

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ - UFPR

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CÓDIGO DE DEFESA CONSUMIDOR E DA
INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

JEFFERSON LUIZ DOMINGOS FAZZOLARI

TOLEDO – PARANÁ

2002

JEFFERSON LUIZ DOMINGOS FAZZOLARI

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CÓDIGO DE DEFESA CONSUMIDOR E DA
INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada ao Módulo de Metodologia da Pesquisa Jurídica, do Curso de Especialização em Direito Processual Civil, Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná - UFPR, Subseção da OAB/PR de Toledo.

Orientadora: Leilah Santiago Bufrem

TOLEDO
2002

TERMO DE APROVAÇÃO

JEFFERSON LUIZ DOMINGOS FAZZOLARI

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CÓDIGO DE DEFESA CONSUMIDOR E DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção de título no Curso de Pós-Graduação – Curso de Especialização em Direito Processual Civil, Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná - UFPR, Subseção da OAB/PR de Toledo, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr.
Departamento

Prof. Dr.
Departamento

Prof. Dr.
Departamento

Prof. Dr.
Departamento

Toledo, 17 de junho de 2002.

DEDICATÓRIA

A meu Pai, Roldão Fazzolari,
Pelo incentivo profissional e também,
pelo apoio pessoal no decorrer desta jornada.

AGRADECIMENTOS

À minha noiva, Daniela Calixto,
pela compreensão da ausência,
devido ao tempo dedicado neste estudo,
deixando a desejar no companheirismo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	01
2 REVISÃO DA LITERATURA	02
2.1 CONCEITO DE PROVA E DE ÔNUS	03
2.1.1 Conceito de ônus e considerações sobre sua distinção do conceito de obrigação	04
2.1.2 Doutrinas que aproximam os conceitos de ônus e de obrigação	05
2.1.3 Classificação das situações jurídicas na Teoria de Carnelutti	07
2.1.4 Distinções entre ônus e obrigação na Teoria de Carnelutti	08
2.1.5 Críticas opostas à Teoria de Carnelutti	10
2.1.6 O ônus no âmbito da liberdade e como manifestação de poder	11
2.2.7 O descumprimento do ônus é lícito e a violação da obrigação é ilícita	12
2.2 HISTÓRICO DO ÔNUS DA PROVA	12
2.2.1 Direito Romano	13
2.2.2 Direito Comum	15
2.2.3 Direito Hispano-lusitano	15
2.2.4 Ordenações do Reino	16
2.3 TEORIAS DO ÔNUS DA PROVA	17
2.4 PERFIL DOGMÁTICO DO ÔNUS DA PROVA	20
2.5 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	22
2.5.1 Definição do Código de Defesa do Consumidor	22
2.5.2 Base Constitucional do Código	23
2.5.3 Código ou Lei?	24
2.5.4 Dos Direitos do Consumidor	25
2.5.4.1 Proteção da Vida e da Saúde	27
2.5.4.2 Publicidade	27
2.5.4.3 Proteção Contratual	27
2.5.4.4 Apresentação do Produto	29
2.5.4.5 Reembolso Postal, Compra por Telefone	29
2.5.4.6 Termo de Garantia	30
2.5.4.7 Cadastro de Consumidores	32
2.5.5 O Código de Defesa do Consumidor e nossa cultura	33
2.5.6 A Prova no Código de Defesa do Consumidor	38
2.5.7 A Prescrição e a Decadência no Código de Defesa do Consumidor	44
2.5.7.1 Prazos para Reclamar e Pretender a Reparação de Danos	45
2.5.7.2 Prazos Decadenciais no CDC e suas Especificidades	46
2.5.8 Produtos e Serviços Duráveis e Não Duráveis	46
2.5.9 Entrega Efetiva	47
2.5.10 Vício	48
2.6 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	48
3 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

A relevância do ônus da prova para o processo civil tem sido reconhecida por juristas consagrados. É freqüente a dificuldade em apartar os fatos constitutivos dos impeditivos, com a atribuição do ônus da prova ao autor ou ao réu, conforme a qualificação que se dê o fato. A despeito disso – e ao contrário do que acontece alhures – a produção científica nacional sobre o tema é limitada, havendo poucos trabalhos específicos.

Assim, nosso objetivo é dissertar a respeito de algumas considerações no tocante ao Ônus da Prova com ênfase no Código de Defesa do Consumidor, contribuindo de maneira, simples e também, incentivadora aos demais profissionais da área das Ciências Jurídicas, para que aprofundem seus conhecimentos e contribuam com suas opiniões, de forma publicada, e é claro, façam jus à sua profissão, atendendo seus clientes de forma 'justa'.

Em face da abrangência e da complexidade da pesquisa que tenha por objeto este tema – naturais de um instituto pertencente à parte geral da ciência do processo – assim, como da enorme gama de questões e outros institutos a ele entrelaçados, não seria possível abordar, mesmo que sucintamente, todos os pontos relevantes sobre o assunto.

Dessa forma, alguns aspectos foram escolhidos para a análise, sendo assim os objetivos específicos: distinguir as noções de ônus e obrigação; analisa sinteticamente a sua evolução histórica, a partir do direito romano; esquadrinha as principais teorias desenvolvidas a partir do século XIX; demonstra a insuficiência da visão do ônus da prova sob o prisma subjetivo, realçando o papel como regra de julgamento; e por fim, a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.

Cumprir-se-á assim, requisito acadêmico, e também nossa função social, ao revisar literariamente, proporcionando de forma simples, mais uma vez, entre tantos estudiosos, este tema em questão.

2 REVISÃO DA LITERATURA

Segundo DINAMARCO (1995, p. 45), O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem; e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale o sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que, através dele e mediante exercício da jurisdição, o Estado persegue: sociais, político e jurídico, salientando que, além do escopo magno da jurisdição ser a pacificação, a doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) educação para o exercício dos próprios direitos alheios (escopo social); b) preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e; c) a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopos políticos).

No pensamento de PACÍFICO (2001), o poder jurisdicional do Estado – exercido por meio do processo e provocado pela ação – tem por objetivo precípua, a paz social. Quando ocorre um conflito intersubjetivo de interesses e este é levado à apreciação jurisdicional, o Estado deve compô-lo, pondo fim à discórdia e restabelecendo, dessa forma, a tão almejada harmonia da vida em sociedade.

Para julgar, o órgão judicial precisa, de um lado, identificar a norma de direito aplicável ao caso concreto; e, de outro reconstituir o fato (ou fatos) cuja existência as partes afirmaram em suas alegações.

Como o autor de uma ação cognitiva postula, a seu favor, o reconhecimento de um efeito jurídico previsto em uma norma, para a geração desse efeito os fatos devem ser subsumidos em uma hipótese legal – fenômeno classicamente conhecido por silogismo, em que a premissa maior é a norma, e o fato, a menor. Assim, norma e fato sempre constituem pontos de referência no processo mental do julgador.

O direito é de conhecimento do órgão judicial, e salvo exceções, não exige prova. Defrontando o juiz com uma lacuna, obscuridade ou contradição do ordenamento jurídico, pode afastá-las utilizando técnicas que lhe são conhecidas. Os fatos, ao contrário, quase sempre exigem prova para que o espírito do julgador se convença da sua existência.

Mas, se o juiz não formar convicção sobre fato relevante, do qual depende o desfecho do processo? No Direito romano, na fase do *ordo indiciorum provatorum*, ao *iudex* era lícito recusar o julgamento, jurando *sib no liquere*. Ao juiz moderno, e mesmo ao magistrado romano, na fase da extraordinária *cognitio*, que exerce *múnus* público por meio do qual o Estado objetiva alcançar relevantíssimos escopos, a decisão da controvérsia é inafastável e deve ocorrer mesmo nesse caso.

O CPC em seu artigo 126 diz: “O juiz não se exime de julgar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais: não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” SILVA (1986, p. 85). Embora a norma somente se refira à lacuna legal, é assente que o juiz igualmente não pode se eximir de julgar, se os fatos relevantes da lide restarem improvados.

A essência do ônus da prova é precisamente a de autorizar o pronunciamento judicial (no mérito) em semelhante hipótese, indicando o conteúdo da decisão.

2.1 CONCEITO DE PROVA E DE ÔNUS

Segundo CASTRO (1997, p. 14), citado por PACÍFICO (2001, p. 18). O vocábulo prova, vem do latim *probatio* e, em sentido lato, significa “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”. Em senso jurídico, conforme SANTOS (1976), o vocábulo é empregado em várias acepções: “significa, de um lado, a ação de provar, de fazer a prova, dizendo-se, nessa acepção, que cabe fazer a prova a quem alega”. Já em outro sentido, significa o meio de prova considerado em si mesmo. Já como um terceiro significado, representa “o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nesta acepção se diz: o autor faz a prova de sua intenção, o réu faz a prova da exceção.”

Segundo ROCCO (1976), citando ECHANDÍA, tendo em vista a multiplicidade dos conceitos de provas existentes na doutrina, analisando vários conceitos, afirma que a noção de prova também se apresenta sob três aspectos: o formal, tocante aos meios utilizados para levar os fatos ao conhecimento do juiz (testemunhas, documentos, etc.); o substancial (ou essencial), relativo às razões ou

aos motivos que desses meios se deduzem em favor da existência ou da inexistência dos fatos; e o resultado subjetivo ou o convencimento que se produz na mente do julgador que conclui estar ou não provado determinado fato.

Já CHIOVENDA (1976), sendo citado por PACÍFICO (2001, p. 19), define prova como a convicção do juiz sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo. Toda afirmação feita em juízo, pelas partes, consiste, em última análise, em deduzir determinadas conseqüências jurídicas da existência de alguns fatos que se dizem acontecidos no passado. O juiz, porém, a quem tais afirmações se dirigem, nada sabe daqueles fatos; é necessário, portanto, dar-lhe a possibilidade de formar uma opinião sobre a verdade ou falsidade do que foi afirmado. Este é, precisamente, o objetivo das provas. Para as partes, provar significa formar convicção do juiz sobre a existência ou inexistência de fatos relevantes no processo. Para o juiz, a atividade probatória tem por fim chegar ao conhecimento da verdade a respeito daqueles fatos. As provas são os meios destinados a conseguir tal escopo. Ou seja, a prova é considerada como um conjunto de operações destinadas a obter convicção psicológica do julgador a respeito de um determinado dado processual.

É interessante notar que o conceito de Ônus da Prova, encarado amiúde sob dois diferentes primas (subjetivo e objetivo), como exposto em item específico desta prova – ora se servirá do vocábulo prova na acepção de realização da prova (subjetivo), ora no sentido do resultado obtido na convicção do juiz, mediante o emprego dos meios probatórios (objetivo).

2.1.1 Conceito de ônus e considerações sobre sua distinção do conceito de obrigação

Como conceito de ônus, pode se dizer que, atualmente, a doutrina é unânime em dotá-lo de autonomia conceitual, não o confundindo com a obrigação, com o direito subjetivo ou com outras situações jurídicas, além de afirmar que se trata de uma noção fundamental, quer para a teoria geral do direito, quer para a ciência do processo.

Perante a ótica de PEREIRA (1996, p. 43), "obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor cujo objetivo consiste

numa prestação pessoal e econômica, positiva e ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através do seu patrimônio.” Em outras palavras, obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra, uma prestação economicamente apreciável.

A relação jurídica obrigacional comporta duas perspectivas: a do sujeito ativo e a do passivo, este obrigado a uma prestação em favor daquele. Para a distinção entre ônus e obrigação que se segue, mais importa o lado passivo envolvido no liame obrigacional, com o qual algumas teorias aproximaram a noção de ônus.

A autonomia conceitual do ônus é conquista relativamente recente, embora a sua noção também já existisse no direito romano, precisamente em função dos princípios, então vigentes quanto ao encargo da prova, fundados na necessidade prática de que cada uma das partes alegasse e provasse, no processo, os fatos que lhe eram favoráveis. Na Idade Média, a referida noção foi restaurada pelos glosadores e pós-glosadores; e, na Idade Moderna, ela iria influenciar o Código Napoleônico e os demais códigos civis do século XIX. Contudo, jamais se pretendeu elaborar uma teoria geral sobre o ônus ou diferenciá-lo claramente de outros institutos, notadamente da obrigação, o que somente veio a ocorrer neste século.

Segundo MICHELI (1966, p. 59), a depuração do conceito iniciou-se na Áustria e na Alemanha, em razão da dificuldade encontrada nesses países em conciliar a noção romana – herdada do direito comum, que identificava o ônus da prova com a necessidade de provar (*necessitas probandi*) – com a realidade de um processo em que fossem reconhecidos amplos poderes instrutórios ao juiz e concedida uma extrema liberdade na valoração do resultado probatório. Posteriormente, esse conceito passou também a ser estudado em países como a Itália e a França, nos quais predominava o princípio dispositivo.

Todavia, a elucidação do conceito de ônus, não foi alcançada sem que muitas questões espinhosas fossem detidamente estudadas por juristas consagrados, e sem que opiniões, as mais diversas, muitas vezes antagônicas, tivessem sido expressadas. Algumas delas, por nós reputadas relevantes, passam a ser brevemente analisadas.

2.1.2 Doutrinas que aproximam os conceitos de ônus e de obrigação

Uma das teorias que abordam a relação existente entre ônus e obrigação é a do dever livre, cujo expoente máximo foi BRUNETTI. Para essa doutrina – que pretendeu albergar nessa categoria tanto as situações relativas a verdadeiros ônus como as que consistem em obrigações – ao lado dos comandos jurídicos que impõem normas de conduta absolutamente cogentes (penais) existem regras finais, cujos efeitos nelas previstos provocam o agir do sujeito.

MICHELI (1966, p. 63), cita BRUNETTI (1959, p. 405), onde “tais regras não criam verdadeiros deveres jurídicos, mas somente deveres livres, juridicamente qualificáveis, na medida em que é jurídico o fim previsto, mas que deixam o sujeito livre para usar ou não os meios necessários à consecução do mesmo.” Então, a inobservância de semelhante dever não implica a violação de um comando, pois a conduta do sujeito está compreendida no âmbito de liberdade reconhecido pela lei. Obrigações verdadeiras e próprias seriam somente as estabelecida por normas de caráter penal.

Perante a ótica de MICHELI (1966), desse modo, essa doutrina aproxima as noções de obrigação civil e de ônus, salientando a liberdade de agir do sujeito em ambas as situações em que o sujeito se encontra em posição de optar livremente pela realização de determinada atividade, se quiser alcançar um fim favorável.

