

# DIREITO DO CONSUMIDOR

## A RESPONSABILIDADE CIVIL E OS CONTRATOS NUMA NOVA ECONOMIA

Notas sobre o momento processual para inversão do ônus  
da prova em feitos envolvendo relação de consumo

**Fernando Baum Salomon**

Especialista em Direito Ambiental. Advogado

**Sumário:** Resumo. Abstract. Introdução. 1. Constituição. Direitos protetivos – CDC – e modelo de desenvolvimento do estado brasileiro. 2. Devido processo legal. Direito processual constitucional. 3. Da prova. 3.1. Ônus da prova. 4. Direitos básicos do consumidor – Inversão do ônus da prova. 4.1. Inversão do ônus da prova e seu momento. Conclusão. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo contribuir para identificar qual o momento adequado, dentro de feitos envolvendo relação de consumo, em que o julgador deverá manifestar-se sobre a inversão do ônus da prova, tendo em vista ser este instrumento um dos direitos básicos do consumidor, insculpido no inciso VIII do art. 6º da Lei 8.078/90. A utilização desse meio de facilitação do consumidor, sendo ele a parte mais vulnerável da relação de consumo, deverá se enquadrar nas diretrizes inseridas em nossa Constituição, em especial a de *rule of law*.

**Abstract:** This paper aims at contributing to the identification of the adequate moment, in legal suits involving consumer relations, in which the judge should make known his or her opinion on the inversion of the burden of proof, since this instrument is one of the consumer's basic rights, put forward in clause 8 of Article 6 of the 8,078/90 Act. The use of this means of facilitation of the consumer, who is the most vulnerable party in consumer relations, must suit the directives in our Constitution, mainly the Rule of Law.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é contribuir para a identificação do momento processual no qual o juiz, ao enfrentar questão de relação de consumo, deva ou não inverter o ônus da prova, nos termos do parágrafo VIII do art. 6º do CDC.<sup>1</sup>

A preocupação em identificar o momento exato para a inversão do ônus da prova advém de uma prática judiciária que adota o momento da sentença como o pertinente a declarar essa inversão. Esse procedimento também é indiscriminadamente utilizado nos Juizados Especiais Cíveis, o que compromete ainda mais a defesa do fornecedor. Podemos citar o julgado nº Al 0286614-6<sup>2</sup> do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais como exemplo do afirmado anteriormente, em que o entendimento é o de que a inversão deve ser declarada em sentença. Podemos entender esta prática como sendo a interpretação dada ao estatuído no parágrafo VIII do art. 6º do CDC, pois até mesmo os doutrinadores assim entenderam. Como exemplo de doutrina podemos citar os comentários a esse artigo de José Geraldo Brito Filomeno,<sup>3</sup> quando capta da tese de mestrado de Cecília Matos a seguinte posição: “Diante das dificuldades próprias da reconstrução histórica, contentese o magistrado em alcançar não a verdade absoluta, mas a probabilidade máxima; a dúvida conduziria o julgador ao estado de non liquet, caso não fosse elaborada uma teoria de distribuição do ônus da prova

<sup>1</sup> Art. 6º, VIII do CDC:

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

<sup>2</sup> “É a prolação da sentença o momento adequado para a inversão do ônus da prova a favor do consumidor, porquanto, encerrada a fase instrutória, dispõe o magistrado de elementos suficientes para analisar a conveniência dessa inversão, sem que isso represente ofensa ao princípio da ampla defesa do fornecedor, já que este tem ciência de que, de acordo com o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, a regra pode ser invertida se o juiz considerar verossímil a alegação ou se o consumidor for hipossuficiente. (TAMG – Al 0286614-6 – (29796) – 5ª C.Civ. – Rel. Juiz Brandão Teixeira – J. 28.10.1999).”

<sup>3</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 129-130.

que lhe favorece, as normas de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento utilizadas para afastar a dúvida.”<sup>4</sup>

Os comentários de José Geraldo Brito Filomeno que mencionam a tese de mestrado de Cecília Matos foram perpetuados nas publicações posteriores sem sofrer qualquer alteração, estando eles embasados em tese que foi elaborada antes do ano de 1994, portanto, antes do advento da lei 8.952/94 que modificou, como veremos, o Código de Processo Civil. O problema consiste em relegar esta importante decisão a um momento – sentença – em que não mais seria possível ao fornecedor insurgir-se de forma eficiente contra a inversão da prova ou mesmo providenciar os elementos que entendesse pertinentes para a elucidação da verdade processual.

Pode-se indagar se enfrentar uma demanda em que somente no ato terminativo – sentença – serão conhecidos os ônus que cabiam a cada uma das partes na instrução do feito está em acordo com a idéia do *rule of law*.<sup>5</sup> Esse princípio consiste, em essência, na idéia do predomínio do

<sup>4</sup> No mesmo sentido posiciona-se Kazuo Watanabe quando comenta o Código de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto nas p. 713-715, fundamentando sua posição da seguinte forma: “Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o juiz, quando há um non liquet em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto a sua atividade probatória. Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o non liquet (considera-se demonstrado o fato afirmativo pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova.

O mesmo entendimento foi suscitado por Cecília Matos na dissertação mencionada: “... no instante de sentenciar, apreciará o julgador a necessidade de utilizar-se das regras do ônus da prova, invertidas ou não.”

<sup>5</sup> Sobre a expressão *rule of law*, ver o ensaio de Bartolomé Clavero intitulado “Imperio de la ley e rule of law: tópica e léxico constitucionales”. In: *Happy Constitution*. Madri, 1997. p. 181-226.

