

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Sérgio Henrique Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-867-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) denominado “PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II” do XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI Belém – PA promovido pelo CONPEDI em parceria com o Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) em Belém do Pará, com enfoque na temática “DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: AMAZÔNIA DO SÉCULO XXI”, o evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de novembro de 2019 na CESUPA, no Campus Av. Alcindo Cacela, 980 - Umarizal, Belém - PA, 66065-217.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao processo e o acesso e jurisdição da justiça, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea.

O primeiro artigo com o título “Processo administrativo e os princípios constitucionais processuais à luz do Código de Processo Civil”, dos autores Adriano da Silva Ribeiro e Sérgio Henriques Zandona Freitas, evidencia o conceito e a classificação do processo administrativo, com destaque crítico para a efetividade dos princípios constitucionais processuais para, em seguida, discutir a viabilidade da aplicação subsidiária ou complementar do CPC/15 no processo administrativo.

O segundo artigo “O abuso do direito aplicado à gratuidade da justiça no sistema processual civil” da lavra da autora Maria José Carvalho de Sousa Milhomem aponta que a análise do abuso de direito de ação, com fulcro na gratuidade da justiça, por aqueles que, na verdade, possuem plenas condições de arcar com o ônus econômico do processo, prejudica o acesso à justiça pela parcela mais carente da população, que de fato faz jus ao benefício.

“Ampliando as hipóteses de mediação nos procedimentos possessórios do Código de Processo Civil de 2015”, terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Felipe de Almeida Campos e Marcos Paulo Andrade Bianchini, apontam a importância do Código de Processo

Civil de 2015 ao tratar das possessórias nos artigos 560 a 566, prevendo a realização de audiência de justificação no artigo 562 para, na sequência examinar se no artigo 565 há previsão da realização de audiência de mediação, e se está limitada aos procedimentos coletivos e de posse velha.

O quarto texto, com o verbete “O negócio jurídico processual como estratégia para a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais”, de autoria de Eliana Magno Gomes Paes, debruça seus estudos sobre o instituto dos negócios jurídicos processuais atípicos e a estratégia eficaz à concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, com estudo sobre os conceitos de prestação e ativismo judicial.

O quinto texto, da lavra dos autores Raíssa Fabris de Souza e Luiz Fernando Bellinetti, intitulado “Ativismo judicial e a teoria dos precedentes vinculantes” analisa o princípio da separação dos poderes e o período pós-positivista, ingressando no tema do ativismo judicial e, por fim, da teoria dos precedentes vinculantes, mecanismo considerado apto a proporcionar maior segurança jurídica e confiança legítima aos cidadãos.

No sexto artigo intitulado “Democracia, audiências públicas e o poder judiciário: distanciamentos e aproximações sob o enfoque da democratização da justiça”, de autoria de Bruna Caroline Lima de Souza e Dirceu Pereira Siqueira, fazem importante estudo sobre o uso das audiências públicas como instrumento para o exercício da democracia participativa, principalmente no poder judiciário, e de modo específico, a análise da importância exercida pela atuação jurisdicional e como as audiências públicas podem aproximar as decisões judiciais da realidade social e viabilizar o exercício da participação democrática nesse âmbito.

O sétimo texto da coletânea, do autor Jose Ezequiel Albuquerque Bernardino, com o verbete-pergunta se “Há efetividade na execução fiscal realizada pela justiça eleitoral?” discorre sobre a abordagem da efetividade da execução fiscal no âmbito da Justiça Eleitoral, levando-se em consideração pesquisa realizada pelo CNJ, que atesta um congestionamento processual das execuções fiscais desta Justiça Especializada, dada a infringência da legislação eleitoral, traçando um paralelo com a anistia da aplicação de multas eleitorais realizada pelo Congresso Nacional.

“Ativismo judicial e agravo de instrumento: mitigação da taxatividade das hipóteses de cabimento em contraposição ao princípio de reserva legal” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Helena Patrícia Freitas e Luciana Cecília Morato, apontam os

problemas decorrentes da interpretação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o agravo de instrumento, que traz, no artigo 1.015, elenco de hipóteses de cabimento, cuja taxatividade foi mitigada no julgamento de recurso especial repetitivo.

O nono texto, intitulado “Processo constitucional democrático e a formação participada do mérito processual: uma releitura do princípio da imparcialidade do juízo no processo civil brasileiro”, dos autores Fabrício Veiga Costa e Regis André, investiga o princípio da imparcialidade do juízo no contexto do processo civil constitucional democrático, demonstrando-se sua relação com a formação participada do mérito processual e da fundamentação racional e exauriente da decisão.

“O recurso extraordinário como instrumento de unificação dos modelos de controle de constitucionalidade no Brasil”, apresenta-se como décimo texto da coletânea, do autor Bernardo Silva de Seixas, faz importante reflexão sobre a aproximação do Recurso Extraordinário com o controle concentrado de Constitucionalidade, para, no final, concluir em qual espécie de controle o respectivo recurso se enquadra, ou se é um elo de ligação entre os dois sistemas.

O décimo-primeiro texto da coletânea, da lavra dos autores Lincoln Mattos Magalhaes e Jânio Pereira da Cunha, intitulado “A sustentação oral no processo judicial: contribuição de Jürgen Habermas para um processo constitucional democrático” questiona às noções do procedimento, participação e influência, com a idéia de legitimação democrática das decisões judiciais, bem como a sua regulação no Código de Processo Civil de 2015, com olhar no Modelo Constitucional de Processo, adotado no Brasil.

O décimo-segundo texto da coletânea “O artigo 878 da CLT e a necessária releitura à luz do processo constitucional democrático” apresenta-se como temática abordada pelos autores Eduardo Augusto Gonçalves Dahas e Marcelo Santoro Drummond, ao compararem a garantias fundamentais do processo previstos na Constituição da República e a necessária execução de ofício pelo magistrado quando operada a coisa julgada material.

O décimo-terceiro texto intitulado “Meios de facilitação da defesa do consumidor”, dos autores Alexandre Herrera de Oliveira e Oscar Ivan Prux, enfrenta os motivadores da proteção aos consumidores, analisa se o ônus da prova é o único meio de realizar essa facilitação, observado ainda o princípio da isonomia e os direitos da personalidade, focados nos direitos dos consumidores.

“Meios de solução digital de conflitos - Online Dispute Resolution (ODR)”, de autoria de Maíra de Oliveira Lima Ruiz Fujita e Bianca Santos Cavalli Almeida, como décimo-quarto texto, busca esclarecer o mecanismo da ODR, como instrumento ágil, econômico e simples para solução de conflitos em espaço virtual, examinando os meios de solução digital de conflitos, bem como os possíveis benefícios ou desvantagens da utilização destes novos recursos, ao invés da utilização de métodos tradicionais que requerem a reunião presencial entre as partes, visando a negociação ou conciliação, dentre outras hipóteses.

