno direito (CDC, art. 51), deve ser reconhecida esta nulidade de ofício pelo juiz, independentemente de prévia arguição pela parte interessada.

Mais adiante, o mencionado doutrinador comenta:

A eleição de foro diverso do domicílio do consumidor, ainda que não inviabilize ou impossibilite, dificulta sua defesa, ofendendo o art. 6º, n. VIII, do CDC, que diz ser direito básico do consumidor a facilitação de sua defesa em juízo. Logo, tal cláusula ofende o 'sistema' de defesa do consumidor, sendo, portanto, nula (art. 51, n. XV, do CDC). É, de conseqüência, sempre nula, em abstrato, a cláusula de eleição de foro que não seja o do domicílio do consumidor, quando não haja manifestação expressa, bilateral mesmo, do consumidor²⁷⁰.

Patrícia Miranda Pizzol²⁷¹ comunga do mesmo entendimento ao asseverar que:

[...] a cláusula de eleição de foro em detrimento do consumidor, contida em contrato de adesão, deve ser declarada nula de ofício, independentemente de provocação da parte (art. 1º do CDC), o que não importa em violação ao princípio da igualdade, tendo em vista a natureza das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, - de ordem pública e interesse social.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, manifestou posicionamento diverso, entendendo que a abusividade da cláusula de eleição de foro deve ser analisada *in concreto*, sendo, portanto, válida, em princípio, salvo: a) se no momento da celebração a parte aderente não dispuser de inteligência suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação

²⁶⁷ Neste sentido: NERY, Rosa Maria de Andrade. Competência relativa de foro e ordem pública: o art. 51 do CDC e o verbete n. 33 da súmula do STJ, RT 693/112.

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 573-574.

²⁶⁹ No mesmo sentido: PIZZOL, Patrícia Miranda. *Competência no processo civil*, p. 325.

²⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Op. cit.*, p. 573-574.

²⁷¹ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Op. cit.*, p. 328-329.

resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa²⁷².

Entendimento semelhante é sustentado por Milton Paulo de Carvalho²⁷³. Conforme o seu raciocínio, não pode o juiz, *de plano et simpliciter*, antes de qualquer manifestação do réu, declarar a nulidade de cláusula inserida em contrato de adesão nem mesmo se valendo dos poderes e deveres que lhe atribui o art. 125 do CPC, isto porque tal conduta feriria o princípio da inércia da jurisdição, conforme art. 2º do CPC. E mais, no campo do direito material, feriria os princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar. Nas suas palavras:

A interferência estatal por conta própria, esta sim, inibe o acesso à justiça, que consiste na exata proporção entre a dispositividade do processo e a disponibilidade do direito substancial. A interferência judicial, 'assistencial' ou paternalista, implica perda da imparcialidade, sem deixar de constituir, até mesmo, patrocínio prejudicial àquele ao qual aparentemente favorece²⁷⁴.

No tocante à cláusula de eleição de foro, o citado autor sustenta que:

No caso do foro de eleição, que examinamos, é fácil praticar o respeito ao direito do contratante: se o prejudicado pelo foro do contrato é o autor, proporá ele a ação no foro que entende adequado, cabendo ao estipulante exercer, sem êxito, a *declinatoria fori*; se o prejudicado é o réu, uma vez regularmente citado, oporá tal exceção, o que lhe não prejudica a defesa, visto que para tanto basta singela petição, apresentada por advogado na localidade onde corre o feito, com poderes só para esse ato, tendo essa simples providência o condão de suspender o prazo para resposta, nos termos dos arts. 265, III, e 306 do CPC, que ele apresentará no foro para o qual declinou, se e quando acolhida sua exceção²⁷⁵.

Na mesma linha de raciocínio, segue afirmando que a ação de juiz que se substitui à vontade das partes, sem dar oportunidade à mais fraca para exercer seu direito, fere o acesso igual à justiça. E conclui:

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª. Seção, Conflito de Competência n. 15797-0-SC. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julg. em: DJU 12.8.96. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 167918-SP. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julg. em: 21.5.98. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

²⁷³ CARVALHO, Milton Paulo de. *Manual da competência civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 26-30.

²⁷⁴ *Idem*.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 28.

Ao juiz é dado declarar a invalidade de cláusula contratual estipulatória de foro, se o prejudicado a desconsiderar, propondo a ação no foro adequado para ela ou no domicílio do réu (foro comum); ou, no caso em que o prejudicado seja réu, se se utilizar da exceção instrumental (CPC, art. 112), porque aí se terá demonstrado o prejuízo que o aderente sofreu ao aceitar a regra de foro que lhe foi imposta. Isso porque o prejuízo ou não do foro posto no contrato de adesão é só o aderente quem o pode expor e reclamar²⁷⁶.

Não há que se concordar inteiramente com esta posição, por várias razões.

Por primeiro, o reconhecimento de ofício de nulidade contratual, à luz dos ditames do CDC, não fere o princípio da inércia da jurisdição (art. 2º do CPC), tendo em conta que as normas daquele diploma legal são de ordem pública e de interesse social (art. 1º do CDC). Suas normas devem, portanto, ser aplicadas de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e grau de jurisdição, não estando sujeitas à preclusão²⁷⁷.

Diante dessa atuação, não se verifica, ainda, qualquer ofensa aos princípios da autonomia da vontade e liberdade de contratar, como sucede no direito civil, já que não se está na presença de contrato cujas cláusulas são previamente discutidas e elaboradas de acordo com a real vontade dos contratantes, mas sim de contrato de adesão, em que não existe a fase de prévia discussão acerca dos termos do negócio.

Em rigor, não se pode aceitar a afirmação de que o reconhecimento da abusividade de cláusula contratual importaria em atuação estatal paternalista e parcial, tampouco em infração ao princípio do igual acesso à justiça. É que os princípios e as normas do CDC, que impõem tratamento diferenciado ao consumidor, tendo em vista sua condição de vulnerabilidade – expressamente reconhecida em seu art. 4º, I –, têm por finalidade estabelecer o equilíbrio nas relações jurídicas de consumo e não o contrário, ou seja, elevar o consumidor a patamar superior em relação ao fornecedor. Estas regras, portanto, não infringem o princípio da igualdade, mas sim asseguram a igualdade real²⁷⁸.

Por fim, o fato de o consumidor ter à disposição medidas processuais de que pode se valer para obter o reconhecimento da nulidade da cláusula, com a

²⁷⁶ CARVALHO, Milton Paulo de. *Manual da competência civil*, p. 29. Importante anotar que a obra em questão foi publicada em 1995 e, portanto, antes das minirreformas do CPC de 2005 e de 2006.

²⁷⁷ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 166.

²⁷⁸ Neste sentido: PIZZOL, Patrícia Miranda. *Competência no processo civil*, p. 328.

consequente remessa dos autos ao foro de seu domicílio, não torna fácil a resolução do problema, tal como sustentado pelo autor. É que, no caso de se entender pela necessidade de aguardar que o consumidor se valha de meios processuais para arguir a nulidade da cláusula, importaria em lhe conferir, ainda que parcialmente, operatividade, além de se negar o caráter de ordem pública das normas contidas no CDC. Assim, o consumidor teria de suportar parte das dificuldades inerentes ao necessário deslocamento, o que basta ao desrespeito do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo, inserto no CDC (art. 6º, VIII)²⁷⁹.

Nesse contexto, infere-se que o melhor entendimento é no sentido de que a cláusula de eleição de foro é nula de pleno direito, por violar os princípios da igualdade, do acesso à justiça, do devido processo legal, da razoabilidade e da proporcionalidade²⁸⁰ e, por esta razão, deve ser declarada nula, de ofício, pelo juiz.

Na eventualidade de o consumidor preferir litigar em outro foro que não o de seu domicílio, por qualquer razão que lhe proporcione alguma comodidade, optando, por exemplo, pelo local onde exerce a sua profissão, a melhor solução seria que a cláusula constasse de termo anexo ou fosse redigida com notável destaque, com assinatura ou visto especialmente para esta cláusula, à semelhança da regra atinente à cláusula compromissória em contratos de adesão (art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem nº 9.307/96)²⁸¹.

A título de ilustração, a legislação portuguesa estabelece relativa proibição a cláusulas contratuais gerais, consoante o quadro negocial padronizado, que elejam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem (art. 19, g, do Decreto-Lei nº 446/85).

²⁷⁹ Neste sentido: NERY, Rosa Maria de Andrade. Competência relativa de foro e a ordem pública: O artigo 51 do CDC e o verbete n. 33 da Súmula do STJ, p. 49.

²⁸⁰ Neste sentido: PIZZOL, Patrícia Miranda. *Competência no processo civil*, p. 331.

²⁸¹ “Como medida protetiva ao aderente, a norma dispõe que, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória pode ter eficácia, desde que seja de iniciativa do aderente. Sendo de iniciativa do estipulante, deve vir expressa em caracteres destacados (negrito), em contrato escrito. A cláusula compromissória de iniciativa do estipulante deve ser pactuada em documento anexo e não no próprio formulário do contrato de adesão. Isto para não deixar dúvidas de que o aderente concordou expressamente com a cláusula compromissória.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 1.395-1.396.

Consoante a doutrina de Mário Júlio de Almeida Costa e Antonio Menezes Cordeiro²⁸²:

O direito comum permite às partes estipular o foro competente (arts. 99 e 100 do Código de Processo Civil) ou escolher a lei aplicável ao negócio (art. 41 do Código Civil). Não se vê inconveniente em que essas faculdades sejam exercidas mediante simples adesão a cláusulas contratuais gerais. Porém, dada a possibilidade de, através de estipulações inconvenientes de foro competente ou de lei aplicável, se coarctar o exercício dos direitos das partes e tendo em conta os postulados da justiça comutativa, requer-se, para a validade das correspondentes cláusulas, uma ponderação mínima de interesses. Nos termos das alíneas g e h, essas cláusulas não valem quando causem a uma das partes graves inconvenientes, sem que interesses sérios e objetivos da outra o justifiquem. Os referidos preceitos apenas complementam o regime geral, que não substituem. Portanto, para além da ponderação mínima de interesses acima referida, mantêm-se todos os demais requisitos da válida estipulação do foro e da lei competentes.

A jurisprudência pátria, muito embora reconheça a possibilidade de o juiz afastar o foro de eleição quando estabelecido em detrimento do consumidor, independentemente de arguição do interessado, não é unânime no que toca à fundamentação. Há acórdãos entendendo que se trata de competência territorial absoluta, outros que se trata de cláusula contratual abusiva em abstrato ou em concreto. Significa dizer que a análise da abusividade dependeria da verificação, no caso concreto, de que a estipulação contratual dificulta o acesso do consumidor à justiça.

Alguns julgados, vale dizer, já concluíram tratar-se de regra de competência absoluta. É o que se extrai dos excertos a seguir transcritos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ADESÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. NULIDADE.

- Nos termos do precedente exarado pela Segunda Seção deste Tribunal, é de natureza absoluta a competência do foro do domicílio do consumidor, considerando-se nula estipulação contratual a respeito da eleição de foro diverso. Precedentes²⁸³.

²⁸² COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, Antonio Menezes. *Cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 48.

²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 425.368/ES. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 30/08/2002, DJ 16/12/2002, p. 318. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 16 fev. 2009.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CIVIL. CARTA PRECATÓRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. ABUSIVIDADE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de relação de consumo, tendo em vista o princípio da facilitação de defesa do consumidor, não prevalece o foro contratual de eleição, por ser considerada cláusula abusiva, devendo a ação ser proposta no domicílio do réu, podendo o juiz reconhecer a sua incompetência *ex officio*.

2. Pode o juiz deprecado, sendo absolutamente competente para o conhecimento e julgamento da causa, recusar o cumprimento de carta precatória em defesa de sua própria competência.

3. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da Vara Cível de Cruz Alta - RS, o suscitante²⁸⁴.

COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. CONTRATO DE ADESÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

I. - A eleição de foro diverso do domicílio do réu, previsto em contrato de adesão, não deve prevalecer quando acarreta desequilíbrio contratual, dificultando a própria defesa do devedor.

No caso, trata-se de incompetência absoluta, podendo ser declarada de ofício. Precedentes da Corte.

II. - Recurso especial a que se nega seguimento²⁸⁵.

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

- Na linha da jurisprudência da Segunda Seção, o juiz pode declinar, de ofício, de sua competência ao reconhecer o caráter abusivo da cláusula de eleição de foro com base no Código de Defesa do Consumidor²⁸⁶.

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO. NULIDADE. FORO DO DOMICÍLIO DO RÉU. DECLINAÇÃO EX OFFICIO.

²⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 48.647/RS. Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Segunda Seção. Julgado em: 23/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 215. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 16 fev. 2009.

²⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 455.965/MG. Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em: 24/08/2004, DJ 11/10/2004, p. 314. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 16 fev. 2009.

²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 403.486/SP. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Julgado em: 06/06/2002, DJ 12/08/2002, p. 221. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

I. Reconhecida nas instâncias ordinárias a relação de consumo estabelecida entre entidade financeira e adquirente de veículo alienado fiduciariamente, bem como a nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, estabelece-se a competência absoluta, definida pelo foro do domicílio do réu (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90), nos termos da jurisprudência assentada na egrégia Segunda Seção (CC n. 17.735-CE, Rel. Min. Costa Leite, DJU de 16/11/98).

II. Recurso não conhecido²⁸⁷.

Outros julgados, entendendo tratar-se de nulidade da cláusula contratual que institui o foro de eleição, assim se manifestam:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AÇÃO OBJETIVANDO COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. EXECUÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR.

I - Com a edição da Súmula 321 desta Corte, não resta mais dúvida de que 'o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes' (DJ 5.12.05, p. 410).

II - Cuida-se de contrato típico de adesão, em cujo âmbito a jurisprudência repele a eficácia da cláusula de eleição de foro, na medida em que, via de regra, incidiria sua aplicação em detrimento do consumidor, havido como hipossuficiente na relação estabelecida.

III - Legítima a opção do beneficiário do plano de previdência privada em litigar no foro do seu domicílio, objetivando complementação da aposentadoria, conforme lhe autoriza o artigo 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

IV - Incide, na espécie, a regra geral prevista no art. 575, II, do CPC, no sentido de que a execução de título judicial deve ter seu curso perante o Juízo prolator da sentença.

V - Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo suscitante, qual seja, o da 12ª Vara Cível de Santos – SP²⁸⁸.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. PREJUÍZO AO ADERENTE. NULIDADE. SÚMULA 83-STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO²⁸⁹.

²⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 108.666/SP. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado em: 18/11/1999, DJ 14/02/2000, p. 32. Disponível em: < www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

²⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 78.765/SP. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Segunda Seção. Julgado em: 26/03/2008, DJe 07/04/2008. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

²⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 637.639/RS. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado: em 05/04/2005, DJ 09/05/2005 p. 419. Disponível em: < www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PROVIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO DE ADESÃO - SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - ASSOCIAÇÃO DE POUPANÇA E EMPRÉSTIMO - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO - PREJUÍZO À DEFESA DO ADERENTE - NULIDADE ABSOLUTA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DESPROVIMENTO.

1 - Este Tribunal já proclamou o entendimento no sentido de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de adesão, inclusive àqueles submetidos às regras do Sistema Financeiro de Habitação, firmado por Associação de Poupança e Empréstimo, devendo ser reconhecida a nulidade da cláusula de eleição de foro diverso do domicílio do réu, por importar prejuízo à defesa do aderente.

2 - Precedentes das duas Turmas que compõem a Segunda Seção (AgRg Ag nºs 470.031/DF, 465.114/DF e 466.606/DF e REsp 436.815/DF).

3 - Agravo Regimental conhecido, porém desprovido²⁹⁰.

E, por fim, seguem alguns julgados no sentido de que, para o afastamento da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão é preciso que fique demonstrado que a estipulação prejudica a atuação do consumidor.

RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – CONTRATO DE VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO (EQUIPAMENTOS MÉDICOS) – CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO – COMPETÊNCIA RELATIVA – DECLINAÇÃO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE – ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OBSTÁCULOS SUBJETIVOS – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – RELAÇÃO DE CONSUMO – EXAME EM SEDE DE COGNIÇÃO PLENA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COMPETENTES – INOCORRÊNCIA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – INADMISSIBILIDADE – PRECEDENTES.

1 – A Segunda Seção deste Colegiado pacificou entendimento acerca da não-abusividade de cláusula de eleição de foro constante de contrato referente à aquisição de equipamentos médicos de vultoso valor.

Mesmo em se cogitando da configuração de relação de consumo, não se haveria falar na hipossuficiência do adquirente de tais equipamentos, presumindo-se, ao revés, a ausência de dificuldades ao respectivo acesso à Justiça e ao exercício do direito de defesa perante o foro livremente eleito.

²⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 497.979/DF, Rel. Ministro Jorge Scartezzini. Quarta Turma. Julgado em: 05/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 348. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

2 – A solitária condição de a eleição do foro ter se dado em contrato não acarreta a nulidade dessa cláusula, sendo imprescindível a constatação de cerceamento de defesa e de hipossuficiência do aderente para sua inaplicação, incorrentes na hipótese em tela.

3 – A questão da hipossuficiência do recorrente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias competentes em sede de processo de conhecimento completado, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de inadmissível supressão de instância.

4 – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO²⁹¹.

DIREITO COMERCIAL. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. ART. 39 DA LEI Nº 4.886/65. COMPETÊNCIA RELATIVA. ELEIÇÃO DE FORO. POSSIBILIDADE, MESMO EM CONTRATO DE ADESÃO, DESDE QUE AUSENTE A HIPOSSUFICIÊNCIA E OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA.

- A Lei nº 4.886/65 tem nítido caráter protetivo do representante comercial.

- Na hipótese específica do art. 39 da Lei nº 4.886/95, o objetivo é assegurar ao representante comercial o acesso à justiça.

- A competência prevista no art. 39 da Lei nº 4.886/65 é relativa, podendo ser livremente alterada pelas partes, mesmo via contrato de adesão, desde que não haja hipossuficiência entre elas e que a mudança de foro não obstaculize o acesso à justiça do representante comercial.

- Embora a Lei nº 4.886/65 tenha sido editada tendo em vista a realidade vivenciada pela grande maioria dos representantes comerciais, não se pode ignorar a existência de exceções. Em tais circunstâncias, ainda que a relação entre as partes continue a ser regulada pela Lei nº 4.886/65, esta deve ser interpretada e aplicada com temperança e mitigação, sob pena de a norma se transformar em instrumento de beneficiamento indevido do representante em detrimento do representado.

Embargos conhecidos, mas não providos²⁹².

COMPETÊNCIA. CONFLITO. FORO DE ELEIÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BANCO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA ESPECIAL.

- O Código de Defesa do Consumidor orienta a fixação da competência segundo o interesse público e na esteira do que

²⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 540.054/MG, Rel. Ministro Massamo Uyeda. Quarta Turma. Julgado em: 07/12/2006, DJ 19/03/2007, p. 354. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 579.324/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção. Julgado em: 12/03/2008, DJ 02/04/2008. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

determinam os princípios constitucionais do acesso à justiça, do contraditório, ampla defesa e igualdade das partes.

- Prestadoras de serviços, as instituições financeiras sujeitam-se à orientação consumerista.

- É nula a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão quando gerar maior ônus para a parte hipossuficiente defender-se ou invocar a jurisdição, propondo a ação de consumo em local distante daquele em que reside.

- Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Canoas²⁹³.

Na esteira do entendimento jurisprudencial, no sentido da possibilidade de o juiz reconhecer de ofício a nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, foi editada a Lei nº 11.280/2006.

Referida lei introduziu algumas modificações no CPC, versando sobre cláusula de eleição de foro em contrato de adesão. Pontualmente, acrescentou o parágrafo único no art. 112: “A nulidade de cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu”; alterou a redação do art. 114: “Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais” e, por fim, inseriu o parágrafo único no art. 305: “Na exceção de incompetência (art. 112 desta Lei), a petição pode ser protocolizada no juízo de domicílio do réu, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação”.

Diante dessas novas disposições, processualistas como Moacyr Amaral Santos e Humberto Theodoro Junior²⁹⁴ afirmam que a lei passou a autorizar o reconhecimento de incompetência relativa de ofício pelo juiz que, entretanto, prorroga-se no caso de o magistrado não reconhecê-la, por força do que passou a dispor o art. 114 do CPC.

A despeito da respeitabilidade dessas opiniões, bem como das inovações trazidas pela Lei nº 11.280/06, há que se insistir na afirmação de que a questão deve ser resolvida à luz do direito material e, assim, concluir que o juiz, ao declinar da competência, na forma do parágrafo único do art. 112, não está reconhecendo, de

²⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 32.868/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção. Julgado em: 18/02/2002, DJ 11/03/2002, p. 160. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

²⁹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 255 e THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 219.

ofício, incompetência relativa, mas sim a nulidade, por abusividade, de cláusula contratual.

As regras atinentes à competência relativa, ao contrário das regras de competência absoluta, que são fundadas no interesse da administração da justiça, são instituídas em favor do interesse privado, circunstância esta que retira do juiz a possibilidade de reconhecer, de ofício, incompetência relativa, já que assim estaria invadindo esfera de disponibilidade das partes. Não procede, pois, a afirmação de que a nova norma processual teria criado uma exceção à regra, afastando, assim, a natureza da competência relativa.

De outro lado, conferir o caráter absoluto à regra da competência em questão igualmente subverteria a natureza das coisas, já que o consumidor não mais poderia optar pelo local mais adequado para litigar, segundo sua conveniência. Além disso, sob este raciocínio, inviável seria a prorrogação prevista no art. 114 do CPC, na medida em que a competência absoluta, por se tratar de pressuposto processual de validade da relação jurídica processual, não admite prorrogação²⁹⁵.

Com absoluta propriedade, pondera o doutrinador Nelson Nery Junior²⁹⁶:

Não se trata propriamente de declaração de ofício de incompetência relativa, o que estaria em desacordo com o sistema processual (v. g. STJ 33) mas, antes, de declaração de ofício de nulidade da cláusula, pela abusividade prevista no CDC, 51, XV. Como o controle da abusividade das cláusulas nos contratos de consumo e de adesão é de ordem pública (CDC, 1º.), nesse caso, o direito dispositivo (arguição, pelo réu, da incompetência relativa) cede diante da ordem pública e, por esta razão, *deve* o juiz declarar a nulidade da cláusula contratual, reconhecer a incompetência e remeter os autos ao juízo do domicílio do réu. Não há, portanto, quebra do sistema, razão pela qual, houve impropriedade técnica da Lei 11280/06, quando modificou a redação do CPC 114, incluindo a hipótese aqui tratada como sendo caso de prorrogação de competência, isto é, como sendo de declaração de ofício de incompetência relativa.

²⁹⁵ Rosa Maria de Andrade Nery sustenta posicionamento contrário, asseverando que: “Por conseguinte, é preciso que empreendamos eficácia à questão da nulidade da cláusula de eleição de foro, como questão de ordem pública, não apenas em seu sentido material, como tem pregado a correção da doutrina, mas também e principalmente em seu sentido processual. Considerando essa matéria como sendo também processual, teremos que, forçosamente, reconhecer que o critério determinativo da competência nas ações derivadas de relação de consumo foi o da ordem pública, razão porque estamos diante de hipótese processual que, ontologicamente, se caracteriza como de Competência Absoluta”. (Competência relativa de foro e a ordem pública: O art. 51 do CDC e o verbete n. 33 da Súmula do STJ, *Justitia* 167/46, p. 49).

²⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 370.

A questão atinente à competência, posto que dispositiva, é menor e, segundo o próprio Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁹⁷:

[...] cede diante da questão de ordem pública que é a da nulidade da cláusula abusiva do contrato de adesão. É o direito material se sobrepondo ao direito processual, como é de rigor, já que o direito processual é instrumento de realização do direito material e só existe em função deste último.

Impende observar, por fim, que o raciocínio desenvolvido diz respeito à cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, de sorte que a cláusula tem plena validade em casos de contração *gré à gré*, ou seja, que não sejam de adesão. Nestes casos, conta-se com a fase de discussão do contrato, presumindo-se que os contratantes entenderam e anuíram a todas as cláusulas estabelecidas²⁹⁸.

Nesse sentido: “Não há contrato de adesão quando as partes contratantes, sendo economicamente iguais, livre e conscientemente assinam contrato concordando com a eleição de foro”²⁹⁹.

²⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 373.

²⁹⁸ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson, na obra GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 575, e NERY, Rosa Maria de Andrade. Competência relativa de foro e a ordem pública: O artigo 51 do CDC e o verbete n. 33 da Súmula do STJ, *Justitia* 167/46, p. 49.

²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 30.712. Rel. Min. Nancy Andrighi. AC de 26.6.2002 RSTJ 162:221. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

7 AÇÕES ADMISSÍVEIS PARA TUTELA DE DIREITOS DO CONSUMIDOR E TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER (arts. 83 e 84 do CDC)

Ao tratar das ações cabíveis para a tutela dos direitos do consumidor, preocupou-se o legislador com a instrumentalidade e efetividade do processo (art. 83 do CDC). No art. 84, que complementa o artigo anterior, dispôs a respeito da ação especial para o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, garantindo, assim, ao consumidor, na medida do possível, o cumprimento da obrigação pelo fornecedor ou o resultado prático equivalente ao adimplemento e, somente de forma subsidiária, a conversão da obrigação em perdas e danos.

7.1 AÇÕES CABÍVEIS PARA A DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Para a adequada e efetiva tutela dos direitos dos consumidores são admissíveis todas as espécies de ações. É o que preceitua o art. 83 do CDC³⁰⁰.

A norma deixou clara a possibilidade de utilização de todas as ações existentes no arsenal do sistema processual civil, para a tutela dos direitos do consumidor, de forma eficaz e adequada, sem estabelecer qualquer ressalva ou exceção.

Na interpretação de Arruda Alvim³⁰¹:

O objetivo deste texto é o de ensejar um leque amplo de modalidades de tutela, o mais pleno possível, desde que seja compatível, apta ou adequada a ação escolhida, em cada caso, à realização da integralidade da proteção dos direitos e interesses existentes no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. O que a lei explicitou, neste dispositivo, é que inexistem quaisquer limites às modalidades de ação utilizáveis ou de pedido formuláveis, desde que sejam adequados para a efetiva tutela da situação pretendida. Esta adequação deverá ser avaliada principalmente tendo em vista a

³⁰⁰ “Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

³⁰¹ ALVIM, Arruda *et al.* *Código do Consumidor comentado*, p. 390.

possibilidade jurídica do pedido, cujo espectro de opções possíveis é o mais amplo.

Do dispositivo em tela, extrai-se, com tranquilidade, o cabimento de tutela mandamental³⁰² e de medidas de urgência, tais como antecipação de tutela e medidas liminares em ações cautelares, quando se afigurem necessárias à adequada e efetiva tutela dos direitos do consumidor, desde que, é claro, estejam preenchidos os requisitos legais necessários³⁰³.

Conforme pondera Arruda Alvim³⁰⁴, a dicção do art. 83 permite afirmar que, além do sistema processual existente, o artigo admite a propositura de ações “idealizadas pelas partes, desde que compatíveis com o sistema processual”, devendo ser interpretado da mesma forma que o art. 798 do CPC³⁰⁵ e sem se deixar de considerar o sistema protetivo estatuído pelo CDC.

Na interpretação de Kazuo Watanabe³⁰⁶, o legislador deixou clara a sua preocupação com a efetividade e com a instrumentalidade substancial do processo, cuidando de tornar “mais explícito ainda o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no Código”.

Trata-se de dispositivo que encontra perfeita consonância com o preceito constitucional estatuído pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal³⁰⁷, que representa a efetividade do processo ou, com alguma variação, a sua instrumentalidade. A garantia constitucional do direito de ação significa que todos têm direito à prestação jurisdicional adequada, ou seja, que confira efetividade ao

³⁰² A respeito do tema, afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Adequada e efetiva tutela significa, também, a autorização legal para que o juiz possa conceder tutela jurisdicional mandamental, de forma semelhante aos institutos da *injunction* e do *contemp of court* do direito anglo-saxônico, bem como da ação inibitória do direito italiano”. (*Leis civis comentadas*, p. 251).

³⁰³ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, p. 251 e também ARRUDA, Alvim *et al. Código do Consumidor comentado*, p. 393.

³⁰⁴ ARRUDA, Alvim *et al. Código do Consumidor comentado*, p. 393.

³⁰⁵ “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra lesão grave e de difícil reparação.”

³⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 854.

³⁰⁷ “Art. 5º. [...] XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

pedido, “sendo causa suficiente para evitar-se a lesão (ameaça) ou causa suficiente para repará-la (violação)”³⁰⁸.

Conforme ensina Nelson Nery Junior³⁰⁹:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente. Isso ocorre casuisticamente no direito brasileiro, com a edição de medidas provisórias ou mesmo de leis que restringem ou proíbem a concessão de liminares, no mais das vezes contra o poder público. Essas normas têm de ser interpretadas conforme a Constituição. Se forem instrumentos impeditores de o jurisdicionado obter a tutela jurisdicional adequada, estarão em desconformidade com a Constituição e o juiz deverá ignorá-las, concedendo a liminar independentemente de a norma legal proibir essa concessão [grifo no original].

Por efetividade do processo deve-se entender a sua utilização como mero instrumento para a realização do direito material e não como um fim em si mesmo.

Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno³¹⁰, “[...] trata-se de reconhecer o processo como mero instrumento de e para a realização concreta do direito material”.

O autor explica ainda que a efetividade do processo deve ser entendida, fundamentalmente, como: busca pela efetividade da jurisdição e por um processo civil de resultados; correlato fortalecimento dos poderes do juiz em busca desta efetividade; técnicas de aceleração da prestação jurisdicional; técnicas de compatibilização entre a cognição judicial e as diversas situações de direito material para melhor realizar o direito material; ampliação à legitimidade ativa para a tutela de direitos e interesses coletivos³¹¹.

³⁰⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1115.

³⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 132-133.

³¹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10-11.

³¹¹ *Idem*.

Para José Roberto dos Santos Bedaque³¹²: “Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material [grifo no original]”.

Pois bem. Não se pode olvidar que o direito processual goza de autonomia em relação aos demais ramos do direito, no entanto, a função que lhe é reservada não passa da instrumentalização das regras substanciais existentes no ordenamento jurídico, quando estas se deparam com a crise de sua inobservância *in concreto*³¹³.

Para ser efetivo no alcance das metas do direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento, de sorte que quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual.

O direito fundamental à efetividade do processo, que também se denomina, de forma genérica, como direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, compreende não apenas o direito de o indivíduo provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos³¹⁴.

Teori Albino Zavascki³¹⁵, sobre o tema, consigna que:

O dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantia da utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.

Ao contrário do que se pode pensar, pelo fato de seu conteúdo encontrar-se pressuposto no sistema processual geral, o preceito do art. 83 do CDC não configura disposição supérflua. Trata-se, ao reverso, de importante disposição legal, que espanca quaisquer dúvidas a respeito dos remédios processuais cabíveis para a defesa do consumidor. A ausência de norma neste sentido poderia ensejar a falsa

³¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

³¹³ Neste sentido: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 19-20.

³¹⁴ Neste sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 5. ed., rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66.

³¹⁵ *Idem*.

impressão de conflito com o sistema da Lei nº 7.347/85, que também prevê a tutela dos direitos do consumidor por meio de ação civil pública (art. 1º, II)³¹⁶, bem como a ideia de que, além das fórmulas constantes do Título III do CDC, não haveria outras maneiras de defesa judicial do consumidor³¹⁷.

7.2 TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

Para complementar o enunciado do art. 83, o art. 84 do CDC tratou da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, estabelecendo rol de providências a serem tomadas pelo juiz para a obtenção do resultado prático que seria atingido com o adimplemento da obrigação³¹⁸.

Denota-se, neste ponto, a prevalência conferida pela lei para a obtenção do resultado prático decorrente do cumprimento da obrigação, em relação à sua conversão em perdas e danos, que passou a ser cabível tão-somente em caso de impossibilidade de efetivação da tutela específica.

Como ensina Ada Pellegrini Grinover³¹⁹, o processo deve buscar respostas diversificadas, “[...] de modo a proporcionar o mais fielmente possível a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida”.

³¹⁶ “Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - [...]; II - ao consumidor.

³¹⁷ Neste sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 287.

³¹⁸ O regramento processual atinente à tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, inserido no art. 84 do CDC, representou importante inovação no sistema processual vigente, na medida em que, na época de sua edição, não havia disposição semelhante no CPC. Regra praticamente idêntica foi inserida no CPC apenas em 1994, pela Lei n. 8.952/94, que conferiu nova redação ao art. 461, reproduzindo quase que integralmente o art. 84 do CDC. Conforme ensina Kazuo Watanabe, a fonte inspiradora desse artigo é o anteprojeto de modificação do CPC elaborado pela comissão nomeada em 1985, pelo Ministério da Justiça e integrada por Luís Antonio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Junior e Sérgio Bermudês, que entre outras coisas sugeriu a criação de uma Ação Especial de Tutela Específica da Obrigação de fazer ou não fazer. Esse dispositivo serviu de inspiração à comissão de juristas que formulou várias propostas legislativas para a revisão do CPC, que se converteram em leis entre os anos 1992 e 1994, tendo uma delas introduzido a inovação que hoje consta do art. 461 do CPC, que praticamente reproduz o art. 84 e seus parágrafos do CDC. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 861.

³¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 252.

Acrescenta que é neste ponto que assume particular realce a tutela específica. Nas palavras da doutrinadora:

[...] entendida como o conjunto de remédios e providências tendente a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação o preciso resultado prático que seria atingido pelo adimplemento. Assim, o próprio conceito de tutela específica é praticamente coincidente com a idéia de efetividade do processo e da utilidade das decisões, pois nela, por definição, a atividade jurisprudencial tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento³²⁰.

O resultado específico, portanto, prefere a qualquer outro, de maneira que o direito torna-se mais eficaz na medida em que o titular do direito obtém maior satisfação com a entrega da própria obrigação. O princípio é o da maior prevalência possível entre o direito e sua realização³²¹. Daí dizer-se que o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida. As hipóteses em que a assunção de um dever específico gera apenas o direito a um ressarcimento são excepcionais.

A obtenção do cumprimento da obrigação ou do resultado prático equivalente, antes da formulação de regras processuais específicas, era inegável no direito material.

Eduardo Talamini³²², pondera que a previsão, no direito obrigacional, de que o inadimplemento gera direito à indenização (arts. 879 a 881, 883 e 1.056 do Código Civil de 1916, que correspondem aos arts. 247 a 249, 251 e 389 do Código Civil de 2002), jamais pôde ser interpretada como impedimento de, antes, o titular do direito exigir o cumprimento do dever tal como originalmente estabelecido.

Pode-se afirmar que o direito material sempre preferiu o resultado, o cumprimento da obrigação específica à indenização pelo não-cumprimento. No

³²⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, p. 252.

³²¹ Neste sentido é o ensinamento de Kazuo Watanabe, que ressalta que, em princípio, não poderá ser admitida a substituição da obrigação pelo seu equivalente pecuniário. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 862.

³²² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)*. 2. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

entanto, faltavam instrumentos processuais capazes de refletir, de modo mais claro, o desígnio do ordenamento substancial.

No âmbito das relações de consumo, a prevalência da tutela específica ou do resultado prático equivalente assume especial relevância, na medida em que, em várias situações, a conversão da obrigação em perdas e danos acarreta a frustração da legítima expectativa do consumidor em usufruir de produto ou serviço adequado. Em contrapartida, coloca o fornecedor na cômoda posição de se limitar a reparar financeiramente o lesado, sem se preocupar em cumprir determinada oferta ou reparar o vício de um produto, tornando-o adequado para o consumo.

É evidente que a obrigação imposta ao fornecedor, consistente em reparar o vício do produto, por exemplo, incute-lhe a responsabilidade de tomar medidas tendentes a aprimorar o processo produtivo, a fim de evitar a reiteração de reparos, assumindo, portanto, a providência, cunho educativo e consequentemente preventivo.

Como anota Sérgio Cavalieri Filho³²³:

Não mais se satisfaz a lei em conferir um prêmio de consolação ao consumidor com a conversão da obrigação específica em perdas e danos. A conversão só será admissível se com ela concordar o autor (consumidor) ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente.

Para viabilizar a execução específica, o legislador estabeleceu rol de medidas, das quais se deve valer o juiz, para obter o cumprimento da obrigação ou o resultado prático equivalente. O dispositivo trouxe medidas de coerção ou de apoio, ou seja, meios de pressão psicológica (multa) e autorizou medidas de sub-rogação (busca e apreensão, remoção de coisas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva e requisição de força policial). Fica claro que “se a tutela específica requerida não puder ser concedida por impossibilidade do meio ou desaparecimento do bem pretendido, pode o juiz criar condições que tenham o mesmo efeito real ao do adimplemento”³²⁴.

Ao juiz foram concedidos amplos poderes para adotar a medida que se afigure, no caso concreto, a mais adequada à obtenção do resultado esperado pela lei.

³²³ CAVALIERI, FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*, p. 287.

³²⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*, p. 723.

Nesse aspecto, é de extrema relevância a observação trazida por Kazuo Watanabe³²⁵, no tocante à importância da formação do juiz e de sua constante reciclagem, para que aplique a lei de forma consciente e eficaz:

[...] evidentemente, os juízes deverão estar muito bem preparados com a reciclagem permanente de seus conhecimentos jurídicos e de outras áreas do saber humano e com a perfeita aderência à realidade socioeconômico-política em que se encontram inseridos, de tal modo que os direitos dos consumidores consagrados no Código sejam efetivamente tutelados, mas sem perder de vista a necessidade de 'compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal)', como às explícitas dispõe o art. 4º, n. III, do Código. O maior preparo dos juízes mais ainda se impõe quando se tem presente a ampliação de seus poderes, pela clara adoção pelo Código de novos e mais eficazes tipos de provimentos jurisdicionais, como a ação mandamental de eficácia assemelhada à *injunctio* do sistema da *common law* e à 'ação inibitória' do direito italiano.

A execução específica ou a obtenção do resultado prático equivalente à obrigação pode ser alcançada mediante o provimento mandamental ou o provimento executivo *lato sensu*, ou, ainda, a conjugação de ambos³²⁶. Com o provimento mandamental, impõe-se uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida, sob pena de configuração do crime de desobediência, portanto, mediante imposição de medida coercitiva indireta.