<sup>6</sup> Sandra Dalla Pola Silva, na Revista da Ajuris, em artigo intitulado “O sistema da *common law*”, quando cita a Luis Recasens Siches, na sua obra *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX.*, o faz da seguinte forma: “*Rule of Law* — regra de Direito. Este princípio, diz Siches, sofreu os reflexos do processo histórico, tendo sido maculado após o período tradicional coexistindo com o princípio *under the rule of law* (12). Isto é, o princípio *rule of law*, que caracteriza o Sistema da Common Law, coexiste hoje com o princípio *under the rule of law*, o que significa aquele conjunto de normas e critérios que estão acima das determinações dos órgãos jurídicos (administração) que, ao mesmo tempo, considera-se parte do mesmo sistema (Direito Positivo), o que vale dizer, em parte, critério metajurídico, um ideal político, e, de outra parte, integra o próprio Direito, sendo jurídico, o que é característico num sistema jurisprudencial, coexiste nos dias

direito como fator de regulação social. O jurista português J. J. Gomes Canotilho,<sup>7</sup> ao citar A. V. Dicey,<sup>8</sup> condensa a idéia dizendo que “a ‘soberania do parlamento’ exprimirá também a idéia de que o ‘poder supremo’ deveria exercer-se através da forma de lei do parlamento. Esta idéia estará na gênese de um princípio básico do constitucionalismo: *the rule of law*.”

As regras de direito devem ser claras: organizam os movimentos da sociedade tanto as substantivas como as processuais, pois no que tange ao ônus da prova este é entendido no direito pátrio como uma liberalidade que cabe à parte no intuito de algo provar. É o ônus da prova uma regra de direito processual que faculta a produção de alguma prova que beneficiará a parte dentro da idéia dinâmica do processo de buscar a verdade material. Na codificação consumerista, foi inserida regra processual dentre os direitos básicos do consumidor como um mecanismo de facilitação da defesa de seus interesses em juízo. Essas regras se submetem aos fatores de regulação social anteriormente mencionados, os quais se projetam tanto sobre o direito substancial como sobre o direito processual, pois emanam da Carta Política do Estado. Quando uma regra como esta é insculpida em uma legislação protetiva, como o CDC, e inserida dentro do elenco de direitos básicos do consumidor, e levando em consideração que estamos diante de um texto legal principiológico, mesmo assim não poderá ele ser afastado da estrutura do sistema legal vigente.

Alguns artigos da Constituição Federal de 1988 são de ordem eminentemente processual, sendo que o que instiga nossa curiosidade neste momento é a tentativa de entendimento e alcance para o caso em apreço da regra do artigo 5º, LV da CF/88, o “devido processo legal”. Estabelecer previamente princípios pelos quais os embates jurídicos serão travados traz embutida uma questão própria do direito moderno, em que o pluralismo social e cultural obrigou o aparecimento de regras básicas comuns que pudessem nortear as relações entre as pessoas, alcançando um mínimo entre esses indivíduos de origens culturais díspares. Não é mais razoável a permanência da idéia de tradições, somente, onde o homem estabelece as normas conforme a sua vontade.

---

atuais, face às exigências econômicas, com o fortalecimento do Parlamento (portanto, *under the rule of law*).”

<sup>7</sup> *Direito Constitucional*, editado pela Livraria Almeida, Coimbra, Portugal, 1998, p. 52.

<sup>8</sup> Introduction to the study of the law of the Constitution, 10. ed. London, 1959, p. 107.

O somatório ao longo do tempo das experiências sociais na cultura anglo-saxã consagrou a tradição como um valor e deu a alguns desses valores *status* diferentes, eternizando princípios que estão acima do próprio sistema, como é o exemplo do princípio do *rule of law*. Conseqüência dessa, outra regra explicitada em nossa Constituição é a do *due process of law*<sup>9</sup>, considerada por muitos como um avanço importante da humanidade.<sup>10</sup> Consiste na circunstância de que ninguém terá nada subtraído de si sem estar submetido a um processo e sem que esse mesmo processo tenha regras claras de como se desenvolverá. Ausente esta garantia, não há processo em base de lei, o que baliza nossa sociedade e nos dá um mínimo de segurança para dirigirmos nossos atos. Uma das regras claras do processo – e que neste trabalho será avaliada – é a questão da atribuição do ônus da prova em processos que envolvem relação de consumo, quando presentes os requisitos estatuídos no parágrafo VIII do art. 6º do CDC. Como se sabe, o art. 333 do CPC regula a quem incumbe o ônus da prova. A regra ali esboçada é clara em imputar ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito o ônus da prova, e ao réu esse mesmo ônus em relação aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito alegado do autor. Ademais, em seu parágrafo único, o referido art. 333 decreta ser nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando recair este sobre direito indisponível ou tornar seu exercício excessivamente difícil a uma das partes.

É certo que já havia no art. 130 do CPC a seguinte regra: “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.” Contudo, é discutível<sup>11</sup> se dessa regra deriva em processos comuns e não envolvendo relações identificadas de consumo a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz. Da mesma forma, o CPC, no art. 331, parágrafo 2º, contém regra sobre a

<sup>9</sup> Sobre o *due process of law*, temos o artigo do Dr. R. Reis Friede, RT nº 716, p. 71. Ainda, do Min. Adhemar Ferreira Maciel o artigo “Due process of law” na *Revista da Ajuris*, n. 61, p. 37.

<sup>10</sup> Theodoro Jr., Humberto. In: RT 665, p. 11.

<sup>11</sup> O STJ, em acórdão publicado na RSTJ n. 84, p. 250, decidiu que “tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes.”

fixação das provas, pois ali se lê que, caso não seja obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas.

A conjunção de todos estes mandamentos legais revela que, à primeira vista, o CPC não dispôs sobre a inversão do ônus da prova. A matéria, portanto, é exclusiva da lei de defesa do consumidor. A questão que se apresenta, como já se referiu, é se, dos artigos acima mencionados, pode-se extrair o instante adequado para a imposição da aludida inversão. Para a identificação desse momento preciso, estamos dispostos a uma caminhada sumária sobre aspectos genéricos que parecem pertinentes à apreciação do tema.