Os autores Leticia Squaris Camilo Men e Marcelo Negri Soares apresentam importante temática, no décimo-quinto texto da coletânea, com o artigo intitulado o “A força dos precedentes no CPC/2015 e a alteração do entendimento predominante”, ao colacionarem o conceito e a natureza jurídica dos precedentes, súmulas e jurisprudência, pelo que busca demonstrar que o distinguishing é a técnica adequada para verificar se o precedente se aplica ao novo sistema, se deverá ser utilizado na fundamentação do magistrado ou se será superado.

O décimo-sexto artigo com o verbete “A falácia na aplicação da tese jurídica fixada em IRDR: a função meramente preparatória do incidente”, de autoria de Vinicius Silva Lemos, aponta a divergência doutrinária e jurisprudencial existente acerca a relação entre a recorribilidade da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas e a transferência de competência judicante para os Tribunais Superiores, com o intuito de estabelecer paradigmas sobre a real função do instituto diante da sistemática repetitiva no direito processual do país.

O décimo-sétimo artigo com o título “A insuficiência da utilização da indisponibilidade do direito material como critério limitador do negócio jurídico processual”, das autoras Clarice Santos da Silva e Rosalina Moitta Pinto da Costa, evidencia o conceito de modelo constitucional de processo, o qual influencia decisivamente para a adequada compreensão da tutela jurisdicional para, na sequência, abordar a negociação jurídica processual, sua definição e importância para o respeito à liberdade das partes e, por fim, responder se a indisponibilidade do direito material pode concretizar a realização de negócios jurídicos processuais.

O décimo-oitavo artigo “O sistema de precedentes como instrumento de efetivação de direitos fundamentais” da lavra da autora Suzanne Teixeira Odane Rodrigues aponta a contribuição do sistema de precedentes para o Direito brasileiro, em especial, como instrumento de efetivação de direitos fundamentais.

“A tutela coletiva do consumidor sob uma análise juseconômica processual da litigância consumerista”, décimo-nono da coletânea, é o trabalho dos autores Carla Maria Barreto Goncalves e Alisson Jose Maia Melo, apontam a importância da coletivização da tutela processual como iniciativa típica de estruturação juseconômica do processo, pois concede maior resguardo aos consumidores brasileiros que normalmente são inertes para judicializar seus direitos, averiguar as bases teóricas da Tutela Processual Coletiva do Consumidor e o confronto com as premissas da Análise Econômica do Direito.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca pelo consenso entre os conflitantes. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema processual brasileiro e internacional, além do acesso à justiça, ainda muito focado no arcaico litígio entre partes.

É imprescindível dizer que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito no país, demonstrando notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea. A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre a solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o direito e os desafios na temática para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

por seu Curso de Direito e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

Belém do Pará, novembro de 2019.

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - PPGD Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama - Universidade Paranaense – UNIPAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

MEIOS DE FACILITAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR
MEANS OF FACILITATING CONSUMER DEFENSE

Alexandre Herrera De Oliveira
Oscar Ivan Prux

Resumo

Objetivou-se verificar as formas de facilitação da defesa do direito do consumidor previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC. Foram abordados os motivadores da proteção aos consumidores, se o ônus da prova é o único meio de realizar essa facilitação. Observando o princípio da isonomia. Trazendo à luz os direitos da personalidade. Observa-se o fenômeno da aplicação, irrestrita, da inversão do ônus da prova, e o gradual aumento de exigências judiciais para sua concessão, havendo uma mitigação dos direitos dos consumidores. O método foi o dedutivo, utilizando bibliografia, legislação e artigos científicos.

Palavras-chave: Direito da personalidade, Direito do consumidor, Provas, Facilitação, Princípio da isonomia, Inversão do ônus da prova

Abstract/Resumen/Résumé

The objective was to verify the ways of facilitating the defense of the consumer right provided for in art. 6th, inc. VIII of the CDC. The motivators of consumer protection were addressed if the burden of proof is the only means of facilitating this. Observing the principle of isonomy. Bringing to light the rights of personality. There is the phenomenon of the unrestricted application of the inversion of the burden of proof, and the gradual increase of judicial requirements for its grant, with a mitigation of consumer rights. The method was deductive, using bibliography, legislation and scientific articles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personality rights, Consumer lawin, Burden, Facilitation, Principle of isonomy, Reversal of the burden of proof

1 - INTRODUÇÃO

Em nosso país, o direito do consumidor é composto integrado por um arcabouço de normas e regulamentos que integram um sistema e visam proteger os consumidores em seus direitos legítimos nas relações de consumo.

Neste trabalho será verificado a priori qual tipo de facilitação o legislador e o doutrinador descrevem para suplementar o rol exemplificativo do artigo 6º, VIII, da lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (código de defesa do consumidor). Observe-se que apesar de estar positivada essa facilitação, no entanto, afora por mencionar a inversão do ônus da prova, não existe especificação de outras formas para viabilizar esta facilitação.

A falta desse detalhamento não facilita na defesa dos interesses dos consumidores, sendo que a princípio, tão somente consolidado e aplicado, tem-se rotineiramente a inversão do ônus da prova quando o juiz verifica a possibilidade da sua imposição após todos seus requisitos legais serem observados.

A inversão do ônus da prova é aplicada atualmente como única forma de minorar a desvantagem processual entre o consumidor e o fornecedor, por conta da inobservância de qualquer outro modo de se prestar a facilitação da defesa do consumidor, o que, por certo, com a aplicação indistinta tão somente deste instituto pode causar a saturação do mesmo levando a cair em descrédito o que é tão importante para a defesa do direito dos consumidores.

A especificação das possibilidades de se auxiliar na defesa dos consumidores verifica-se importantíssima para que a inversão do ônus da prova não caia em descrédito, seja vulgarizada, e por fim, que é o que parece estar acontecendo, comece a se criar obstáculos para sua concessão pelo judiciário.

São exemplos de possibilidades para esta facilitação na defesa de direitos dos consumidores que precisam ser observados pelo juízo, as tutelas cautelares que podem ser concedidas em presunção de veracidade. Acrescida da notória vulnerabilidade desses adquirentes finais em face dos fornecedores. Outro exemplo é a responsabilidade independentemente da existência de culpa do fornecedor de que trata o artigo 14 do CDC. Também, a eleição do foro que é um grande benefício para o consumidor que precisa da prestação jurisdicional.

Estes são exemplos de formas pelas quais pode ser facilitada a proteção do consumidor.

O consumidor, de regra, é vulnerável frente ao fornecedor (por vezes, de forma mais agravada, é hipossuficiente) pois não tem aporte técnico financeiro que fornecedor detém, razão pela qual deve ter seus direitos protegidos e alargados pelo judiciário, que se presta a julgar as demandas provenientes dos abusos a que é acometido o consumidor.