Para outros autores, o ônus foi classificado como uma categoria de obrigação, cujo descumprimento não seria sancionado mediante pena ou ressarcimento de danos, mas por mera decadência.

O caráter imperativo não é suficiente para a aproximação do ônus à obrigação, havendo diferenças fundamentais entre as respectivas noções, postas em evidência especialmente por estudiosos da ciência processual. CHIOVENDA (1965, p. 374) observou que, não se pode “falar propriamente de um dever de provar, mas apenas de uma necessidade ou ônus, acrescentando que a carência da prova dá origem a uma situação jurídica análoga a que enseja o inadimplemento de um dever, desde que a parte, a quem incumbia o ônus de provar, suporte as conseqüências da falta de prova.”

A percepção sobre a heterogeneidade das respectivas noções constitui o primeiro passo na longa caminhada doutrinária percorrida até a precisa formulação do conceito de ônus, cujos aspectos proeminentes passam a ser destacados. Em antecipação ao exposto, observa-se que o ponto fundamental para a distinção

operada reside na percepção de que as idéias de liberdade e de poder estão abrangidas na noção de ônus, que indica um meio para o atingimento de determinado fim em favor do próprio onerado, e cuja inobservância não implica cometimento de ato ilícito.

2.1.3 Classificação das situações jurídicas na Teoria de Carnelutti

Segundo PACÍFICO (2001, p. 24), CARNELUTTI, desenvolveu idéias fundamentais para o aperfeiçoamento do conceito de ônus, logrando distingui-lo da noção de obrigação.

CARNELUTTI (1936), faz um paralelo entre as normas materiais e as instrumentais, as materiais compõem imediatamente o conflito de interesses, impondo uma obrigação e atribuindo um direito subjetivo; as instrumentais o compõem mediantemente atribuindo um poder (de compô-lo) e impondo uma sujeição correlata. No direito subjetivo, o titular do interesse protegido é livre para fazer valer – ou não – o comando que lhe é favorável. Aí reside uma faculdade sua, que consiste na possibilidade (liberdade) de agir. A faculdade, portanto, é a antítese da obrigação: se há obrigação, o homem age como deve, se há faculdade, age como quer. O direito subjetivo, é precisamente, um interesse protegido por meio da faculdade. A analogia entre faculdade e direito (subjetivo) reside no fato de que, tanto um como o outro desses conceitos, representam um fenômeno de liberdade; mas a (simples) faculdade resguarda um interesse considerado independentemente do conflito, enquanto direito subjetivo, ao contrário, resguarda um interesse tutelado no conflito.

Após situar as múltiplas situações jurídicas (obrigação, direito subjetivo, poder, sujeição, faculdade e ônus) em diferentes planos jurídicos (material e instrumental), CARNELUTTI (1936), passa a classificá-las em três espécies: passivas, neutras e ativas.

Nas situações passivas estão compreendidos a sujeição, o ônus e a obrigação, sendo que o '*genus proximum*' de uma e das outras consiste na necessidade, a qual se resume a um sacrifício e, portanto, na subordinação de um interesse. A diferença específica entre obrigação e ônus reside na titularidade do

interesse alheio, há obrigação; se for próprio, há ônus. A única situação neutra é a faculdade; e as situações ativas são o direito subjetivo do poder

O autor ainda acrescenta que, as situações jurídicas podem sofrer interferências. Em determinadas circunstâncias um direito pode se transformar em um ônus, em uma obrigação. Ele afirma que, por exemplo, a propositura de uma demanda é, sem dúvida, um ônus, embora seja exercício do direito. Com relação ao poder, diz que o seu exercício pode ser livre ou necessário e, neste último caso, pode se constituir em um ônus. Em outras palavras, o exercício de um poder, quando seja necessário, pode configurar um ônus.

2.1.4 Distinções entre ônus e obrigação na Teoria de Carnelutti

Como visto, o mestre italiano (CARNELUTTI, 1936), classificou as noções de ônus e de obrigação como situações jurídicas passivas, aproximando-as em virtude da presença, em ambas, do vínculo da vontade, traduzido por MICHELI (1966), como pressão psicológica, tanto na obrigação como no ônus há uma pressão psicológica para que o sujeito cumpra a norma, não obstante sejam diversas as conseqüências do respectivo descumprimento, inclusive quanto à titularidade da esfera jurídica afetada. Sem embargo, segundo CARNELUTTI (1936), assinalou várias diferenças entre os fenômenos, contribuindo de forma decisiva para o aprofundamento da discussão.

CARNELUTTI (1936) afirma que o ônus está compreendido na esfera da liberdade, enquanto a obrigação e a sujeição não. E face de um ônus, ao sujeito é imperioso adotar certo comportamento para alcançar determinado efeito jurídico, mas é livre para escolher sua conduta: pode agir em conformidade ou em desconformidade com o previsto na norma. Fala-se de ônus quando o exercício de uma faculdade é imposto como condição para se obter quando o exercício de uma faculdade é imposto como condição para se obter uma determinada vantagem. Daí o ônus ser uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse.

Uma segunda distinção, feita pelo mesmo autor, consiste na diferença da titularidade do interesse protegido, conforme se trate de ônus ou de obrigação. O

cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado, diferentemente do que ocorre na obrigação, cuja satisfação interessa à outra parte, portadora do direito subjetivo correspondente. “A diferença substancial reside em que, enquanto na obrigação o vínculo está imposto por um interesse alheio (o do credor), no ônus o vínculo está imposto por um interesse próprio.” (CARNELUTTI, 1936, p. 212)

E em terceiro lugar, versa sobre os atos jurídicos, onde CARNELUTTI (1936), salienta que o cumprimento de um ônus implica a realização de um ato necessário, cujo cumprimento visa a alcançar certo escopo, correspondente a um interesse próprio. Ao revés, na obrigação o ato é indevido, tendo sido imposto pelo direito objetivo para a proteção de um interesse alheio.

Em quarto, o desatendimento de um ônus acarreta sanções econômicas, no sentido de que a tutela do interesse não poderá ser alcançada de outra forma; e a violação de uma obrigação acarreta sanção jurídica. Ao afirmar que não só a parte necessita do processo, mas este também necessita daquele, a fim de viabilizar a composição da lide, CARNELUTTI (1936, p. 54) assevera que o exercício do poder de ação é estimulado mediante a atribuição de conseqüências punitivas à parte inativa – em sentido, impondo-lhe uma sanção. Mas não se trata de sanção jurídica, já que não se poderia fazer do poder da parte de um dever. Isso conflitaria com a razão de sua intervenção, fundada em seu próprio interesse.

Mas por outro lado, a dificuldade de controlar semelhante obrigação seria de tal ordem, que tornaria absurda a idéia de um ordenamento processual fundar-se no dever da ação.

Então o autor conclui:

Para aumentar a atividade desse direito pode-se impor à sua prática uma sanção econômica: ou a parte o exercita ou não poderá obter de outro modo a tutela do seu interesse. A parte não é colocada em uma encruzilhada entre o não exercício da ação e, por exemplo, uma pena, mas sempre há uma escolha a ser feita: ou provocar o processo ou sujeitar-se a perder a tutela do seu interesse. Essa avaliação econômica, que sempre precede o exercício da ação, constitui o segredo do seu dinamismo. Graças a essa avaliação econômica o poder se torna um ônus: a parte deve valer-se de seu poder se quiser obter um determinado proveito. (CARNELUTTI, 1936, p. 410)

2.1.5 Críticas opostas à Teoria de Carnelutti

Segundo PACÍFICO (2001, p. 28), sem desconsiderar o profundo avanço que a obra de CARNELUTTI (1936), imprimiu ao desenvolvimento do conceito de ônus, ressalvada a presença de liberdade, várias de suas conclusões não ficaram imunes a críticas.

Conforme as palavras de PACÍFICO (2001, p. 29), a distinção entre o ato necessário (na noção do ônus) e o ato devido (na noção da obrigação), igualmente mereceu a censura de ECHANDÍA, para que, se no ato necessário existe uma necessidade jurídica de executar o ato, tem-se uma verdadeira obrigação e deixa de existir qualquer diferença com o ato devido. Por esse motivo, alguns autores, entre eles MICHELI, sustentam a presença de necessidade meramente prática (e, portanto, não jurídica), no ato necessário.

Seguindo a observação de PACÍFICO (2001, p. 30), o ponto de teoria de CARNELUTTI merecedor de críticas mais contundentes consiste na classificação do ônus como situação jurídica passiva, terceira figura do dever, ao lado da obrigação e da sujeição. Com efeito, não obstante CARNELUTTI tenha reconhecido a presença da idéia de liberdade da noção do ônus, MICHELI, afirma que, colocaram ambos aqueles atos que na categoria intransitivos, induzindo um fenômeno de constrição, representando a subordinação de um interesse conforme o direito.

ECHANÍDIA, por seu turno, afirma que na teoria em foco 'se omite um aspecto fundamental da noção de ônus, isto é, o elemento do poder ou faculdade do sujeito para executar o ato ou adotar a conduta prevista na norma como pressuposto para obter os resultados favoráveis a ele, ou seja, o aspecto ativo da noção.' Aliás, o autor colombiano, considera a tese de CARNELUTTI contraditória, ao situar o ônus no âmbito das situações jurídicas passivas e, ao mesmo tempo, considerá-lo como manifestação de liberdade, para cuja observância não haveria coerção. A noção de ônus estaria acertadamente situada na espécie dos poderes do que na dos deveres jurídicos.

Por fim, PACÍFICO (2001, p. 31) diz que, destarte, não obstante haja elucidado diversos aspectos relativos aos discriminiais entre ônus e obrigação – contribuindo, e muito, para a distinção dos conceitos – a crítica voltada aquelas teorias que aproximavam ambas as situações jurídicas se apresenta também contra

a doutrina de CARNELUTTI, assim contra as demais teorias que situam o ônus como imperativo do próprio interesse (GOLDSCHMIDT, COUTURE e EISNER).

2.1.6 O ônus no âmbito da liberdade e como manifestação de poder

Sabe-se que, a tradicional classificação dogmática do ônus como situação jurídica passiva passou a não mais satisfazer os processualistas dedicados ao estudo do tema. Desenvolveu-se, então, a idéia do ônus como situação jurídica ativa, destacando-se a liberdade e o poder conferido à parte para o atingimento de certo escopo, em benefício próprio. MICHELI sustenta a insuficiência daquela visão tradicional ao observar que daquele modo, fica constatado apenas o caráter imperativo da norma jurídica, quando ela também confere poder.

MICHELI encara o ônus como um poder-ônus funcional, um *múnus*. Todavia, como se limitou a enfocar o fenômeno apenas por esse prisma, a referida doutrina não vislumbrou a existência do ônus fundado na liberdade de o particular fazer valer ou não o seu próprio interesse. Para ele, o mérito dessa doutrina está em revelar a noção do ônus como um modo de exercício de poder e, também, em esclarecer como o poder pode assumir diferentes aspectos no ordenamento jurídico, conforme seja conexo a uma ou outra situação jurídica.

Para EMÍLIO BETTI, comentado por PACÍFICO (2001, p. 33), o qual adota também, a fórmula poder-ônus o interesse funciona como mola propulsora do exercício do poder, se a parte tem interesse em evitar as conseqüências sente-se provocada a agir. A iniciativa deferida às partes no curso do processo é juridicamente livre e preordenada à satisfação do próprio interesse, mas a liberdade é acompanhada de uma auto-responsabilidade, definida como risco de conseqüências desvantajosas imputáveis à conduta própria, deficiente ou incauta. No processo – como em toda a forma de luta – o risco incessante de tais conseqüências atua sobre a parte como o mais enérgico estímulo a uma conduta vigilante e sagaz.

O jurista colombiano considera, outrossim, que as teses que classificam o ônus como situação jurídica passiva – quer a de CARNELUTTI, cujo brilho da exposição ressalta, quer a de COUTURE, para quem o ônus é um imperativo do

próprio interesse – estão definitivamente superadas, pois não tem relação com a liberdade do sujeito que os citados tratadistas reconhecem como uma categoria fundamental do ônus, segundo as palavras de PACÍFICO (2001, p. 34).

2.2.7 O descumprimento do ônus é lícito e a violação da obrigação é ilícita

Face às palavras de PACÍFICO (2001, p. 35), para a distinção entre os conceitos de ônus e de obrigação, é de supina relevância, além das diferenças já apontadas, a ilicitude da violação desta e a licitude do descumprimento daquele. No ônus, o sujeito se encontra livre para realizar ou não o ato contemplado pela norma, não obstante sua inobservância possa ensejar conseqüências desfavoráveis; ninguém pode exigir tal ou qual comportamento do onerado, cuja atividade se situa no âmbito de sua auto-responsabilidade. Na obrigação, inexistente semelhante liberdade de agir, encontrando-se o sujeito passivo em estado de sujeição jurídica e de coerção: o titular do direito subjetivo pode exigir o seu cumprimento, sob pena de aplicação de sanção jurídica, traduzida pela necessidade de reparar prejuízos, sem esquecer à possibilidade do cumprimento específico da obrigação de fazer e não fazer.

Portanto, ao lado das diferenças existentes entre ônus e obrigações salientadas no curso deste capítulo, um dos principais divisores respectivos do conceito, diz respeito à conseqüência do descumprimento do comando legal: ilícito na obrigação e lícito no ônus.

2.2 HISTÓRICO DO ÔNUS DA PROVA

Conforme PACÍFICO (2001, p. 39), o propósito da História do Direito é oferecer ao Direito atual a compreensão de sua retrospectiva, esclarecendo as suas dúvidas e levantando, passo a passo, a estrutura do seu ordenamento, seus institutos mais perenes, suas bases de fundo e suas características de forma, até chegar à razão de ser de seu significado e conteúdo.

Assim, em virtude da relevância do estudo histórico, especialmente mercê da contribuição que pode dar à compreensão dos institutos jurídicos e a sua inserção no ordenamento, iremos abordar agora, sem a menor intenção de exaurir a análise e, também, sem nenhuma pretensão de abordar todas as fases evolutivas do direito, no longo percurso histórico compreendido entre a antiga Roma e os dias de hoje.

2.2.1 Direito Romano

De acordo com as palavras de PACÍFICO (2001, p. 40), é sabido que o direito processual romano se divide em três períodos: 1) vigorou desde a fundação de Roma (754. a.C.) até o final da República; 2) desenvolveu-se a partir da atividade dos pretores, sem reconhecimento legislativo até a promulgação da *lex Aebutia* (149-126 a.C.), tornando-se obrigatório pela *lex Julia iudiciorum privatorum* (17 a.C.), tendo vigorado até 324 d.C., com a proibição do uso da fórmula por Constituição dos imperadores CONSTANTE e CONSTÂNCIO (C. 2.57.1); 3) *extraordinária cognitio*, passou a ser exercido durante o principado (instaurado em 27 a.C.), tendo vigorado até o fim do Império Romano no Ocidente.