## 1. CONSTITUIÇÃO. DIREITOS PROTETIVOS – CDC – E MODELO DE DESENVOLVIMENTO DO ESTADO BRASILEIRO

As modificações trazidas pelo CDC e que advêm de disposição constitucional foram uma espécie de revolução legislativa, preenchendo lacunas que nossa Lei Civil não mais podia suportar. As relações humanas evoluíram muito além do alcance do individualismo da vetusta Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, dando conta de uma legislação moderna sobre direitos transindividuais. O foco que a sociedade almeja e que se projeta através das novas legislações é a pessoa, relegando o patrimonialismo a um plano inferior. A legislação civil que queria açambarcar todos os fatos da vida já não os suporta, pois eles evoluíram e não eram mais contemplados. As legislações modernas, como o CDC, são frutos desta nova realidade, e trouxeram embutida uma preocupação com o ser humano em detrimento do patrimônio, foco de nosso Código Civil.

A necessidade de proteção de grupos indetermináveis acompanha a evolução da economia e antecipa, por certo aspecto, o que hoje a sociedade denomina *globalização*.<sup>12</sup> Esses grupos indeterminados é que provo-

<sup>12</sup> Ver sobre esta questão artigo do Dr. Ronaldo Porto Macedo Jr. in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 32, p. 45-54. Para um conceito de globalização, podemos citar o Dr. Didier Lamèthe, chefe do setor jurídico internacional da “Electricité de France” e secretário geral do “Centro francês de direito comparado”, numa obra intitulada *Estudos em homenagem a D. Tallon, um comparatista francês*, 1999, “Société de Legislation Comparée”: “Na época contemporânea, a mundialização se traduz por uma multiplicação e uma intensificação contínua do fluxo de trocas de bens ou de serviços entre cada país e muitos outros, a saber quase todo o conjunto de países existentes. A mundialização aparece como um processo inevitável reforçado pelo desenvolvimento das tecnologias, em particular no campo das telecomunicações”. O texto original é o seguinte: “A l’époque

cam a necessidade de uma nova sistematização das situações jurídicas subjetivas. Como resultado desse movimento, foram propostos novos conceitos, como o de direitos difusos. Ao adquirirmos um automóvel, uma linha e um telefone celular, uma passagem aérea,<sup>13</sup> um computador, etc., estamos em verdade diante de produto ou serviço *made in* mundo. Esse fato incontroverso da vida nos remete à necessidade de identificar quem é o responsável pelo mau funcionamento do aparelho ou pela emissão incorreta do bilhete aéreo. Estamos aqui elencando exemplos da nova proposta de sistematização acima mencionada, do ponto de vista do pólo mais frágil da relação.

A lei 8.078/90 traz algumas soluções sob o aspecto de responsabilidade do fornecedor nos arts. 8º a 20, em especial, não deixando de trazer meios de facilitação para que o consumidor possa se proteger, inclusive em juízo. Reportando-nos à Constituição de 1988, encontramos alguns elementos importantes para nortear este breve estudo. O primeiro diz respeito à inclusão da proteção dos Direitos do Consumidor como sendo um direito e garantia individual dos cidadãos – “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

De outra sorte, é importante notarmos por qual modelo econômico de desenvolvimento o legislador constituinte optou, inserto, especialmente, no art. 170 que assim refere: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e admi-

---

contemporaine, la mondialisation se traduit par une multiplication et une intensification continuelles des flux d'échanges de biens ou de services entre chaque pays existants. La mondialisation apparaît comme un processus inéluctable renforcé par le développement des technologies, en particulier dans le domaine des télécommunications”.

<sup>13</sup> Sobre a questão dos serviços frente ao CDC, ver artigo da Dra. Belinda Pereira da Cunha in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 30, p. 18-27.

nistração no País. (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 06/95). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Esta, sem dúvida, é a primeira questão que nos coloca o legislador constituinte, ou seja, como harmonizar conceitos tão conflitantes. De um lado, uma norma constitucional que cria diversos direitos e garantias para um grupo indeterminado – os consumidores – e, de outro, a instituição do liberalismo econômico, faceta da idéia maior de livre desenvolvimento da personalidade<sup>14</sup>, conforme a CF/88 art. 2º, III: “2. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; livre desenvolvimento da personalidade humana, como conceito anterior e ao mesmo tempo propulsor da livre iniciativa, preceito maior do modelo de desenvolvimento do País”.

Concluimos que ambas são, ao contrário do que se pode entender num primeiro momento, normas complementares e não conflitantes, pois no art. 170 determina os rumos e valores pelos quais irá se concretizar o desenvolvimento de nosso País, e na tutela dos direitos dos consumidores estão as normas com as quais o grupo indefinido e parte beneficiária do projeto de desenvolvimento, serão protegidos frente àqueles exemplos acima citados. Podemos dizer, assim, que os princípios constitucionais (direitos protetivos coletivos e livre iniciativa – modelo de desenvolvimento) se harmonizam, e que a lei consumerista veio para pacificar o que já não era possível ser pacificado com a legislação até então vigente.

<sup>14</sup> PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: MORAIS, José Luis Bolzan de [et al.]. A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-85. “A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constitui já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o estado.”

“A liberdade de desenvolvimento da pessoa humana compreende-se, pois, com base numa concepção do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastes et ficto*). A forma de realização da personalidade humana não é algo de predeterminado, que se receba por atribuição, herança, situação, num dado momento ou classe, ou imposição ou dádiva a partir de um determinado padrão ou modelo. Trata-se, antes, de algo que se *auto-institui* ou *constrói*, segundo seu próprio projeto, determinado a partir da própria pessoa, como centro de decisão autônomo.”

É importante salientar que o consumidor é o destinatário final de toda essa revolução legislativa e do ideário que modela o desenvolvimento do País. É por ele e para ele que se regulam os mercados que se intitulam livres. À inclusão de um número cada vez mais significativo de pessoas que passe a integrar esse mercado e, na média de seu crescimento e inserção, atinja seus objetivos, mais necessária se faz a existência destes mecanismos protetivos.