Essa sistemática se opera sem prejuízo da execução específica, que, segundo Kazuo Watanabe³²⁷:

[...] pode ser alcançada através de meios de atuação que sejam adequados e juridicamente possíveis, e que não limitam ao pobre elenco que tem sido admitido pela doutrina dominante. E aqui entra a conjugação do *provimento mandamental com o provimento executivo 'lato sensu'*, permitindo, este último, que os atos de execução do comando judicial sejam postos em prática no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de ação autônoma de execução [grifo no original].

³²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 863.

³²⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 44-45.

³²⁷ *Idem.*

O resultado prático equivalente poderá ser obtido por outros meios executivos praticados pelo juízo, seus auxiliares ou terceiros, observados sempre os limites da adequação e da necessidade.

7.2.1 Conversão em perdas e danos

A teor do disposto no art. 84, §1º, do CDC, é possível a conversão da obrigação em perdas e danos, em duas hipóteses: a) quando houver opção do autor ou b) se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. A utilização da disjuntiva *ou* deixa claro que basta apenas uma das hipóteses para que seja possível a conversão.

A partir da leitura do dispositivo, verifica-se que ao autor é dada a faculdade de optar pela conversão da obrigação em perdas e danos e, portanto, abrir mão do cumprimento da obrigação pactuada.

A maior parte da doutrina reconhece a faculdade conferida ao consumidor, de modo que a ele é assegurada a possibilidade de afastar o principal objetivo perseguido pela norma, qual seja, o cumprimento da obrigação ou a obtenção do resultado prático equivalente³²⁸.

Kazuo Watanabe³²⁹, ao comentar o artigo em questão, reconhece a possibilidade conferida ao consumidor. Ressalta, entretanto, em linha de princípio, que não poderá ser admitida a substituição da obrigação pelo seu equivalente pecuniário, considerando que o princípio é o da maior coincidência possível entre o direito e a sua realização.

³²⁸ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, reconhecendo a prevalência que deve se dar à execução específica, como regra, sustentam: “Como terceira via, o inadimplemento da oferta pode resolver-se em perdas e danos. Esta terceira via somente poderá ser empreendida em dois casos: a) se o consumidor voluntariamente por ele optar; b) se não for possível o atendimento das duas anteriores”. (*Leis Civis comentadas*, , p. 252). Cláudia Lima Marques, por seu turno, sustenta que a conversão em perdas em danos deve ocorrer “[...] apenas na hipótese em que, considerando os esforços e as medidas judiciais para o cumprimento específico da obrigação, estes não obtiverem êxito. É importante observar que as perdas e danos só deverão ser determinadas quando em benefício do consumidor e esgotadas todas as providências judiciais”. Cf. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 1.022-1.023).

³²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 862.

Em se tratando de obrigação atinente ao cumprimento de oferta publicitária (arts. 30 e 35, I, do CDC), por exemplo, não há dúvidas de que o consumidor pode optar, desde logo, pela conversão da obrigação em perdas e danos se, por alguma razão, não tiver interesse no cumprimento da oferta da forma como veiculada.

A norma deve ser analisada e interpretada com maior acuidade quando o caso concreto versar sobre vício do produto.

O art. 18 do CDC estabelece a responsabilidade dos fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não-duráveis pelos vícios de qualidade ou quantidade, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhe diminuam o valor. No §1º estabelece as providências que o consumidor pode exigir do fornecedor, no caso de não ser sanado o vício no prazo de trinta dias, entre as quais se encontra a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (inciso II). Nota-se que o legislador conferiu ao fornecedor o direito³³⁰ de reparar o produto, extirpando o vício, no prazo de trinta dias, o que enseja a conclusão de que ao consumidor não assiste o direito de optar, de plano, pelo desfazimento do negócio com a consequente devolução da quantia paga. Deve, ao reverso, aguardar o

entanto, no momento da aplicação da norma, é necessário que o juiz proceda à interpretação sistemática do microsistema, como forma de ajustar regras aparentemente contraditórias³³¹.

7.2.2 Medidas de sub-rogação e medidas de apoio

A notável valorização que se deu à busca da tutela específica reafirma-se, sobretudo, nos dispositivos que conferiram ao magistrado uma espécie de poder executório genérico, habilitando-o a utilizar, inclusive de ofício, outros mecanismos de coerção ou de sub-rogação, além daqueles expressamente previstos, que sejam aptos a induzir ou a produzir a entrega *in natura* da prestação devida ou de seu sucedâneo prático de resultado equivalente.

O §5º do art. 84 do CDC prevê a imposição de medidas necessárias para o cumprimento da obrigação ou para a obtenção do resultado prático equivalente.

Conforme entendimento assente na doutrina³³², trata-se de rol exemplificativo de medidas que devem ser aplicadas pelo juiz, quando necessárias, considerando a utilização da expressão “tais como”.

As medidas de sub-rogação e de apoio, assim como a multa, devem ser aplicadas de ofício pelo juiz, não havendo, portanto, necessidade de requerimento da parte. O fato de o legislador não ter repetido, no §5º, a ressalva:

³³¹ Neste sentido: “Apelação - Compra e venda de veículo automotor – Ação de indenização por danos materiais - Sentença de improcedência - Defeitos no veículo adquirido – Típica relação de consumo dos autos impondo que o consumidor solicite a eliminação do vício e aguarde pelo prazo de trinta dias, antes de exercer as faculdades previstas no art. 18, §1º, do CDC - Prova dos autos não demonstrando ter o autor solicitado a reparação do defeito e aguardado pelo prazo legal - Prova, ademais, não evidenciando a efetiva existência dos defeitos e se eram eles ou não compatíveis com o que razoavelmente se deve esperar de um automóvel com vários anos de uso - Sentença confirmada. Apelação a que se nega provimento”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AC 916.574-0/3. Rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli. 25ª. Câmara. Julg. em: 02.12.2008. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

³³² Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, p. 252; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 76; PIZZOL, Patrícia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 121 e TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, p. 269.

“independentemente de pedido do autor”, tal como consignou no § 4º do art. 84, não induz à conclusão contrária, tendo em vista a clareza da finalidade da norma, que consiste na obtenção do resultado esperado pelo direito material, não havendo sentido para que se condicione a aplicação de medidas tendentes a obter tal desiderato ao prévio requerimento do interessado. Esta conclusão guarda perfeita sintonia com a natureza de ordem pública das normas que compõem o CDC.

Como asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³³³³³⁴, a possibilidade conferida ao juiz, de aplicar a medida que entender mais adequada à finalidade da norma, ainda que não haja pedido da parte ou ainda que a parte tenha requerido providência diversa da aplicada, configura exceção legal ao princípio da congruência entre a sentença e o pedido.

São exemplos de medidas estabelecidas pelo citado art. 84, §5º, do CDC: busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. São denominadas pela doutrina como medidas de apoio no sentido de que não constituem em si mesmas a tutela, mas servem de instrumento para a produção do resultado prático pretendido.

Convém ressaltar que medidas de apoio, assim como a multa, servem para compelir o devedor a cumprir a obrigação, ao passo que as medidas de sub-rogação são aquelas que substituem a própria prestação, ou seja, “satisfazem o direito do autor com a tutela específica ou com um resultado prático equivalente”³³⁵.

A enumeração exemplificativa de medidas cabíveis permite ao juiz a determinação de qualquer outra que entenda necessária para o cumprimento da obrigação ou para a obtenção do resultado prático correspondente ao cumprimento. Deve, entretanto, na escolha destas medidas, atuar em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que a providência eleita

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 82.

³³⁴ No mesmo sentido posiciona-se Kazuo Watanabe, afirmando que a aplicação da multa sem pedido da parte não ofende o princípio da congruência entre o pedido e a sentença, na medida em que o próprio legislador federal, competente para legislar em matéria processual, excepcionou o princípio geral. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 864.

³³⁵ PIZZOL, Patrícia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, p. 121.

garde relação de adequação com o fim perseguido, “não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário”³³⁶.

Para ser eficaz, a medida de coerção terá de impor ao réu um sacrifício, sob certo aspecto, maior do que o que ele sofreria com o cumprimento do dever que lhe cabe. Não se trata de castigo nem visa à educação, está, sim, instrumentalmente vinculada à perspectiva de cumprimento da obrigação.

Nessa linha de raciocínio, descabida a decretação de prisão do devedor recalcitrante, como forma de compeli-lo ao cumprimento da obrigação. Primeiro, porque a medida não atende aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em conta sua gravidade e consequências. Segundo, porque o cabimento de prisão dependeria de expressa previsão legal, considerando o disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, o que não existe no sistema jurídico vigente. Terceiro, porque eventual previsão legal neste sentido seria inconstitucional em virtude do disposto no art. 5º, LXVII, da mesma Carta Política, que não admite prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e a do depositário infiel³³⁷³³⁸.

Teori Albino Zavascki³³⁹ leciona que, “embora a lei refira que o meio executivo eleito deve ser ‘suficiente e compatível’, é óbvio que há de ser também juridicamente legítimo”, o que não se verifica em relação à prisão civil.

O não-atendimento, pelo devedor, da determinação judicial que lhe imponha o cumprimento da obrigação pode configurar o crime de desobediência

³³⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, p. 270.

³³⁷ Neste sentido é o posicionamento de Patrícia Miranda Pizzol: “Sendo assim, há quem sustente ser possível a decretação da prisão do devedor por descumprimento de decisão judicial (aplicação do instituto do *contempt of court*, do direito anglo-saxão). Entendemos que, sem previsão legal expressa (conforme art. 5º, XXXIX, da CF), não pode haver prisão civil por descumprimento a decisão judicial, sendo cabível tão-somente a prisão penal por desobediência”. (A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, p. 121).

³³⁸ Em sentido contrário é o entendimento de Kazuo Watanabe: “É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo constitucional, que não proíbe, de forma alguma, a imposição da prisão civil por ato de desprezo à dignidade da justiça ou atos que embaracem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito. [...] Os sistemas alemão e austríaco permitem a imposição da sanção limitativa da liberdade em caso de desobediência à ordem do juiz, além da previsão de pena pecuniária, que é devida ao Estado, e não ao credor. Também o modelo anglo-saxão, através do instituto do *contempt of court*, admite a prisão, além da multa, esta devida à outra parte, e não ao Estado”. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 867.

³³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, p. 170.

tipificado pelo art. 330 do Código Penal³⁴⁰. Ocorre que, ao contrário do que se pode pensar, a prática deste delito não acarreta a prisão do devedor, pois configura crime de menor potencial ofensivo, assim definido pelo art. 61 da LJE, de modo que sua apuração e julgamento submetem-se ao regramento desta mesma lei e aos princípios que norteiam o sistema. Descabida, também, por expressa previsão legal, prisão em flagrante e exigência de fiança (art. 69 da LJE). Bem por isso, não há como se sustentar o cabimento de prisão em caso de não-cumprimento da obrigação pelo devedor, ainda que desatendida uma ordem judicial e, portanto, configurado o crime de desobediência.

7.2.3 Multa

Inspirado nas *astreintes* do direito francês, o legislador previu, no §4º do art. 84 do CDC, a possibilidade de o juiz, de ofício, impor multa diária, na sentença ou quando da antecipação da tutela específica, como forma de compelir o devedor a cumprir o comando; no §2º do mesmo artigo criou a possibilidade de cumulação da multa com indenização por perdas e danos.

Tal como ocorre em relação às medidas de sub-rogação e de apoio, a multa deve ser aplicada, de ofício, pelo juiz, independentemente de requerimento da parte. É meio executivo indireto ou meio de coação, que atua na vontade do devedor, para convencê-lo a cumprir a obrigação.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover³⁴¹ trata-se da chamada “execução indireta, caracterizada por atos de pressão psicológica sobre o devedor, para persuadi-lo ao adimplemento da obrigação”.

A natureza coercitiva e não-reparatória da multa tem como consequência não prejudicar o direito do credor à realização específica da obrigação ou ao ressarcimento do equivalente em dinheiro, ou, ainda, à postulação por perdas e danos. A multa tem cabimento apenas quando o cumprimento da obrigação pelo devedor for possível.

³⁴⁰ “Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público. Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.”

³⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, p. 256.

Com efeito, a multa, inerente à ideia de tutela mandamental, deve agir no ânimo do obrigado e influenciá-lo, intimidá-lo a acatar a ordem judicial e cumprir a obrigação assumida e, portanto, fazer ou não fazer aquilo que se obrigou, de sorte que seu montante deve ser proporcional a este mister. Não pode ser insuficiente a ponto de não criar no obrigado qualquer receio quanto às consequências do não-acatamento da ordem e, de outro lado, não pode ser desproporcional e desarrazoada a ponto de colocar o réu em situação vexatória. O juiz deve ajustar o valor e a periodicidade da multa consoante as circunstâncias fáticas concretas, com vista à obtenção do resultado específico da obrigação reclamada pelo credor.

Dispõe a norma que o juiz “poderá” cominar multa, se for “suficiente ou compatível” com a obrigação. Apesar da expressão “poderá” contida no preceito legal, não há que se falar em discricionariedade ou faculdade do juiz no momento da cominação. O juiz tem o dever de cominá-la, sempre que preenchidos os requisitos indicados na lei, ou seja, quando se afigure necessária ao cumprimento da obrigação. Deve preencher os conceitos legais indeterminados³⁴²: “suficiente ou compatível” com a obrigação e, verificando a presença dos requisitos legais, cominar a multa.

É certo que a multa assume especial relevância na tutela de obrigações infungíveis, na medida em que se presta a atuar na vontade do devedor, levando-o ao cumprimento da obrigação, para que não tenha que arcar com seu pagamento. Não obstante, perfeitamente cabível sua cominação em relação às obrigações fungíveis. É que, além de não haver qualquer vedação legal a respeito, a possibilidade de emprego de medidas de sub-rogação, tendentes à obtenção do cumprimento da obrigação por terceiros ou do resultado prático equivalente, não impede que se busque o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor, considerando que este é o resultado esperado pelo direito material.

Demais disso, como ressalta Eduardo Talamini³⁴³, “[...] muitas vezes, a obtenção do resultado específico sem o concurso do réu (‘resultado prático equivalente’), conquanto possível, é extremamente onerosa e (ou) complexa”, de sorte que a lei prefere o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor.

³⁴² No Capítulo 5, seção 5.8.4, deste trabalho, discorreu-se sobre conceitos legais indeterminados. As considerações tecidas na oportunidade aplicam-se à hipótese em apreço.

³⁴³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, p. 245.

7.2.3.1 Exigibilidade da multa

O CDC nada dispõe sobre o momento em que a multa passa a ser exigível. A doutrina diverge a respeito do assunto.

Patrícia Miranda Pizzol³⁴⁴, discorrendo sobre essa questão, sob o enfoque das ações coletivas, sustenta que a multa é exigível depois de decorrido o prazo fixado pelo juiz sem o cumprimento da decisão e tem como termo final o momento em que a obrigação for cumprida, de sorte que o credor pode executá-la imediatamente, independentemente do trânsito em julgado da decisão final, considerando que o CDC não traz esta exigência no art. 84.

O mesmo raciocínio é sustentado por Cássio Scarpinella Bueno³⁴⁵, para quem a multa tem exigibilidade imediata, superando apenas eventual lapso de tempo para que o réu, voluntariamente, acate e cumpra a determinação do juiz. Ressalta que a única forma de impedir a exigibilidade da multa é com a atribuição de efeito suspensivo a recurso de agravo em face da decisão que a cominou.

Eduardo Talamini³⁴⁶ perfilha o mesmo entendimento e acrescenta que, em virtude do caráter provisório de sua imposição, a execução será igualmente provisória, seja fixada em interlocutória, seja em sentença. O autor, criticando posições distintas, especialmente a que defende a exigibilidade somente após o trânsito em julgado, afirma que:

A inexecutabilidade imediata da multa retira boa parte da eficiência concreta do meio coercitivo e, conseqüentemente, das próprias chances de sucesso da antecipação. A ameaça de pronta afetação do patrimônio do réu através da execução do crédito da multa é o mais forte fator de influência psicológica. A perspectiva remota e

³⁴⁴ PIZZOL, Patrícia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à Justiça, p. 121, 133-134. Na exposição de seus argumentos, ressalta a eminente professora que, no âmbito das ações coletivas, não há que se aplicar a regra inserta no art. 12, da LACP, segundo a qual a multa, quando fixada liminarmente, somente pode ser cobrada depois do trânsito em julgado da sentença, considerando que o CDC, no art. 84, não faz tal exigência.

³⁴⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 136.

³⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, p. 258.

distante de execução depois do trânsito em julgado nada ou muito pouco impressiona³⁴⁷.

Arruda Alvim³⁴⁸ defende que a multa pode ser executada somente após o trânsito em julgado da sentença, que seja favorável ao autor. Trazem os seguintes argumentos para a tese expendida:

a) se a interpretação decorrente do Código de Defesa do Consumidor é mais favorável ao consumidor, do que é o Código de Processo Civil, nem por isto, todavia, deve-se descartar a possibilidade de que o fornecedor venha a ser o vencedor, e b) se o fornecedor sair vencedor da ação, seja ela coletiva, seja ela individual, a decisão que assim haja resolvido o litígio, não poderá deixar de ter a multa como não devida.

Luiz Guilherme Marinoni³⁴⁹, demonstrando idêntica compreensão, afirma que a finalidade coercitiva da multa não se relaciona com a cobrança imediata, mas apenas com a possibilidade de cobrança futura. Esta possibilidade é suficiente para atemorizar o demandado e, assim, convencê-lo a adimplir.

Desta forma, a multa cumpre seu papel mediante a ameaça que exerce sobre o réu, de modo que, para exercer a sua finalidade coercitiva, não precisa ser cobrada antes do trânsito em julgado.

O enfrentamento da questão, como se pode inferir, depende da análise dos desdobramentos de cada uma das posições indicadas, especialmente quando o pedido for julgado improcedente.

Considerando que a decisão que antecipa os efeitos da tutela é fundada em juízo de probabilidade, é bem possível que ao final, após regular dilação probatória, venha a ser revogada por sentença que julgue improcedente o pedido. Neste caso, para aqueles que sustentam a exigibilidade imediata da multa, o autor, destinatário do valor a ela atinente, sairia, de certa forma, vencedor, na medida em que, muito embora tenha tido sua pretensão rejeitada, auferiu para si o valor referente à multa³⁵⁰.

³⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, p. 258.

³⁴⁸ ARRUDA, Alvim *et al.* *Código do Consumidor comentado*, p. 402.

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*, p. 109-111.

³⁵⁰ Para Patrícia Miranda Pizzol: “[...] estando a decisão concessiva da tutela antecipada em vigor, cabe ao réu cumpri-la; não o fazendo, impõe-se o pagamento da multa, ainda que posteriormente a medida seja revogada ou modificada. Assim, é devida a multa pelo período em que a medida estava em vigor e não foi cumprida; nessa esteira, se o devedor pagar a multa e depois a tutela antecipada

Cássio Scarpinella Bueno³⁵¹, a respeito desta questão, sustenta que o que vale para fins de efetivação da tutela antecipada é seu momento de eficácia, ou seja, quando ela tem de ser cumprida. Para o autor:

[...] o que acontece depois, ao longo do procedimento, já não é mais um problema relativo à tutela antecipada ou às condições de sua efetivação. Se o réu poderá recobrar a multa, compensá-la com o autor pelos danos com o cumprimento da decisão antecipatória da tutela, isso tudo é questão que se põe no plano da *responsabilização objetiva* daquele que se beneficia da tutela antecipada, mas que não desnatura a natureza jurídica do ato em discussão. Pensar o contrário, de resto, é criar subterfúgios para que ninguém mais acate qualquer determinação judicial simplesmente porque tem a expectativa, legítima, e certa, de 'ganhar lá na frente' [grifo no original].