Com relação à história interna de Roma, os períodos correspondem à fases arcaica, clássica e pós-clássica, respectivamente, observada inexistência de passagem abrupta de um sistema ao outro. Sendo que a passagem de um sistema para o outro, não se deu de forma abrupta, mas gradual.

Os dois primeiros períodos constituem a fase denominada *orlo iudicorum privatorum*, caracterizada pela natureza privada da justiça e pelo fato de as decisões não emanarem de um magistrado, mas de um cidadão romano (*iudex*), que julgava o litígio em magistrado, mas de um cidadão romano (*iudex*), que julgava o litígio em nome do povo e cuja decisão as partes se comprometiam a acatar por meio da *litis contestatio*.

Tanto na *legis actiones* quanto no período formular, a prolação de decisão não era imperiosa para o árbitro; caso não alcançasse suficiente convicção, mesmo tendo se valido de todos os meios para tanto, podia jurar *sib no liquere*, livrando-se da obrigação de sentenciar, ao que se seguia a nomeação de outro juiz pelo pretor

Embora tendo em comum a natureza privada da justiça, ambos os sistemas diferiam bastante. Nas ações da lei, o processo extremamente formal, solene, oral e restrito a poucos cidadãos, desenvolvendo-se por ritual de gestos e palavras, como se as partes estivessem diante de uma divindade.

Já o sistema *per formulas* – desenvolvido a partir da atividade dos pretores e vigente no período áureo do direito romano – substituiu paulatinamente o da *legis actiones*, comparando ao qual se mostrava mais flexível e ágil, além de ser escrito por parte.

Na nova moldura institucional, o magistrado, agora também juiz, passa a ser o titular do poder-dever de examinar as provas e proferir a sentença, a qual, pela primeira vez na história do processo civil romano, não mais consistia num ato exclusivo do cidadão romano, não tinha mais caráter arbitral, mas, sim, consubstanciava-se numa atuação em que era exprimida a vontade do soberano.

No período das ações da lei, quando não existiam provas suficientes e a apreciação das qualidades das partes não viabilizava, a decisão da causa – e se o juiz não preferisse abster-se de julgar – a *actio* seria rejeitada, diante do princípio segundo o qual, o ônus da prova incumbia ao autor, princípio esse despido de caráter de prescrição legal, mas norteado por uma regra empírica de bom senso e oportunidade.

Conforme PACÍFICO (2001, p. 56), comenta que, além de sustentar a existência, desde o período formular, de regras jurídicas de caráter geral, PUGLIESE entende que a questão relativa ao ônus da prova teria atingido maturidade suficiente para superar essas próprias regras ainda na época clássica. A partir da análise de alguns casos concretos – ele conclui que o fato de uma alegação ter sido feita no *intentio* ou na *exceptio* não definiria a parte onerada da prova.

Outro critério racional teria passado a nortear a distribuição do ônus da prova, o qual consistiria na verificação e na individuação dos fatos relevantes a provar (*thema probandum*) em correlação à parte que os tivesse deduzido e independentemente da parte da fórmula que os abrigasse.

2.2.2 Direito Comum

Tendo por base as palavras de PACÍFICO (2001, p. 56), a despeito das invasões bárbaras e da queda do Império Romano do Ocidente (no ano de 476), a doutrina realça a continuidade da influência das fontes jurídicas romanas durante toda a Alta Idade Média. Mas, somente no século XI, o direito romano passaria a constituir objeto de investigações científicas, no contexto de um amplo movimento cultural, contemporâneo à reunião das populações nas cidades e ao desenvolvimento do comércio.

Ao lado do florescente estudo do direito romano-justiniano também se desenvolveu o estudo do direito canônico, mediante o qual a Igreja buscava sua sistematização. Com recíprocas influências, resultando no sistema jurídico romano-canônico, que passou a ser estudado por clérigos e universitários vindos de vários lugares, difundindo-se esse direito comum a criação de outras universidades, por todo o velho continente.

PACÍFICO (2001, p. 60) cita DE SARLO que diz, que os escritores do direito comum se esforçaram em explicar, com argumentos lógicos, os princípios sobre o ônus da prova formados no direito romano. O resultado teria sido a consagração da distribuição segundo a qualidade – afirmativa ou negativa – do fato objeto da prova não em virtude da qualidade jurídica que tem no processo aquele que sustenta a existência do fato.

Já MICHELI, também citado por PACÍFICO (2001, p. 61), diz que, como os princípios romanos atribuíam o ônus primário da prova do autor – ao réu era suficiente contestar os fatos afirmados por aquele, somente sendo onerado da prova caso alargasse o campo da contenda – o critério das negativas servia para atenuar a rigidez desse encargo, fixando determinados temas de prova.

Assim, no direito intermediário estabilizaram-se os princípios distributivos formados no direito romano e desenvolveu-se vigorosamente a idéia segundo a qual os fatos negativos não podiam ser objeto de prova – critério esse rechaçado como regra geral para a distribuição do ônus da prova.

2.2.3 Direito Hispano-lusitano

PACÍFICO (2001, p. 71) estudando o direito espanhol e lusitano, cita BRAGA DA CRUZ (1975, p. 28-29), o qual comenta que, como todos os demais países da

Europa Ocidental pagou o seu tributo ao direito romano e ao direito canônico, quase desde os alvares da nacionalidade. Se exceptuarmos, com efeito, os primeiros tempos de nossa independência – em que o País continuou a reger-se pelas mesmas fontes de direito que herdara da Monarquia Leonesa, com larga primazia para o costume e com a única novidade da sua concretização num avultado número de fueros e em algumas sentenças judiciais – podemos dizer que é já sob o signo do renascimento jurídico romano-canônico que o direito português verdadeiramente se automatizou do direito leonês e castelhano, no decurso do século XIII, ao cumprir-se o primeiro século da existência de Portugal como reino independente.

As influências do direito comum afetaram o processo e a prova, como não poderia ser diferente. No reinado de D. Dinis, o sistema probatório sofreu uma completa remodelação. A prova tornou-se um ônus do autor e deixou de revestir as formas bárbaras de ordália e duelo, sendo também abandonada a prova por conjuradores. Em compensação, ganharam maior incremento e importância as provas clássicas do sistema processual romano, ou seja, a prova por documentos e a prova por testemunhas, ao mesmo tempo que se reservava um amplo e até excessivo papel ao juramento individual, gênero de prova de predileção do direito canônico.

Especificamente, sobre o ônus da prova, os efeitos da recepção do direito comum tornam-se evidentes com a adoção, em terras lusitanas, da primeira e fundamental regra formada no direito romano, segundo a qual o encargo de provar incumbe ao autor.

2.2.4 Ordenações do Reino

O teor das múltiplas leis, decorrentes do incremento da atividade legislativa desenvolvida a partir do reinado de D. Afonso III, nem sempre era conhecido pelos povos, sendo enormes e naturais às dificuldades de divulgação em época precedente à imprensa. Aliás, na própria Corte havia incerteza quanto ao direito em vigor.

Assim, conforme PACÍFICO (2001, p. 77), as Ordenações do Reino espelham fielmente o legado dos princípios romanos sobre o ônus da prova ao

direito, espelham fielmente o legado dos princípios romanos sobre o ônus da prova ao direito brasileiro, por intermédio das Ordenações Filipinas, que aqui vigoram por mais de três séculos, até 1917.

O direito brasileiro, nos primeiros tempos, não se afasta do direito português. O Regulamento 737 não contém disposições explícitas sobre o ônus da prova: os elementos de prova das alegações que fizer.

2.3 TEORIAS DO ÔNUS DA PROVA

Desde o direito romano, sentia-se a necessidade prática de estabelecer critérios para a distribuição do ônus da prova entre as partes no processo era de supina importância, inclusive, considerando-se o réu excipiente como autor, para o fim de atribuir-lhe o ônus da prova.

Durante a época medieval prevaleceu o critério baseado na qualidade dos fatos afirmados (positivos ou negativos). Segundo o qual as negativas não deveriam ser objeto da prova.

Então diante da insuficiência do critério baseado na posição ocupada pelas partes no processo e da invalidade da teoria das negativas, a pesquisa destinada a estabelecer um critério seguro para a distribuição do ônus da prova traduziu-se em árdua e longa tarefa da doutrina,

As várias teorias que procuram explicar os critérios de distribuição podem ser classificadas, como o faz ALFREDO BUZAID, citado por PACÍFICO (2001, p. 79), em antigas e modernas. De inspiração civilísticas, as antigas formaram principalmente em torno da exegese dos textos romanos e, apesar de ultrapassadas, merecem atenção, porquanto constituíram o ponto de partida para estudos mais elaborados, posteriormente realizados por eminentes processualistas do nosso século.

O ônus da prova encontra fundamento sob dois prismas diversos e complementares. De um lado, mesmo na hipótese de não restarem suficientemente provados os fatos relevantes da lide, é imperioso que o juiz profira uma decisão: ele não pode se abster de julgar, proferindo *non liquet*. De outro – já que a decisão é inafastável e constitui precioso elemento para a eliminação da insegurança jurídica

contribuindo dessa forma para a paz social – cumpre verificar qual o conteúdo que a decisão deve assumir em tal hipótese. Em outras palavras, diante da inevitabilidade do julgamento, quem deve sofrer as consequências do ato não provado?

Após analisar vários fundamentos para a distribuição, principalmente baseado nos comentários de ROSEMBERG, ECHANDÍA, citado por PACÍFICO (2001, p. 83), considera que o fundamento se encontra nos princípios da lógica, da justiça distributiva e da igualdade das partes diante da lei e do processo.

Entre as Doutrinas que se destacam, pode-se citar, a título de conhecimento: a) Doutrina de Bentham; b) Doutrina de Webber; c) Doutrina de Bethmann-Hollweg; d) Doutrina de Fiting; e) Doutrina de Gianturco e; f) Doutrina de Demogue.

Já entre as teorias fundadas na natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos), podemos destacar os seguintes autores, com suas respectivas teorias, segundo PACÍFICO (2001, p. 96):

- o Teoria de Chiovenda: afirma que a disciplina do ônus da prova figura entre os problemas vitais do processo e salienta a dificuldade de estabelecer uma formulação geral e completa de seu princípio regulador. Considera que, a distribuição do ônus da prova se baseia em um princípio de oportunidade e de igualdade distributiva. Acrescenta também que, para a distribuição do *onus probandi*, importa considerar o princípio da igualdade das partes. O encargo de afirmar e provar se distribui entre as partes, no sentido de deixar-se à iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende considerados pelo juiz, ou, em outros termos, quem tem interesse em que sejam por ele considerados como verdadeiros. Ou seja, o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o ré deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural. Outras formulações, ou coincidem com essa, ou são inexatas.
- o Teoria de Carnelutti. Este autor entende que o fenômeno do ônus da prova diz respeito à distribuição dos riscos da prova ausente ou deficiente. Se determinado fato alegado no processo não resulta

provado, alguém deve sofrer a consequência dessa falta de convencimento do juiz. Mas também, adverte que, essa regra não é absoluta, e não raras vezes a lei distribui o ônus da prova diversamente, atribuindo o risco de falta de prova ao réu, mesmo na hipótese de se tratar de um fato constitutivo, ou vice-versa, atribuindo-o ao autor, com relação a fatos extintivos ou modificativos. Nesses casos, observa que, em virtude de presunção de determinados fatos, se daria a inversão do ônus da prova.

- o Teoria de Betti: Este faz objeções à Teoria de Carnelutti, afirmando que o interesse à afirmação também é bilateral, embora em menor medida que o interesse à prova (CHIOVENDA). Com efeito, o réu tem interesse em afirmar a inexistência dos fatos afirmados pelo autor, mas, enquanto este não provar a sua existência, aquele que não tem o ônus de provar a sua afirmação (inexistência do fato). Assim, em substituição ao interesse à afirmação, BETTI sustenta que o critério válido para a distribuição do ônus da prova repousaria no ônus da afirmação. Para diferenciar os fatos constitutivos e os extintivos, ele sustenta que o melhor critério é o que considera a presença normal das circunstâncias concorrentes (impeditivas), lançando mão, portanto, do critério da normalidade.

Outro destaque que, segundo PACÍFICO (2001, p. 118) deve ser ressaltado, são as Teorias abaixo citadas:

Teoria de Rosemberg – A distribuição do ônus da afirmação e de ônus da prova se baseia na diferença de preceitos jurídicos. O autor deve provar a realização dos pressupostos fáticos do preceito sobre o qual funda a sua pretensão. E o réu deve provar os pressupostos da norma em virtude da qual alcança o rechaço da demanda. Não se trata de fatos constitutivos, impeditivos, extintivos ou modificativos, mas dos pressupostos das normas constitutivas, impeditivas, mesmo porque o fundamento do direito está na norma, e não nos fatos. Os fatos produzem seus efeitos sobre as relações jurídicas não por si mesmos, mas sim em virtude dos preceitos jurídicos. A primeira e única condição de uma distribuição acertada do ônus da certeza e do ônus da prova é a análise e a decomposição dos preceitos jurídicos e de suas características.

Teoria de Micheli – O autor atrela o ônus da prova à necessidade de o juiz decidir em qualquer caso, mesmo quando a prova produzida seja insuficiente e o órgão judicial não esteja em condições de formar o seu convencimento. Para ele, a repartição do ônus da prova é estabelecida precipuamente pela posição ocupada pela parte em relação ao efeito jurídico pedido: tal relação é determinada pelo direito material, enquanto este disciplina a *fattispecie* legal, e pelo direito processual, enquanto se tenha presente o perfil unilateral adotado por cada uma das partes no processo, isto é, a situação processual posta em prática pela parte que formula uma própria demanda em juízo.

A despeito das divergências existentes entre as teorias de ROSEMBERG e de MICHELI, citadas por PACÍFICO (2001, p. 126), alguns doutrinadores têm se preocupado em demonstrar que a essência de ambas é a mesma. Esta análise aproximativa é feita por ECHANDÍA, o qual fala que, os dois critérios têm os mesmos efeitos práticos e igual conteúdo jurídico.