Esta ação de colaboração prevista, tanto na legislação constitucional bem como na legislação consumeirista, pode à primeira vista ser causa de lesão ao princípio da isonomia, agindo em benefício do consumidor. Acaso tendo em vista a vulnerabilidade e hipossuficiência há que se falar em desconsideração do princípio da isonomia? Tal pergunta será solucionada no corpo do trabalho e nas conclusões trazidas para elucidação.

Os questionamentos que se procura averiguar no decorrer deste são: Quais os motivos que levam a proteção dos direitos dos consumidores? Se os direitos da personalidade estão sendo agasalhados quando da aplicação da legislação? Se há dispositivos legais que permitem a facilitação desta defesa? Como funciona a inversão do ônus da prova? E se estas proteções estão de acordo com o princípio da isonomia. Para tal se utilizará de pesquisa bibliográfica, de artigos publicados em revistas científicas, jurisprudência e legislação, adotando-se o método dedutivo para entendimento dos mesmos.

2 – RELAÇÕES DE CONSUMO E O RESPEITO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Na Constituição Federal iniciamos ressaltando o artigo 1º, III, que trata da dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa República e o que por certo deve ser observado a fim de que todo arcabouço legislativo tenha como este seu fundamento principal.

Precipuamente observa-se que os direitos da personalidade imperam em todas as relações interpessoais, não deixando de existir mesmo depois de ter havido o aprimoramento decorrente da adoção da função social e da boa-fé nos contratos.

As relações contratuais se tornaram mais justas após o advento do reconhecimento dos direitos da personalidade, fazendo assim com que os consumidores tivessem efetivamente sua proteção consagrada, com oportunidade de recorrer ao judiciário e aos órgãos de defesa do consumidor de forma mais ampla e desta forma receber o amparo aos seus interesses.

Impossível é realizar qualquer negócio jurídico no âmbito do direito do consumidor sem o devido respeito a legislação, devendo primeiro ser verificado o respeito a dignidade da pessoa humana e a função social do comércio.

Não menos importante é ressaltar que o art. 422 do Código Civil assim nos revela: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução os princípios de probidade e boa-fé”, traduzindo assim o que já foi relatado precipuamente no direito do consumidor e a relação de consumo que devem estar pautado na função social e na paridade entre o fornecedor e consumidor.

Ora primeiramente veio o Código de Defesa do Consumidor trazendo a boa-fé nas relações de consumo e posteriormente o legislador trouxe a mesma para o Código Civil, o que por certo coaduna com a evolução dos princípios da dignidade da pessoa humana.

Além disso não se pode esquecer o disposto no artigo 4^a do próprio CDC que instituiu a política nacional de relações de consumo que traz em suma os direitos da personalidade evidenciados no corpo textual. Cita-se Luciana Akie Sato que brilhantemente relata:

Em suma, os princípios contidos no artigo 4^o apontam para um estado ideal de coisas a ser atingido, sem, contudo, descrever a conduta necessária para se atingir esse estado ideal. Claro que, ao longo do CDC, encontram-se diversos textos normativos regulando tanto a conduta a ser seguida por consumidores como por fornecedores. Porém, tarefa impossível é a de prever todas as situações das quais os conflitos podem irromper, principalmente na atual conjuntura da sociedade tecnológica, em que o direito nem sempre acompanha as mudanças havidas. Nessa toada, os princípios têm como função principal auxiliar os intérpretes do Direito no preenchimento de lacunas da lei. No entanto, não se limitam a isso, já que também são aplicados para corrigir normas injustas em determinadas situações.

Forçoso lembrar que existem princípios que se encontram expressos no texto jurídico, tais como o princípio da vulnerabilidade do consumidor, o princípio da boa-fé objetiva, dentre outros; porém há aqueles que são implícitos e podem ser extraídos dos objetivos almejados pelo CDC e de sua correlação com outros princípios, e.g. o princípio da função social dos contratos. SATO, Luciana Akie e Silas Silva SANTOS, A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E OS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR NO CDC, disponível no site <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7064/67647114>.

Fica cabalmente demonstrado que o CDC está compatibilizado com a proteção aos direitos da personalidade conforme fundamentos de nossa República.

3 – FUNDAMENTOS MOTIVADORES PARA A PROTEÇÃO AOS CONSUMIDORES

A proteção aos consumidores não se deu por acaso, tendo como fator predominante a vulnerabilidade presumida dos consumidores frente aos fornecedores.

Importantíssimo é ressaltar que o artigo 170¹ da Constituição Federal, traz no que se funda a ordem econômica, dando ênfase aos princípios que devem ser seguidos inclusive no tocante a defesa do consumidor.

Com preciosas lições, Cláudia Lima Marques elucida que:

“Existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, jurídica, e a fática. Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional no exemplo da jurisprudência francesa. Já a vulnerabilidade jurídica ou científica é falta de conhecimento jurídico específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional, e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimento jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se. Mas há ainda a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender suas consultas e submete-se às condições fixadas pela administradora de consórcios, ou pelo próprio Estado. Em se tratando de vulnerabilidade fática, o sistema do CDC a presume para o consumidor não profissional (o advogado que assina um contrato de locação abusivo, porque necessita de uma casa para a sua família perto do colégio dos filhos), mas não a presume para o profissional (o mesmo advogado que assina o contrato de locação comercial abusivo, para localizar seu escritório mais próximo do foro), nem a presume para o consumidor pessoa jurídica. Isto não significa que o Judiciários não possa tratar o profissional de maneira “equivalente” ao consumidor, se o profissional efetivamente provar a sua vulnerabilidade que levou o desequilíbrio contratual. Trata-se porém, de exceção e não da regra.” MARQUES, Cláudia Lima, contratos no código de defesa do consumidor, 3. Ed. Revista dos Tribunais, p. 148-149.

Outra causa para que se efetive a proteção ao consumidor, que se entende ser a parte menos avantajada da relação de consumo, é a possibilidade de existência de uma vulnerabilidade agravada, denominada de hipossuficiência. Conforme descreve Héctor Valverde Santana:

Não há de se confundir a vulnerabilidade, critério de direito material e noção ínsita à definição de consumidor, com a hipossuficiência, critério de direito processual vinculado ao campo da prova. A hipossuficiência é uma condição para o exercício do direito básico do consumidor, previsto no art. 6º, VIII, do CDC, relacionado como um meio de facilitação de sua defesa em juízo, que autoriza a inversão do ônus da prova, a critério do juiz. Afirma-se que todo consumidor é vulnerável, contudo, nem todo consumidor é hipossuficiente. SANTANA, Héctor Valverde, Dano Moral no Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, p. 66

No mesmo alinhavar no entanto com algumas nuances entende Antonio Herman V. Benjamin.

Vulnerável é todo consumidor, *ope legis*. Hipossuficiente são certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores da periferia. Percebe-se, por conseguinte, que a hipossuficiência é um plus em relação à vulnerabilidade. Esta é aferida objetivamente. Aquela, mediante um critério subjetivo, consumidor a consumidor, ou grupo de

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
V - defesa do consumidor;

consumidores a grupo de consumidores. BENJAMIN, Antonio Herman V., Manual de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

Entende-se portanto que vulnerável é todo consumidor, e hipossuficiente são alguns tipos de consumidores.