## 2. DEVIDO PROCESSO LEGAL. DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Além da inovação da legislação consumerista que adveio em 1990 e que legislou em matéria processual também, com o inc. VIII do art. 6º do CDC, em sede de normas, temos a lei processual vigente – CPC – com suas recentes modificações e as legislações, entre elas a lei 8.952/94. Este dispositivo legal de ordem processual inserto no texto substantivo, tido como de facilitação ao consumidor, é também, em verdade, uma exceção ao princípio do ônus da prova estampado no art. 333 do CPC; porém, pelo exemplo mencionado acima, tem sido utilizado de forma confusa. Em verdade, o momento para decretação da aplicação ou não desse preceito é objeto de deslizos, como se verá a seguir.

Outra questão que nos parece importante lembrar para o deslinde do aqui proposto é relativa ao devido processo legal, do direito da ampla defesa e do contraditório, expostos, também, como direitos e garantia na Constituição Federal vigente. O art. 5º, LIV, ao expressar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, insere em nossa Carta Maior o *due process of law*, e o mesmo art. 5º, no nº LV, traz que “são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” mencionando uma questão própria e fundamental do processo civil. Nelson Nery Júnior<sup>15</sup> vai mais além, afirmando que “(...) bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiram aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.”

---

<sup>15</sup> Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 1996, RT.

Quanto ao contraditório e ampla defesa, devemos entender como garantia do estado de direito democrático o que, na opinião de Roberto Rosas<sup>16</sup>, “não se exaure na resposta, na contestação, também se estende a outros atos processuais, que impliquem a defesa.” Dentre outros, portanto, para análise da questão relativa ao momento da inversão do ônus da prova em processos envolvendo questões de consumo, devemos ter presentes esses preceitos, visto que o motivador desse ato – a inversão – é a constatação da existência da verossimilhança e/ou da hipossuficiência, o que pressupõe um ato de declaração pelo presidente do processo.

### 3. DA PROVA

Historicamente, a identidade dos povos antigos com o místico transformou o ato de conhecer fatos controversos pretéritos num ato divino. As ordálias, o juramento e o duelo eram métodos utilizados para o convencimento daqueles que detinham o poder de julgar. É interessante notar que, na análise subjetiva desses métodos, encontramos uma fuga do ser humano ao remeter a responsabilidade de seus juízos a um ente divino. “As ordálias, também denominadas julgamentos ou juízos de Deus, foram utilizadas pelos germanos antigos e tinham por finalidade a descoberta da verdade mediante emprego de expedientes cruéis e até mortais, como a ‘prova de fogo’, a ‘prova das bebidas amargas’, a ‘prova das serpentes’, a ‘prova da água fria’, etc.”<sup>17</sup> Dessa forma, o homem buscava a verdade sobre os fatos em momentos não muito felizes de sua história.

Importante notar que a história é pródiga em mostrar que, no passar dos anos, os fatos se repetem mesmo que com diferentes roupagens. Otto Maria Carpeaux<sup>18</sup> afirma que “os valores daquelas literaturas antigas ainda vivem conosco e ainda nos ajudam para viver uma existência realmente humana.”, ou seja, naquilo que nos é pertinente avaliar, estamos diante de um dilema secular, ou seja, as provas, seus meios e a quem incumbia provar são resultados de uma avaliação subjetiva focada no caso em concreto, mesmo que a sociedade impusesse algumas regras para que tanto acontecesse. Que, se na antiguidade era tarefa patrocinada por entidade “divina”, ao passar do tempo trouxe o homem para a parte envolvida no processo, onde alega a existência de um direito, este ônus.

<sup>16</sup> Direito Processual Constitucional, RT, 1999, p. 46.

<sup>17</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 15.

<sup>18</sup> *A literatura grega e o mundo romano*, Ediouro, p. 23.

Houve uma evolução, sem dúvida, na forma como a prova é hoje e foi outrora conduzida. O estudo do tema pode ser enfrentado, entre outros, sob dois aspectos: o subjetivo e o objetivo. O aspecto objetivo “é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo”.<sup>19</sup> Esse conceito é restrito, pois não estamos falando do conceito de objetividade filosófica liberal tratada, por exemplo, por Andrei Marmor em *Direito e interpretação: ensaios de Filosofia do Direito* (Ed. Martins Fontes, 2000, p. 362-365).

Toda a sistemática e a o que fisicamente teve acesso o julgador, que as partes preocuparam-se em materializar como meio de afirmação de suas verdades subjetivas, podemos também dizer serem o verso objetivo da prova. Com referência ao aspecto subjetivo, a prova “é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados”.<sup>20</sup>

A questão da subjetividade pode ser ilustrada pela obra de Piero Calamandrei, em *Eles, os Juizes, vistos por um advogado* (Ed. Martins Fontes, 1995, p. 125): “Ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade?” Em vista dos conceitos específicos – de subjetividade e objetividade da prova –, os fatos – pois o direito alegado assim não o exige – poderão ser objeto de demonstração uma vez que o magistrado terá de buscar a verdade sobre eles.

O mesmo Lopes<sup>21</sup> cita como exemplo que “o advogado poderá comentar com seu cliente que os fatos por ele alegados foram provados nos autos ou, então, que as provas fornecidas pelo cliente não foram suficientes para o fim pretendido.” Explica ele que esta apreciação é subjetiva, e que poderá o juiz ter outra conclusão sobre o arcabouço probatório construído. Este liame entre o entendimento do advogado e do juiz é da subjetividade inerente aos seres humanos. Já a forma como foi proposta a produção dessas provas e a sistemática de seu encaminhamento até sua materialidade são aspectos aos quais o juiz e as partes estão adstritos pela lei.