Assim, ECHANDÍA, seguindo a análise de PACÍFICO (2001, p. 128), formula uma regra distributiva geral, segundo a qual corresponde o ônus de provar um fato à parte cuja petição (pretensão ou exceção) o tem como pressuposto necessário, de acordo com a norma jurídica aplicável; ou, expressa de outra forma, a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico por ela perseguindo, qualquer que seja sua posição processual.

As teorias de ROSEMBERG e MICHELI se desenvolveram permeadas com a preocupação de ressaltar a importância do direito substancial para a distribuição. A primeira atribuiu relevância absoluta ao direito material; e a segunda, sem desprezá-la, salientou o papel desempenhado pelas pretensões deduzidas pelas partes no processo.

2.4 PERFIL DOGMÁTICO DO ÔNUS DA PROVA

Segundo PACÍFICO (2001, p. 131), ônus objetivo é uma das denominações atribuídas ao aspecto essencial do ônus da prova, encarado como regra de julgamento – autorizando o pronunciamento judicial sobre o mérito, mesmo diante

de um resultado instrutório insuficiente para a formação da convicção do juiz. Já o ônus subjetivo da prova identifica-se com a necessidade de as partes fornecerem as provas dos fatos relevantes em seu favor. Caso não logrem provar suficientemente os pressupostos fáticos dos efeitos jurídicos por elas pretendidos, as partes correrão o risco de sucumbir.

Diante da dicotomia formada em torno do ônus da prova, deve-se observar que a doutrina específica desenvolvida sobre o tema, atribui maior relevância ao ônus da prova em sua face objetiva – como regra de julgamento. Pois, entende-se que, norma e fato serão sempre pontos básicos de referência no processo mental do julgador. O problema da carga ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vai as conseqüências de ser não haver provado.

A insuficiência da noção de ônus subjetivo da prova, verificada desde o último quartel do século XIX, ensejou a concepção do aspecto objetivo do fenômeno. E esse enfoque passou a ser visto pela doutrina européia, bastante fecunda sobre o tema, como a essência do instituto, no que lhe seguiu os passos a doutrina pátria, na voz de eminentes e consagrados juristas.

A regra do julgamento constitui a essência do fenômeno, os riscos da insuficiência de provas para a formação de convicção judicial projetam-se sobre as partes, estimulando-as à produção.

Conforme PACÍFICO (2001, p. 152), a menos que se rejeite a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a realização de provas – de forma principal ou subsidiária, pouco importa – o perfil subjetivo do ônus da prova se revela insuficiente para explicar o fenômeno com a sua integralidade.

A doutrina clássica costuma vincular os poderes instrutórios conferidos ao juiz à natureza da relação jurídico-substancial discutida no processo. Se o direito for disponível, a atuação oficial deve pertencer quase exclusivamente às partes; se for indisponível ou de ordem pública, a amplitude dos poderes se dilata.

PACÍFICO (2001, p. 155), diz que, para o que interessa ao ônus da prova – tanto admitindo a possibilidade de ampla investigação probatória do juiz em qualquer tipo de processo, seja dominado pelo princípio ou pelo inquisitório, ou apenas neste modelo processual – deve-se ressaltar que sempre haverá a possibilidade de o juiz defrontar com uma situação de incerteza quanto ao material fático da demanda.

Nesse caso, seja qual for a estrutura do processo, ele deverá julgar segundo a regra de julgamento baseada no ônus da prova.

Também fala (PACÍFICO, 2001, p. 157), que o princípio da livre apreciação do ônus da prova se insere em etapas diversas do processo: aquele, no momento da valoração das provas; e este, na fase de julgamento, como *ultimun refugium* para o juiz que não logrou se convencer da veracidade dos fatos relevantes. O sistema da livre apreciação (ou persuasão racional) não anula as hipóteses em que o juiz não possa atingir suficiente convicção, mesmo apreciando livremente a prova produzida: apenas diminui a probabilidade de se julgar com base no ônus da prova, já que é provável o juiz se convencer através dos mais variados meios probatórios do que mediante o rígido critério tarifado.

2.5 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.5.1 Definição do Código de Defesa do Consumidor

Segundo SAAD (1991, p. 23) “O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de ordem pública que estabelece direitos e obrigações de consumidores e fornecedores, com fim de evitar que os consumidores sofram qualquer tipo de prejuízo. Uma lei de ordem pública não pode ser contrariada por acordo entre as partes.”

Ainda perante o pensamento do mesmo autor (SAAD, 1991, p. 24), “Os consumidores podem ser uma ou várias pessoas (condomínio, associação etc.) ou ainda, empresas que comprem ou utilizam produtos e serviços para uso próprio”. Enquanto que, “Os fornecedores são: empresas ou pessoas que produzem, montam, criam, constroem, transformam, importam, exporta, distribuem ou vendem produtos ou serviços.”.

DE LUCCA (1993, p. 45), define produto como: “qualquer bem de consumo (exemplos: carros, torneira, eletrodomésticos, sofá etc.) ou imóvel (exemplos : casa, terreno, apartamento etc.).” Já sua definição para serviço: “(...) qualquer trabalho prestado, pago como conserto, reformas, inclusive serviços públicos, bancários, financeiros, de crédito e de seguros”.

O autor PASQUALOTTO (1990, p. 89), define o serviço público como "(...) aquele que atendem a população de modo geral: transportes, água, esgoto, telefone, luz, correios, geralmente prestados por empresas públicas. Os serviços devem ser adequados e eficazes. É um direito do consumidor. O prestador de um serviço público também é fornecedor."

O Código de Defesa do Consumidor enumera os direitos básicos do consumidor, no entanto, outras situações que venham a causar prejuízo também estão previstas pelo Código.

São direitos do Consumidor, segundo ALVIM (1991):

- Proteção da vida e da saúde;
- Educação para o consumo;
- Escolha de produtos e serviços;
- Informação;
- Proteção contra publicidade enganosa e abusiva;
- Proteção contratual;
- Indenização;
- Acesso a Justiça;
- Facilitação de defesa de seus direitos;
- Qualidade dos serviços públicos.

2.5.2 Base Constitucional do Código

Segundo GRINOVER (2001, p. 08), a opção por uma 'codificação' das normas de consumo, no caso brasileiro, foi feita pela Assembléia Nacional Constituinte. A elaboração do Código, portanto, ao contrário da experiência francesa, decorrente de uma simples decisão ministerial, encontra sua fonte inspiradora diretamente no corpo da Constituição Federal.

De fato, a Constituição, ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece, no inc. XXXII do art. 5º, que o "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Assim, mais adiante, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determina que o "Congresso Nacional, dentro de cento

e vinte dias de promulgação da Constituição, elaborará Código da Defesa do Consumidor.”

2.5.3 Código ou Lei?

GRINOVER (2001, p. 08) indaga: O Brasil tem hoje um Código de Defesa do Consumidor ou uma mera lei geral? A autora discorre o seguinte.

O texto constitucional, expressamente, reconheceu que o consumidor não pode ser protegido – pelo menos adequadamente – com base apenas em um modelo privado ou em leis esparsas, muitas vezes contraditórias ou lacunosas. O constituinte, claramente, adotou a concepção da codificação, nos passos da melhor doutrina estrangeira, admitindo a necessidade da promulgação de um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo.

O Código foi votado com qualidade, transformando-se na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Estamos, não obstante a nova denominação, verdadeiramente, diante de um Código, seja pelo mandamento constitucional, seja pelo caráter sistemático. Tanto isso é certo que o Congresso Nacional sequer se deu ao trabalho de extirpar do corpo legal as menções ao vocábulo Código (arts. 1º, 7º, 28, 37, 44, 51, etc.).

É importante falar que, o trabalho de codificação, realmente, além de permitir a reforma do Direito vigente, apresenta, ainda, outras vantagens. Primeiramente, dá coerência e homogeneidade a um determinado ramo do Direito, possibilitando sua autonomia. De outro, simplifica e clarifica o regramento legal da matéria, favorecendo, de uma maneira geral, os destinatários e os aplicadores da norma.

Ainda seguindo o pensamento de GRINOVER (2001, p. 9), o Código, como não poderia deixar de ser, foi buscar sua inspiração em modelos legislativos estrangeiros já vigentes. Os seus redatores, contudo, tomaram a presunção de evitar, a todo custo, a transcrição pura e simples de textos alienígenas.

A idéia de que o Brasil – e seu mercado de consumo – tem peculiaridades e problemas próprios, acompanhou todo o trabalho de elaboração. Como resultado dessa preocupação, inúmeros são os dispositivos do Código que, de tão adaptados à nossa realidade, mostram-se arredios a qualquer tentativa de comparação com

esta ou aquela lei esta ou aquela lei estrangeira. Mas aqui e ali é possível identificar-se a influência de outros ordenamentos.

O Código apresenta estrutura e conteúdos modernos, em sintonia com a realidade brasileira. Entre suas principais inovações GRINOVER ressalta as seguintes:

Formulação de um conceito amplo de fornecedor, a um só tempo, todos agentes econômicos que atua, direta ou indiretamente, no mercado de consumo, abrangendo inclusive as operações de crédito e securitárias; um elenco de direitos básicos dos consumidores e instrumentos de implementação; proteção contra dos os desvios de quantidade e qualidade (vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação); controle das práticas e cláusulas abusivas, banco de dados e cobrança de dívidas de consumo; introdução de um sistema sancionatório administrativo e penal, facilitação do acesso à justiça para o consumidor; incentivo à composição privada entre consumidores e fornecedores, notadamente com a previsão de convenções coletivas de consumo. (GRINOVER, 2001, p. 11)

Os comentários feitos no Código de Defesa do Consumidor são os membros da comissão do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, nomeados por seu presidente Dr. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach. Aos cinco membros – Ada Pellegrini Grinover, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari – uniram-se para este trabalho.

2.5.4 Dos Direitos do Consumidor

Embora se fale das necessidades dos consumidores e do respeito à sua dignidade, saúde e segurança, proteção de interesses econômicos, melhoria da sua qualidade de vida, já que sem dúvida são eles a parte vulnerável no mercado de consumo, justificando-se dessarte um tratamento desigual para as partes manifestamente desiguais, por outro lado se cuida de compatibilizar a mencionada tutela com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando-se os princípios da ordem econômica que trata o art. 170 da

Constituição Federal, e educação – informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e obrigações.

Nesse sentido GRINOVER (2001, p. 18) aponta que é de fundamental importância, o incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes do controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos; e aqui estão inseridos, porque de relevância manifesta, os chamados departamentos ou serviços de atendimento aos consumidores como uma vida de duas mãos.

Especificamente, no atendimento de reclamações, mas também no recebimento de sem dúvida valiosas sugestões dos próprios consumidores, beneficiando-se com isso ambas as partes das relações de consumo.

Mencionada harmonia que se visa a alcançar mediante a implementação e efetiva execução do novo Código de Defesa do Consumidor também é buscada, ainda sob a inspiração do art. 170 da Constituição da República, pela coibição de abusos como a concorrência desleal nas práticas comerciais, pela racionalização dos serviços públicos e pelo estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Metodologicamente, a obra contém 06 títulos, os quais se subdividem, compondo ao todo 11 capítulos. Dispostos dessa forma, facilitam o entendimento e o aprendizado em termos acadêmicos.

Sendo mais preciso ficam assim, seqüencialmente: 1) Dos Direitos do Consumidor (Das Disposições Gerais; Da Política Nacional das Relações de Consumo; Dos Direitos Básicos do Consumidor; Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos; Das Práticas Comerciais; Da Proteção Contratual; Das Sanções Administrativas); 2) Das Infrações Penais, 3) Da Defesa do Consumidor em Juízo (Disposições Gerais, Das Ações Coletivas para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos, Das Ações de Responsabilidade do Fornecedor de Produtos e Serviços, Da Coisa Julgada); 4) Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, 5) Da Convenção Coletiva de Consumo; 6) Das Disposições Finais. A seguir serão postados alguns dos itens do Código de Defesa do Consumidor, dispostos aleatoriamente, não seguindo a disposição original.

2.5.4.1 Proteção da Vida e da Saúde

Segundo SAAD (1991, p. 55), o Código de Defesa do Consumidor se preocupa com a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor contra produtos e serviços perigosos ou nocivos que ofereçam riscos. produtos perigosos por natureza como, por exemplo, inseticidas e álcool, devem ser acompanhados por impressos próprios que tragam todas as informações necessárias sobre seu uso, composição, antídoto e toxicidade. se depois que o produto for colocado à venda o fornecedor tiver conhecimento de seu perigo deverá imediatamente comunicar às autoridades competentes e aos consumidores, através de anúncios publicitários em rádio, tv e jornal. é portanto, direito do consumidor a informação sobre a quantidade, características, composição, preço, e riscos que porventura o produto apresentar.

2.5.4.2 Publicidade

Para ALBERTON (1987, p. 322), o Código de Defesa do Consumidor se preocupa com a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor contra produtos e serviços perigosos ou nocivos que ofereçam riscos. Produtos perigosos por natureza como, por exemplo, inseticidas e álcool, devem ser acompanhados por impressos próprios que tragam todas as informações necessárias sobre seu uso, composição, antídoto e toxicidade.

Se depois que o produto for colocado à venda o fornecedor tiver conhecimento de seu perigo deverá imediatamente comunicar às autoridades competentes e os consumidores, através de anúncios publicitários em rádio, TV e jornal. É portanto, direito do consumidor a informação sobre a quantidade, características, composição, preço, e riscos que porventura o produto apresentar.

2.5.4.3 Proteção Contratual

O Código de Defesa do Consumidor garante a igualdade nas contratações, possibilitando até a modificação de cláusulas contratuais desproporcionais, que provoquem desequilíbrio entre as partes: consumidor e fornecedor.

“Contrato é um acordo em que pessoas assumem obrigações entre si.” (ALBERTON, 1987, p. 185).

Por contrato de adesão pode se dizer que: “Nem sempre o contrato é elaborado e escrito pelas partes. Se uma das partes apresentar a outra um contrato já elaborado e impresso para assinar, será chamado de contrato de adesão. O Contrato deve ter letras em tamanho de fácil leitura, linguagens simples e destaque nas cláusulas que limitem os direitos do consumidor.” (ALBERTON, 1987, p. 195).

O Código de Defesa do Consumidor garante o equilíbrio dos direitos e obrigações na assinatura de qualquer tipo de contrato.