E sendo a vulnerabilidade presumida e a hipossuficiência necessitando ser averiguada pelo juiz importante haver instrumentos facilitadores para a mitigação destas condições, impondo aos fornecedores ônus probantes e dando benefícios para a defesa dos consumidores.

Nesse contexto, então, sem excluir totalmente as possibilidades de aplicação da inversão do ônus da prova, cabe abordar exemplificativamente as outras fórmulas acessíveis para o consumidor com vistas a facilitação da defesa de seus direitos, melhorando assim o acesso a verdadeira justiça.

4 – PRINCIPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia está intimamente ligado com o equilíbrio de forças na relação de consumo e de tratamento dado às partes no processo.

Isto se reflete inclusive em tratamento diferente das partes como consequência da facilitação dessa defesa de direitos. Citemos a inversão do ônus da prova que destaca a importância do tratamento desigual para igualar as chances de êxito na persecução da justiça.

Imagine que uma grande empresa de empréstimos faça um de seus consignados em nome de um consumidor sem que este saiba. O mesmo adentra no judiciário requerendo o cancelamento do desconto na folha de pagamento, a devolução do indébito e a indenização.

De acordo com a regra processual compete a quem alega a prova ou seja, o consumidor deverá provar que não fez o contrato com a empresa. A inversão do ônus da prova transfere para a empresa a responsabilidade de trazer ao bojo processual as provas de que realmente o contrato fora realizado.

No brilhante trabalho de EDNILSON DONISETE MACHADO que compila juntamente com DANIELA FERREIRA DIAS BATISTA E GIOVANNA ROSETO MAGAROTO CAYRES, tratando a respeito da inversão do ônus da prova no direito do consumidor, temos a afirmação de que:

Como já foi apreciado neste estudo, o consumidor é necessita de uma proteção específica para se igualar de forma técnica, jurídica e econômica em relação ao fornecedor, por isso, as normas consumeristas estabelecem direitos aos consumidores, tratando os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades. P136

O direito do consumidor à inversão do ônus da prova, busca equilibrar a relação de consumo, colocando os consumidores no mesmo nível de igualdade, para então, garantir a efetivação das normas materiais de consumo e conseqüentemente, a justa distribuição das responsabilidades e dos bens de consumo,

necessidade latente para a vida digna do ser humano na sociedade atual consumista. P138. MACHADO, Ednilson Donisete, Daniela Ferreira Dias Batista, Giovanna Rossetto Magaroto Cayres, Inversão Do Ônus Da Prova No Direito Do Consumidor. Sendo visualizado no dia 02/07/2019.

Sendo assim o princípio da isonomia ao menos em primeiro plano não é ferido com a inversão do ônus da prova e nenhum dos facilitadores da perseguição do direito do consumidor, que é parte mais frágil na relação de consumo e não tem como competir paritariamente com as empresas.

5 – DOS MEIOS DE FACILITAÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Nosso ordenamento jurídico determina seja facilitado para consumidor defender seus direitos, mas não especifica as formas. ficando a cargo do Juiz do caso averiguar qual meio a ser aplicado no específico caso prático.

O legislador no artigo 6º, VIII do CDC fala em “inclusive” a inversão do ônus probante, mas sem as devidas especificações conforme já relatado.

Neste sentido trazemos a baila um rol exemplificativo de meios para facilitação da defesa dos consumidores para melhor elucidação e posterior exposição e considerações a cada um dos meios empregados neste trabalho como possibilidade do desenvolvimento de ações que visão a proteção do consumidor.

Rol exemplificativo de meios de facilitação da defesa do consumidor a ser aplicado pelo juiz:

- 1) Eleição do foro e anulação de cláusula de adesão;
- 2) Tutelas cautelares;
- 3) A prova de responsabilidade pelo produto ou serviço;
- 4) Notificação dos fornecedores para prestação de informações;
- 5) Legitimação para exercício em juízo da defesa dos interesses dos consumidores;
- 6) Vedação a denúncia da lide;
- 7) Coisa julgada nas ações coletivas;
- 8) Automática inversão do ônus da prova com referência a publicidade;

Este rol é exemplificativo das inúmeras formas que pode o juiz nos casos específicos facilitar a defesa do consumidor aplicando o regramento processual e o direito do consumidor para este fim, sendo que passo a descrever estes casos para melhor elucidação.

5.1 – Eleição Do Foro E Anulação De Clausula De Adesão

A eleição do foro competente para julgamento de demandas surgidas nas relações de consumo, devendo inclusive serem anuladas cláusulas de eleição de foro estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor em contrato de adesão, afinal ferem por ferir os princípios do direito do consumidor², principalmente no que tange a facilitação de sua defesa.

Julgado recente do STJ³ coaduna com este entendimento, mas deixa transparecer que os direitos do consumidor estão carecendo de uma proteção mais substancial, já que demonstra o sentido de não conhecer de ofício essa proteção conferida aos consumidores, devendo estes trazerem provas de sua hipossuficiência, a qual anteriormente era tido como presumida.

Não menos importante é destacar que quanto a cláusula de eleição de foro, reputar-se-á esta ineficaz se resultar de imposição do fornecedor em desconformidade com a vontade do consumidor. Na solução destes casos, o inc. I, do art. 101, do CDC, estabelece que o consumidor pode propor a ação aonde for seu domicílio.

5.2 – Tutelas Cautelares

² É certo que a jurisprudência do STJ já reconheceu ser de ordem pública o critério determinativo da competência das ações derivadas de relações de consumo, revelando-se como regra de competência absoluta. Daí que, nesses casos, o magistrado está autorizado a, de ofício, declinar de sua competência ao juízo do domicílio do consumidor, ignorando o foro de eleição previsto em contrato de adesão. Anote-se que, entre os direitos básicos dos consumidores, está a facilitação da defesa de seus direitos privados (art. 6º, VIII, do CDC). Porém, a benesse da propositura da demanda no foro do domicílio do consumidor decorre de sua condição pessoal de hipossuficiência e vulnerabilidade. Assim, não há respaldo legal para deslocar a competência em favor do interesse do representante processual do consumidor (uma associação de consumidores), sediada em local diverso do referido domicílio. Precedentes citados: CC 17.735-CE, DJ 16/11/1998; REsp 156.561-SP, DJ 21/9/1998, e REsp 162.338-SP, DJ 21/9/1998. **REsp 1.049.639-MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 16/12/2008**

³ PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AFASTAMENTO DO ART. 952 DO CPC. 1. A arguição de incompetência relativa por ambas as partes na instância ordinária afasta o óbice previsto no art. 952 do CPC, máxime tendo em vista que os juízos suscitados exararam provimentos incompatíveis entre si e que denotam a necessidade de este Tribunal Superior dirimir a controvérsia, nos exatos termos do art. 66 do CPC, uma vez que a situação de indefinição atenta contra a segurança jurídica, podendo gerar ainda inúmeras outras decisões conflitantes.