Eduardo Talamini³⁵², que defende posição intermediária, afirma que, nesse caso, o autor seria obrigado a restituir ao réu o valor da multa, executado provisoriamente, tendo em conta a regra inserta no art. 574 do CPC.

De todas as opiniões demonstradas, entende-se como mais correta aquela que sustenta que a exigibilidade da multa depende do trânsito em julgado da sentença favorável ao autor. Explica-se.

A execução da multa antes do término do processo vai de encontro ao caráter reversível e provisório da tutela antecipada, que pode ser modificada e revogada até a decisão final. A exigibilidade da multa neste momento conferiria contornos de definitividade à decisão que antecipa os efeitos da tutela, que não tenha sido alvo de recurso dotado de efeito suspensivo, como se houvesse preclusão *pro judicato*, neste caso.

A possibilidade de restituição do valor executado provisoriamente pelo autor, como afirmam alguns doutrinadores, não traria grandes resultados, tendo em conta os inegáveis transtornos processuais que decorreriam do exercício deste direito, em caso de revogação da decisão antecipatória dos efeitos da tutela no curso do processo. Ora, se ao autor é dada a faculdade de executar provisoriamente a multa, ao réu não se pode afastar o direito de buscar o ressarcimento no momento

for revogada, ele não terá direito à repetição do que pagou". (A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à Justiça, p. 121).

³⁵¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 136-137.

³⁵² "Art. 574. O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução."

da revogação da decisão e não somente ao final. A execução eventualmente promovida pelo réu, neste caso, seria igualmente provisória, considerando a possibilidade de nova reversão da decisão por ocasião da sentença e, ainda, em sede de recurso. Nota-se, portanto, que a possibilidade de execução provisória da multa não se afigura, na prática, a medida mais acertada, posto que em muito contribuiria para retardar e tumultuar o andamento do processo, além de desestimular o juiz a rever sua decisão à luz de provas e fatos novos, em razão dos transtornos que a revisão pode ensejar.

Não convence o argumento de que a execução *a posteriori* da multa enfraqueceria a sua função de coagir o devedor a cumprir a obrigação. Evidente que, uma vez fixada a multa, o devedor tem ciência de que o não-cumprimento da ordem judicial pode lhe acarretar, ainda que não imediatamente, grande perda patrimonial, sensação esta que tem o condão de compeli-lo ao cumprimento da obrigação, tal como pretende a lei. Além disso, uma vez fixada multa por dia de atraso, o devedor terá ciência de que quanto maior o tempo decorrido até o cumprimento da obrigação, maior será o valor da perda patrimonial.

A natureza da multa, qual seja, de coerção tendente a levar ao cumprimento da ordem, não se coaduna com o argumento segundo o qual se prestaria a resguardar a autoridade da decisão judicial. É que a autoridade jurisdicional ampara-se precisamente na sua finalidade de tutelar quem tem razão, e não em sua obrigatoriedade em si mesma, desprovida de sentido.

Na interpretação de Eduardo Talamini³⁵³, essa tese, ao invés de resguardar a autoridade jurisdicional apenas contribuiria para enfraquecê-la: “consagraria o culto a uma suposta ‘autoridade’ em si mesma, desvinculada de sua razão de ser”.

Se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, é ilógico imaginar que possa beneficiar o autor que não tem qualquer razão, apenas porque o réu deixou de cumprir uma decisão do Estado-juiz, que não prevaleceu. Neste caso, o autor seria beneficiado apenas por ter obtido uma decisão que afirmou um direito que, ao final, não foi reconhecido³⁵⁴.

³⁵³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, p. 259-260.

³⁵⁴ Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*, p. 110.

Acrescente-se que o sistema processual prevê penalidade específica para aquele que não cumpre, com exatidão, os provimentos mandamentais ou cria embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final (art. 14, parágrafo único do CPC)³⁵⁵.

A multa cominada como forma de compelir o devedor a cumprir a obrigação não pode, portanto, configurar outra penalidade ao devedor recalcitrante, sob pena de *bis in idem*.

Não bastasse isso, não seria compatível com o sistema colocar-se o autor na posição de destinatário da multa devida por descumprimento de ordem judicial, uma vez que o resultado da penalização do devedor por ato de desrespeito à ordem judicial por si mesma. É dizer que a multa seria devida ao Estado-juiz, posto que vítima da omissão.

7.2.3.2 Limites à fixação da multa e possibilidade de modificação

A multa, como é cediço, tem caráter de coerção; funciona como verdadeira pressão psicológica sobre o réu, que deve levá-lo ao cumprimento da obrigação, sob ameaça de sofrer perda patrimonial. Para que a multa possa constituir uma autêntica forma de pressão sobre a vontade do réu e, assim, atingir o seu desiderato, é fundamental que ela seja fixada de acordo com as circunstâncias fáticas existentes nos autos, especialmente em função da predisposição eventualmente manifestada pelo réu para cumprir a obrigação. Bem por isso, há que se estabelecer montante que concretamente influa na vontade e no comportamento do demandado, sem descuidar da sua situação econômica, da sua capacidade de resistência, das vantagens que possa auferir com o descumprimento da obrigação e, ainda, outros valores não-patrimoniais eventualmente envolvidos.

³⁵⁵ “Art. 14 [...] Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar aos responsáveis multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.”

A multa deve ser, ainda, “suficiente” e “compatível” com a obrigação, o que não significa dizer que seu valor esteja limitado ao valor da obrigação, tampouco ao valor da causa³⁵⁶, já que, se fosse assim, estaria desnaturada a sua função. Limitações ao valor da multa ensejariam ao réu a possibilidade de avaliar o custo do descumprimento da obrigação e, por consequência, de optar pela melhor estratégia a seguir: cumprir a obrigação ou pagar a multa. Este sistema desvirtuaria, por completo, a finalidade e a efetividade da norma³⁵⁷.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, que têm sua competência definida em função do valor causa (art. 3º, I, da LJE)³⁵⁸, não incide qualquer limitação ao valor da multa, na medida em que não integra o conteúdo econômico da pretensão. A prática revela que, não raro, a multa atinge valor elevado, superior ao teto legal, em virtude da inércia do devedor que, instado, reluta em cumprir a obrigação. Neste caso, seria absolutamente incoerente e injusto limitar-se o montante da multa ao teto estabelecido pela LJE, sob pena de destituir a medida de sua finalidade coercitiva em indevido benefício do devedor.

O CDC não estabeleceu a possibilidade de o juiz reduzir ou majorar a multa após sua fixação, no caso de ter se tornado excessiva ou insuficiente, tal como previu o CPC, no §6º do art. 461. A omissão do legislador, entretanto, não impede a alteração do valor da multa, para adequá-la às circunstâncias de fato existentes e que podem sofrer alterações ao longo do processo.

³⁵⁶ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson Nery Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, p. 252: “Seu valor tem de ser mesmo ilimitado para que a coação seja efetiva”; PIZZOL, Patrícia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à Justiça, p. 120: “Tendo em vista que esta multa tem natureza coercitiva e não compensatória, poderá superar o valor da obrigação” e TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, p. 248: “O §2º. desse artigo veio a eliminar qualquer dúvida: se o crédito decorrente da multa é algo inconfundível com as perdas e danos, careceria de sentido limitá-lo ao valor do dever violado ou dos prejuízos havidos. Mais do que isso, destruiria a utilidade do mecanismo”.

³⁵⁷ A limitação contida no art. 412, do Código Civil (“O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”) refere-se à multa compensatória, não se aplicando à multa coercitiva (*astreintes*). Neste sentido: PIZZOL, Patrícia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, p. 120 e NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*, p. 370.

³⁵⁸ “Art. 3º. O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I- as causas cujo valor não supere 40 vezes o salário mínimo.”

Como ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁵⁹, trata-se de aplicação da regra *rebus sic stantibus*, de que se reveste a decisão ou sentença na parte que fixa o valor da multa diária. “Em outras palavras, mantida a mesma situação de fato, o valor da multa constante da sentença não pode ser alterado; sobrevindo nova situação de fato, o valor da multa constante da sentença pode ser modificado.”

7.2.4 Antecipação da tutela específica

O §3º do art. 84 do CDC permite que o juiz conceda a tutela liminarmente ou após justificação prévia, desde que relevante o fundamento da demanda e que haja justificado receio de ineficácia do provimento final.

Por força do que dispõem os §§4º e 5º do mesmo artigo, poderá o juiz cominar multa diária ou determinar outras medidas necessárias (de apoio ou de sub-rogação), para garantir o cumprimento da medida.

Os requisitos exigidos pelo legislador para a antecipação dos efeitos da tutela, em ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer, no âmbito das relações de consumo³⁶⁰, são de mais fácil preenchimento do que aqueles necessários à antecipação dos efeitos da tutela em ações de conhecimento em geral, estabelecidos pelo art. 273 do CPC. Em se tratando de obrigações de fazer ou de não fazer, basta a mera probabilidade, ou seja, a relevância do fundamento da demanda. Para as demais antecipações de mérito, o CPC exige prova inequívoca que ateste a verossimilhança da argumentação, além de perigo de dano decorrente da demora ou do abuso do direito de defesa (art. 273 do CPC)³⁶¹.

³⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 672.

³⁶⁰ O legislador manteve os mesmos requisitos previstos pelo art. 84 do CDC no art. 461 do CPC, de modo que, ainda que não se trate de relações de consumo, os requisitos necessários à antecipação de tutela em ações que tenham por objeto obrigações de fazer ou de não fazer são mais fáceis dos que os exigidos para as demais antecipações de tutela, reguladas pelo art. 273 do CPC.

³⁶¹ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 672-673.

Apesar da omissão legislativa a respeito, entende-se que será possível a antecipação dos efeitos da tutela referente a obrigações de fazer ou de não fazer quando restar configurado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, circunstâncias indicadas pelo legislador no art. 273, II, do CPC, como requisitos autorizadores da antecipação de tutela nos processos de conhecimento em geral. Possível, ainda, será a antecipação em relação a pedido incontroverso, tal como dispõe o art. 273, §6º, do CPC.

Essa afirmação decorre da aplicação subsidiária do CPC ao microsistema do CDC, naquilo que não contrarie os seus princípios. Ademais, não seria lógico pensar que o legislador tenha pretendido excluir tais possibilidades se buscou privilegiar a tutela específica e célere das obrigações de fazer e de não fazer³⁶².

Assim, ficando configurado manifesto propósito protelatório do réu ou abuso do direito de defesa, a concessão da medida independe do requisito da urgência, o que se extrai da redação do art. 273, I e II, do CPC (incisos interligados pela partícula “ou”). Não obstante, é necessário que o juiz se convença da probabilidade do direito, ou seja, da relevância do fundamento exposto pelo autor. Ora, a própria caracterização do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu, apta a ensejar a antecipação de tutela, pressupõe a constatação da extrema probabilidade do direito do autor, de modo que estes requisitos são indissociáveis³⁶³.

A desnecessidade do requisito da urgência aplica-se, com maior razão, na hipótese de haver pedido incontroverso (art. 273, §6º, do CPC), na medida em que tal circunstância, por si só, seria capaz de autorizar o acolhimento do pedido no julgamento final. Além disso, trata-se de requisito completamente desvinculado dos demais³⁶⁴.

A reversibilidade da medida, como condição ao seu deferimento, não foi incluída no art. 84, §3º, do CDC. Todavia, diante de sua natureza, tal requisito

³⁶² Neste sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, p. 183 e também TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, p. 357.

³⁶³ Neste sentido: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, p. 358.

³⁶⁴ A respeito do tema, BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, p. 53. O autor sustenta que a hipótese em questão configura verdadeiro julgamento antecipado parcial da lide, com o reconhecimento de efeitos imediatos ao que já foi julgado.

afigura-se indispensável, comportando aplicação, mais uma vez, subsidiariamente, do art. 273 do CPC, que, no §2º, estabelece o não-cabimento da antecipação da tutela, na hipótese de haver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Importante consignar que a irreversibilidade aludida pela lei é fática e não jurídica. O provimento concessivo da tutela nunca será irreversível porque provisório e revogável. O que podem ser irreversíveis são as consequências de fato decorrentes da execução da medida e, neste caso, a tutela não deve ser concedida³⁶⁵.

Não há, no art. 84, §3º, do CDC, nenhuma menção à necessidade de requerimento do autor para a antecipação da tutela, ao contrário do que dispõe o art. 273, *caput*, do CPC. Apesar disso, o requerimento do autor é imprescindível para tanto. O adiantamento total ou parcial da tutela pode gerar sacrifícios na esfera jurídica do réu, que terão de ser ressarcidos, pelo autor, em caso de improcedência do pedido. Neste passo, é necessário que se garanta ao autor o direito de avaliar os riscos, para optar, de forma consciente, por requerer ou não a antecipação dos efeitos da tutela³⁶⁶. A natureza de ordem pública das normas do CDC em nada interfere nesta conclusão. É certo que o juiz é obrigado a aplicá-las de ofício, independentemente de requerimento do consumidor. Isto não significa, entretanto, que deva impor ao autor-consumidor os ônus decorrentes de medida não postulada, que, se posteriormente revogada, trará importantes consequências em sua esfera de direitos. A opção do autor pelo não-requerimento da antecipação da tutela não configura qualquer disposição de direito material, não podendo, portanto, ser ignorada pelo juiz.

Possível é a antecipação dos efeitos da tutela em qualquer fase do processo e em qualquer espécie de ação, bem como, excepcionalmente, em

³⁶⁵ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 529: “Caso haja real perigo de irreversibilidade ao estado anterior, a medida não deve ser concedida. É o caso, por exemplo, de antecipação determinando a demolição de prédio histórico ou de interesse arquitetônico: derrubado o prédio, sua eventual reconstrução não substituirá o edifício original. Aqui existe a irreversibilidade de fato, que impede a concessão da tutela antecipada. Quando houver irreversibilidade de direito, ou seja, quando puder resolver-se em perdas e danos, a tutela antecipada pode, em tese, se concedida”.

³⁶⁶ Este também é o posicionamento de Eduardo Talamini, para quem seria necessária uma regra explícita dispensando o requerimento do autor para a antecipação da tutela. (*Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, p. 359).

processo de execução, desde que presentes os seus requisitos. Os efeitos da tutela podem ser antecipados antes mesmo da citação do réu, até a sentença, inclusive³⁶⁷.

Ao sistema da antecipação de tutela em ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer aplica-se a fungibilidade prevista pelo art. 273, §7º, do CPC, de modo que o juiz pode receber um pedido de antecipação de tutela como medida cautelar e deferi-lo incidentalmente no processo³⁶⁸.

Muito embora o art. 84 do CDC não se tenha referido à revogabilidade da decisão, forçosa é a aplicação da regra prevista pelo art. 461, §3º, do CPC, de maneira que a tutela pode ser alterada ou revogada, em qualquer tempo, por decisão fundamentada do juiz. À medida que o processo se desenvolve, outros elementos de prova são carreados aos autos, os quais podem alterar o convencimento prévio manifestado pelo juiz, no momento da concessão da medida antecipatória. Não haveria sentido, portanto, em conferir contornos de definitividade à decisão se, no curso do processo, a medida tornou-se injusta ou descabida.

No tocante à duração, o provimento antecipatório tem sua eficácia vinculada ao provimento final, ao qual está instrumentalmente ligado, o que não significa dizer que seus efeitos operam somente até a sentença.

A sentença que extingue o processo sem resolução do mérito ou julga improcedente o pedido importa em automática revogação da tutela antecipada, ainda que silencie a respeito. Nestas hipóteses, é evidente que, se o magistrado concluiu pela ausência de plausibilidade do direito, a permanência dos efeitos da tutela seria absolutamente incompatível logicamente com a sentença³⁶⁹.

A propósito, não se ignora a possibilidade de, a despeito da sentença desfavorável, o autor ter razão e, por este motivo, haja o risco de ineficácia do provimento recursal a ser obtido. Este impasse, entretanto, deve ser resolvido em

³⁶⁷ Na hipótese de a antecipação da tutela ser concedida na sentença, o recurso de apelação eventualmente interposto não será dotado de efeito suspensivo neste tópico, conforme regra do art. 520, VII, do CPC.

³⁶⁸ “Art. 273 [...] §7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

³⁶⁹ Eduardo Talamini, neste aspecto, pondera que, em caso de improcedência do pedido, a expressa revogação da tutela antecipada seria medida supérflua, na medida em que sua revogação decorre do próprio conteúdo da sentença. (*Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, p. 362).

segunda instância, com a eventual antecipação dos efeitos da tutela recursal pelo tribunal.

O CDC não regulou a antecipação dos efeitos da tutela em ações de conhecimento em geral, mas apenas em ações que tenham por objeto obrigações de fazer ou de não fazer (art. 84). Esta omissão, entretanto, comporta simples resolução, tendo em conta a aplicação subsidiária do CPC ao microssistema, *ex vi* do art. 90 do CDC.

Assim, para os casos de antecipação dos efeitos da tutela de mérito, em ações de conhecimento em geral, versando sobre lides de consumo, devem ser observados os requisitos estabelecidos pelo art. 273 do CPC³⁷⁰.

³⁷⁰ Neste sentido: ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 251-252.

8 OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Com o objetivo de conferir efetividade ao princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo, preconizado pelo art. 6º, VIII, do CDC, o legislador estabeleceu, no art. 5º, IV, do mesmo diploma legal, que, para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o Poder Público, entre outros instrumentos, com a criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e com varas especializadas para a solução de litígios de consumo.

A norma prevê a criação de juizados especiais com o fim único e exclusivo de processar e julgar lides de consumo³⁷¹. Contudo, até o presente, não foram criados juizados especiais com esta única finalidade. Não obstante, não se pode negar que os juizados, que já existiam quando da promulgação do CDC, criados pela Lei nº 7.244/84 e aperfeiçoados pela Lei nº 9.099/95, são largamente utilizados para tal mister.

Em 08 de novembro de 1984, foi publicada a Lei Federal nº 7.244/84, que dispôs sobre a criação e o funcionamento dos Juizados de Pequenas Causas, conferindo aos Estados, ao Distrito Federal e aos Territórios a faculdade de instituí-los. A mesma lei criou procedimento simplificado para processamento e julgamento de causas de reduzido valor econômico, assim entendidas as lides que versassem sobre direitos patrimoniais, cujo valor não excedesse a vinte salários mínimos, na data do ajuizamento. Instituiu, ainda, como princípios norteadores dos juizados, a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, dando ênfase à conciliação das partes.

Entre as grandes novidades trazidas pela lei em comento destaca-se a simplificação do sistema recursal, com a previsão de cabimento de apenas dois recursos, quais sejam: recurso inominado e embargos de declaração, dirigidos à Turma Recursal composta por três juízes de primeiro grau, isenção de custas e

³⁷¹ Neste sentido afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Os juizados que já existem podem ser designados também para a solução dos conflitos de consumo. A norma, entretanto, prevê a possibilidade de serem criados juizados especiais exclusivamente para julgar as lides de consumo. A efetiva criação depende de iniciativa do Poder Judiciário (CF 125 *caput*; LCP 1º). Podem ser criados pela União e pelos Estados, além desses juizados, outros para o julgamento de causas cíveis de menor complexidade (CF, 98, I), com a finalidade de solucionar as lides de consumo”. (*Leis civis comentadas*, p. 187).

despesas processuais em primeiro grau, e inexistência de condenação ao pagamento de honorários advocatícios, pelo vencido.