<sup>19</sup> LOPES, João Batista, *idem* anterior, p. 22.

<sup>20</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>21</sup> *Idem*, *ibidem*.

A certeza buscada pelo magistrado, que interessa à parte construir ou destruir, congrega esforços ou abster-se, é subjetiva, porém os meios para alcançá-la são objetivos. Ademais: “Em síntese, a prova dos fatos controversos é indispensável não só para a apuração da verdade (e da certeza) mas também para conferir segurança às decisões judiciais e credibilidade à atividade jurisdicional”.<sup>22</sup>

Provar é uma tentativa de reconstrução de um fato específico com vistas à composição da convicção do julgador. A busca sempre estará diretamente conectada à idéia de dar substância às questões de direito que dão suporte às pretensões. A instrução do feito terá como ápice o convencimento do magistrado, e esse convencimento será explicitado na sentença que deverá (?) nos termos do art. 93, IX da Constituição Federal e do CPC – art. 165 – motivação. No dizer de Lopes<sup>23</sup>, “a motivação da sentença constitui garantia dos jurisdicionados inscrita na Constituição Federal (art. 93, IX) e no Código de Processo Civil (art. 165)”.

Daf que esse mesmo Lopes conclui que “a prova dos fatos controversos é indispensável não só para a apuração da verdade (e da certeza) mas também para conferir segurança às decisões judiciais e credibilidade à atividade jurisdicional”. Afirmamos que nas relações de consumo não há diversidade, sendo que são acrescidos ao sistema meios de proteção inclusive processuais, como os da inversão do ônus, porém sempre visando buscar a verdade e a mais lúcida convicção do magistrado.

### 3.1 Ônus da prova

Para chegarmos ao momento da declaração judicial de estarem presentes ou não os pressupostos para inversão do ônus da prova nas relações envolvendo questões de consumo, temos de passar pela questão da prova, do ônus da prova e, ao final, da sua inversão.

A primeira já foi objeto de apreciação no item anterior, restando o ônus da prova para ser analisado. Contemporaneamente, temos que o ônus de provar é um exercício de identificação da raiz ideológica do processo, onde “a disciplina do ônus da prova figura entre os problemas vitais do processo; e aqui se vinculam as mais profundas diferenças entre os processos de civilizações diversas, como desde o princípio explanei,

<sup>22</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*.

confrontando entre si o processo romano e alemão no momento de seu encontro (nº 32)”, sendo este o apropriado conceito de Chiovenda.<sup>24</sup>

De igual forma, como a prova tem tratamento objetivo e subjetivo, o mesmo acontece com o ônus. Ressalta José Manoel de Arruda Alvim<sup>25</sup> que “as regras do ônus da prova destinam-se aos litigantes do ponto de vista de como se devem comportar, à luz das expectativas (ônus) que o processo lhes enseja, por causa da atividade probatória”. Enfatiza nesta ponderação a subjetividade do ônus. O mesmo faz Luiz Eduardo Boaventura Pacífico<sup>26</sup> citando José Carlos Barbosa Moreira em *Julgamento e ônus da prova – temas de direito processual* (Segunda série. São Paulo, 1980), conforme transcrito: “Barbosa Moreira preleciona que ‘o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interesse naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que o fato de veras ocorreu – numa palavra: de prová-lo. Todo ordenamento processual, sejam quais forem as diretrizes filosóficas ou políticas que o inspirem, conta em larga extensão com a eficácia desse estímulo. O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, a propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal).”

Mais adiante, o mesmo Pacífico<sup>27</sup> cita Micheli:<sup>28</sup> “Daí MICHELI haver afirmado que quem se cingiu ao aspecto subjetivo do ônus da prova se limitou ao exame dos poderes probatórios conferidos às partes, deixando de lado a análise do outro lado da moeda – isto é, o do ônus objetivo –, que indica as conseqüências objetivas da fase instrutória e, precisamente, as conseqüências da incerteza judicial sobre fatos relevantes da causa.”<sup>29</sup>

<sup>24</sup> Chiovenda, *Principii*, #55.

<sup>25</sup> ARRUDA ALVIM, José Manoel de. In: *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 1996, v. 2, p. 429.

<sup>26</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. In: *O ônus da prova no Direito Processual Civil*, RT, 2000, p. 132.

<sup>27</sup> Idem anterior, p. 135.

<sup>28</sup> MICHELI, Gian Antônio. In: *L'onere della prova*. 2. ed. Padova: Cedam, 1966, p. 110.

<sup>29</sup> Originalmente: “Balsa evidente all'occhio che chi si è soffermato ad indagare l'aspetto c.d. subbiettivo dell'onere della prova, si è in sostanza limitalo all' esame del potere probatorio spettante alie parti, ma non ha poi sempre condorto a fondo l'indagine, in quanto è rimasto attrato dallaltro lato deita niedaggiã, cioè dai cd. onere obbiettivo, che gli

Outra questão sobre o ônus da prova é sua distinção de obrigação. Uma idéia completa e esclarecedora sobre a distinção entre ônus e obrigação é encontrada na dissertação de mestrado da Procuradora de Justiça do Estado de São Paulo Cecília Matos, trabalho que está depositado na USP no Departamento de Pós-graduação da Faculdade de Direito, intitulado “O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”, 1993, de onde retiramos: “Também distingue-se ônus de obrigação, pois o primeiro tem como característica a possibilidade de o sujeito agir conforme a norma jurídica, alcançando um efeito satisfatório e, se não agir, não alcança a vantagem desejada. Já na obrigação, esta liberdade de escolher inexistente, impondo-se ao sujeito um comportamento cuja desobediência é um ilícito jurídico.”