2. A cláusula que estipula a eleição de foro em contrato de adesão é válida, desde que não obste o acesso ao Poder Judiciário nem a necessária liberdade para contratar, razão pela qual, para sua anulação, é imprescindível a constatação do cerceamento de defesa e a comprovação da hipossuficiência do aderente.

3. Ostentando a hipossuficiência caráter excepcional, faz-se mister sua demonstração cabal pela parte que a alega, não sendo a mera condição de consumidor nem a constatação de contrato de adesão, por si sós, capazes de configurá-la per se.

4. Agravo interno não provido.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.011.349 - BA (2016/0292394-0),

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602923940&dt_publicacao=22/05/2019.

Outras medidas que podem e devem ser utilizadas pelos magistrados para dar cumprimento ao estatuído no artigo 6, VIII, do CDC é a concessão das tutelas ordinárias e de urgência, sancionatórias ou inibitórias, para conceder assim a facilitação da defesa do consumidor com base na boa-fé objetiva e da efetividade da jurisdição.

As tutelas diferenciadas podem ser utilizadas como facilitadoras da persecução a tutela jurisdicional de proteção aos direitos do consumidor que devido a vulnerabilidade (ou hipossuficiência) merece esse tipo de proteção quando dotado de boa-fé objetiva. Pelas tutelas, então, esse destinatário final dos produtos e serviços tem a possibilidade de ver seu pedido antecipatório aceito pelo juízo.

Deve-se destacar que conforme Humberto Theodoro Júnior leciona, existem as tutelas diferenciadas que ensejam várias medidas que podem facilitar na persecução processual e com certeza podem ser adotadas no processo envolvendo consumidor. Veja-se:

Esses procedimentos diferenciados constam de várias medidas, que tanto podem corresponder à criação de ritos mais simples (sumários, em função do valor e da singeleza da relação material litigiosa) como à redução das questões a serem deduzidas pelo autor e pelo réu (ações especiais como o mandado de segurança e as execuções de títulos extrajudiciais exigem prova pré-constituída, e praticamente, eliminam a fase instrutória em juízo). Outras vezes, dentro do próprio rito comum, fases procedimentais são descartadas por desnecessárias e incompatíveis com o princípio da celeridade processual (é o que se passa, por exemplo, em incidente como a revelia, a falta de impugnação especificada na resposta do réu aos fatos narrados pelo autor, o julgamento antecipado da lide). Há, ainda, a tentativa de eliminar o contraditório e o acertamento próprio do processo de conhecimento, franqueando ao autor o acesso direto à atividade executiva e tornando eventual o debate dialético da causa, porque sua instauração somente ocorrerá se o réu o provar (é o que se passa com a execução dos títulos extrajudiciais, com a ação monitória e nos casos da tutela da evidência). THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, vol. I, 58ª edição. – Rio de Janeiro: forense, 2017.

Trata-se de tutela diferenciada que o juiz pode utilizar para adequar procedimentos dentro do processo e dar-lhe efetividade.

Ensina ainda o mesmo autor sobre as tutelas de urgência que podem e devem ser utilizadas para mitigar os abusos cometidos contra os consumidores. Em caso simples de negativação indevida, por exemplo, os Juízes ao analisarem os pedidos deveriam adotar a postura da concessão da tutela de urgência quando presentes os requisitos legais, haja vista que a negativação fere diretamente os direitos da personalidade, até que se prove o contrário.

Não raro, porém, são os casos em que, a ter-se de aguardar a composição definitiva da lide por sentença, o provimento final da justiça se tornará vão e inútil,...

Para estas situações, o direito processual moderno concebeu uma tutela jurisdicional diferenciada, que recebe o nome de tutela provisória, desdobrada, no direito brasileiro, em três espécies distintas: (i) a tutela cautelar, que apenas preserva a utilidade e eficiência do futuro e eventual provimento; (ii) a tutela satisfativa, que por meio de liminares ou de medidas incidentais, permite à parte, antes do julgamento de mérito, usufruir, provisoriamente, do direito subjetivo resistido pelo adversário; e (iii) a tutela da evidência, que se apoia em comprovação suficiente do direito material da parte para deferir, provisória e sumariamente, os efeitos da futura sentença definitiva de mérito. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, vol. I, 58ª edição. – Rio de Janeiro: forense, 2017.

As tutelas cautelares, podem ser utilizados e vistas como formas de facilitação e proteção aos direitos dos consumidores, utilizando-se das presunções legais. Objetivamente, então, o magistrado concede a fim de não perecimento do direito do consumidor.

Não menos importante é salientar que o próprio artigo 84 do CDC traz a possibilidade da aplicação de tutela específica como forma de assegurar o resultado prático do processo que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Portanto as medidas cautelares são totalmente cabíveis e aplicáveis nessas situações como forma de mitigar as diferenças processuais entre consumidor e fornecedor.

5.3 – Prova De Responsabilidade Pelo Produto Ou Serviço

Outra das possibilidades trazidas pelo legislador como forma de facilitação da defesa do consumidor é a encartada na seção II do CDC quando trata das excludentes de responsabilidade. Como se observa, existe a presunção até prova em contrário, de responsabilidade do fornecedor, cabendo a este último demonstrar alguma das excludentes previstas, ou no § 3º, do art. 12, ou no § 3º, do art. 14, ambos do CDC.

Essa condição direciona o ônus probante, desincumbindo o consumidor e empurrando toda a carga probatória ao fornecedor. Nesse sentido, Héctor Valverde Santana leciona:

“As causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou serviço são taxativamente previstas nos arts. 12, §3º, e 14, §3º, ambos do CDC. Registre-se que o ônus da prova é atribuído ao fornecedor, porquanto a anomalia motivadora do acidente de consumo é presumida, razão pela qual o fornecedor deve atuar positivamente na fase processual destinada à atividade probatória.” Héctor Valverde Santana, *Dano Moral no direito do consumidor*, Revista dos Tribunais, p. 106.

Vejamos o teor do artigo 12: que trata do fabricante, o produtor, o construtor, e o importador, trazendo no § 3º as formas do fornecedor se eximir da responsabilidade pelo defeito no produto, sendo elas: 1 – A prova de que não colocou o produto no mercado. 2 – Mesmo tendo colocado que não existe defeito. 3 – que a culpa do defeito é exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Notemos que o legislador apresentou o rol de possibilidades da excludente de culpa para o fornecedor e que o mesmo deve produzir a prova desta excludente, no entanto há quem entenda que este rol não é taxativo e que o caso fortuito ou a força maior trazida no código civil são aplicáveis nas relações de consumo. Descreve-se pensamento neste sentido para melhor elucidação:

“A regra no nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar.” Antonio Herman V. Benjamin, Manual de direito do consumidor, Revista dos Tribunais, 2008, p. 128

Embora este renomado autor teça este entendimento, outros como Rizzato Nunes não coadunam do mesmo pensamento, entendendo que o rol trazido pelo artigo 12 é taxativo e não cabe interpretação diversa. Cita-se:

“A utilização do advérbio “só” não deixa margem a dúvidas. Somente valem as excludentes expressamente previstas no §3º, e que são taxativas. Nenhuma outra que não esteja ali tratada desobriga o responsável pelo produto defeituoso. Isso nos leva à segunda constatação. O risco do fornecedor é mesmo integral, tanto que a lei não prevê como excludente do dever de indenizar o caso fortuito e a força maior. E, como a norma não estabelece, não pode o agente responsável alegar em sua defesa essas duas excludentes.” RIZZATO NUNES, comentários ao código de defesa do consumidor, 3 ed., Saraiva, p. 195.