Assim, não são permitidas cláusulas que diminuam a responsabilidade do fornecedor no caso de dano ao consumidor, proíbam o consumidor de devolver o produto ou reaver a quantia já paga em função de um produto ou serviço defeituoso, restabeleçam obrigações para outras pessoas além do fornecedor e do consumidor, coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, estabeleçam a obrigatoriedade de somente o consumidor, apresentar provas no processo judicial, proíbam o consumidor de recorrer diretamente a um órgão de proteção ao consumidor ou à justiça, sem antes recorrer ao próprio fornecedor ou a quem ele determinar, autorizem o fornecedor a alterar o preço, possibilitem ao fornecedor modificação de qualquer parte do contrato, sem a autorização do consumidor e estabeleçam a perda das prestações já pagas por descumprimento de alguma obrigação do consumidor, quando já estiver prevista a retomada do produto.

Se tudo isso não acontecer? Nesse caso o consumidor poderá levar seu contrato ao órgão de defesa do consumidor, que convocará o fornecedor para explicações e eventual acordo.

Quando o problema atingir vários consumidores contra o mesmo fornecedor, esse órgão defenderá todo o grupo na justiça. Se o consumidor preferir poderá procurar advogado de sua confiança ou, não tendo recursos, a assistência judiciária gratuita do Estado.

2.5.4.4 Apresentação do Produto

“Os produtos ou serviços devem ser oferecidos ao consumidor com as informações claras e completas em língua portuguesa” (ALBERTON, 1987, p. 355), e deverão constar os seguintes dados:

- as características do produto ou serviço, suas qualidades;
- quantidade;
- composição, ou seja, ingredientes utilizados;
- preço;
- a garantia;
- prazo de validade;
- o nome do fabricante e o endereço;
- os eventuais riscos que possam apresentar à saúde e segurança dos consumidores;

Quando o consumidor compra um produto nacional ou importado (por exemplo: um eletrodoméstico), o fabricante ou importador deve garantir a troca de peças do produto enquanto estiver a venda. Mesmo depois que o produto deixou de ser fabricado ou importado, a oferta das peças deverá ser mantida por determinado prazo.

2.5.4.5 Reembolso Postal, Compra por Telefone

Quando o consumidor compra ou adquire um produto ou contrata um serviço através de reembolso postal (anúncios em revista, TV, jornais etc.); pedido por telefone; vendedores na porta de sua casa e outros meios que sejam fora de um estabelecimento comercial.

Segundo DE LUCCA (1993, p. 39), o comprador tem direito de se arrepender da compra ou contratação no prazo de 07 dias, contados a partir do recebimento do produto ou assinatura do contrato. No caso de arrependimento, o consumidor deverá devolver o produto ou suspender o serviço e terá direito à devolução do valor pago, com correção monetária.

2.5.4.6 Termo de Garantia

O Termo de Garantia não é obrigatório. Ainda que ele não exista, o Código de Defesa do Consumidor garante os seus direitos no caso de produtos ou serviços defeituosos.

O Código de Defesa do Consumidor, orienta, segundo as palavras de DE LUCCA (1993, p. 91) que: nunca deve se comprar:

- Produtos com prazo de validade vencido. Observe com atenção os prazos indicados nos alimentos e remédios;
- Produtos com má aparência, latas amassadas, estufadas ou enferrujadas, embalagens abertas ou danificadas;
- Produto com suspeita de ter sido falsificado;
- Produtos que não atendam à sua real finalidade. ex.: chuveiro elétrico ou ferro de passar que não esquentem. Se não funcionar de acordo, troque ou devolva onde comprou.

E seguindo o pensamento do mesmo autor DE LUCCA (1993, p. 99) nunca deve contratar:

- Profissionais que não tenham condição de realizar o serviço que façam experiências no seu produto ou na sua residência. Contrate um profissional recomendado;
- Qualquer serviço sem que antes seja feito um orçamento. O orçamento é direito do consumidor e nele deverá estar escrito a forma de pagamento, o tempo de execução do serviço, o tipo de material a ser usado e detalhes do serviço a ser executado. Esse orçamento tem validade de 10 dias, a partir da data de recebimento pelo consumidor.

Destacando que, somente o consumidor é que pode aprovar o orçamento, autorizando o serviço por escrito.

Nos serviços onde é necessária a troca de peças, deverão sempre ser usadas peças novas. O consumidor deverá ser consultado quanto à possibilidade da utilização de peças usadas ou recondicionadas, se isso não acontecer, o prestador de serviços só poderá utilizar peças novas.

É abusivo e, portanto, proibido, segundo SAAD (1991):

- Obrigar o consumidor na compra de um produto, levar outro que não queira comprar. Ex.: só vender o leite ao consumidor que também comprar o pão. A regra é válida também para contratação de serviços;
- Recusar atender os consumidores quando o fornecedor tem condições para vender. Ex: esconder mercadorias no estoque;
- Fornecer serviço ou produto sem que o consumidor tenha solicitado e, depois, cobrar pelo serviço ou produto fornecido;
- Aproveitar-se da ignorância, falta de conhecimento em vista da idade, saúde ou condição social do consumidor para convencê-lo a comprar um produto ou contratar um serviço;
- Exigir do consumidor vantagem exagerada ou desproporcionar em relação ao compromisso que ele esteja assumindo na compra do produto ou contratação de um serviço;
- A prestação de serviço sem que antes seja apresentado ao consumidor um orçamento com previsão de custos, mão de obra etc.;
- Difamar o consumidor só porque ele praticou um ato no exercício de um direito seu;
- Colocar no mercado produto (serviço) que não esteja de acordo com as leis que regulamentam sua produção;
- Deixar de marcar um novo prazo máximo para entrega de um produto ou fornecimento de um serviço;
- Utilizar peças de reposição usadas ou recondicionadas no conserto de um produto, sem autorização do consumidor;
- Fixar multa superior a 10% do valor da prestação, nos contratos de financiamentos.

Sempre que o produto ou um serviço causar um acidente o responsável será o fabricante ou produtor, o construtor, o importador ou o prestador de serviços.

Na impossibilidade de identificação do fabricante, produtor, construtor, ou do importador, o responsável passa a ser o Comerciante.

Se o produto apresentar um defeito (por ex.: máquina de lavar não funciona), você poderá reclamar a qualquer um dos fornecedores: comerciante, fabricante ou produtor, construtor ou importador.

Quando houver defeito de fabricação do produto o fornecedor tem 30 dias para corrigir o defeito. Depois desse prazo quem escolhe é o consumidor, que poderá exigir: - a troca do produto, ou - o abatimento no preço, ou - o dinheiro de volta, corrigido monetariamente.

Havendo defeito na prestação do serviço o consumidor poderá exigir que o serviço seja feito novamente, sem qualquer custo, ou abatimento no preço, ou devolução do valor pago, em dinheiro, com correção monetária.

Se o problema é a quantidade do produto, o consumidor poderá exigir troca do produto ou abatimento de preço ou pedir que a quantidade seja completada de acordo com a indicada no rótulo ou solicitada pelo consumidor ou o dinheiro de volta, corrigido monetariamente.

O prazo para o consumidor reclamar do defeito do produto ou serviço é:- 30 (trinta) dias para produto ou serviço não durável. Ex.: alimentos. - 90 (noventa) dias para produto ou serviço durável. Ex.: eletrodomésticos. Esses prazos serão contados a partir do recebimento do produto ou término do serviço. Se o defeito não for evidente, dificultando a sua identificação imediata, os prazos começam a ser contados a partir do seu aparecimento.

Quanto à cobrança de dívidas, pode-se afirmar que, o consumidor que não paga, tem que ser cobrado. Mas existe uma forma correta de cobrança.

Perante SAAD (1991, p. 102), o Código de Defesa do Consumidor não permite que o fornecedor faça escândalos na porta da casa do consumidor ou tenha qualquer outra atitude que exponha o consumidor ao ridículo.

2.5.4.7 Cadastro de Consumidores

Normalmente quando um consumidor aluga uma casa ou compra a prazo, por exemplo, preenche fichas de seus dados pessoais. essas fichas formam um cadastro. Essas informações muitas vezes são utilizadas para outras finalidades não autorizadas pelo consumidor.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, conforme AMARAL (1989, p. 65), assegura o direito de retificação de dados incorretos, a retirada de informações negativas após um período de 5 anos, o conhecimento de informações cadastrais a

seu respeito, e a comunicação a respeito da abertura de ficha, quando não solicitada pelo consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor determina que os órgãos públicos de defesa do consumidor façam uma listagem dos fornecedores reclamados. Essa listagem poderá ser consultada, a qualquer momento, pelo interessado, que poderá saber, inclusive, se o fornecedor atende ou não a reclamação. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor prevê a publicação anual dessa listagem.

E como reclamar? Em primeiro lugar, é bom saber que para fazer valer os seus direitos, você não precisa necessariamente contratar um advogado. O atendimento nos Órgãos de defesa do consumidor é gratuito, não sendo necessária a presença do reclamante com advogado, porém, dependendo do grau de complexidade do problema, é salutar a contratação de profissional habilitado.

A ação na justiça pode ser individual ou em grupo, se várias pessoas sofreram um mesmo tipo de dano. Se o dano for individual, o consumidor deverá procurar a assistência judiciária gratuita, se for carente, ou contratar advogado de sua confiança. Se o dano for coletivo, os órgãos de proteção ao consumidor, o Ministério Público ou as associações poderão em nome próprio, ajuizar ação em defesa dos lesados.

2.5.5 O Código de Defesa do Consumidor e nossa cultura

É justo que se diga que nestes anos de vigência do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor-CDC, as chamadas relações de consumo, entre nós, passaram do estágio selvagem ao estágio civilizado; é claro que há muito ainda por fazer, contudo, poucos setores na vida dos brasileiros evoluiu tão depressa. Evolução esta que começou em nível nacional desde meados de 1985, com o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), órgão de assessoria da Presidência da República na formulação da política específica e encarregada de fomentar e colaborar na instalação dos Procons (estaduais e congêneres municipais), Promotorias de Justiça e Delegacias policiais ambas especializadas, juizados de pequenas causas e entidades civis e por fim, preparar os estudos iniciais e o próprio anteprojeto do Código.

Segundo AMARAL (1989), alguns registros merecem ser relembrado porque expressivos desta aceleração histórica. A idéia reinante até então era, com raras exceções, o absoluto império do modelo liberal-individualista (cada um por si e efetivamente ninguém por todos); o mercado (conjunto despersonalizado dos consumidores, última análise) e o velho ato de comércio (relação do profissional do comércio com seu cliente - ente sem rosto, despersonalizado), eram os alvos da legislação regente da matéria, até então, difusamente perdida no medieval Direito Comercial (mais do comerciante que propriamente do comércio). Com efeito, as máximas desta ideologia eram: o consumidor é a sua excelência dos negócios, ele é o fiel do mercado, e este tende a proteger-lhe (a tal mão invisível) no médio e longo prazo (ora a médio e longo prazo todos estaremos mortos!), eis as “avançadas concessões” em direção ao inconsciente e frágil último elo da cadeia econômica, ou seja, aquele que nada pode repassar.

Ainda no pensamento do autor (AMARAL, 1989), uma historieta de bastidores bem simboliza tal estágio. Em fevereiro de 1982 entregávamos para publicação, conforme encomendado pelo Governo Federal, o resultado de uma pesquisa de três anos acerca da legislação comercial brasileira, que logo restou restrita ao que, então, chamamos de “ato (ou relação) de consumo” (o velho ato de comércio visto pelo lado de fora do balcão). Trabalho este cujo título “Defesa do Consumidor” foi muito mais escolha da imprensa da época, tamanha a repercussão dos “achados legislativos” (textos normativos alguns risíveis, outros de atual relevância, todavia esquecidos, como p.ex.: desconto progressivo na mensalidade escolar para cada filho, norma do “Estatuto da Família Brasileira” de 1941). Ocorre que tal título fora vetado pelo Ministro da Indústria e do Comércio (um dos co-editores) ao argumento de que “defesa do consumidor” pressupõe agressão, ou algo assim deplorável no ramo tutelado pelo MIC. Como o título não era tão importante quanto à publicação do trabalho (que se constituiria num marco desta evolução) sugeri a permuta para ‘Proteção do Consumidor’, também vetada; já descrente, ocorreu-me a denominação de ‘Relações de Consumo’, pronta e felizmente aceita pelo Ministro. Esta obra mesmo em sua segunda edição, anos depois, manteve a emblemática errônea dos títulos das seções, em que se divide, não condizerem com o da capa. Também desta quadra histórica, são as significativas indagações que

freqüentemente ouvíamos: “isto não é movimento de massa, subversão ? Ou ainda, “o Sr. é candidato a deputado?”.

Nesta época, no silêncio da omissão, era comum: lingüiça recheada com jornais, remédios com farináceos, quilo de 800 gramas, latas amassadas e enferrujadas e perecíveis com validade vencida nas gôndolas de supermercados (explicação: se o senhor não quer outro leva!), publicidade enganosa até do BNH, contratos-arapucas, chuveiros eletrocutantes, falta de onde e como reclamar..., tudo isto e muito mais era então objeto de denúncias numa surrealista *Feira da Fraude* (onde comprador e vendedor expunham suas alegações em murais) realizada pela primeira vez em fevereiro de 1986, no mezanino da rodoviária de Brasília (depois se espalhou pelo Brasil afora) e com repercussão internacional; também digna de registro foi pioneira coluna do Correio Braziliense *Tire a prova* (teste de produtos) inaugurada, em 30/09/87. Tudo isto azeitou o motor das mudanças sociais, não sem críticas e prognósticos catastróficos. Um comentarista muito em voga ainda hoje vaticinou que quando o CDC estivesse vigorando, um padeiro poderia ser presa sem direito a defesa se o pãozinho não tivesse o peso certo, tudo em função da inversão do ônus da prova. Outra ameaça era o fim da profissão de publicitário, pois o CDC proibia a mentira na publicidade; ou ainda que as dívidas ficariam incobráveis depois do CDC, dentre outras apressadas e irresponsáveis opiniões veiculadas, como técnicas, pela mídia de então. Este era o quadro antecedente ao Código, um passado recente!

Vigente o Código, há um notável esforço de adequação de todos setores às suas novas e modernas regras (algumas ainda esperam os ventos pós-modernos para maior eficácia social: convenções de consumo, facilitação da defesa, em juízo, dos direitos). A partir daquele dia 11/03/91, um dado iogurte já não valia por um bifinho, um famoso conhaque de alcatrão já não era a solução para o velho em sua lua de mel com a jovem; logo as indústrias, sobretudo as automobilísticas, passam a preferir a convocação dos consumidores para substituição gratuita de peças deficientes ao invés de riscos (antes, bem improváveis) de responsabilizações por danos ao consumidor. O cadastro das más empresas (antítese do SPC) cada vez mais orienta o ato de consumo, para desespero dos maus empresários. Hoje é comum nas empresas, o serviço de atendimento ao consumidor.