Concluimos, pelas idéias acima, que “as partes têm o ônus de subministrar provas em seu favor. Caso não logrem provar os pressupostos fáticos dos efeitos jurídicos por elas pretendidos no processo, correm o risco de sucumbir. É o ônus subjetivo da prova”.<sup>30</sup> Ademais, nos dias atuais, pela dialética a que está submetido o processo, não cabem mais decisões “mágicas” sobre o tema, pois “diante da necessidade de o órgão jurisdicional decidir (no mérito) mesmo sem haver atingido suficiente convicção sobre os fatos relevantes e controvertidos do processo, o ônus da prova viabiliza o pronunciamento judicial, indicando o conteúdo da decisão.”<sup>31</sup> Fica, então, que o ônus da prova como meio determinante de identidade do processo é rico em conceitos, princípios, regras e critérios, onde a doutrina sustenta interpretações mais dinâmicas ao conceito legal do art. 333<sup>32</sup> do CPC e art. 130<sup>33</sup> do mesmo diploma, em especial, quanto ao poder instrutório do juiz, critério distributivo do ônus e etc.

O que será válido para o objetivo de nosso trabalho, que é a tentativa de identificar o momento processual para a declaração de inversão do ônus da prova no caso em específico de feitos envolvendo relações de consumo, é ter esses conceitos presentes.

---

indicava le obbictive consequenze delta istruttoria, e precisamente le consequenze deile inceriezza, ia cai era rimaslo ii giudice qrispetto a daLi fatti rilevanti”.

<sup>30</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. In: *O ônus da prova no direito processual civil*, RT, 2000. p. 168-69.

<sup>31</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, obra citada, p. 169.

<sup>32</sup> Art. 333 do CPC: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor...”

<sup>33</sup> “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

#### 4. DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A lei de proteção aos interesses do consumidor legislou sobre uma situação fática insofismável, qual seja, a de que a sociedade de consumo de massa tem, na pessoa do consumidor, identificado o ponto mais vulnerável da relação.

Para amenizar estas disparidades econômicas, técnicas e jurídicas – advindo deste fato a idéia de vulnerabilidade –, introduziu alguns mecanismos de compensação desta situação de disparidade no plano substancial e processual. Ao regrar sobre a desconsideração da personalidade jurídica (art. 28 do CDC), o controle de cláusulas abusivas (art. 51 do CDC) e o direito de arrependimento (art. 49 do CDC), entre outros, tenta recolocar no âmbito da igualdade relações desiguais do âmbito substancial. De outra sorte, ao ter possibilidade de ser beneficiado pela inversão o ônus da prova (6º, VIII), faz o legislador uma compensação de ordem processual.

Ela se dá pela hipossuficiência, econômica ou técnica, e/ou pela verosimilhança do fato alegado em relação ao dano ocorrido. Observe-se que em momento algum poderá deixar de provar o consumidor o nexo de causalidade entre um e outro. Entenda-se como nexo de causalidade a seqüência lógica entre o acontecimento que gerou dano ao consumidor e sua própria conseqüência. Entenda-se, assim, que quando o consumidor adquirir um produto em detrimento de outro, ao ser alvo de propaganda institucional ou não, ao ser advertido pelo fornecedor das suas virtudes, está sendo dado ao consumidor os elementos para a construção de uma idéia de virtude do produto ou do serviço. Passa o consumidor a se identificar com a marca ou produto, depositando confiança naquela opção que fez.

A confiança, vulnerabilidade ou virtude, são elementos subjetivos que somados induzem os consumidores, dentro da idéia de concorrência inserida no mercado, a realizarem suas opções, fechando o ciclo do ato de consumo, identificando, assim, na pessoa do consumidor, o ponto mais desprotegido. Não somente os elementos protetivos substanciais recheiam o CDC. Também meios de proteção processuais fizeram parte das preocupações do legislador, como já dito, e em especial aqueles já anteriormente mencionados do inciso VIII do art. 6º. As regras de ordem processuais inseridas em legislações substanciais não

são propriamente novidade em nosso sistema legal. A CLT é um exemplo, tendo regras que ordenam o contrato civil típico, contendo diversos artigos que prevêem procedimentos específicos a serem adotados perante aquela justiça especializada, utilizando o CPC de forma subsidiária naquilo em que puder preencher eventual necessidade não prevista. Na justiça especializada do trabalho encontramos, também, mecanismo parecido de inversão do ônus da prova, porém não por disposição expressa de lei, mas sim em razão de uma construção doutrinária e jurisprudencial.<sup>34</sup> A doutrina trabalhista e a jurisprudência acataram a idéia de que na relação de trabalho havia, como existe na relação de consumo, uma parte mais vulnerável que merecia tratamento diferenciado para que pudesse obter, perante o órgão jurisdicional, manifestação entendida justa. É importante salientar a diferença entre os dois institutos – o da lei consumerista e o advindo da relação trabalhista –, ao menos na origem, sendo que o instituto da inversão nas relações de consumo advém de expressa disposição de lei, e o do direito do trabalho foi fruto de uma construção, hoje consolidada.

Nas relações identificadas como de consumo, o magistrado terá sempre que enfrentar a necessidade ou não, por critérios estabelecidos no próprio texto legal, de inverter ou não o ônus da prova e de qual prova reverterá o ônus ao fornecedor. Como dito anteriormente, a idéia do legislador em elaborar esses mecanismos, tanto os substanciais como os de ordem processual, não é impossibilitar ao fornecedor – no caso da regra processual aqui em evidência – a sua defesa, mas de igualar as condições entre os litigantes de forma que a verdade processual prevaleça. Ao mesmo tempo, esses mecanismos da lei do consumidor, sejam eles de ordem material ou processual, não poderão nunca estabelecer mecanismos (?) que não estejam dentro da idéia maior – *rule of law* – do sistema legal vigente. O sistema legal, como vimos anteriormente, reporta a princípios de justiça e equidade, portanto há limites para a implementação, inclusive, da inversão do ônus da prova.

Não poderá a inversão fazer pender ao fornecedor prova impossível, ou que não esteja dentro da linha de equidade. Não terá o consumidor privilégios, mas compensações diante da desigualdade, desde o momento adequado para que o fornecedor, sim, possa ter claro seu ônus em toda a sua extensão.