O STJ em recurso especial concedeu provimento a pedido Autoral no sentido de entender a carga probatória sendo ônus do fornecedor de produto⁴. A referida decisão, deixou

⁴ DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. FATO DO PRODUTO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. NÃO ACIONAMENTO DO AIR BAG. REGRAS DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO DO PRODUTO. INVERSÃO OPE LEGIS. PROVA PERICIAL EVASIVA. INTERPRETAÇÃO EM FAVOR DO CONSUMIDOR. 1. A Resolução n. 311, de 3 de abril de 2009, do Conselho Nacional de Trânsito - Contran, dispõe que o air bag é "equipamento suplementar de retenção que objetiva amenizar o contato de uma ou mais partes do corpo do ocupante com o interior do veículo, composto por um conjunto de sensores colocados em lugares estratégicos da estrutura do veículo, central de controle eletrônica, dispositivo gerador de gás propulsor para inflar a bolsa de tecido resistente" (art. 2º). 2. A responsabilidade objetiva do fornecedor surge da violação de seu dever de não inserção de produto defeituoso no mercado de consumo, haja vista que, existindo alguma falha quanto à segurança ou à adequação do produto em relação aos fins a que se destina, haverá responsabilização pelos danos que o produto vier a causar. 3. Na hipótese, o Tribunal a quo, com relação ao ônus da prova, inferiu que caberia à autora provar que o defeito do produto existiu, isto é, que seria dever da consumidora demonstrar a falha no referido sistema de segurança. 4. Ocorre que diferentemente do comando contido no art. 6º, inciso VIII do CDC, que prevê a inversão do ônus da prova "a critério do juiz", quando for verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte, o § 3º do art. 12 do mesmo Código estabelece - de forma objetiva e independentemente da manifestação do magistrado - a distribuição da carga probatória em desfavor do fornecedor, que "só não será responsabilizado se provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro". É a diferenciação já clássica na doutrina e na jurisprudência entre a inversão ope iudicis (art. 6º, inciso VIII, do CDC) e inversão ope legis (arts.12, § 3º, e art. 14, § 3º, do CDC). Precedentes. 5. No presente caso, o "veículo Fiat Tempra atingiu a parte frontal esquerda (frontal oblíqua), que se deslocou para trás (da esquerda para direita, para o banco do carona)", ficando muito avariado; ou seja, ao que parece, foram preenchidos os dois estágios do choque exigidos para a detecção do air bag, mas que, por um defeito no produto, não acionou o sistema, causando danos à consumidora. Em sendo assim, a conclusão evasiva do expert deve ser interpretada em favor do consumidor vulnerável e hipossuficiente. 6. Destarte, enfrentando a celeuma pelo ângulo das regras sobre a distribuição da carga probatória, levando-se em conta o fato de a causa de pedir apontar para hipótese de responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto, não havendo este se desincumbido do ônus que lhe cabia, inversão ope legis, é de se concluir pela procedência do pedido autoral com o reconhecimento do defeito no produto. 7. Recurso especial provido. RECURSO ESPECIAL Nº 1.306.167 - RS (2011/0170262-4), https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101702624&dt_publicacao=05/03/2014.

claro o entendimento do STJ no sentido de facilitar a defesa do direito do consumidor em caso de fato do produto, transferindo para o fornecedor, o ônus atinente a carga probatória, e mais, acrescentou discorrendo brilhantemente que neste caso o Juiz não fará juízo de valor, tão-somente aplicará a regra diferentemente da inversão do ônus da prova.

5.4 – Notificação Dos Fornecedores Para Prestação De Informações

Independente de ordens judiciais, entidades como Fundação Procon podem expedir notificações aos fornecedores para prestação de informações sobre qualquer questão de interesse do consumidor, conforme preconizado no artigo 55 do Código de Defesa do Consumidor.

A prestação de informações de interesse do consumidor é utilizada como meio facilitador da defesa de direitos do consumidor, inclusive, cabível a aplicação de multa, sendo que em caso de descumprimento do pedido de informações por órgão oficial, pode haver a ocorrência de crime de desobediência conforme julgado pelo STJ⁵. Assim, como se observa, pode o consumidor acionar os órgãos que tratam da sua proteção para requerer as informações de seu interesse, a respeito de produtos e serviços, sendo essa uma importantíssima ferramenta, se bem utilizada para auxiliar na defesa de seus direitos.

⁵ DIREITO DO CONSUMIDOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR INFORMAÇÕES. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON. DECRETO 2.181/1997. 1. Dispõe o art. 55, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que "Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial". 2. Assim, a recusa do fornecedor em prestar informações pode ensejar o crime de desobediência, além de sujeitá-lo às demais sanções administrativas previstas no próprio art. 55, sistemática seguida pelo art. 33, § 2º, do Decreto 2.181/1997. 3. Recurso Especial provido.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Podendo ser visualizado no site, RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.310 - RN (2009/0016426-0), https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900164260&dt.

5.5 – Legitimação Para Exercício Em Juízo Da Defesa Dos Interesses Dos Consumidores

O artigo 81 do CDC traz a possibilidade de se adentrar em juízo em forma de defesa coletiva dos interesses dos consumidores, sendo que o artigo 82 do mesmo diploma legal traz quem são os legitimados para realizar essa defesa, sendo eles o ministério público, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, além de órgãos e entidades da administração pública que tratam da defesa dos interesses do consumidor, associações legalmente constituídas há pelo menos um ano.

Neste sentido, o artigo 83 permite que seja utilizada qualquer ação capaz de propiciar a efetiva tutela, portanto abrindo um leque enorme de ações para que possa ser efetivado o direito do consumidor.

Neste sentido Didier Jr leciona.

“O art 83 do Código de Defesa do Consumidor permite que sejam propostas todas as espécies de ações (condenatórias, mandamentais, executivas, declarações e constitutivas, pouco importa a classificação que se adote). O rol da Lei de Ação Civil Pública, que previa as ações condenatórias para reparação de danos, as ações de obrigação de fazer e de não fazer e a ação cautelar, foi ampliado significativamente, tendo em vista a interação que existe entre esse diploma normativo e o código consumerista. Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr., Curso de direito processual civil, v. 4,3 ed., Podivm, p.60.