O Código, em linhas gerais, trouxe ao consumidor brasileiro: a proteção da saúde, a educação para o consumo, a proteção contra a publicidade enganosa e

abusiva, a proteção contratual (destaque das cláusulas desfavoráveis, controle judicial da boa-fé, da transparência da plena consciência do sentido e alcance das cláusulas), substituição da igualdade formal pelo o princípio da vulnerabilidade do consumidor, o acesso à justiça, a indenização, a facilitação da defesa dos seus direitos, a qualidade dos serviços públicos, dentre outros direitos.

Este é o presente do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, cujo potencial ainda resta pouco explorado. A educação para uma efetiva cidadania (inclusive no campo econômico), a organização social, melhor aproveitamento judicial do potencial protetivo do Código.

Contudo, onde mais se faz sentir a necessidade de melhor adequação entre o potencial do Código e sua aplicação é, por certo, na fase judicial. Os valores de ontem não devem turvar a contemporaneidade do Código. Afinal, toda norma jurídica deve ser reconduzida aos valores constitucionais vigentes. Uma coisa é ler um código (o de processo civil, p. ex.), uma lei sob a ótica da velha ordem constitucional; outra coisa bem diferente é relê-los à luz da nova opção ideológico-jurídica inaugurada pela Lei suprema e o juiz não pode ser mero imitador servil da norma, de modelos decisórios incompatíveis com aqueles valores constitucionais. Os consumidores brasileiros que logram vencer o duelo inicial do processo (fase cognitiva) ainda têm outro e insensato duelo para fazer sentença valer mais que mero papel timbrado do Poder Judiciário. É neste campo, o das relações de consumo, em que a segunda (sem contar com os infundáveis recursos, impunemente protelatórios) fase processual (a executiva) é mais tortuosa.

É comum nas execuções de sentenças (por quantia certa e pior se for incerta) contra empresas não se acharem bens disponíveis/viáveis para penhora (até a sede da executada é da propriedade de outra empresa do grupo ou não) e os meio para se superar tais complicações procedimentais são, illogicamente, sempre mais demorados e sacrificantes para o consumidor-exeqüente, cuja defesa de seus direitos deverá ser facilitada. Quando se logra penhorar um bem, a praça é impiedosa contra o credor (carro p.ex.: pagará multas, impostos, etc. e não raro após anos, esta garantia nada garantir ou só parte do crédito). Há execuções que levam anos, tudo segundo um planejamento de protelação e cansaço do hipossuficiente. Aliás, o duplo grau de jurisdição (os recursos) que é mais questão de conveniência que uma imposição e por isso deveria, nestes casos, contar com um contra-incentivo

econômico que preveniria a protelação recursal. Conquanto extremamente mau aproveitada, entre nós, a multa diária (hoje enclausurada nas obrigações *de fazer* e *de não fazer*, negada nas *de dar*, embora estes conceitos não sejam seguros, porque, essencialmente, se confundem) bem poderia ser o remédio contra tais disfunções (tempo x dinheiro).

Não é só. Em que pese o reconhecimento legal, constitucional, doutrinário, da vulnerabilidade geral do consumidor, daí a facilitação da defesa dos seus direitos, ainda há consumidor brasileiro impedido de embargar execução por falta de bens que assegurem o juízo. Ora, esta cega exigência faz-nos lembrar de lei tão criticada por Anatole France: “Fica proibido dormir sob as pontes de Paris” Tratar desiguais como iguais é a suma injustiça! Por outro lado, as empresas executadas, que jamais obedecem a ordem legal na nomeação de bens à penhora, já dispõem invariavelmente de um bem (sempre o mais complicado possível para o caso) reservado (encalhado) e não raro, apenas um papel livre da existência material da garantia (D.U.T. de automóvel já inexistente, p.ex.). Com efeito, despejar, desapossar, comprometer o orçamento familiar de consumidor-assalariado, tem sido mais fácil que p.ex. desconsiderar-se a personalidade jurídica de empresas (direito-instrumento de progresso do homem, jamais de abuso e fraude) para ir buscar a satisfação do consumidor (no mais das vezes, também de uma sentença), a quem o Estado garante defender.

Outra perversa inversão da lógica social, no caminho do consumidor brasileiro, é o fato da força atrativa dos concursos de credores indistintamente considerados como se todos fossem iguais (bancos e assalariados, fisco e consumidor). Por que o concurso de credores falência ou não (arts. 762/CPC e 24/Lei de Quebras) terá o condão de prejudicar, retardando, protelando (se pior não for), como convém aos devedores-espertalhões e empedernidos, a satisfação do direito do credor-consumidor (cuja ‘culpa’ de estar em juízo é menor que a do devedor) pelo fato da genérica “conveniência” (de quem ?) daquela fila de credores (a implorar cumprimento de sentença.). É vexatória realidade do “*ganhou, mas não levou!*” Quando a Justiça decide quem deve vencer a demanda, esta vitória pode, até com muita facilidade e ar de correção técnica, se converter em sucumbência prática, tal a perversão do hipersuficiente contra o hipossuficiente, tudo a despeito de mandamentos constitucionais e do Código do Consumidor.

Com efeito, uma visão conservadora - que obsta o progresso das relações sociais - aliada a uma razão preguiçosa, no dizer de Kant, é tudo que o obscurantismo carece para alcançar a infelicidade pública, mas há, ainda, a má-fé, invariavelmente muito bem paga, para sustentar teses que não seriam defendidas sem a alta remuneração, é daí que alguns setores de nossa economia tentam e tentarão muito ainda fugir do CDC porque ele atrapalha quem pretende lucrar com o dano dos hipossuficiente. Por outro lado, o nosso sistema atual (aliás, a cultura judicial atual), de responsabilidade civil (reparação de danos em geral), ainda tolera a *economicidade do dano*, ou seja, a vantagem, para o agente causador do dano, na reparação. É que a reparação tarifada, pré-limitada (i.e., 100, 400 salários mínimos) pode não refletir a boa lição de justiça tendente a prevenir (e não estimular), pelo valor da indenização, o dano. O critério de ouro neste tema não deve ser a situação econômica do indenizado (i.e., da vítima do dano), mas sem dúvida, a situação econômica do indenizador (i.e., causador do dano). Em suma, se aquele fica rico com a indenização, isso não é necessariamente mal se esse (o indenizador), pode razoavelmente assumir o valor da indenização. Quanto maior a indenização maior o cuidado para prevenir a sua reincidência, isso tanto mais verdadeiro, quanto maior o fosso entre hiper e hipossuficiente. Temos ainda que desenvolver essa cultura de justiça econômica e prevenção geral de abusos e injustiças (sociais, difusos e individuais).

Esse é, ainda, o lado negativo na vigência do Código, cujo futuro próximo indica adequações para que o potencial de proteção constitucional (e legal) garantido ao consumidor brasileiro não seja letra morta, sobretudo em juízo.

2.5.6 A Prova no Código de Defesa do Consumidor

Pelas regras processuais comuns, inseridas no artigo 333, I e II do CPC, é do autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e do réu a obrigação da prova quanto aos fatos modificativos ou extintivos do direito do autor.

O Código do Consumidor, por sua vez, traz entre seus dispositivos legais um específico – artigo 6, VIII – que insere entre os direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, desde que no entendimento do juiz, seja o consumidor hipossuficiente ou quando for verossímil sua alegação.

Este dispositivo, entre outras normas e princípios inseridos no CDC, trouxeram modificações ao sistema processual anterior e às regras do artigo 333 do CPC, sendo que o reconhecimento a estes princípios é inclusive obrigatório em alguns casos, como, por exemplo, no caso da veracidade e correção de informação ou comunicação publicitária, artigo 38 do CDC.

Tal entendimento vem se solidificando com o tempo, conforme ilustra recente julgado do STJ, a seguir transcrito:

CDC. PROVA. JUNTADA: O Juiz pode ordenar ao banco réu a juntada de cópia de contrato e de extrato bancário, atendendo aos princípios da inversão do ônus da prova e da facilitação do direito do consumidor em juízo (art. 6º, VIII, do CDC e art. 381 do CPC). Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 29/5/2001.

Antes de prosseguirmos no assunto, mister fixar-se alguns pontos doutrinários relevantes, que podem ser interpretados diferentemente, dependendo das partes no processo - casos comuns e/ou relações de consumo.

Qual o momento para fixação do ônus da prova? A regra, ou a falta de regra específica, fez com que a maioria absoluta da doutrina concluísse por ser até a sentença, inclusive na própria sentença, o momento adequado para que o juiz decida sobre a fixação do ônus da prova. Ao menos até a sentença pode o juiz inverter o ônus da prova mas não está obrigado a assim proceder, independente dos prejuízos que pode causar, em alguns casos, ao processo e consequentemente às partes se não o fizer, ainda mais quando se tratar de uma relação de desigualdade, como ocorre nas relações de consumo, sendo mister reconhecer que este momento - em que se deve fixar o ônus da prova - pode ser interpretado distintamente se a relação processual for entre um fornecedor de serviço ou produto de um lado e um consumidor de outro.

De fato a tese mais adaptada ao texto da lei, ou a ausência do texto da lei, de fato nos parece ser a de que o ônus da prova, como regra de Juízo e não de procedimento, não exige momento próprio, nem obrigatoriedade para o juiz fixá-lo, tampouco invertê-lo, ficando reservado tal julgamento para a sentença, após produzida a prova e ante a ausência de convencimento do julgador, momento em que o juiz se socorre do artigo 333 do CPC para decidir, em regra, contrariamente a quem não se desincumbiu da prova.

Cita-se como exemplo ementa e parte do acórdão, da lavra do Desembargador Aldo Magalhães, que cai como uma luva para o que se pretende demonstrar, pois trata da inversão obrigatória do ônus da prova à luz de uma questão específica sobre matéria publicitária (art. 38 CDC), igualando-a aos casos gerais, diferenciados apenas pela discricionariedade do Juiz em atenção à regra do artigo 6.º VIII, tratando inclusive do momento adequado para que juiz se pronuncie sobre a inversão ou não do ônus da prova, conforme segue, lembrando que as sublinhas são nossas.

"Ementa: A incidência do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, que estatui recair o ônus da prova da veracidade e correção do informe publicitário sobre quem o patrocina, não depende de que o Juiz assim declare antes do início da fase instrutória".

A vencida, na apelação sustenta que o processo é nulo por ter sido aplicado o princípio da inversão do ônus da prova, sem que isso tenha sido objeto de prévia decisão na oportunidade do saneador. O CDC, entre os direitos do consumidor, inclui o da facilitação da defesa, que abrange a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou for ele hipossuficiente" (art.6, VIII). A par desse direito de inversão do ônus da prova dependente da discricionariedade do juiz, o Código estabelece em seu artigo 38, de forma peremptória e taxativa, que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Entender que o juiz, no caso do artigo 38, deve decidir previamente que o patrocinador da publicidade tem o ônus de provar a veracidade e correção do que nela se contém, equívale a entender que também deve previamente decidir que ao autor, cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu do fato impeditivo, modificativo do direito do autor, impondo num e noutro caso o insustentável entendimento de que o juiz deve previamente proclamar que dará exato cumprimento ao que dispõem os artigos 38 do CDC e 333 do CPC.

Aliás, a distinção entre as duas disposições legais não escapou da doutrina, tanto que *Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin*, comentando o artigo 38, anota: "O dispositivo refere-se ao princípio da inversão do ônus da prova que informa a matéria publicitária. A inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no artigo 6.º VIII, não está na esfera da discricionariedade do juiz. É obrigatória.

Refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção" (GRINOVER, 2001, p. 216).

Embora desnecessariamente, não custa acrescentar que a arguição de nulidade não seria procedente ainda que o ônus da prova tivesse sido invertido com base no artigo 6º, VIII do CDC. Primeiro porque preceito legal algum determina que o citado art. 6º, VIII, só pode ser aplicado quando o juiz, antes do início da instrução probatória, tenha decidido ser o caso de sua incidência. Segundo, porque se a inversão do ônus probatório, no caso do artigo 6º VIII, depende da verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, forçoso é entender que o juiz não pode decidir antecipadamente a respeito, posto que as citadas circunstâncias fáticas ao menos na maioria dos casos dependem de elucidação probatória, não comportando, portanto, decisão antecipada.

Fica conseqüentemente rejeitada a preliminar de nulidade...(RT, Vol. 716, pág.182) (TJSP, ap. 255.461-2/9-6 – 9ª Câmara, julgado em 06/04/95, relator Des. Aldo Magalhães, participação do Des. Celso Bonilha (pres.) e Ricardo Brancato com votos vencedores).

O poder instrutório do juiz, concedido através do artigo 130 do Código de Processo Civil, deve ser utilizado para garantir a igualdade de tratamento entre as partes, entretanto, mister ressaltar que quando se trata de relação de consumo, face ao reconhecimento da hipossuficiência inerente, em regra, ao consumidor, tal dispositivo, também em atendimento ao teor do artigo 6º, VIII do código consumerista recebe interpretação distinta à medida que o tratamento igualitário, nas relações de consumo, exige distinção.

A regra geral sobre o ônus da prova permanece sendo aquela do artigo 333 do CPC, entretanto, como dito acima, nas hipóteses do artigo 6º, VIII do código consumerista poderá haver a inversão em favor do consumidor, lembrando, que essa inversão se dá *ope judicis* e não *ope legis*, levando-se em consideração a idéia da facilitação da defesa do consumidor em juízo e a hipossuficiência tratada pelo artigo 6º, VIII, tanto no sentido econômico, representado pela capacidade financeira propriamente dita, como pela insuficiência técnica, muitas vezes patente no contexto pessoal do consumidor.

Esta inversão pode ocorrer em qualquer ação fundada no CDC, inclusive naquelas que seguem as regras comuns do processo civil e da responsabilidade

civil subjetiva, dispostas no parágrafo 4º do artigo 14 do CDC, relativas aos profissionais liberais, cuja responsabilidade não decorre do simples fato do produto ou serviço (*caput* dos artigos 12 e 14) mas exige a apuração da culpa para imputar ao fornecedor qualquer sanção decorrente de sua responsabilidade pelo evento.

Uma das alegações muito utilizada por aqueles que defendem a obrigatoriedade prévia do juiz inverter o ônus da prova é que tal dever decorre do princípio do contraditório e da ampla defesa, que exige que se dê às partes condições de defesa dentro do processo, não transformando uma regra de procedimento em armadilha processual.