<sup>34</sup> SÚSSEKIN, Arnaldo. In: *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 150-155, LTr, 18. ed.

Importante deixarmos clara a idéia de que todos esses mecanismos protetivos têm relação direta com o entendimento de que o consumidor é o elemento mais frágil da relação, porém nunca esquecendo que o que se busca com eles é estabelecer mecanismos de igualdade entre consumidor e fornecedor, nunca a inviabilidade de um ou outro no exercício da defesa de seus interesses.

#### 4.1 Inversão do ônus da prova e seu momento

Ao introduzirmos o assunto em tela, abordamos a questão da necessidade de estabelecimento prévio de normas pelas quais a sociedade possa referenciar-se, ou seja, que os cidadãos tenham presente os procedimentos sobre os quais possam balizar sua conduta. Tal se dá pela multiplicidade cultural a que as sociedades modernas estão sujeitas. A idéia de preexistência de regras claras para o normal desenvolvimento do processo como garantia fundamental do cidadão foi primeiramente enfrentada pela *common law* e importada pelo nosso direito, estando estampada em preceito constitucional como o “devido processo legal”.<sup>35</sup> Conceito este, pela própria origem, encerra um sem número de garantias. Tendo a premissa de que não existe regra que não esteja escrita e que a essa regra todos deverão se submeter, é fundamental para a identificação do momento processual adequado a decretação da inversão do ônus da prova, em especial, de feitos envolvendo relação de consumo.

Como máxima não substantiva inserta na lei consumerista está a possibilidade de inversão do ônus de provar. A par das diversas teorias sobre a natureza do ônus ser de ordem processual ou material, parecem-nos mais razoável a primeira, que trata essencialmente da condução do feito. Ficou na lei protetiva do consumidor da seguinte forma o texto no inc. VIII do art. 6º: “VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

Alinhada a boa parte da doutrina, em especial, da idéia dos idealizadores do código, a manifestação sobre a inversão poderia vir em sentença,<sup>36</sup> o que, ao nosso ver, modificou-se completamente com o advento

<sup>35</sup> Min. Adhemar Ferreira Maciel, artigo citado.

<sup>36</sup> Conforme já citado na introdução, é esta a posição da Prof<sup>ª</sup> Maria Tereza Arruda Alvin, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

da lei 8.952/94 que estabelece nova sistemática do antigo “despacho saneador”. Como já dito anteriormente, na consagrada obra<sup>37</sup> em que um grupo de renomados juristas contribui para a interpretação do CDC, à parte referente ao parágrafo VIII do art. 6º foi, em nosso entender, equivocadamente perpetuado um entendimento que lei posterior veio modificar. Estamos falando da interpretação já mencionada da Prof<sup>a</sup>. Tereza A. Alvin, ao citar a tese de mestrado da Procuradora de Justiça do Estado de São Paulo, a qual protocolou sua tese onde está até hoje depositada, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, no ano de 1993, conquanto a lei 8952/94 veio interferir.

Em 1994 foi publicada a lei 8.952/94, dando nova redação ao art. 331 do CPC, sem, contudo, fazer qualquer modificação no título da Seção III do Cap. V do Tít. VIII Livro I do CPC, “Do saneamento do processo”. Trata-se de lei posterior que legalizou o que na prática existia, ou seja, sempre que pode o magistrado procura o acordo e traz as partes a um encontro solene para agilizar essa possibilidade. Agora, após esse encontro, que se tornou uma obrigatoriedade no processo, o juiz chamará as partes para uma tentativa de conciliação, caso não estejam presentes as motivações para o julgamento antecipado ou de extinção do feito, e lá tomará decisões que antes eram elaboradas através de um despacho, o despacho saneador. Nesta audiência, pelo preceito criado na nova redação do parágrafo 2º do art. 331, em caso de não haver conciliação, “o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.” O antigo “despacho saneador” passa a ser feito em audiência e de forma obrigatória, determinando, além da fixação naquele ato dos pontos controvertidos que vertem do caso concreto, as provas a serem produzidas e a quem caberá produzir essas provas. Haverá uma efetiva distribuição do ônus da prova naquele momento, o que nos parece muito razoável e de singelo entendimento.

Estamos diante da necessidade de utilizar um processo interpretativo lógico. Havendo provas a serem produzidas como uma medida profilática do processo, havendo relação de consumo identificada e imposição legal para sua determinação e fixação em audiência e que isso deve acontecer independentemente de ser processo envolvendo relação de consumo ou não, sem dúvida, nesse mesmo ato, deverá constar a quem caberá produzir essas provas, ou seja, de quem é o ônus daquelas provas.

<sup>37</sup> Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

A lei consumerista, ao elaborar regra processual, até o advento das modificações expressas na lei 8.952/94, inova ao impor ao fornecedor o ônus de provar e desconstituir as alegações de vícios ou defeitos nos produtos e serviços, podendo a declaração ocorrer no ato terminativo do feito. Como o código é claro em estabelecer a responsabilidade objetiva do fornecedor, não cabe análise da culpabilidade no seu sentido estrito – negligência, imprudência ou imperícia –, e sim do nexo de causalidade, existência ou não de dano, fato de terceiro ou de culpa exclusiva do consumidor. O momento para estabelecer a inversão ou não do ônus para a produção das provas passa a ser fundamental ao fornecedor, pois a ele deve restar, bem como ao consumidor, a certeza de quais elementos deva investigar na busca da defesa de seu interesse. O princípio do “devido processo legal” frente à idéia de proteção do consumidor dentro da nossa processualística, e em respeito à exceção que a norma do inciso VIII do art. 6º do CDC trouxe, teve como idéia primeira a declaração da inversão em sentença. Com o advento de lei posterior – lei 8.952/94 –, restou a necessidade de harmonização desses dois princípios para que o juiz, com o dever que tem pelo novo preceito do §2º do art. 331 do CPC, distribua o ônus da prova, inclusive invertendo-o se necessário, com a devida clareza que toda decisão judicial deve ter.