Assim, que o código de defesa do consumidor demonstra a preocupação do legislador pátrio em elaborar um complexo sistema jurídico em que todos os entes federados, tenham como dever propiciar a tutela jurisdicional para o em favor do consumidor.

5.6 – Vedação A Denúnciação A Lide

Uma benesse trazida pela legislação em favor do consumidor é o disposto no artigo 88 do CDC, que ao vedar a denúnciação da lide pelo fornecedor, deixa em aberto para este, apenas a possibilidade de valer-se de ação de regresso.

A princípio devemos observar que realmente a denúnciação a lide, na prática processual em matéria de direito do consumidor não contribui para a efetividade da persecução jurisdicional que seja célere.

Neste diapasão elucidada Carlos Roberto Gonçalves que descrevo.

“Para evitar prejuízo ao consumidor com a demora que a denúnciação a lide, como exercício do direito de regresso, acarreta, o art. 88 veda expressamente o seu uso. Tendo em vista, porém, que o art.90 proclama

aplicarem-se às ações que objetivam a defesa do consumidor as normas do Código de Processo Civil, pode o fornecedor acionado chamar ao processo os demais devedores solidários (CPC, 77 a 80), para haver deles a respectiva cota-parte, prosseguindo no mesmo processo ou ajuizando contra eles ação autônoma.” Carlos Roberto Gonçalves, Comentários ao Código Civil, Saraiva, v. 11, 2003, p.222.

Ora é de conhecimento geral que em muitos casos o mercado de consumo é composto de várias etapas onde cada empresa é responsável por uma parte do produto, sendo uma empresa responsável pela montagem do mesmo, outra pela importação, pela distribuição, e no final pela comercialização do bem que chega a seu destinatário final que é o consumidor que pode acionar na justiça qualquer um desta lista.

É conveniente e mais fácil para o consumidor adentrar com demanda contra o integrante da cadeia de fornecimento que esteja mais ao alcance dele, por exemplo, o comerciante, e sem este tipo de barreira contra a denúncia, este poderia denunciar a lide e chamar o distribuidor, que chamaria o importador, que chamaria a montadora, que chamaria o fabricante de uma das peças componentes da mercadoria, condições que por certo trariam um transtorno imenso no bojo processual, nada auxiliando na busca pela adequada prestação jurisdicional.

5.7 – Da Coisa Julgada Nas Ações Coletivas

Outra forma de beneficiar o consumidor é quando do ajuizamento de ações coletivas, a sentença fazer coisa julgada erga omnes e/ou ultra partes, conforme preconiza o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Destaca-se a lição de Fredie Didier Jr para abarcar esta facilitadora:

“A extensão subjetiva do julgado em ações coletivas ocorrerá em direta relação com a amplitude do direito posto em causa. Se difuso, a extensão será erga omnes para atingir a massa indeterminada de sujeitos daquele direito. Se coletivo stricto sensu, a extensão sera ultra partes, atingindo a todos os membros da categoria, classe ou grupo, “perfeitamente identificáveis” (mas, não necessariamente identificados), em razão da ocorrência de relação jurídica-base entre si ou com a contraparte anterior à lesão. Se individuais homogêneos, a extensão será erga omnes, atingindo a todos aqueles que comprovarem a lesão (origem comum) do direito debatido em juízo.” Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., Curso de direito processual civil, v. 4, 3 ed., Jus Podivm, p. 374

Este recurso facilitador está ligado a possibilidade do consumidor se aproveitar de sentença de outro processo para requerer seus direitos, bastando a prova de que a lesão a estes se deu da mesma maneira do processo de origem, o que por certo traz um grande avanço e benefício já que todo o percalço do processo não terá que ser ultrapassado.

Imagine que um processo normalmente demore de 3 a 5 anos para ser solucionado tendo sentença. Então imagine não ter que discutir todos esses anos em razão da morosidade do judiciário. E mais, acrescente-se a economia quando evitados os dispendiosos custos de manter um processo por vários anos.

5.8 – Inversão Do Ônus Da Prova Da Publicidade

Antes de adentrarmos à inversão do ônus da prova em geral adentremos ao exposto no artigo 38 do CDC que atribui o ônus probante nos casos de publicidade enganosa a quem as patrocina. Desta forma facilita a defesa do consumidor quando sujeito a ser ludibriado por publicidades enganosas capazes de fazê-lo cair em engodos.

Neste diapasão Antônio Carlos Alencar Carvalho leciona com maestria:

“O CDC (art.38) adotou o sistema de que o ônus da prova de que a propaganda não é falsa ou incorreta incumbe a quem a veicula e, não aos destinatários finais, o que representa notável avanço e, ainda mais, estabelece facilitação da defesa em juízo dos interesses dos consumidores vitimados pela mensagem publicitária enganosa.” Antônio Carlos Alencar Carvalho, A disciplina civil da publicidade no Código de Defesa do Consumidor, in Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ano 7, n° 13, p. 26.

Em caso prático, o STJ já enfrentou a matéria e diz ser solidária a responsabilidade daqueles que veiculam a publicidade enganosa⁶. Assim, é imperioso que o consumidor não

⁶ Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Publicidade enganosa por omissão. Aquisição de refrigerantes com tampinhas premiáveis. Defeitos de impressão. Informação não divulgada. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Omissão. Inexistência. Embargos de declaração. Responsabilidade solidária por publicidade enganosa. Reexame fático-probatório. - O Recurso Especial carece do necessário questionamento quando o aresto recorrido não versa sobre a questão federal suscitada. - Há relação de consumo entre o adquirente de refrigerante cujas tampinhas contém impressões gráficas que dão direito a concorrer a prêmios e o fornecedor do produto. A ausência de informação sobre a existência de tampinhas com defeito na impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio, configura-se como publicidade enganosa por omissão, regida pelo Código de Defesa do Consumidor. - A comprovação do dissídio jurisprudencial exige o cotejo analítico entre os julgados tidos como divergentes e a similitude fática entre os casos confrontados. - Inexiste omissão a ser suprida por meio de embargos de declaração quando o o órgão julgador pronuncia-se sobre toda a questão posta à desate, de maneira fundamentada. - É solidária a responsabilidade entre aqueles que veiculam publicidade enganosa e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto. - É inviável o reexame fático-probatório em sede de Recurso Especial. Recursos Especiais conhecidos parcialmente e não providos. Podendo ser visualizado no site RECURSO ESPECIAL Nº

tenha que se preocupar com a prova que terá que fazer em juízo, posto que esta caberá integralmente ao fornecedor que a veiculou.

Como se observa, muito embora não exista um rol das medidas para facilitar ao consumidor a defesa de seus, ficará a cargo do Juiz decidir no caso em concreto qual tipo de facilitação solicitada melhor ampara ao consumidor na defesa de seus direitos, tudo a luz destes princípios e termos legais.