Nesse ponto, contrapõe-se o fato de que nas relações de consumo a própria lei tratou de prevenir o fornecedor de produtos ou serviços de que a regra favorecerá o consumidor, não podendo este alegar cerceamento de defesa se apenas em sentença o juiz vier a inverter o ônus da prova, como, *data vênia*, às posições contrárias, processualmente é o que se pode exigir do magistrado, especialmente ante a falta de norma expressa que determine a obrigatoriedade ao juiz em ditar regras que muitas vezes, nem se tem como antever.

Nada impede que o juiz, mais cauteloso inclusive, dite às partes as "regras do jogo", declarando no saneamento do processo quem, na sua visão, é o detentor do ônus da prova, entretanto frisa-se mais uma vez, o ônus da prova é regra de juízo e a exigência processual, inclusive nas ações de consumo, onde a inversão é plausível, é que o magistrado utilize-se dessa regra apenas em sentença, após a dilação probatória, para sua orientação quando houver um *non liquet* sobre a matéria fática.

Nas relações de consumo, ante a necessidade de se socorrer da regra em comento, bastará ao juiz verificar se o consumidor é de fato hipossuficiente e se há verossimilhança nas suas alegações, momento em que, presentes tais requisitos, estará obrigado a inverter o ônus da prova em favor do consumidor.

Tal exigência, inobstante haver alterado ou dada nova distribuição processual às regras da inversão do ônus da prova, em princípio não devem ser tidas como conflitantes entre a regra da lei consumerista e o artigo 333 do CPC, mas subsidiárias, pois nas relações de consumo seguem-se umas regras específicas, exigindo-se requisitos novos, inexistentes no processo antes do CDC, que são a

verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, mantendo-se no geral, a regra de Juízo do CPC.

A guisa de ilustração transcreve abaixo um exemplo dado por José Geraldo Brito Filomeno, capaz de demonstrar a diferença de postura das partes no processo civil dependendo da relação ser de consumo ou não.

Um automóvel com grave defeito de fabricação nas rodas de liga leve capota e causa sérios danos pessoais ao usuário. Simplificando a história, nas regras do art. 159 do CC c/c art. 333 do CPC, este usuário teria que provar o dano (fácil constatação), o nexo de causa entre o dano e o ato do fabricante/montador do carro e a ele ficaria a incumbência de demonstrar que não agiu com culpa no evento, que não estava correndo, que não estava alcoolizado, que o acidente deu-se em virtude de problemas na roda, etc., enfim, a diferença após o código do consumidor é que, pela ótica e princípios inerentes à defesa do consumidor em juízo, bastará à apuração do dano e da constatação que a roda de liga leve apresentou defeito. A culpa é presumida e caberá ao fabricante demonstrar que o defeito inexistia, ou que a culpa foi exclusiva do consumidor.

Em remate, importante frisar nessa questão, é que a inversão do ônus da prova não significa que o consumidor foi presenteado com o direito de atuar no processo com meras alegações, ainda que infundadas, passando ao fornecedor o ônus de provar o inverso.

O direito às provas permanece inalterado, restando à disposição das partes para livremente, dentro do controle formal do juízo, serem produzidas a seu critério, podendo se dizer que o que efetivamente mudou é a probabilidade de, se preciso for, inversão do ônus da prova em favor do consumidor, o que exige do réu, fornecedor de serviços e produtos, obrigatoriamente mais cautela dentro de um processo nas condições que a nova lei de consumo lhe impôs.

Ademais, muito embora exista indiscutivelmente essa tendência em se punir o fornecedor processualmente inerte, ante a ausência de prova desconstitutiva do direito do consumidor/autor, exige-se, deste consumidor, requisitos mínimos para fazer valer essa "vantagem processual" instituída pelo CDC (verossimilhança das suas alegações e prova de sua hipossuficiência).

Convém, ao final, trazer decisão contrária ao consumidor que tornou por seu descuido impossível a produção de determinada prova, o que confirma a

flexibilização da prova e da inversão do ônus da prova no processo civil combinados com os princípios do código de defesa do consumidor, traduzidos na seguinte ementa:

Ementa: Embora seja do fabricante o ônus de provar a ausência de defeito de fabricação do equipamento, cabe a seu adquirente preservar as condições fáticas para realização da prova pericial ou utilizar-se da medida cautelar prevista no art. 846 do CPC.

Acórdão

...(omissis)

Portanto, forçoso é a indagação: como periciar o que não mais existia?

Deste modo, cabia à autora-apelante, ao invés de produzir um laudo unilateral, valer-se da cautelar *ad perpetuam rei memoriam* prevista no art. 846 do CPC. Se não o fez, não ministrou condições para que a requerida apelada, depois desfigurado o ambiente, e após o desaparecimento da coisa, provasse a inexistência do apontado defeito de fabricação e sua conseqüente irresponsabilidade pelo evento danoso.

Aceitar, no caso, como absoluto, o princípio legal da inversão do ônus da prova, além de não previsto no código de defesa do consumidor é o mesmo que negar o direito de defesa por absoluta impossibilidade de produzi-la. E, na espécie, como se viu, a prova pericial não se realizou por ato imputável à própria autora, que não foi providente na preservação das condições para sua realização." (Apelação civil, 217.645-4, TAMG, relator Juiz Kildare Carvalho, julgado em 07.08.1996.

2.5.7 A Prescrição e a Decadência no Código de Defesa do Consumidor

As normas referentes à prescrição e decadência, possuem sua disciplina geral disposta no Código Civil, arts. 161 a 179. Tais institutos, no entanto, comportam regras específicas, a depender do campo específico do Direito em que se pretende sejam aplicadas. Assim ocorre que no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, temos a disciplina dos mesmos no que tange à relação de consumo.

O Fluir do tempo gera efeitos jurídicos relevantes para o direito. Constitui fato jurídico ordinário, constitui causa aquisitiva ou extintiva de direitos.

No aspecto extintivo, temos a "pretensão liberatória" no dizer de GOMES (1996). O fluir do tempo, aliado a inatividade do seu titular constitui fato jurisformizado pelo direito com vistas à estabilidade e segurança das relações jurídicas. Neste sentido, teremos a base da decadência e prescrição, os principais institutos dessa forma extintiva de operar o decurso temporal.

Poderíamos citar um diverso número de características peculiares a cada instituto, e também inúmeras distinções entre um e outro; já que a doutrina, neste particular, é abundante. No entanto, fiquemos com algumas, de maior interesse.

O Direito caduca, a pretensão prescreve. No caso específico do CDC, a decadência atinge o direito de reclamar, a prescrição afeta a pretensão à reparação pelos danos causados pelo fato do produto ou do serviço. A decadência afeta o direito de reclamar, ante o fornecedor, quanto ao defeito do produto ou serviço, ao passo que a prescrição atinge a pretensão de deduzir em juízo o direito de ressarcir-se dos prejuízos oriundos do fato do produto ou do serviço.

A decadência supõe um direito em potência, a prescrição requer um direito já exercido pelo titular, mas que tenha sofrido algum obstáculo, dando origem à violação daquele direito.

A prescrição não fere o direito em si mesmo, mas sim a pretensão à reparação. Segundo LOPES, "o que se perde com a prescrição é o direito subjetivo de deduzir a pretensão em juízo, uma vez que a prescrição atinge a ação e não o direito." (LOPES, 1989, p. 45). O CDC separou as duas realidades. Tratou da decadência no art. 26 ("O direito ... caduca...") e da prescrição no art. 27 ("Prescreve ... a pretensão").

2.5.7.1 Prazos para Reclamar e Pretender a Reparação de Danos

Prazo é o lapso de tempo, período fixado na lei entre o termo inicial (*dies a quo*) e o termo final (*dies ad quem*), cujo implemento vem a constituir o fato jurídico, *in casu*, decadencial ou prescricional, extintivo de direito.

Convém salientar que os prazos decadenciais e prescricionais do CDC são de ordem pública e, portanto, inalteráveis pela vontade das partes.

Há prazos gerais fixados no Código Civil e prazos especiais fixados nesse mesmo Código e na legislação extravagante em relação a ele, como é o caso do CDC.

2.5.7.2 Prazos Decadenciais no CDC e suas Especificidades

O CDC nos apresenta alguns prazos, como:

- 30 dias: para reclamar de vícios aparentes e de fácil constatação no fornecimento de serviços e produtos não duráveis. (art. 26, I)
- 90 dias: na mesma hipótese para serviços e produtos duráveis. (art. 26, II)

Aqui, ocorre uma sensível ampliação em relação ao prazo para reclamar dos vícios redibitórios na forma como disciplinado pelo Código Civil, o qual estabelece o prazo de 15 dias no art. 178, § 2º, e pelo Código Comercial, 10 dias, art. 211. O tratamento também é diverso no que se refere ao *dies a quo*. Vejamos: O início da contagem do prazo decadencial se dá com a entrega efetiva do produto, ou término da execução dos serviços, ao passo que no Código Civil e Comercial o prazo se inicia com a mera tradição. O prazo decadencial que estudamos é o prazo para que o consumidor reclame, objetivando seja sanado o vício, junto ao fornecedor ou ao Poder Judiciário.

2.5.8 Produtos e Serviços Duráveis e Não Duráveis

O critério aqui utilizado para assinalar diferentes prazos decadenciais é mais consentâneo com o Direito do Consumidor do que o critério da mobilidade utilizado pelo CC (móvel, 15 dias art. 178, § 2º, imóvel 6 meses, art. 178, § 5º, IV).

A Classificação difere da do Código Civil. Aqui durável guarda certa analogia com consumível (art. 51, CC). Não durável é aquele cujo uso ou consumo importa imediata destruição da sua própria substância, bens (produto ou serviço) se exaurem no primeiro uso ou em pouco tempo. Serviço não durável é aquele que se extingue com sua própria execução (Ex.: serviço de limpeza). Ao passo que

duráveis são aqueles produtos, cujo consumo não importa destruição, serviços que persistem após sua execução.

2.5.9 Entrega Efetiva

A tradição efetiva se opera no momento em que o consumidor tenha recebido o produto e tenha condições de verificar a ocorrência do possível vício.

Pode ainda restar dubiedade neste termo, no caso, por exemplo, do preposto receber na residência do consumidor impossibilitado de fazê-lo pessoalmente e só posteriormente ao decurso do prazo decadencial venha efetivamente receber o produto. São entretanto, casos para que a doutrina e a jurisprudência no caso concreto, possa deslindar.

O importante é compreender a *mens legis*, do dispositivo legal, ao utilizar a expressão "entrega efetiva", a qual parece-nos ser a de fornecer o contraponto entre a possibilidade do consumidor constatar o vício eventualmente existente, *versus* a passividade do consumidor, sua inércia frente à constatação do vício. Uma ou outra hipótese só fica perfeitamente delineada, na prática, analisando-se o caso concreto.

2.5.10 Vício

Vícios de qualidade são aquelas características que tornam o produto ou serviço impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam, ou lhes diminuem o valor. Também constitui vício a disparidade entre produto e as indicações do recipiente, embalagem, mensagem publicitária ou do que deles normalmente se espera. Sem esquecer que, o vício de quantidade, via de regra mais facilmente constatável, também enseja a reclamação.

É o vício visível, perceptível sem maior dificuldade, assimilável pela percepção exterior do produto ou serviço, aquele em que o consumidor não encontra obstáculos em reconhecer. Não requer teste. Deve se ter em conta no caso concreto o grau de conhecimento do consumidor, ou da possibilidade de verificação de que o mesmo dispõe.

É o vício que não oferece facilidade de constatação. Pode ser o defeito que está, quando da aquisição do produto ou execução do serviço, em germe, em potência, e vem a se manifestar posteriormente. Não basta ser de fácil evidenciação o efeito do vício, mas sim o vício em si, isto é, é necessário ser fácil a identificação do vício como a causa sensível de seus efeitos. Por exemplo, não basta que seja fácil a identificação de um odor estranho de dado produto, é necessário que seja facilmente assimilável a relação de causa e efeito, isto é, o odor, como o fato do produto encontrar-se estragado.

O prazo decadencial se inicia quando da evidenciação do defeito. Defeito aparentemente sanado pelo fornecedor, equivale a ter o vício ficado novamente oculto, "sustando" o prazo decadencial até o momento em que venha novamente a se manifestar.

Para operacionalizar o acima exposto há a necessidade de se estabelecer uma presunção da anterioridade do vício nos produtos ou serviços novos. Nesse caso, a probabilidade física favorece a presunção, um produto novo implica em menor oportunidade de que o defeito decorra de sua utilização anormal. Esta presunção funciona "a moda" de uma específica inversão do ônus da prova. Cabe ao fornecedor provar que o vício não estava presente ou insito ao produto ou serviço, quando do fornecimento ao consumidor.

A reclamação efetuada quanto a um dos fornecedores é plenamente válida para os demais responsáveis. Este é um dos efeitos da solidariedade de acordo com o art. 176, § 1º, CC. solidariedade esta, legal, por decorrer do art. 25, § 1º, CDC.

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

GRINOVER (2001, p. 129) cita Cecília de Matos, a qual discorre em sua dissertação de mestrado o seguinte:

A prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com o objeto do conhecimento uma relação de certeza ou de dúvida. Diante das dificuldades próprias da construção histórica, contenta-se 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. Conceituado como risco que recai sobre a parte por não apresentar a prova que lhe favorece, as normas de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento utilizadas para afastar a dívida. Neste enfoque, a Lei nº 8.078/90 prevê a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, adequando-os e o processo à universalidade da jurisdição, na medida em que o modelo tradicional mostrou-se inadequado às sociedades de massa, obstando acesso à ordem efetiva e justa. Fortaleceu sua posição através da associação de grupos, possibilitando a defesa coletiva de seus interesses, além de sistematizar a responsabilidade objetiva e reformular os conceitos de legitimação para agir e conferir efeitos à coisa julgada *secundum eventum litis*. A inversão do ônus da prova, se e quando o julgador estiver em dívida. É dispensável caso forme sua convicção, nada impedindo que o juiz alerte, na decisão saneadora que, uma vez em dívida, se utilizará às regras de experiência a favor do consumidor. Cada parte deverá nortear sua atividade probatória de acordo com o interesse em oferecer as provas que embasam seu direito. Se não agir assim, assumirá o risco de sofrer a desvantagem de sua própria inércia, com a incidência das regras de experiência a favor do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor facilita e amplia as maneiras para o consumidor defender e fazer valer os seus direitos na justiça. Uma delas é a inversão do ônus da prova. O que é isso? Normalmente, na Justiça, a obrigação de provar é sempre da pessoa que reclama, ou seja daquele que processa alguém. Ele deverá sempre apresentar, no processo, provas de que foi prejudicado. Essas provas podem ser: documentos, fotografias, testemunhas, etc. Pelo Código de Defesa do Consumidor, essa obrigação poderá, a critério do juiz, ser invertida. Quer dizer, a obrigação de provar será do fabricante do produto ou do prestador do serviço e não daquele que reclama.