Diante do sucesso dos Juizados Especiais Cíveis, sua criação e funcionamento foram encampados pela Constituição Federal de 1988 que, no art. 98, I, assim dispôs:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I- juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento dos recursos por turmas de juízes de primeiro grau³⁷².

O sistema foi, então, aperfeiçoado pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que tratou dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, tornando obrigatória a sua criação, medida que afastou a faculdade prevista pela lei revogada (Lei nº 7.244/84)³⁷³.

A nova lei ampliou a competência dos juizados para o processamento, julgamento e execução³⁷⁴ de causas com valor não superior a quarenta salários mínimos, que envolvam questões fáticas de menor complexidade, além das causas

³⁷² CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. 9. ed, rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1-4. Recorrendo aos fundamentos expendidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise do pedido de liminar, deduzido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127-DF, referente à Lei n. 8.906/94, bem assim a lição do Desembargador paulista Álvaro Lazzarini, em trabalho apresentado ao I Simpósio Nacional dos Juizados Especiais e de Pequenas Causas Cíveis e Criminais (*Ajuris*, Porto Alegre, 05/20-25, 1992), o autor sustenta que, diante do tratamento constitucional conferido à questão atinente aos juizados, que ora se referiu a juizado de pequenas causas (art. 24, X) e ora a juizados especiais cíveis (art. 98, I), estes órgãos não se confundem, de modo que é possível, “[...] por lei complementar estadual de iniciativa dos Tribunais de Justiça daqueles Estados cujos órgãos de segundo grau não conseguem absorver a demanda por recursos em tempo razoável, sejam criados os Juizados de Pequenas Causas Cíveis (JEPEC). [...] O Juizado de Pequenas Causas (JEPEC) [...] funcionaria dentro das seções dos escritórios de justiça comum (cível, família, fazenda pública, acidentária etc.) e utilizaria a estrutura daqueles, a exemplo do que se verifica com a quase totalidade dos Juizados Especiais Criminais do Estado de São Paulo, método que limita os custos em cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000)”.

³⁷³ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1.468.

³⁷⁴ A Lei nº 7.244/84, no art. 40, ditava que: “A execução da sentença será processada no ordinário competente”. Esta regra gerou inúmeras controvérsias e acarretou a remessa de execuções dos julgados proferidos pelos juizados de pequenas causas para a Justiça comum, em desrespeito ao disposto no art. 575, II, do CPC. Neste sentido: CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*, p. 6-7.

elencadas pelo art. 275, II, do CPC³⁷⁵ e, ainda, infrações penais de menor potencial ofensivo. Os princípios elencados pela lei revogada foram mantidos, bem como o realce para a busca, sempre que possível, da conciliação entre as partes. Ainda, estabeleceu a obrigatoriedade de assistência por advogado em ações com valor superior a vinte salários mínimos e criou procedimento específico para a execução de seus julgados.

A criação de juizados especiais para o julgamento de ações com menor expressão econômica está intimamente ligada ao escopo de facilitação do acesso à justiça, na medida em que traz a ideia de desburocratização e de redução de custos, fatores estes que desestimulam a população em geral a procurar o Judiciário, especialmente a menos abastada financeiramente.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth³⁷⁶ observam:

Causas que envolvem somas relativamente pequenas são as mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade.

Na criação dos juizados especiais, preocupou-se o legislador em resgatar a credibilidade popular em relação à justiça, especialmente pelas camadas mais carentes da sociedade, buscando afastar a litigiosidade contida e as principais causas que ensejaram o desprestígio do Poder Judiciário ao longo dos anos, quais sejam: a morosidade³⁷⁷, intimamente ligada ao formalismo do processo civil ortodoxo e à burocracia que envolve o procedimento judicial; o custo do processo, que abarca não apenas o pagamento de custas e despesas processuais, mas também de

³⁷⁵ “Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário: I- [...]; II- nas causas, qualquer que seja o valor: a) de arrendamento rural e de parceria agrícola, b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio, c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico, d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre, e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução, f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial, g) nos demais casos previstos em lei.”

³⁷⁶ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 19.

³⁷⁷ L'HEUREUX, Nicole. *Acesso eficaz à justiça: Juizado de Pequenas Causas e Ações Coletivas*. *Revista de Direito do Consumidor* 5/5, p. 7. Nesta obra, afirma categoricamente que os longos prazos que se impõem aos litigantes para obter a solução de uma demanda trazem consequências desastrosas para a parte economicamente mais fraca, bem assim que “[...] sua incerteza pode ter o efeito de uma coação que incita o consumidor a abandonar um processo ou a aceitar um acordo extrajudicial pouco vantajoso”.

honorários de advogado, considerando que, até então, não havia possibilidade de se litigar em juízo pessoalmente, sem a representação deste profissional.

A preocupação com essas insatisfações tem em conta, ainda, a ideia de que os litígios de consumo, pequenos se considerados isoladamente, representam importantes interesses quando tomados em seu conjunto. A fragmentação dos prejuízos permite a certos profissionais obter lucros escorchantes, aproveitando-se das dificuldades encontradas pelos consumidores quando necessitam do Poder Judiciário para a reparação de um prejuízo, frente a um direito violado.

Ao examinar o tema, afirma Nicole L'Heureux³⁷⁸:

Uma das soluções preconizadas nos últimos anos foi a de priorizar a melhora de facilidades de acesso ao poder judiciário. Podemos adiantar duas idéias fundamentais: um sistema que seja acessível a todos e um sistema que produza resultados individual e socialmente justos. Medidas como a ação coletiva e o Juizado de Pequenas Causas foram preconizados para atingir estes objetivos.

O legislador criou, então, procedimento expedito, simplificado e barato, no intuito de garantir amplo acesso à justiça.

Como bem observa João Batista de Almeida³⁷⁹:

Verifica-se, pela simples leitura dos três primeiros artigos da Lei n. 9.099/95, que o Juizado Especial Cível – tal qual o JEPEC – é a grande solução para o consumidor no que se refere ao acesso à justiça, constituindo-se num dos mais valiosos instrumentos colocados à sua disposição (CDC, art. 5º, IV). Parece ter sido concebido sob medida para a tutela do consumidor.

Deveras, a LJE prestigiou a oralidade, a simplicidade dos atos processuais e a informalidade, visando desburocratizar o procedimento e tornar materialmente viáveis as causas de reduzido conteúdo econômico. Nessa trilha, tornou mais ativo o papel desempenhado pelo juiz que, mais do que nunca, deve participar da produção de provas, lançando mão dos meios necessários à elucidação dos fatos, notadamente quando as partes litigam sem assistência de advogado.

³⁷⁸ L'HEUREUX, Nicole. Acesso eficaz à justiça: Juizado de Pequenas Causas e Ações Coletivas, p.6.

³⁷⁹ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 65.

Na avaliação de Mauro Cappelletti e Bryant Garth³⁸⁰:

Julgadores mais ativos podem fazer muito para auxiliar os litigantes que não contam com assistência profissional. Mesmo os críticos desse sistema reconhecem a necessidade de uma atitude mais ativa nos tribunais de pequenas causas. As modernas reformas também tendem a promover tal atitude através da simplificação de algumas regras de produção de provas, o que permite, como ocorre, por exemplo, na Inglaterra e na Suécia, grande flexibilidade processual, conforme o tipo de demanda. Taylor relata que na Austrália geralmente as partes e o magistrado sentam-se em torno de uma mesa de café e, muitas vezes, o próprio juiz telefona a alguém que possa confirmar a versão de uma das partes. O juiz ativo e menos formal tornou-se uma característica básica dos tribunais de pequenas causas.

O sistema inaugurado pela LJE, entretanto, não está à margem de críticas.

Kazuo Watanabe³⁸¹, profundo estudioso do tema, alerta que a ampliação da competência dos juizados, efetivada pela Lei nº 9.099/95, que revogou expressamente a Lei nº 7.244/84, não foi acompanhada da necessária implementação de melhorias nas infraestruturas pessoal e material do sistema, o que gerou excessiva sobrecarga de processos, especialmente nos juizados de centros mais populosos como a cidade de São Paulo. O autor aponta, ainda, o pouco entusiasmo de alguns órgãos de cúpula do Poder Judiciário em relação aos juizados, bem como a burocratização cada vez mais crescente, como acontece em algumas unidades, que chegam a distribuir senhas de atendimento, fazendo com que o jurisdicionado compareça a primeira vez apenas para receber uma senha, já que o atendimento efetivo, com o registro de sua reclamação, fica marcado para 30, 60 ou até 90 dias depois.

Mauro Cappelletti³⁸², por seu turno, considera importantes as tentativas de resolução do problema da proteção dos consumidores, no plano do procedimento simplificado dos juizados especiais. No entanto, defende a ideia de que as causas do consumidor não podem ser tratadas como pequenas causas, posto que “a ‘causa’ do consumidor é um agregado, não raro gigantesco, de potenciais ‘pequenas

³⁸⁰ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 103.

³⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 818.

³⁸² CAPELLETTI, Mauro. *O acesso dos consumidores à justiça*, p. 207.

causas'; portanto, ela só pode ser eficazmente resolvida como 'causa gigante', certamente, não como 'pequena causa'!"

Apontando, também, a burocratização do procedimento e a utilização por pequenos credores, o mencionado autor, junto com Bryant Garth³⁸³, assinala:

[...] muitos tribunais de pequenas causas tornaram-se quase tão complexos, dispendiosos e lentos quanto os juízos regulares (devido, particularmente, à presença dos advogados e à resistência dos juízes em abandonar seu estilo de comportamento tradicional, formal e reservado). Em segundo lugar, onde os tribunais de pequenas causas se tornaram eficientes, eles têm servido mais freqüentemente para os credores cobrarem dívidas do que para os indivíduos comuns reivindicarem direitos. Alega-se que procedimentos mais rápidos, informais e modernos facilitaram principalmente a lesão em larga escala dos direitos dos devedores individuais. Pequenas causas, afinal, não são necessariamente simples ou desimportantes; elas podem envolver leis complexas em casos de vital importância para litigantes de nível econômico baixo ou médio. A questão, portanto, é saber por que elas devem ser apreciadas através do procedimento supostamente de segunda classe.

De fato, não se pode negar que o funcionamento dos juizados conta com inúmeras dificuldades, especialmente em razão do excessivo número de demandas e da deficitária estrutura, que é composta por insuficiente número de funcionários para o atendimento das partes e cumprimento dos atos processuais, além do reduzido número de magistrados, que presidem uma infinidade de processos.

A formulação oral do pedido junto à secretaria do juizado, muito embora facilite a atuação do consumidor, traz sérias dificuldades para os serventuários da justiça, que, em sua maioria, mesmo sem ter formação jurídica, são incumbidos da importante tarefa de redigir verdadeira petição inicial, a partir do relato expendido no momento do atendimento, além de analisar documentos exibidos na oportunidade. A falta de periódicos cursos de treinamento e aperfeiçoamento e melhorias na remuneração são ideais ainda distantes da realidade.

As dificuldades apontadas, entretanto, não ofuscam a importância e a eficiência dos juizados, como meios propícios para a efetivação do princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo, diante de todas as facilidades que oferecem.

³⁸³ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso eficaz à justiça*, p. 97.

De fato, é intuitivo que um indivíduo que se depara com um vício em um produto de diminuto valor, como um DVD, por exemplo, não teria disposição para buscar a justiça se tivesse que contratar advogado, arcar com todas as custas e despesas processuais, percorrer longas distâncias para comparecer a audiências e aguardar anos para obter a solução de seu problema. Estes entraves foram consideravelmente amenizados com a criação e implantação dos Juizados Especiais Cíveis, notadamente em função de seu simplificado procedimento, da dispensa de advogado para causas com valor não superior a vinte salários mínimos, da isenção de custas em primeiro grau e da instalação de postos de atendimento em diversas localidades.

Pode-se afirmar, junto com Eduardo Oberg³⁸⁴, que:

Os juizados passaram a ser literalmente, o primeiro balcão de atendimento respeitoso ao público em geral; o Judiciário substituiu, sem ter tal pretensão e tal função, os serviços de reclamação das empresas que atuavam como fornecedoras de produtos e serviços, principalmente concessionárias de serviços públicos, instituições financeiras e de crédito, além das grandes lojas de departamento espalhadas no Estado, bem como quaisquer outras empresas que fugiam dos seus clientes 'reclamadores'.

A crescente procura do Poder Judiciário por consumidores assume especial relevância sob o ponto de vista social. As lides de consumo não se prestam apenas para solucionar conflitos pontuais, mas também para conscientizar a classe de fornecedores a cumprir as leis e a desempenhar, com zelo, sua atividade produtiva. Servem, ainda, de estímulo ao desenvolvimento de políticas adequadas de produção e comercialização de produtos. Acrescente-se que a utilização da justiça por consumidores e a prolação de decisões rápidas e eficazes incutem nos fornecedores maior responsabilidade no exercício de sua atividade, ante a certeza de que qualquer falha será levada à apreciação do Poder Judiciário.

Ademais, a pronta resposta da justiça a um conflito de interesse serve como instrumento de informação ao consumidor que, paulatinamente, passa a ter conhecimento de seus direitos e da forma como deve exercitá-los, além de voltar a acreditar na justiça e nos poderes do Estado.

³⁸⁴ OBERG, Eduardo. Os juizados especiais cíveis: Enfrentamento e sua real efetividade com a construção da cidadania. *Revista de Direito do Consumidor* 56/56, p. 47.

8.1 OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Os princípios que regem o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis constam do art. 2º da Lei nº 9.099/95, que assim dispõe: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou transação”.

Ressalte-se que a norma fala em “critérios”, que devem ser entendidos como princípios iluminadores do sistema, “corolários básicos que devem ser obrigatoriamente seguidos”³⁸⁵.

Ao lado dos princípios elencados pelo art. 2º estão os princípios da ampla liberdade do juiz, na produção e apreciação das provas e da equidade, que são extraídos dos arts. 5º³⁸⁶ e 6º³⁸⁷ da Lei nº 9.099/95, respectivamente.

O CPC, registre-se, não é apontado pela Lei nº 9.099/95 como norma de aplicação supletiva ou subsidiária (com exceção das indicações contidas na parte final do art. 30 e no *caput* do art. 51). No entanto, tal circunstância não impede sua aplicação, por se tratar de lei ordinária geral, no direito processual civil brasileiro³⁸⁸. Sua aplicação deve ocorrer somente naquilo que não contrarie o sistema. Daí a importância da superação das omissões do legislador com base nos princípios próprios do sistema³⁸⁹.

³⁸⁵ OBERG, Eduardo. Os juizados especiais cíveis: enfrentamento e sua real efetividade com a construção da cidadania. *Revista de Direito do Consumidor*, 56/46, p. 48.

³⁸⁶ “Art. 5º. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

³⁸⁷ “Art. 6º. O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”

³⁸⁸ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1.468. DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. A lei das pequenas causas e a renovação do processo civil. *Ajuris* 33/15, p. 16. Este autor, neste aspecto, pondera que: “[...] o processo das pequenas causas recebe todo o influxo da teoria geral do processo, à qual inegavelmente pertence (e essa influência inclui a adoção de princípios e esquemas de raciocínio construídos ao longo de séculos), mais toda uma grande carga de dispositivos do Código que lhe são aplicáveis e que ele não pode dispensar. Assim, só para exemplificar, temos as normas do CPC sobre prevenção, prorrogação de competência, citação com hora certa, testemunhas impedidas suspeitas ou incapazes, coisa julgada e seus limites etc. É natural que uma lei especial só contenha mesmo as normas especiais que pretende instituir, no desenho particular do processo que cria, haurindo o mais da fonte comum que é o Código e com isso integrando-se ao sistema do ordenamento processual nacional. Mas esta aplicação subsidiária encontra limite na exigência de compatibilidade com as características e objetivos do novo processo instituído”.

³⁸⁹ Neste sentido: CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*, p. 8.

Em busca da simplificação e da celeridade dos processos que tramitam no sistema especial, o legislador priorizou o critério da oralidade, permitindo-o desde a formulação de pedido oral pelo autor (art. 14, §3º)³⁹⁰ até a fase de execução dos julgados. A forma escrita ficou reservada aos atos essenciais (art. 13, §3º)³⁹¹.

Os princípios da informalidade e da simplicidade orientam o operador do sistema dos juizados a se preocupar precipuamente com a matéria de fundo, desapegando-se das formalidades inerentes ao processo civil ortodoxo. O direito deve ser aplicado de forma simples e objetiva, de modo que o processo, mais do que nunca, deve ser utilizado como instrumento para a realização do direito material e não como um fim em si mesmo.

No decorrer do procedimento, a Lei nº 9.099/95 trouxe algumas aplicações práticas desses princípios como, por exemplo, a citação da pessoa jurídica, que se considera efetivada pela simples entrega da correspondência ao encarregado da recepção (art. 18, II), não se exigindo, portanto, que a entrega seja feita à pessoa com poderes de gerência ou administração, como impõe o CPC (arts. 215 e 223, parágrafo único).

O princípio da economia processual funda-se na ideia de que se deve obter o máximo de rendimento da lei com o mínimo de atos processuais.

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior³⁹²: “O processo civil deve-se inspirar no ideal de propiciar às partes uma Justiça *barata e rápida*, do que se extrai da regra básica de que deve tratar-se de obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual [grifo no original]”.

Dessa doutrina extrai-se que, conforme o princípio da economia processual, o magistrado, no desempenho do seu mister, deve evitar a prática de atos onerosos, inúteis ou desnecessários, que, não raro, geram embaraços à rápida solução do litígio.

³⁹⁰ “Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado. §1º [...]; §2º [...]; §3º. O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos.”

³⁹¹ “Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei. §1º [...]; §2º [...]; §3º Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.”

³⁹² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 35.

A celeridade, sem violação ao princípio do contraditório, pode ser indicada como a maior expectativa do sistema dos juizados especiais. Anote-se que este princípio foi consagrado pela Constituição Federal, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou ao art. 5º, o inciso LXXVIII, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O princípio da livre produção e análise das provas (art. 5º da LJE) confere ao juiz maior liberdade na condução do processo, em busca da verdade real, que, portanto, pode determinar a produção de provas, ainda que esta não seja a vontade das partes³⁹³. Em rigor, a lei conferiu ao juiz amplo poder instrutório, sem restrições.

No dizer de Cândido Rangel Dinamarco³⁹⁴, deve o juiz comportar-se como um curioso investigador da verdade. Esta amplitude assume extrema importância nas causas em que o autor litiga sem a assistência de advogado. É evidente que o autor que atua em juízo desacompanhado de advogado e, portanto, sem qualquer orientação jurídica, não tem conhecimento da exata medida da atividade probatória que deverá desenvolver, tampouco dos meios que se pode valer para comprovar sua argumentação e, assim, obter a tutela jurisdicional pretendida. Nesta medida, surge a necessidade de o juiz, sensível a esta realidade, e sempre em busca da justiça da decisão, determinar a produção de todas as provas que entender úteis à comprovação da verdade dos fatos.

Na análise das provas, deve o juiz proceder de acordo com seu livre convencimento motivado. Por expressa previsão legal, pode se valer das máximas de experiência, assim entendidas como as noções que refletem aquilo que reiteradamente acontece.