Portanto, as idéias e preceitos de fragilidade/vulnerabilidade/ hipossuificiência do consumidor na relação deste frente ao fornecedor pela relação de mercado, conjugadas ao devido processo legal, ao parágrafo segundo do art. 331 do CPC e inc. VIII do art. 6º do CDC, precisam ser harmonizadas.

## CONCLUSÃO

Ao analisarmos sob a ótica de nossa constituição federal, com dezesesseis anos de existência, o momento processual adequado para inversão do ônus da prova em processos judiciais que envolvem relações de consumo, procuramos resgatar quais são os alicerces do nosso sistema judicial e se as decisões proferidas que invertem o ônus em sentença estão em sintonia com estes alicerces.

A história do ser humano é um caminho muito lento em conquistas verdadeiras. A mais expressiva delas – *rule of law* e o, seu desdobramento, *due process of law* – merece preservação. A recepção em nosso sistema legal do devido processo legal como garantia a todas as pessoas nos impõe uma direção interpretativa da qual não podemos abrir mão.

Dizer que ignorar tal princípio em nome da busca da justiça seria o mesmo que dizer que estaria o julgador voltando ao tempo em que palavras como indivíduo, individualismo, pessoa, sujeito, não tinham qualquer significado para o ser humano, é correto e necessário. Nesta época da história, antes do advento do constitucionalismo francês, as pessoas eram ou não legitimados em direitos em razão da nobreza de sua origem ou da quantidade de patrimônio que representava. Dennis Lloyd<sup>38</sup> em sua clássica obra *The ideia of law* afirma que “..., não é suficiente para um sistema legal aceitar os atributos formais da justiça, mesmo quando temperados por um espírito de equidade. Pois, além disso, a lei necessita possuir um conteúdo justo, e isto só pode significar que suas normas reais devem elas mesmas, por seus dispositivos, aspirar a – e esforçar-se por – obedecer a alguns critérios de retidão que assentem em valores exteriores à própria justiça, no sentido de que nenhuma idéia meramente formal de justiça pode ditar-nos a base para optarmos por um conjunto de valores em vez de um outro. Portanto, a afirmação de que a lei aspira à consecução da justiça não pode valer como substituto de uma escala de valores, pois sem estes podem ser perpetradas as mais estarrecedoras formas de injustiça substancial, em nome da própria justiça.”

O esforço feito pelo homem e que Savygni traduziu na idéia de homem mínimo, sujeito de obrigações e deveres, mas, também direitos e garantias, e que uma delas é o prévio conhecimento da forma como o Estado exerce este papel de garantir estas conquistas dos cidadãos. Vivemos um momento em que novos desafios nos levam a pensar soluções novas, entre eles, as questões do mercado de consumidores, bem identificado neste momento como o consumidor sendo o pólo mais frágil da relação. A lei de defesa dos interesses do consumidor está para em vigor em nossa sociedade para trazer a equidade perdida em função das próprias leis de mercado. O mecanismo de inversão do ônus da prova é um dos meios de concretos de equalizar uma relação desigual de capacitação econômica e técnica, porém, não foi concebido este instrumento para criar uma fonte de desigualdade maior do que a do próprio mercado. A injustiça combatida pela lei e que para tanto nivela com mecanismos legítimos pessoas desiguais, não pode ser fonte de mais injustiça, em especial, por um caminho de retrocesso histórico.

<sup>38</sup> LLOYD, Dennis, Baron (1915). *A ideia de lei*. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 159.

A maior injustiça que podemos cometer com a sociedade, é transportar as relações jurídicas e os limites de atuação do Estado e de seus agentes para o passado e jogar fora conquistas importantes do indivíduo.

Relegar ao momento da sentença para determinação da inversão do ônus da prova em processos em que é identificada relação de consumo é retroceder a sociedade a momentos tristes e concretizar o desapeço do agente julgador as conquistas dos sujeitos.

Admiti-se outros entendimentos sobre o momento da inversão – na citação, após a apresentação da contestação – mas nunca após a instrução do feito ou em sentença, como se tem visto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 1996, v. 2, p. 429.
- ARRUDA ALVIM, Maria Tereza. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Portugal: Livraria Almeida, 1998.
- CARPEAUX, Otto Maria. *A literatura grega e o mundo romano*. Rio de Janeiro: Ediouro, p. 23.
- CHIOVENDA. *Principii*, #55.
- CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution*. Madri, 1997. Ensaio intitulado “Imperio de la ley e *rule of law*: tópica e léxico constitucionales”.
- CUNHA, Belinda Pereira. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 30, p. 18-27.
- DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 10. ed. London, 1959.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- FRIEDE, R. Reis. *RT*, n. 716, p. 71 (ver nome do artigo).
- LAMËTHE, Didier. *Estudos em homenagem a D. Tallon, um comparatista francês*. 1999. Société de Legislation Comparée.
- LLOYD, Dennis Baron (1915). *A idéia de lei*. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 159.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 32, p. 45-54. (ver nome do artigo).
- MACIEL, Adhemar Ferreira. Due process of law. *Revista da Ajuris*, n. 61, p. 37.
- MICHELI, Gian Antônio. In: *L'onere della prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 110.
- NERY Júnior, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: RT, 1996.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: RT, 2000..

PINTO, Paulo Mora. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: MORAIS, José Luis Bolzan de [et. al.]. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-85.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: RT, 1999.

SILVA, Sandra Dalla Pola. O sistema da *common law*. *Revista da Ajuris*, n. XX, p. XXX.

SÜSSEKIN, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18. ed. LTr.

THEODORO JR., Humberto. *RT 665*, p. 11. (ver nome do artigo).

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.