Segundo NETO (1989, p. 45), um aspecto de grande relevância da questão da inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, é sua relação com a responsabilidade de pagamento de despesas e encargos processuais.

A prestação da tutela jurisdicional é, indubitavelmente, uma atividade dispendiosa, por movimentar uma intrincada organização composta de milhares de agentes públicos e dezenas de órgãos e tribunais voltados para esse fim.

Esses altos custos, todavia, não são inteiramente suportados pelo Estado, cabendo às partes, em regra, prover as despesas dos atos que realizem ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento em todo o seu curso, a teor do que dispõe o *caput* do art. 19 do Código de Ritos.

Esse adiantamento deve ser realizado antes da realização de cada ato (art. 19, § 1º CPC), pelo litigante que requer sua consecução, que assume a "responsabilidade provisória pelas despesas processuais." (NETO, 1989, p. 47)

Podemos classificar essa imposição legal como um verdadeiro ônus processual, cujo descumprimento implicará na não realização do ato requerido, podendo advir daí, possíveis consequências desagradáveis para quem o requereu e não adiantou as despesas.

Isso se aplica, evidentemente, também quanto à realização da atividade probatória, cabendo à parte requerente o recolhimento antecipado das despesas referentes a diárias de testemunhas, remuneração de assistente técnico e perito, dentre outros.

Surge daí a questão: uma vez operada a inversão do ônus da prova nas lides de consumo, a quem cabe o ônus de antecipação de despesas nos casos de atos probatórios requeridos pelo consumidor, determinadas de ofício pelo juiz ou requeridas por ambas as partes?

Nestas hipóteses, entendemos, conforme o pensamento de NETO (1989, p. 53), não haver qualquer exceção às regras gerais estabelecidas no Código de Processo Civil, pelo simples fato de não se poder identificar o ônus de provar com o ônus financeiro de realização dos atos probatórios.

Em nosso estudo, já observamos que as normas do Código de Defesa do Consumidor que prevêem a inversão do ônus da prova, servem como meio de possibilitar a introdução do princípio da vulnerabilidade do consumidor em um sistema processual clássico de repartição do ônus probatório, pautado pela premissa de igualdade das partes.

As normas consumeristas, pois, constituem exceção ao art. 333 do Código de Processo Civil, que trata do ônus subjetivo da prova, e não das normas do art. 19 e seguintes, que tratam do ônus financeiro da produção dos atos processuais.

Entendimento contrário parece advir de uma aceção errônea de hipossuficiência como sinônimo de insuficiência econômica, baseada nos critérios estabelecidos no art. 2º, par. único da Lei nº 1.060/50.

Assim, cabe ao consumidor arcar com os ônus financeiros de atos probatórios por ele requeridos, devendo arcar ainda, se for o autor da demanda, com as despesas prévias de atos ordenados de ofício pelo juiz ou pelo Ministério

Público (art. 19, §2º CPC) ou com as despesas de perícia requerida por si ou por ambos os litigantes (art. 33 CPC).

Sobre o tema, assim pronunciaram-se os tribunais pátrios, *in verbis*:

"Ementa – Agravo de Instrumento. Honorários de perito. Depósito prévio. Inversão do ônus da prova. Aplicação do CDC. (...) Não há como se confundir, entretanto, a inversão do ônus da prova previsto no art. 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor, que diz com o preceito do art. 333 do Código de Processo Civil, com a responsabilidade pelo adiantamento do pagamento dos encargos referentes à produção das provas requeridas pelas respectivas partes"

"Ementa – Processual Civil. Consumidor. Inversão do ônus da prova. Interpretação. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor diz respeito às consequências da não produção das provas, não à responsabilidade pelo não pagamento de despesas relativas à estas..."(3)

Esse posicionamento, ao contrário do que possa transparecer à primeira vista, não implica em dissonância com a orientação do Código de Defesa do Consumidor em facilitar a atividade processual do consumidor em juízo.

Isso porque, caso seja o consumidor economicamente hipossuficiente, dispõe o mesmo da possibilidade de requerer a assistência judiciária prevista em nosso ordenamento pela já mencionada Lei nº1.060/50, que serve de exceção legal aos ditames processuais referentes ao ônus financeiro de realização dos atos probatórios (art. 19, *caput* CPC).

Ademais, vimos que o fenômeno do ônus da prova pode ser enfocado como regra de julgamento (ônus objetivo da prova), que consiste, em síntese, na imputação de consequências desfavoráveis ao detentor do ônus da prova quando restar a mesma inexistente ou deficiente para formar o convencimento do julgador

Nestes termos, tomando por exemplo uma ação revisional de cláusulas contratuais, podemos concluir que a não realização de perícia contábil requerida pelo consumidor, em razão de não ter sido depositado o valor dos honorários periciais, não implicará em qualquer prejuízo para o mesmo.

Isso porque, uma vez invertido o ônus da prova, caberia ao fornecedor a produção de elementos probatórios que ensejassem a convicção do julgador pela não abusividade das cláusulas que se almeja anular. É o fornecedor, portanto, que

arcará com o risco da prova frustrada, quando do julgamento, de acordo com a acepção objetiva de repartição do ônus probatório.

Ressalte-se, por fim, a aplicabilidade de tal entendimento a todas às hipóteses legais de inversão do ônus probatório previstas no Código de Defesa do Consumidor, sejam elas judiciais (art. 6º, VIII) ou legais (art. 12, § 3º; art. 14, § 3º; art 38). Um aspecto de grande relevância da questão da inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, é sua relação com a responsabilidade de pagamento de despesas e encargos processuais.

A prestação da tutela jurisdicional é, indubitavelmente, uma atividade dispendiosa, por movimentar uma intrincada organização composta de milhares de agentes públicos e dezenas de órgãos e tribunais voltados para esse fim.

Esses altos custos, todavia, não são inteiramente suportados pelo Estado, cabendo às partes, em regra, prover as despesas dos atos que realizem ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento em todo o seu curso, a teor do que dispõe o *caput* do art. 19 do Código de Ritos.

Esse adiantamento deve ser realizado antes da realização de cada ato (art. 19, § 1º CPC) pelo litigante, que requer sua consecução, e assume a *"responsabilidade provisória pelas despesas processuais."*(1)

Podemos classificar, segundo NETO (1989, p. 70) essa imposição legal como um verdadeiro ônus processual, cujo descumprimento implicará na não realização do ato requerido, podendo advir daí possíveis conseqüências desagradáveis para quem o requereu e não adiantou as despesas.

Isso se aplica, evidentemente, também quanto à realização da atividade probatória, cabendo à parte requerente, o recolhimento antecipado das despesas referentes a diárias de testemunhas, remuneração de assistente técnico e perito, dentre outros.

Surge daí a questão: uma vez operada a inversão do ônus da prova nas lides de consumo, a quem cabe o ônus de antecipação de despesas nos casos de atos probatórios requeridos pelo consumidor, determinadas de ofício pelo juiz ou requeridas por ambas as partes? Nestas hipóteses, entendemos não haver qualquer exceção às regras gerais estabelecidas no Código de Processo Civil, pelo simples fato de não se poder identificar o ônus de provar com o ônus financeiro de realização dos atos probatórios.

Em nosso estudo, já observamos que as normas do Código de Defesa do Consumidor que prevêem a inversão do ônus da prova, servem como meio de possibilitar a introdução do princípio da vulnerabilidade do consumidor em um sistema processual clássico de repartição do ônus probatório, pautado pela premissa de igualdade das partes.

As normas consumeristas, pois, constituem exceção ao art. 333 do Código de Processo Civil, que trata do ônus subjetivo da prova, e não das normas do art. 19 e seguintes, que tratam do ônus financeiro da produção dos atos processuais.

Entendimento contrário parece advir de uma aceção errônea de hipossuficiência como sinônimo de insuficiência econômica, baseada nos critérios estabelecidos no art. 2o, par. único da Lei nº 1.060/50.

Assim, cabe ao consumidor, arcar com os ônus financeiros de atos probatórios por ele requeridos, devendo arcar ainda, se for o autor da demanda, com as despesas prévias de atos ordenados de ofício pelo juiz ou pelo Ministério Público (art. 19, § 2o.CPC) ou com as despesas de perícia requerida por si ou por ambos os litigantes (art. 33 CPC).

Sobre o tema, assim pronunciam-se os tribunais pátrios, *in verbis*:

"Ementa – Agravo de Instrumento. Honorários de perito. Depósito prévio. Inversão do ônus da prova. Aplicação do CDC. (...) Não há como se confundir, entretanto, a inversão do ônus da prova previsto no art. 6o, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor, que diz com o preceito do art. 333 do Código de Processo Civil, com a responsabilidade pelo adiantamento do pagamento dos encargos referentes à produção das provas requeridas pelas respectivas partes.

"Ementa – Processual Civil. Consumidor. Inversão do ônus da prova. Interpretação. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor diz respeito às consequências da não produção das provas, não à responsabilidade pelo não pagamento de despesas relativas à estas..." (NETO, 1989, p. 95)

Esse posicionamento, ao contrário do que possa transparecer à primeira vista, não implica em dissonância com a orientação do Código de Defesa do Consumidor em facilitar a atividade processual do consumidor em juízo.

Isso porque, caso seja o consumidor economicamente hipossuficiente, dispõe o mesmo da possibilidade de requerer a assistência judiciária prevista em nosso ordenamento pela já mencionada Lei nº1.060/50, que serve de exceção legal aos

ditames processuais referentes ao ônus financeiro de realização dos atos probatórios (art. 19, *caput* CPC).

Ademais, vimos que o fenômeno do ônus da prova pode ser enfocado como regra de julgamento (ônus objetivo da prova), que consiste, em síntese, na imputação de consequências desfavoráveis ao detentor do ônus da prova quando restar a mesma inexistente ou deficiente para formar o convencimento do julgador.

Nestes termos, tomando por exemplo uma ação revisional de cláusulas contratuais, podemos concluir que a não realização de perícia contábil requerida pelo consumidor, em razão de não ter sido depositado o valor dos honorários periciais, não implicará em qualquer prejuízo para o mesmo.

Isso porque, uma vez invertido o ônus da prova, caberia ao fornecedor a produção de elementos probatórios que ensejassem a convicção do julgador pela não abusividade das cláusulas que se almeja anular. É o fornecedor, portanto, que arcará com o risco da prova frustrada, quando do julgamento, de acordo com a acepção objetiva de repartição do ônus probatório.

Ressalte-se, por fim, a aplicabilidade de tal entendimento a todas às hipóteses legais de inversão do ônus probatório previstas no Código de Defesa do Consumidor, sejam elas judiciais (art. 6º, VIII) ou legais (art. 12, § 3º; art. 14, § 3º, art 38).

3 CONCLUSÃO

Segundo GRINOVER (2001, p. 6), a proteção do consumidor é um desafio da nossa era e representa, em todo o mundo, um dos temas mais atuais do Direito.

Não é difícil explicar tão grande dimensão para um fenômeno jurídico totalmente desconhecido no século passado e em boa parte deste. O homem do século XX vive em função de um modelo de associativismo: a sociedade de consumo, caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça. São esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do Direito do Consumidor como disciplina jurídica autônoma.

A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, “dita as regras”. E o Direito não pode ficar alheio a tal fenômeno.

O mercado, por sua vez, não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. Nem mesmo para mitigá-la. Logo, imprescindível a intervenção do Estado nas suas três esferas: o Legislativo, formulando as normas jurídicas de consumo; o Executivo, implementando-as; e o Judiciário, dirigindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação.

Por ter a vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o Direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas facetas do mercado. Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica. E tal requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros

instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o marketing.

É com os olhos postos nessa vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica. Que enorme tarefa, quando se sabe que essa fragilidade é multifária, decorrendo ora da situação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preço, crédito e outras características dos produtos e serviços. Não bastasse tal, o consumidor ainda é cercado por uma publicidade crescente, não estando, ademais, tão organizado quanto os fornecedores.

Toda e qualquer legislação de proteção do consumidor tem portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja refazendo, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado.

O art. 38 do Código de Defesa do Consumidor estabelece uma hipótese de inversão *op legis* do ônus da prova. Na verdade, somente haverá inversão do ônus da prova segundo a posição processual que esteja a ocupar quem é beneficiado pela regra.

Pode-se concluir que, os conceitos de ônus e de obrigação são heterogêneos, sendo inaceitáveis as teorias que os aproximam. No ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro, como ocorre na obrigação. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada. A norma estatuidora de um ônus, tutela interesse do próprio onerado, ao passo que a norma portadora de uma obrigação, tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente, que pode exigir o seu cumprimento. A obrigação é uma situação jurídica ativa, manifestação do poder no qual se manifesta à liberdade de agir do sujeito onerado.

Conforme o conceito de ECHANÍDIA, que considera todos os caracteres acima mencionados: poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA / DOCUMENTOS CONSULTADOS

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

BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada e ações contra o poder público (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo)** “in” **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CARNELUTTI, Francesco, **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CINTRA, Antonio Carlos de A.... [et alii]. **Teoria geral do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

CONTE, Francesco. **A fazenda pública e a antecipação jurisdicional da tutela**. RT 718.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia Editor, 1988. 2 v. t. 1.

DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. **Da prescrição e da decadência no Código do Consumidor**. Revista da Procuradoria Geral do Estado- RPGE, Fortaleza, 10(12): 29-40, 1993.

FERREIRA, William Santos. **Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, n 10, p 77 a 96. abril/junho, 1994.

FRIEDE, Reis. **Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar**. Belo Horizonte: Editora Universitária, 1996.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini... [et. alii.] **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil.** vol. 1, 7ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor.** 22 ed. (atualizada até 05 de janeiro de 1992). São Paulo: Malheiros, 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 1º vol., 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. I, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____, Humberto. **Processo Cautelar.** 11 ed., São Paulo. Livraria e Editora Universitária de Direito, 1989.

_____, Humberto. **Tutela Antecipada “in” Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela.** São Paulo : Revista dos Tribunais. 1997.

VASCONCELOS E BENJAMIN Antônio Herman de. **Comentário ao Código de Proteção do Consumidor.** coordenação de Juarez de Oliveira. Rio de Janeiro: Saraiva, 1991.