Por fim, o art. 6º da Lei nº 9.099/95 confere ao juiz a possibilidade de julgar por equidade, o que se extrai da utilização, pelo legislador, da expressão “decisão que reputar mais justa e equânime”.

Na interpretação de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁹⁵:

³⁹³ Neste sentido é o entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que afirmam que, com base neste princípio, que confere ao juiz amplo poder instrutório, está ele autorizado a determinar as provas que entender necessárias, mesmo contra a vontade expressa das partes. (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1.475).

³⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A lei das pequenas causas e a renovação do processo civil*, p. 18.

³⁹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1.475.

Pela própria natureza da função dos juízes, conciliadores e árbitros que atuam perante os juizados especiais cíveis, a lei prevê, de maneira expressa, o abrandamento da jurisdição de direito, permitindo o julgamento por equidade, em sentido especial. Não se pode interpretar a expressão 'decisão que reputar mais justa e equânime' de outra forma que não a de que a lei permite a decisão por equidade. Vale dizer, o juiz não está adstrito ao critério da estrita legalidade. Não por equidade pura, mas temperada com 'os fins sociais da lei', conforme dita o dispositivo ora comentado. Na verdade, o critério legal de julgamento das lides deduzidas perante os juizados especiais é, também, especial, pois foge da rígida dicotomia clássica entre jurisdição de direito de jurisdição de equidade.

Afirma Gilson Delgado Miranda³⁹⁶ que:

[...] retirando o legislador os freios da lei à tutela jurisdicional, tem-se que refoge da obrigação do julgador a observância do critério da legalidade estrita, ou seja, torna-se perfeitamente viável, e é o que se espera, a adoção, em cada caso, atento às particularidades, dos caminhos visando à solução que se reputar mais conveniente e oportuna, com observância, obviamente, dos fins sociais e do bem comum.

A possibilidade conferida ao juiz de julgar por equidade, distanciando-se da lei, acarreta-lhe maiores responsabilidades. Por essa razão, deve atuar tendo como norte os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, o que torna indispensável o seu compromisso com a justiça e a consciência de sua elevada missão política e social³⁹⁷. Deve, ainda, agir com extrema cautela quando da fundamentação de suas decisões, de modo a deixar claras as razões de seu convencimento, a fim de evitar qualquer sinal de arbitrariedade.

8.2 COMPETÊNCIA: OPÇÃO DO AUTOR OU IMPOSIÇÃO LEGAL INDERROGÁVEL?

Muito embora não tenha a Lei nº 9.099/95 repetido, expressamente, a regra contida no art. 1º da lei anterior (Lei nº 7.244/84), segundo a qual a utilização

³⁹⁶ MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 237.

³⁹⁷ Neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. A lei das pequenas causas e a renovação do processo civil, p. 18.

dos juizados ficava a critério do autor, tem-se que o sistema atual não foi revogado, de modo que ao autor compete optar pelos juizados especiais ou por vara cível comum, em que sua demanda será regida pelo CPC. A omissão do legislador quanto a este aspecto deu causa a inúmeros debates, contando com diversos adeptos a teoria de que se tratava de competência absoluta e que, portanto, escapava ao arbítrio do autor.

Consoante informa Ricardo Cunha Chimenti³⁹⁸:

A questão é uma das que mais geram controvérsias na interpretação da lei, e a conclusão pela natureza optativa do foro foi a única que não encontrou unanimidade entre as quinze questões analisadas pela Comissão Nacional de Interpretação da Lei nº 9.099/95, coordenada pela Escola Nacional da Magistratura. Por maioria, a Comissão concluiu que 'o acesso ao Juizado Especial Cível é por opção do autor' (quinta conclusão).

Com efeito, não teria sentido, em nome do princípio da facilitação do acesso à justiça, obrigar o autor a se submeter ao procedimento estreito e simplificado da Lei nº 9.099/95, se este não for o seu interesse.

Vários argumentos refutam a tese contrária. A Constituição Federal, ao dispor sobre a criação do sistema dos juizados especiais, visou ampliar as formas de acesso à justiça, e não restringi-las, ideia esta que não se coaduna com o entendimento segundo o qual a competência dos juizados seria absoluta. A Lei nº 9.099/95 estabelece rito extremamente simplificado para amenizar as dificuldades inerentes ao procedimento comum, de modo que não se pode afastar do autor a faculdade de optar pelo rito mais completo se sua intenção for discutir mais profundamente a causa. Fica evidente, ainda, que a obrigatoriedade de utilização do sistema dos juizados esvaziaria por completo o rito sumário previsto pelo art. 275 do CPC. A possibilidade de o autor optar pelo procedimento comum, quando deveria utilizar outro, existe no ordenamento jurídico, consoante se infere do disposto no art. 292, §2º³⁹⁹, do CPC, de modo que a opção aqui comentada não importaria em qualquer inovação contrária ao sistema. Por fim, a Lei Estadual Paulista nº 851/98,

³⁹⁸ CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*, p. 59.

³⁹⁹ "Art. 292 [...]; §1º [...]; §2º Quando para cada pedido corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário."

no art. 21, confere expressamente ao autor a faculdade de optar pelo sistema dos juizados ou pela justiça comum⁴⁰⁰.

Demais, a redação conferida ao §3º do art. 13 da Lei nº 9.099/95 – “a opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação” – reafirma a conclusão expendida, no sentido de que a utilização do sistema dos juizados é opção do autor.

A competência dos juizados é absoluta no sentido inverso, ou seja, não pode o autor optar pelo juizado para o ajuizamento de demanda que não se enquadre nas hipóteses taxativas estabelecidas pelo art. 3º da Lei nº 9.099/95⁴⁰¹.

8.3 PROCEDIMENTO

Impõe-se, aqui, breve análise dos principais aspectos do procedimento estatuído pela Lei nº 9.099/95, à luz dos objetivos por ela perseguidos e de sua eficácia no tocante às lides de consumo.

8.3.1 Partes

Importante mencionar que apenas as pessoas físicas e capazes podem propor ação no sistema dos juizados, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas (art. 8º, §1º, da LJE).

A LJE inovou ao considerar capaz, para o ajuizamento de ação, a pessoa maior de dezoito anos, independentemente de assistência.

⁴⁰⁰ Neste sentido posicionam-se: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1.469; CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*, p. 59; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Competência no processo civil*, p. 610-612 e MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*, p. 230-234. Na mesma direção aponta o Enunciado n. 1, do FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais): “O exercício do direito de ação no Juizado Especial Cível é facultativo para o autor”.

⁴⁰¹ Neste sentido: PIZZOL, Patrícia Miranda. *Competência no processo civil*, p. 610.

O dispositivo, no entanto, perdeu sua importância com o advento do Código Civil de 2002, que passou a considerar apto para a prática de todos os atos da vida civil o maior de dezoito anos (art. 5º, *caput*).

Segundo expressa previsão legal, não podem figurar como partes no processo o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil (art. 8º, *caput*).

A Lei nº 9.841, de 05 de outubro de 1999, autorizou as microempresas a ajuizar demandas, com valor de até quarenta salários mínimos, perante os juizados. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte, reafirmou esta possibilidade, estendendo-a a empresas de pequeno porte.

A ampliação legislativa em apreço afigura-se extremamente maléfica aos consumidores e ao funcionamento dos juizados, porquanto eleva consideravelmente o número de feitos, inundando o juizado de ações de cobrança, o que compromete a celeridade exigida pela lei, em detrimento das expectativas dos consumidores, que procuram os juizados na esperança de obter solução rápida e adequada para seus conflitos.

Não demanda muito esforço deduzir que a opção conferida a pequenas empresas levam-nas a utilizar os juizados como verdadeiras empresas de cobrança, a custos reduzidíssimos, desvirtuando completamente os fundamentos e princípios do sistema, que visa facilitar o acesso da população à justiça⁴⁰².

⁴⁰² A respeito do tema relata Nicole L'Heureux, em relação ao direito canadense: "Alguns tribunais permitem exclusivamente as reclamações de pessoas físicas, se bem que o consumidor tenha o direito de transferir um processo do tribunal comum, onde ele pode ser ajuizado, por uma pessoa jurídica, ao tribunal de pequenas causas. Alguns proíbem as demandas dos comerciantes perante este tribunal. Outros, enfim, admitem ajuizamentos por pessoas jurídicas, como é o caso da maioria das províncias inglesas no Canadá. A exclusão das pessoas jurídicas, bem como de agências de cobrança e financeiras, tem como objetivo impedir certos abusos, como por exemplo que os comerciantes neles, juizados de pequenas causas, encontrem um meio cômodo e pouco dispendioso de cobrar seus créditos junto a seus devedores. Alguns, entretanto, são de opinião que nada obsta a cobrança eficaz dos créditos, desde que os demandados tenham a oportunidade de apresentar seus meios de defesa. Neste último caso, é recomendável que os ajuizamentos por vício sejam examinados com cuidado e que o juizado verifique se existem meios de defesa a serem apresentados". (Acesso eficaz à justiça: Juizado de Pequenas Causas e Ações Coletivas, p. 8).

8.3.2 Advogados

A LJE dispensa a atuação de advogado nas causas que envolvam valores não superiores a vinte salários mínimos. A obrigatoriedade da assistência de advogado fica por conta de causas com valores superiores, até o teto de quarenta salários mínimos (art. 9º). Na eventualidade de uma das partes estar acompanhada por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, a outra parte terá assistência judiciária, prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local, conforme determina o §1º do art. 9º da LJE. A par disso, cabe ao juiz alertar as partes a respeito da conveniência do patrocínio de advogado, quando a causa o recomendar (art. 9º, §2º). Obrigatória é, entretanto, a intervenção de advogado, independentemente do valor da causa, para a apresentação de recurso (art. 41, §2º). Por força do disposto no §3º do art. 9º, o mandato conferido ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais e, uma vez reduzido a termo, habilita o profissional a interpor recurso⁴⁰³.

Não se discute que o advogado é indispensável à administração da justiça, por expressa previsão constitucional inserta no art. 133. Esta disposição, entretanto, não afasta as inegáveis dificuldades encontradas pela população mais carente, quando se depara com a necessidade de procurar e constituir um advogado, considerando os gastos que a atividade envolve, bem como a ausência de qualquer perspectiva de reembolso destes custos em primeiro grau, haja vista o não-cabimento, em regra, de condenação em honorários advocatícios e custas processuais, nesta fase, conforme estabelece o art. 55, *caput*, 1ª parte, da LJE⁴⁰⁴. Estas despesas, de fato, podem inviabilizar a propositura de uma ação, pois, não raro, superam até mesmo o conteúdo econômico perseguido com o processo. O consumidor, portanto, atento a esta realidade, muitas vezes, opta por renunciar ao direito, para amenizar sua perda patrimonial.

Os serviços prestados diretamente pela Defensoria Pública e pelos advogados integrantes do convênio por ela firmado com a Ordem dos Advogados do

⁴⁰³ Neste sentido: CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*, p. 113.

⁴⁰⁴ “Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. [...]”

Brasil, destinado à prestação de assistência jurídica à população carente, não têm sido, na prática, suficientes para atender a toda a demanda da população. Bem por isso, dispensar a assistência de advogado em causas com valor não superior a vinte salários mínimos afigura-se importante medida tendente a facilitar a procura do Judiciário pela população em geral.

Kazuo Watanabe⁴⁰⁵, refutando os argumentos de uma parcela de advogados que repudiou a dispensa do patrocínio, sustenta que, ao contrário do que se afirmou, a LJE não desprestigiou, mas sim valorizou o advogado, em sua dimensão social e profissional. Conferiu ao advogado a possibilidade de funcionar como árbitro e conciliador, convidando-o, portanto, a participar diretamente da administração da justiça. Além disso, a lei não proibiu a sua participação como defensor técnico das partes, exigiu a sua presença apenas em ações com valores superiores a vinte salários mínimos, bem como para a interposição de recursos. O autor observa, por fim, que grande parte das demandas endereçadas aos juizados versa sobre relações de consumo e, nestas causas, em regra, o fornecedor-réu é uma empresa que, dificilmente, irá a juízo sem advogado. Haverá, portanto, ao invés da perda, uma verdadeira ampliação do mercado de trabalho do profissional da advocacia.

A constitucionalidade da primeira parte do art. 9º da LJE foi questionada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.539-7-DF. O pedido foi julgado improcedente. Conforme entendimento esposado pelo relator, Ministro Maurício Corrêa, a indispensabilidade da atuação do advogado, considerado essencial à administração da justiça pelo art. 133 da Constituição Federal, não se trata de princípio absoluto; acha-se condicionado, em seu alcance e conteúdo, aos limites impostos pela lei. O magistrado sustentou que a dispensa do patrocínio de advogado, estabelecida pela LJE, não é nova, haja vista que a mesma possibilidade existe no direito do trabalho (art. 839, “a”, da CLT)⁴⁰⁶, em *habeas corpus* (art. 654 do CPP)⁴⁰⁷ e em revisão

⁴⁰⁵ WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas. Filosofia e características básicas. *Revista dos Tribunais* 600/273, p. 275-276.

⁴⁰⁶ “Art. 839. A reclamação poderá ser apresentada: a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classe.”

⁴⁰⁷ “Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.”

criminal (art. 623 do CPP)⁴⁰⁸, medidas estas que podem ser veiculadas diretamente pela parte, sem necessidade de representação por advogado. Ponderou, ainda, que a dispensa em questão está em consonância com os princípios norteadores dos juizados especiais e que a LJE não veda a constituição de advogado pela parte, apenas lhe confere a faculdade de litigar diretamente. A norma em apreço, portanto, conforme o seu entendimento:

[...] responde ao anseio social de democratização e facilitação do acesso à Justiça, removendo empecilhos de ordem econômica incompatíveis com a competência especial destes órgãos, sem que com isso se desqualifique a nobilíssima atividade profissional do advogado⁴⁰⁹.

A ementa do julgado em comento foi assim redigida:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. JUIZADO ESPECIAL. PRESENÇA DO ADVOGADO. IMPRESCINDIBILIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. LEI 9.099/95. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE DA NORMA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. FACULDADE DA PARTE. CAUSA DE PEQUENO VALOR. DISPENSA DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE.

1. Juizado Especial. Lei 9.099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência.

Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes.

2. Lei 9.099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao Judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ação julgada improcedente⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ “Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.539-7-DF. Relator Min. Maurício Correa. Julgado em: 24/04/2003. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

⁴¹⁰ *Idem*.

A regra, portanto, encontra-se em vigor, por não ferir qualquer preceito constitucional, além de se afigurar consentânea com os princípios que informam os Juizados Especiais Cíveis.

8.3.3 Intervenção de terceiros

No afã de dar maior celeridade do processo, a LJE vedou expressamente qualquer espécie de intervenção de terceiro (oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide, chamamento ao processo e assistência), admitindo, apenas, o litisconsórcio (art. 10)⁴¹¹.

A respeito do tema, Theotônio Negrão e José Roberto Gouvêa⁴¹² afirmam que:

[...] excepcionalmente, poderá caber recurso de terceiro prejudicado (CPC 499), ou embargos de terceiro (CPC 1.046): no primeiro caso, quando o terceiro não foi chamado ao processo, a despeito de sua qualidade de litisconsorte necessário (cf. art. 10, 2ª parte); no segundo, quando haja sofrido arresto ou seqüestro em bem de sua propriedade.

A lei veda a intervenção de terceiros como forma de impedir a instauração de discussões atinentes a outras relações jurídicas, que retardariam a solução do litígio, em detrimento do princípio da celeridade processual.

8.3.4 Atos processuais

A LJE simplificou consideravelmente a prática de atos processuais. Autorizou a prática de atos no período noturno (art. 12); estabeleceu expressamente a inexistência de nulidade sem prejuízo (art. 13, §1º); possibilitou a solicitação da

⁴¹¹ “Art. 10. Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio.”

⁴¹² NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed., at. até 16 de janeiro de 2007. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.629.

prática de atos processuais em outras comarcas por qualquer meio idôneo de comunicação (art. 13, §2º), rechaçando, assim, maiores formalidades para o ato, que em muito contribuem para retardar o andamento do processo; permitiu a gravação dos atos processuais (art. 13, §3º), importante inovação legislativa, que contribuiu para a desburocratização do procedimento. De fato, são inegáveis os benefícios da gravação, em mídia, de audiências de instrução e julgamento, em que são colhidos os depoimentos das partes e das testemunhas, sem necessidade de transcrição (arts. 36 e 44 da LJE), expediente largamente utilizado pelos Juizados Especiais Cíveis da Capital do Estado de São Paulo. Além de contribuir para a agilidade e rapidez da solenidade, a gravação permite o registro fiel dos depoimentos prestados, o que facilita não apenas o julgamento pelo juiz de primeiro grau, na eventualidade de não sentenciar em audiência, mas também o julgamento de eventual recurso pela Turma Recursal.

8.3.5 Pedido, resposta do réu e pedido contraposto

A teor do disposto no art. 14 da LJE, o pedido pode ser deduzido por escrito ou oralmente, na secretaria do juizado. Na segunda hipótese, deve ser reduzido a termo pela secretaria, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários. São requisitos de informação: a qualificação das partes, os fundamentos, relatados de forma sucinta, além do objeto e seu valor.

A lei admite, ainda, a formulação de pedido genérico, quando não for possível determinar, desde logo, a extensão da obrigação.

Verifica-se que o legislador dispensou, no âmbito dos juizados, o preenchimento de todos os requisitos da petição inicial previstos pelo art. 282 do CPC, exigindo apenas, além da qualificação das partes, a descrição sucinta dos fatos e fundamentos do pedido, seu objeto e valor, isto com o fito de viabilizar a elaboração do pedido pelos próprios serventuários.

Diante da informalidade do procedimento e das dificuldades muitas vezes encontradas pelos serventuários para entender a pretensão com todas as suas nuances, deve-se aceitar eventual emenda à inicial na audiência de instrução e julgamento, quando as partes terão acesso ao juiz que, obviamente, terá melhores

condições de entender o real conteúdo da pretensão. Em respeito ao princípio do contraditório, havendo emenda da inicial em audiência, deve o juiz redesignar este ato, possibilitando, assim, que o réu possa se defender de forma plena.

Importante ressaltar que os serventuários atuantes nos juizados nem sempre são dotados de instrução e treinamento suficientes para o exercício de tão importante atividade, qual seja, reduzir a termo a pretensão apresentada pelo autor, além de analisar, ainda que perfunctoriamente, os documentos apresentados na oportunidade.

A prática revela que os funcionários muitas vezes não contam com formação jurídica, o que lhes acarreta sérias dificuldades no momento do atendimento do jurisdicionado. Diante desta circunstância, julga-se imperioso que o juiz, no momento da audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que tem contato direto com as partes, atue com sensibilidade a fim de extrair o real conteúdo do litígio. Caso não haja conciliação, o magistrado deve tomar o depoimento pessoal de cada uma das partes, especialmente do autor, independentemente de pedido, a fim de aclarar os fundamentos da pretensão e seu objeto, procedimento este que interfere diretamente na justiça da decisão.

Gilson Delgado Miranda⁴¹³ concorda que o pedido precisa ser interpretado de forma ampla, devendo o julgador atentar, neste momento, para o fato de que as normas do CDC são de ordem pública, por expressa previsão contida em seu art. 1º, de modo que sua aplicação independe de requerimento das partes.

O réu responderá aos termos da ação, por contestação, que pode ser escrita ou oral, e apresentada até a audiência de instrução e julgamento⁴¹⁴. Deverá conter toda a matéria de defesa, exceto arguição de impedimento ou suspeição, que se processará na forma da legislação em vigor (art. 30 da LJE).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴¹⁵ informam que, em contestação, o réu poderá alegar:

[...] as exceções substanciais (de direito material), as preliminares do CPC 301 e a defesa de mérito em sentido estrito. Pode, ainda, alegar

⁴¹³ Neste sentido: MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*, p. 240.

⁴¹⁴ “A contestação poderá ser apresentada até a audiência de instrução e julgamento”. (Enunciado 10, FONAJE). FORUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Enunciados. Disponível em: <www.fonage.org.br>. Acesso em: 18 fev. 2009.

⁴¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1.484.

a incompetência relativa na própria contestação, diferentemente do que ocorre no sistema do CPC, onde essa matéria somente pode ser argüida por exceção (CPC 112), sob pena de prorrogação da competência (CPC 114). No regime dos juizados especiais cíveis, a exceção de incompetência relativa deve ser alegada na contestação.

Na contestação, é permitido ao réu deduzir pedido em seu favor, sendo vedada, entretanto, a reconvenção (art. 31). A norma veda a apresentação de reconvenção porque inegavelmente retarda o procedimento sumaríssimo, já que se trata de verdadeira ação conexa⁴¹⁶.

O pedido contraposto, de outro lado, além de ser deduzido no corpo da contestação, deve vir fundado nos mesmos fatos que constituem o objeto da controvérsia, não se confundindo, portanto, com a reconvenção.

Ante a possibilidade de apresentação de pedido pelo réu, as ações de competência dos juizados especiais podem ser consideradas como ações dúplices⁴¹⁷.

Muito se discute a respeito da possibilidade de a pessoa jurídica, ré no processo, apresentar pedido contraposto, considerando que a lei não tratou expressamente da questão.

Louváveis são os argumentos expendidos por aqueles que se filiam ao entendimento no sentido da impossibilidade de apresentação de pedido contraposto por pessoa jurídica, já que fundados no art. 8º, §1º, da LJE, que não a admite como autora⁴¹⁸. Este posicionamento, entretanto, não prospera. A lei não estabeleceu a vedação neste sentido, não cabendo, portanto, ao intérprete extrair da lei tal restrição.

Nas precisas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴¹⁹:

O pedido contraposto pode ser deduzido por pessoa jurídica ré, nada obstante o disposto na LJE 8º, §1º. A norma da LJE 9º, §1º, que

⁴¹⁶ CPC - Art. 315. "O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa."

⁴¹⁷ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1.485.

⁴¹⁸ Neste sentido: MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*, p. 242.

⁴¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 1.485.

⁴²⁰ No mesmo sentido: CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*, p. 94.

estabelece a possibilidade de assistência ao autor desacompanhado de advogado se o réu for pessoa jurídica, compatibiliza-se com a LJE 31. De outra parte, onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo. Como não há restrição para a pessoa jurídica deduzir pedido contraposto, é de se admitir a providência.

No mesmo sentido reza o Enunciado FONAJE 31: “É admissível pedido contraposto no caso de ser a parte ré pessoa jurídica”.

Importante ressaltar que esse entendimento ficou confirmado com a recente edição da Lei nº 9.841/99 e Lei Complementar nº 123/06, que conferiram expressamente às microempresas e às empresas de pequeno porte, legitimidade para o ajuizamento de ações no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, alargando, assim, o rol de legitimados constante do art. 8º da LJE.

Consoante mencionado em abordagem anterior, acredita-se não ter sido adequada a autorização legislativa que possibilitou a utilização dos juizados pelas microempresas e empresas de pequeno porte, notadamente sob o enfoque do consumidor, que encontra no sistema uma possibilidade de solução rápida e adequada de seus conflitos. Ocorre que este posicionamento não autoriza o intérprete a deixar de aplicar a lei, ou lhe conferir interpretação restritiva.

Assim, muito embora se reconheça a plausibilidade dos argumentos em sentido contrário, entende-se que a melhor interpretação seja no sentido da possibilidade de apresentação de pedido contraposto pela pessoa jurídica ocupante do pólo passivo da demanda.

8.3.6 Obrigatoriedade da presença das partes nas audiências e consequências decorrentes do não-comparecimento

A LJE exige que as partes compareçam a todas as audiências designadas e prevê consequências drásticas quando tal não acontece: para o autor, impõe a extinção do processo (art.51, I); para o réu, a decretação da revelia (art. 20).

O legislador considerou que a ausência do autor configura abandono da causa, por isso penalizou-o com a extinção do processo. A interpretação sistemática

do art. 51, §2º, da LJE permite concluir que a extinção, neste caso, importa na condenação do autor ao pagamento de custas processuais⁴²¹.

Muito embora não seja cabível, como regra, o pagamento de custas e despesas processuais em primeiro grau, tal como dispõe o art. 55 da LJE, não teria razão de ser o preceito contido no §2º do art. 51, que trata da possibilidade de isenção do pagamento de custas ao autor faltoso, se não se admitisse que, nesta hipótese, o legislador optou pela condenação do autor ao pagamento de custas.

Com efeito, a condenação em custas afigura-se compatível com o sistema, na medida em que, de certa forma, penaliza o autor que não atuou em juízo com a devida seriedade. Este é o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco⁴²² que, ao comentar previsão semelhante contida na Lei 7.244/84, assim analisou:

Tal dispositivo parece destoante do sistema da Lei de Pequenas Causas, onde a 'sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado' (art. 53), mas a sua interpretação sistemática leva à crença de que o legislador pretendeu sancionar o autor desidioso com essa condenação por ter se valido do Juizado sem a indispensável seriedade: nesse caso, ele será condenado pelas custas e delas depois dispensado somente no caso de comprovar ter estado ausente em virtude de força maior, o que o juiz apreciará discricionariamente, caso a caso.

As regras atinentes às consequências advindas do não-comparecimento das partes deixam clara a preocupação do legislador com a busca da conciliação entre as partes que, pessoalmente, têm melhores condições de avaliar propostas – muitas vezes apresentadas pelo juiz – e dispor de seus direitos, em nome da composição.

Diante da letra da lei, pode-se afirmar que a presença dos advogados não supre a ausência das partes, não afastando, portanto, a aplicação das sanções

⁴²¹ Neste sentido: CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*, p. 270-271. Contrariamente manifesta-se Theotônio Negrão. Ao comentar o art. 51, §2º, da LJE, afirma que “a hipótese prevista neste parágrafo é de difícil verificação, porque a extinção do processo, por falta de comparecimento do autor à sessão de conciliação ou a qualquer audiência (inciso I), somente acarretará sua condenação em honorários de advogado e custas se tiver agido de má-fé (art. 55, 1ª. parte). Neste caso, se apenas quiser ser relevado do pagamento das custas (não também dos honorários de advogado) poderá, em vez de recorrer ao colegiado, pleitear ao juiz a relevação, alegando força maior”. (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 1.644).

⁴²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 74.

processuais previstas para a ausência⁴²³. O mesmo se conclui em relação ao réu que tenha apresentado sua defesa antes da audiência a qual não compareceu. Neste caso, diante da clareza da lei, que não estabelece qualquer ressalva para a aplicação da revelia ao réu ausente às audiências, sua defesa deverá ser desconsiderada e aplicados os efeitos da revelia⁴²⁴.

A hipótese que enseja o reconhecimento da revelia prevista pela LJE não coincide com a hipótese estabelecida pelo art. 319 do CPC, qual seja, a não-apresentação de defesa pelo réu. A confirmar a tese, os arts. 223 e 285 do CPC determinam a consignação, no mandado de citação, da advertência de que não contestada a ação serão presumidos verdadeiros os fatos articulados pelo autor. A LJE, por seu turno, determina a consignação da mesma advertência ao réu, que se aplica em caso de comparecimento em juízo, na data e horário designados (art. 18, §1º).

8.3.7 Isenção de custas e honorários advocatícios

No sistema dos juzados não há condenação em custas e honorários de advogado em primeiro grau, ressalvados os casos de litigância de má-fé; também não há pagamento de custas pelo autor faltoso (art. 51, I e §2º, da LJE). Em segundo grau, o recorrente vencido pagará custas e honorários de advogado. É o que determina o art. 55 da LJE.

A isenção de custas e honorários de advogado em primeiro grau é medida de extrema importância, que contribui sobremaneira para viabilizar o amplo

⁴²³ Em sentido contrário manifestam-se Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Caso o réu não se faça pessoalmente presente à audiência, mas sim representado por quem tenha poderes para confessar, transigir, prestar depoimento pessoal e dar quitação, não lhe pode ser aplicada a pena de revelia. O objetivo da norma sob comentário é de tentar a conciliação das partes e a obtenção do depoimento pessoal do réu. Se seu procurador tem poderes para tanto, seria demasiado formalismo exigir-se presença pessoal do réu sob pena de revelia, pois esse procedimento seria contrário aos princípios da informalidade, celeridade, simplicidade e economia processual, adotados no sistema da LJE”. (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1.482).

⁴²⁴ Neste sentido: CHIMENTI, Ricardo Cunha: “Não basta, portanto, a apresentação de resposta em audiência para que sejam afastados os efeitos da revelia. É necessário o comparecimento pessoal e mais a apresentação da resposta, escrita ou oral, já que a falta desta última acarreta a imposição da pena de confissão (art. 343, §2º, do CPC)”. *Teoria e prática dos Juzados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*, p. 153.

acesso à justiça, especialmente pelos consumidores pertencentes a classes sociais menos favorecidas, que poderiam deixar de procurar o Judiciário diante da necessidade de pagamento de custas.

A interposição de recurso, entretanto, depende do recolhimento do preparo⁴²⁵ (art. 42 da LJE), o que evidencia que o legislador procurou privilegiar a decisão de primeiro grau, não incentivando a interposição de recurso⁴²⁶.

8.3.8 Sistema recursal

Atento ao fato de que a fase recursal proporciona expedientes protelatórios que, portanto, levam ao retardamento da solução dos processos, o legislador empenhou-se em impedir o cabimento indiscriminado de todos os recursos previstos pelo CPC no âmbito dos juizados, criando um sistema recursal próprio, composto por dois únicos recursos: o recurso que não recebeu nome, chamado pela doutrina e pela jurisprudência de “recurso inominado”, cabível em face de sentença, e os embargos de declaração.

Tendo em vista a concentração dos atos processuais no procedimento sumaríssimo, em que toda a controvérsia instaura-se na audiência de instrução e julgamento, momento em que o juiz profere a sentença, presume-se que não são proferidas decisões no curso do feito, de modo que o recurso em face da sentença abarcaria todas as questões suscitadas e decididas no processo.

Assim, diante do sistema recursal instaurado pela LJE, pode-se afirmar que o recurso abarca até mesmo eventuais decisões proferidas no decorrer do processo.

⁴²⁵ Sobre o recolhimento do preparo recursal na Capital do Estado de São Paulo, diante de algumas divergências havidas entre as Turmas integrantes do Primeiro Colégio Recursal da Capital, no tocante à forma de cálculo, foi editada a Súmula 13, por ocasião do Primeiro Encontro do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital, com o seguinte teor: “O preparo no Juizado Especial Cível, sob pena de deserção, será efetuado, independentemente de intimação, nas quarenta e oito horas seguintes à interposição do recurso e deverá corresponder à soma das parcelas previstas nos incisos I e II do art. 4º da Lei nº 11.608/03, sendo no mínimo 5 UFESPs para cada parcela, em cumprimento ao artigo 54, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95” (aprovada por maioria de votos).

⁴²⁶ Neste sentido: OBERG, Eduardo. Os Juizados Especiais Cíveis: enfrentamento e a sua real efetividade com a construção da cidadania, p. 70-71.

Nesse sentido é a ensinança de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴²⁷:

Salvo os embargos de declaração (LJE 48), o *recurso inominado* é o único meio de impugnação de que dispõem as partes nas ações da competência do juizado especial. Só poderão dele fazer uso uma vez, quando intimadas da sentença. O conteúdo do recurso é amplo, podendo abranger tanto a impugnação das decisões interlocutórias proferidas no curso do processo, como a sentença.

É certo que o legislador buscou simplificar o sistema recursal como forma de atingir a tão almejada celeridade processual e, por esta razão, não previu o cabimento do recurso de agravo em face de decisões interlocutórias. Neste ponto quadra mencionar que grande parte da doutrina defende o não-cabimento do recurso de agravo, sustentando que as decisões interlocutórias proferidas no curso do processo devem ser impugnadas por meio de recurso inominado⁴²⁸.

A jurisprudência majoritária posiciona-se no mesmo sentido, merecendo destaque os seguintes enunciados: “Nos Juizados Especiais não é cabível o recurso de agravo, exceto nas hipóteses dos artigos 544 e 557 do CPC.” (FONAJE - Enunciado 15)⁴²⁹; “Nos Juizados Especiais não é cabível o recurso de agravo (unânime).” (I Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Natal-RN, maio de 1997, Conclusão 15)⁴³⁰; “Das decisões proferidas pelo Juizado Especial, somente são cabíveis os recursos previstos nos arts. 41 e 48 da Lei nº 9.099/95 (recurso inominado e embargos de declaração), não se admitindo o recurso de agravo, instrumentalizado ou retido.” (Primeiro Colégio Recursal de Pernambuco, Enunciado 10)⁴³¹; “No Juizado Especial é incabível o recurso de agravo e as de decisões interlocutórias não precluem (unanimidade).” (1º. Encontro

⁴²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1.487.

⁴²⁸ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1.487 e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das pequenas causas*, p. 98-100.

⁴²⁹ Atualizado até o XXIV FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS - 12 a 14 de novembro de 2008 – Florianópolis(SC). FORUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Enunciados. Disponível em: <www.fonage.org.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

⁴³⁰ CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*, p. 222.

⁴³¹ *Idem*.

Regional das Turmas Recursais – Juizados Especiais, Foz do Iguaçu-PR, 27 e 28.3.1998)⁴³².

A prática revela, entretanto, que a adoção desse entendimento pelas Turmas Recursais da Capital do Estado de São Paulo não atingiu a finalidade almejada pelo legislador, qual seja, impedir o retardamento dos processos com a interposição de agravo em face de decisões interlocutórias. É que as partes, diante de uma decisão de conteúdo desfavorável a seus interesses, passaram a lançar mão do mandado de segurança, como substitutivo do recurso de agravo, o que ensejou a proliferação de mandados de segurança junto às turmas recursais e consequente atraso na solução dos litígios⁴³³.

Não obstante a celeridade buscada pelo legislador e também pelos operadores do direito que atuam no sistema dos juizados, não se pode fechar os olhos para a realidade. O excessivo número de demandas que assola os juizados atualmente e que contribui para o retardamento da prestação jurisdicional, bem como a urgência de determinadas questões, ensejam o requerimento de diversas medidas de emergência, também no âmbito dos juizados. Deste modo, no curso do processo são proferidas decisões de conteúdo decisório extremamente relevantes, que não podem escapar do imediato reexame pelas turmas recursais, quando haja interesse das partes, não sendo prudente que se aguarde o julgamento da ação para que a decisão seja revista.

O recurso de agravo afigura-se, portanto, importante instrumento em se tratando de medidas de urgência, já que os efeitos da decisão que as aprecia, seja concessiva ou denegatória, operam-se de plano e normalmente acarretam consequências práticas extremamente relevantes.

Como ensina Humberto Theodoro Junior⁴³⁴:

É bom lembrar que o maior afluxo do agravo de instrumento se deu justamente em decorrência da abertura do processo moderno para as tutelas de urgência. O processo justo hoje não é apenas aquele

⁴³² CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*, p. 223.

⁴³³ Diante da proliferação de mandados de segurança no Primeiro Colégio Recursal da Capital, o que ocorreu em virtude da não-aceitação, por algumas turmas, do recurso de agravo, foi editada, por ocasião do I Encontro do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital, a Súmula 4, com o seguinte teor: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso” (aprovada por votação unânime).

⁴³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 680.

que garante uma sentença final em plena conformidade com as regras de direito material aplicáveis ao caso concreto. É, sobretudo, o que põe à disposição dos litigantes um instrumental capaz de chegar a um resultado de efetiva satisfação de tudo o que o direito material lhes assegura.

Nesse contexto, entende-se que o recurso de agravo deva ser admitido em situações emergenciais, quando houver risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, por aplicação subsidiária do CPC (art. 522), cabível, também, em face de decisões proferidas após a sentença⁴³⁵.

O teor da Súmula 12, do I Encontro Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital do Estado de São Paulo, aponta nesse sentido: “É admissível, no caso de lesão grave e de difícil reparação, o recurso de Agravo de Instrumento no Juizado Especial Cível (aprovada por unanimidade)”.

O recurso inominado, regra geral, é dotado de efeito meramente devolutivo, podendo, entretanto, o juiz dar-lhe efeito suspensivo para evitar dano irreparável para a parte (art. 43 da LJE).

Convém anotar, neste aspecto, a lição de Ricardo Cunha Chimenti⁴³⁶:

A concessão de efeito meramente devolutivo aos recursos segue a tendência das reformas que vêm sendo introduzidas no processo de conhecimento (a exemplo da tutela antecipada e do efeito meramente devolutivo das sentenças proferidas em ações de despejo) e busca impedir que a sentença proferida por um órgão do Estado se torne um ato de mera exortação. O critério também combate a interposição de recursos infundados ou meramente protelatórios.

Por expressa previsão constitucional (art. 98, I), os recursos serão julgados por turmas recursais, compostas por juízes de primeiro grau (art. 41, §1º, da LJE). Garantiu-se, assim, o princípio do duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV, da CF) e, ao mesmo tempo, a agilidade no julgamento dos recursos, tendo em vista o excessivo número de recursos em trâmite nos tribunais.

⁴³⁵ Neste sentido: CHIMENTI, Ricardo Cunha: “Creio que o agravo de instrumento somente deve ser conhecido quando houver risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, por aplicação subsidiária do CPC. Sabidamente, muitas vezes o Juiz do Juizado Especial é obrigado a conceder ou negar medidas cautelares e antecipações de tutela (v. art. 6º.) tão logo recebe o pedido inicial ou mesmo no curso do processo, já que a lei especial não proíbe e a medida pode mostrar-se imprescindível para garantir a eficácia da sentença ou evitar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação”. (*Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*, p. 224).

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 247.

Dos acórdãos proferidos pelas turmas recursais cabem embargos de declaração para o próprio juizado (art. 48 da LJE) e recurso extraordinário (art. 102, III, da CF). Não se admite a interposição de recurso especial (art. 105, III, da CF), na medida em que ausente o pressuposto do julgamento em única ou última instância por tribunais⁴³⁷.

Por fim, destaca-se que os embargos de declaração, cabíveis em face de sentenças e acórdãos, para sanar obscuridade, contradição, omissão ou dúvida⁴³⁸, podem ser interpostos por escrito ou oralmente⁴³⁹, no prazo de cinco dias (art. 48 da LJE). Diferentemente do que ocorre com os embargos interpostos pelo regime do CPC, os embargos cabíveis no âmbito dos juizados não interrompem o prazo recursal, mas apenas o suspendem. Isso significa que sua interposição não tem o condão de fazer com que o prazo recursal recomece a correr por inteiro, pois será levado em conta o tempo decorrido anteriormente à suspensão.

⁴³⁷ Neste sentido reza o Enunciado FONAJE 63: “Contra decisões das Turmas Recursais são cabíveis somente os embargos declaratórios e o recurso extraordinário”.

⁴³⁸ “Não se repetiu o regime jurídico do CPC 535, o que seria ideal, pois a norma ainda prevê a dúvida como causa de EDcl.” Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 1.493.

⁴³⁹ A respeito dos embargos opostos oralmente, orientam Theotônio Negrão e José Roberto Gouvêa: “Se opostos oralmente, devem ser reduzidos a escrito, em resumo, pela secretaria do juizado, para que seja possível verificar a sua tempestividade e a fim de que fique suspenso o prazo para outros recursos. Outra solução: o juiz, ao julgar os embargos de declaração, mencionará o dia em que foram opostos oralmente; mas neste caso, não será recomendável que os aprecie depois de decorrido o prazo para embargos de declaração”. (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 1.643).

9 CONCLUSÃO

A criação de mecanismos processuais tendentes a facilitar o acesso e a atuação do consumidor em juízo, além de aprimorar o ramo do direito processual, adequando-o às especificidades inerentes às relações de consumo, contribuiu para o resgate da credibilidade popular em relação à justiça, desacreditada principalmente em razão de sua morosidade, da burocracia que envolve o seu funcionamento e dos elevados custos. Não se olvida, ainda, das severas críticas recebidas por parte da imprensa em geral, muitas delas infundadas, mas que atuam na formação do pensamento do cidadão comum.

O legislador, atento às principais dificuldades encontradas pelo consumidor, litigante solitário e ocasional, quando se depara com a necessidade de buscar a tutela do Poder Judiciário para solucionar conflitos de interesses, especialmente aqueles de reduzida expressão econômica, procurou dotá-lo de mecanismos mais eficientes e, desta forma, amenizar o natural desequilíbrio das relações de consumo, em virtude da desigualdade de forças entre seus atores.

Percebeu-se que os esquemas tradicionais de tutela jurisdicional, essencialmente individualísticos, não se afiguravam adequados às relações jurídicas que frutificam da economia de mercado, marcadas pela desigualdade e pelo desequilíbrio entre seus integrantes, consumidores e fornecedores, notadamente porque estes últimos detêm total controle da atividade produtiva.

Nesse contexto, foram criadas normas diferenciadas e protetivas ao consumidor, parte reconhecidamente vulnerável na relação de consumo que, portanto, necessita de armas mais poderosas para fazer frente a seu poderoso adversário – o fornecedor.

Como corolário desse disciplinamento têm destaque a nova disciplina de competência estabelecida pelo art. 101, I, do CDC, a possibilidade de inversão do ônus da prova, conforme art. 6º, VIII, e a preferência que se conferiu à tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, em relação à sua conversão em perdas e danos, regras estas que, consoante extensa análise neste trabalho, funcionam como instrumentos de extrema relevância para garantir a facilitação da atuação do consumidor em juízo.

As normas protetivas inseridas no Código de Defesa do Consumidor, é bom que se ressalte, não vieram para punir o empresário, tampouco para garantir a procedência da pretensão deduzida pelo consumidor. Foram, sim, instituídas para tornar equilibrada a relação, evitando a prevalência de um dos partícipes em detrimento do outro.

Indispensável, entretanto, para o sucesso do microssistema, a atuação firme e consciente do Poder Judiciário. Sua efetividade depende do desapego dos juízes aos institutos e conceitos ortodoxos do sistema processual vigente. Cabe a eles urgente adaptação à nova realidade e principalmente às especificidades das relações de consumo, que demandam tratamento diferenciado, não apenas no âmbito do direito material, mas também no que respeita ao direito processual.

Ao juiz cumpre, pois, atuar atento aos fins sociais das normas constantes do diploma legal consumerista e procurar interpretar a lei da forma que lhe parecer mais justa e coerente com o sistema precipuamente principiológico criado pelo referido Código.

Em caso de lacuna, deve evitar a aplicação indiscriminada das normas gerais do processo civil ortodoxo e a interpretação meramente literal da lei, dissociada das finalidades do microsistema. Compete-lhe atuar com extrema acuidade e senso de justiça, cauteloso quanto às finalidades da lei e, assim, buscar suprir eventuais omissões legislativas a partir dos princípios estabelecidos pelo próprio Código.

O Poder Judiciário do Estado de São Paulo, ciente e atento a esta realidade, já ministrou cursos de direito do consumidor, por iniciativa da Escola Paulista da Magistratura, voltados a juízes, serventuários da justiça e demais operadores do direito. Além disso, vem paulatinamente aprimorando a estrutura dos Juizados Especiais Cíveis que, muito embora não tenham sido criados exclusivamente para o julgamento de lides de consumo, na prática, são largamente utilizados para tanto, afigurando-se importante meio de acesso dos consumidores à justiça.

Foi arrojado o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao ampliar a estrutura dos juizados, instalando os chamados “juizados itinerantes”, com o firme propósito de levar a justiça à população carente, com especial preocupação em relação às comunidades instaladas nas periferias da capital. Essa iniciativa, vale dizer, vem contribuindo não só para a distribuição eficaz da justiça, mas como importante instrumento para auxiliar o exercício da cidadania, na medida em que alerta a população a respeito de seus direitos e das formas adequadas para a solução dos respectivos conflitos. Procurou-se, assim, dar cabo do fenômeno da litigiosidade contida, extremamente perigoso para a estabilidade social.

Longe do ideal, o sistema demanda, ainda, muita atenção e empenho, tendo em conta as deficiências estruturais que persistem. Percebe-se a necessidade premente de cursos de aperfeiçoamento voltados aos serventuários e conciliadores que atuam no sistema, bem como uma maior conscientização dos juízes a respeito daqueles princípios e, sobretudo, da incumbência que lhes conferiu a Lei nº 9.099/95, consistente na participação mais ativa na fase probatória, postura esta que se coaduna com a natureza de ordem pública das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Nessa trilha, deve o juiz abandonar a cômoda posição de mero observador da atividade probatória desenvolvida pelas partes. Urgente é a sua participação nesta atividade, inovando e atuando de forma corajosa e comprometida com o ideal de justiça, na busca da decisão mais adequada e conforme o sistema.

De outro lado, remontando à lição de Mauro Cappelletti¹, segundo a qual as causas dos consumidores não podem ser tratadas como pequenas causas, mas sim como causas gigantes, na medida em que devem ser vistas como um agregado, não raro, gigantesco de potenciais pequenas causas, observa-se que a instalação de juizados especiais não afasta a imprescindibilidade da criação e instalação de varas judiciais especializadas em lides de consumo, que em muito facilitarão o processamento e julgamento de ações coletivas, contribuindo, assim, para a uniformização, na

¹ CAPELLETTI, Mauro. Acesso dos consumidores à justiça, p. 207-208.

medida do possível, da interpretação das normas que regem as relações de consumo. Prestar-se-iam, ainda, para pautar, de forma mais efetiva, as condutas dos fornecedores no mercado de consumo e em sua atividade produtiva.

Demais, a regulação de condutas e o acertamento de contratos de forma genérica e ampla contribuiriam para reduzir o número de demandas individuais, considerando que os consumidores são beneficiados com o afastamento de cláusulas abusivas inseridas em contratos de adesão, por exemplo.

A prática revela que as ações coletivas, atualmente processadas em varas cíveis comuns, não recebem a atenção que merecem em função de sua nobre finalidade, considerando que tramitam ao lado das mais variadas demandas. Além disso, verifica-se que os ofícios judiciais não são aparelhados de estrutura material e pessoal suficiente para suportar todo o encargo de trabalho que demanda, por exemplo, a fase de liquidação de sentença proferida em ação coletiva. Neste momento processual, percebe-se que o andamento do processo torna-se absolutamente lento e confuso, justamente em função da ausência de estrutura específica para tanto.

Com este pano de fundo procurou-se demonstrar, assim, que a ausência de varas especializadas dificulta o manejo de ações coletivas, fazendo com que o importante mecanismo seja objeto de descrédito não somente por parte da população, mas também pelos órgãos legitimados a propô-las, especialmente as associações de defesa do consumidor.

A efetividade plena do rol de instrumentos inovadores criados pelo Código de Defesa do Consumidor não depende apenas do afinco de juízes, advogados e serventuários justiça, mas também de melhorias na estrutura dos juzados especiais cíveis, que deve ser acompanhada da criação e implantação de varas especializadas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 6. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALVAREZ, Anselmo Prieto. As repercussões extraprocessuais e processuais (competência e inversão do ônus da prova) da facilitação da defesa de direitos do consumidor como garantia básica do sistema. *Revista de Direito do Consumidor* 57/165.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. Processo de conhecimento. 12. ed., rev. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.

ALVIM, Arruda *et al.* *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ASSIS, Araken de. Controle da eficácia do foro de eleição em contratos de adesão. *Ajuris* 48/219.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Facia uma nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 661.145/ES, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 28/03/2005 p. 286. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 69.309/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18/06/1996, DJ 26/08/1996 p. 29.688. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 476.428/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 19/04/2005, DJ 09/05/2005 p. 390. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 662.608/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Quarta Turma. Julgado em: 12/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 242. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 11.970/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 07/12/2006, DJ 18/12/2006, p. 357. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª. Seção, Conflito de Competência n. 15797-0-SC. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em: DJU 12.8.96. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 167918-SP. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em: 21.5.98. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 425.368/ES. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 30/08/2002, DJ 16/12/2002, p. 318. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 48.647/RS. Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Segunda Seção. Julgado em: 23/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 215. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 455.965/MG. Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em: 24/08/2004, DJ 11/10/2004, p. 314. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 403.486/SP. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Julgado em: 06/06/2002, DJ 12/08/2002, p. 221. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 108.666/SP. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado em: 18/11/1999, DJ 14/02/2000, p. 32. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 637.639/RS. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado em: 05/04/2005, DJ 09/05/2005 p. 419. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 497.979/DF, Rel. Ministro Jorge Scartezini. Quarta Turma. Julgado em: 05/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 348. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 540.054/MG, Rel. Ministro Massamo Uyeda. Quarta Turma. Julgado em: 07/12/2006, DJ 19/03/2007, p. 354. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 32.868/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção. Julgado em: 18/02/2002, DJ 11/03/2002, p. 160. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 30.712. Rel. Min. Nancy Andrighi. AC de 26.6.2002 RSTJ 162:221. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 579.324/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção. Julgado em: 12/03/2008, DJ 02/04/2008. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 78.765/SP. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Segunda Seção. Julgado em: 26/03/2008, DJe 07/04/2008. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1062975/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em: 23/09/2008, DJe 29/10/2008). Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.539-7-DF. Relator Min. Maurício Correa. Julgado em: 24/04/2003. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUZUID, Alfredo. *Estudos de Direito I*. São Paulo: Saraiva, 1972.

CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista de Processo* 62/205

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 15. ed., at., inclusive em face das reformas do CPC de 2006/2007. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista, Campinas: Servanda, 1999, v. 1.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Manual da competência civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. 9. ed, rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução J. Guimarães Menegale. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed., rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2007

CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA
Disponível em <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, Antonio Menezes. *Cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 1990.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, 788/92.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Podium, 2007, v. 2.

_____; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. Salvador: Podium, 2007, v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. A lei das pequenas causas e a renovação do processo civil. *Ajuris* 33/15.

_____. *Manual de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1972, tomo I.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., rev., at. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. *Manual de Direitos do Consumidor*. 9. ed., rev., at. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002 e leis subsequentes. São Paulo: Atlas, 2007.

FORUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Enunciados. Disponível em: <www.fonage.org.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

GIDI, Antonio. Defesa do consumidor: aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Ciência Jurídica* 64/24.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Edvaldo Brito (coord.). Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino (atualizadores). 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRECO FILHO, Vicente *et al.* *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 251/269.

_____. *et.al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. _____. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais, *Revista de Processo* 17/50.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a prova diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942/951.

L'HEUREUX, Nicole. Acesso eficaz à justiça: Juizado de Pequenas Causas e Ações Coletivas. *Revista de Direito do Consumidor* 5/5.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual Civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 5. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Justitia* 57/94.

McCRACKEN, Grant. *Cultura e Consumo*. Novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.

MELLO, João Manuel Cardoso de; NOVAIS, Fernando A. Capitalismo tardio e sociabilidade moderna. *História da vida privada no Brasil: contraste da intimidade contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Consumidor* 31/63.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. A defesa do consumidor em Juízo. *Revista de Processo* 61/178.

_____. A defesa do consumidor em Juízo. *Revista de Processo* 61/179

_____. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo* 86/295.

_____. Proteção ao consumidor e condições gerais dos contratos. *Revista Forense* 306/311

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual civil*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa? *Revista de Processo* 62/29.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed., at. até 16 de janeiro de 2007. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 1/200.

_____. Aspectos da Responsabilidade Civil do Fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). *Revista do Advogado* 33/76.

_____. Aspectos relevantes do Código de Defesa do Consumidor. *Justitia* 155/77.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed, rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. _____. 10. ed., rev., ampl. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Leis Civis comentadas*, at. até 20 de julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Competência relativa de foro e a ordem pública: O art. 51 do CDC e o verbete n. 33 da Súmula do STJ. *Justitia* 167/46.

_____. Competência relativa de foro e ordem pública: o art. 51 do CDC e o verbete n. 33 da súmula do STJ, *RT* 693/112.

NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor* 10/48.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed., rev., mod. e at. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

OBBERG, Eduardo. Os juizados especiais cíveis: enfrentamento e sua real efetividade com a construção da cidadania. *Revista de Direito do Consumidor*, 56/46.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2005.

_____. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 86/138.

REICH, Norbert. Algumas proposições para a filosofia da proteção do consumidor. *Revista dos Tribunais* 728/11.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas*. Condiciones negociales generales. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. São Paulo: Manole, 2007.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. 12. ed., rev., at. e amp. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed., at. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed., rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhen. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. (AC n. 369.006-5/8-00, Rel. Desembargador Reinaldo Miluzzi, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 02/06/2008). Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em 16 fev. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1º.TACSP. Agravo de Instrumento n. 1.184.641-4. 4ª. Câmara. Relator J. B. Franco de Godói. Julgado em: 27/08/2003. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. (Agravo de Instrumento n. 1191754-0/5, Rel. Desembargador Antonio Nascimento, 34ª Câmara de Direito Privado, julgado em 03/09/2008). Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI nº 7.289.629-6. Relator Cunha Garcia, julg. em 17.11.2008. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 18 fev. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AC 916.574-0/3. Rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli. 25ª. Câmara. Julg. em: 02.12.2008. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 16 fev. 2009.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)*. 2. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1.

_____. *Direitos do Consumidor*. 5. ed., rev. e at. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do Consumidor e processo civil. Aspectos polêmicos. *Revista dos Tribunais* 671/32

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. A/RES/39/248. Consumer protection. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2009.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: _____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128/135.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 19/51.

_____. Juizado Especial de Pequenas Causas. Filosofia e características básicas. *Revista dos Tribunais* 600/273.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 7. ed., 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

XAVIER NETO, Francisco de Paula. A possível desconsideração do foro de eleição nos contratos de adesão. *Revista dos Tribunais*, 634/18.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 5. ed., rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2007.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

ALVIM, Teresa Arruda. Noções gerais sobre o processo no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 10/248.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Regras de prova no Código Civil. *Revista de Processo* 116/11.

ASSIS, Araken de. Controle da eficácia do foro de eleição em contratos de adesão. *Ajuris* 48/219.

BARROS, Durval Ferro. Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Repertório de Jurisprudência* 3/5560.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução do Processo Civil*. 4. ed., rev. e at. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BILHALVA, Jacqueline Michelis. A inversão judicial do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC) no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis. *Revista dos Juizados Especiais* 15/31, Rio Grande do Sul.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. 6. ed., rev., at. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito do Consumidor: dano moral e cláusulas abusivas*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 7/101.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1; vol. 2 (2. ed., rev., at. e amp, 2007); vol. 3 (2007).

CÁCERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor: uma contribuição. *Revista de Direito do Consumidor* 10/61.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor* 38/166.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil. *Revista de Processo* 5/128.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Juizado de Pequenas Causas. In: DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo. (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais* 807/56.

CORDEIRO, Antonio Menezes e COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 1990.

CRETELLA JUNIOR, José; DOTTI, René Ariel. (coords.). ALVES, Geraldo Magella. (org.). *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Declaração “ex officio” da incompetência relativa? *Ajuris* 17/142.

FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no direito civil português*. Lisboa: Lex, 2001.

GIDI, Antonio. Defesa do consumidor : aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Ciência Jurídica* 64/24.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords.). O novo processo do consumidor. *Revista de Processo*, 62/141.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento? *Revista de Processo* 138/277.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 47/200.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed., rev. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPOVETSKY, Gilles. *Felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. 4. ed., rev. e at. de acordo com a EC n. 45/2004, o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e as Leis n. 11.187, 11.232 (2005) e 11.276, 11.277, 11.280 (2006). São Paulo: Saraiva, 2007.

MARCATO, Antonio Carlos coord. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES JUNIOR, Manoel de Souza. O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo* 114/67.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor. *Revista do Advogado* 33/80.

MONTEIRO, Simone M. Silveira. Inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor* 14/114.

MORAES, Alexandre. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. *Revista do Advogado* 89/12.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Inversão do ônus da prova e defesa do consumidor (considerações adicionais). *Revista Forense* 351/582.

_____. O processo civil no Código de Defesa do Consumidor (alguns aspectos). *Revista Forense* 312/3.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo* 35/178.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual* 48/111.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense* 261/2.

_____. Sobre a participação do juiz no Processo Civil. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (coords). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MOURA, Mário Aguiar. Ônus da prova no Código do Consumidor. *Repertório de Jurisprudência* 3/6037.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Ônus da prova. *Revista de Processo* 17/210.

_____. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 3/44.

NIESS, Pedro Henrique Távora. O ônus da prova no processo civil e no processo penal. *Justitia* 118/192.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor* 10/48.

PELLUSO, Cezar. (Coord.). *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Manole, 2007.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas Ações Coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

PÜSCHEL, Flávia Portella. *A responsabilidade por fato do produto no CDC*. Acidentes de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REINALDO FILHO, Demócrito. Competência dos Juizados Especiais Cíveis nas lides de consumo. *Revista de Direito do Consumidor* 20/142.

RIBEIRO, Neves. Acesso dos consumidores à justiça – algumas dificuldades do sistema jurídico em vigor – propostas de solução. *Revista de Direito do Consumidor* 12/5.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do Título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 15/43.

RODYCZ, Wilson Carlos. A efetividade dos Juizados Especiais Cíveis – A questão do acesso à Justiça. *Revista dos Juizados Especiais/RS n. 34/35:29*.

_____. A inversão do ônus da prova no Juizado Especial Cível. *Ajuris* 67/194.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Processo de conhecimento. 12. ed., rev., at. e amp. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. O ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 47/269.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Ovídio Batista da. Juizado de Pequenas Causas. *Revista dos Tribunais* 598/9.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor* 60/7.

VIANNA, Mário César Portinho. A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII do CDC e o Juizado Especial Cível. *Revista dos Juizados Especiais* 44/25.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.) *Curso avançado de processo civil*. 9. Ed. rev., ampl. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. III.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)