6 – INVERSÃO DO ÔNUS PROBANTE COMO REGRA E NÃO EXCEÇÃO

A inversão do ônus da prova que trata o artigo 6º, VIII, do CPC demonstra que na verdade a palavra INCLUSIVE pode ser vista como exceção a regra geral e não como o único meio de facilitação da defesa do Consumidor. Entretanto, tem transparecido na esfera judicial haver um superdimensionamento que implica na concessão indiscriminada para os casos envolvendo relações de consumo, o que, na prática, se demonstra perigoso.

A prática corriqueira da utilização da inversão do ônus da prova sem averiguar a hipossuficiência do consumidor, sendo esta presumida, não se revela boa técnica.

Para haver a inversão do ônus da prova a favor do consumidor deve estar demonstrada sua condição de hipossuficiência ou verossimilhança nas suas alegações apresentadas. Conforme destaca Fabio Costa Soares:

O Código de Defesa do Consumidor adotou os postulados da teoria das cargas probatórias dinâmicas no artigo 6º, inciso VIII, na medida em que permite ao julgador mitigar e eliminar as consequências da ausência da produção da prova sobre fatos relevantes para o julgamento da causa de acordo com as regras clássicas de distribuição do ônus *probandi*, diante das circunstâncias do caso concreto reveladas pela verossimilhança das alegações do consumidor, ou da sua hipossuficiência, sempre com base nas regras ordinárias de experiência. A inversão do ônus *probandi* consagrada no CDC evidencia a adoção da teoria das cargas probatórias dinâmicas. Aplicando a referida norma do CDC, o julgador retira do consumidor hipossuficiente, ou que apresenta alegações verossímeis, o peso da produção da prova sobre fatos do seu interesse, independentemente da posição ocupada na relação processual, presumindo como provados e mantendo sobre o fornecedor o ônus da prova das alegações dos fatos do seu interesse e capazes de desfazer aquela presunção criada pela incidência da regra de inversão do ônus *probandi*. SOARES, Fabio Costa, Acesso do consumidor à justiça, Lumen Juris, 2016, p. 180.

Portanto, a inversão é substancialmente um ganho para os consumidores em situação de vulnerabilidade agravada, no caso, hipervulneráveis ou hipossuficientes.

Não menos importante é salientar que na realidade fática o que ocorre é tão somente a expressão do justo já que é fato que o consumidor não consegue ter a mesma condição que o fornecedor que detém toda capacitação técnica e o conhecimento do ocorrido no processo de fabricação e comercialização ou na prática do serviço.

Conforme bem demonstra Sergio Cavalieri Filho:

Constatada a verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua hipossuficiência, apenas admite como verdadeiros os fatos por ele alegados e o libera da produção da prova sobre os fatos constitutivos do seu direito, sem que sobre ele recaia a consequência da inexistência dos fatos alegados. A partir daí cabe ao fornecedor provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do consumidor. Não se trata, portanto de transferir para o fornecedor o encargo de provar a veracidade das alegações do consumidor - o que importaria em obriga-lo a produzir prova contra si mesmo - , mas de ter o fornecedor que provar a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do consumidor. Em suma admitidos como verdadeiros os fatos alegados pelo consumidor – presunção juris tantum - , cabe ao fornecedor desfazer essa presunção mediante a prova da ocorrência de fatos impeditivos, modificativos, ou extintivos daqueles que foram alegados pelo consumidor. CAVALIERI FILHO, Sergio, programa de direito do consumidor, Atlas, 2008.

Fica evidente, portanto, a importância da inversão do ônus da prova para que o consumidor não acabe prejudicado, já que não tem paridade com o fornecedor que detém todas as armas e recursos para provar o alegado em contraposição.

Certo é que a inversão do ônus da prova é o recurso mais utilizado, no sentido de viabilizar para o consumidor o alcance de seu direito na via judicial.

7 – CONCLUSÕES

Como exposto ao longo deste trabalho, nas relações de consumo costumam estar envolvidos direitos da personalidade do consumidor. Observe-se então, que em paralelo ao art. 6º, VIII, do CDC que determina a facilitação para o consumidor da defesa de seus direitos, o art. 8º do CPC diz textualmente: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Colocado(s) esse(s) objetivo(s), é importante atentar que a par da inversão do ônus da prova que é muito importante, no entanto existem na legislação, várias formas com notável potencialidade para viabilizar, na prática, os referidos desideratos. Muito embora não se tenha um rol taxativo ou mesmo exemplificativo que possa ser seguido para esta

“facilitação” estabelecida no CDC, quando da solução de casos concretos, deve o julgador procurar visualizar a(s) mais adequada(s) alternativa(s) que lhe é(são) processualmente facultada(s) para que aconteça justiça no caso concreto, cumprindo o mandamento constitucional de proteção ao consumidor.

Reitere-se que não deve haver desmerecimento para o instrumento consistente na inversão do ônus da prova, mas considerando que o CDC é norma de ordem pública e interesse social, percebe-se existir um certo espaço permissivo para que o julgador (até com um certo ativismo judicial benéfico) tenha liberdade para encetar iniciativas em busca da verdade real quanto aos fatos versados no processo. Ou seja, a legislação confere ao juiz, diversas possibilidades que neste texto foram mencionadas (e outras como a faculdade de emitir ofícios para requisitar documentos em poder de terceiros, etc.) para que com ações proativas não se limite tão-somente a analisar as provas carreadas pelas partes ao processo.

Esta fórmula técnica não viola normas processuais, pois a facilitação na defesa do menos favorecido traz aos autos a paridade de armas, equilibrando a balança da justiça. E como a realização da finalidade maior do ordenamento jurídico que é decisão justa, sejam respeitados os direitos da personalidade do consumidor e se possa alcançar ordem e paz social.

8 – REFERÊNCIAS

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.011.349 - BA (2016/0292394-0), https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602923940&dt_publicacao=22/05/2019.

Antônio Carlos Alencar Carvalho, A disciplina civil da publicidade no Código de Defesa do Consumidor, in Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ano 7, nº 13.

Antônio Herman V. Benjamin, Manual de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

Carlos Roberto Gonçalves, Comentários ao Código Civil, Saraiva, v. 11, 2003

Cláudia Lima Marques, contratos no código de defesa do consumidor, 3. Ed. Revista dos Tribunais, p. 148-149.

Constituição Federal.

Ednilson Donisete Machado, Daniela Ferreira Dias Batista, Giovanna Rossetto Magaroto Cayres, Inversão Do Ônus Da Prova No Direito Do Consumidor. Sendo visualizado no dia 02/07/2019:

Fabio Costa Soares, Acesso do consumidor à justiça, Lumen Juris, 2016, p. 180.

Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., Curso de direito processual civil, v. 4, 3 ed., Jus Podivm,

Héctor Valverde Santana, Dano Moral no Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, p. 66

Humberto Theodoro Júnior. Curso de direito processual civil, vol. I, 58ª edição. – Rio de Janeiro: forense, 2017.

Lei Nº 8.078, De 11 De Setembro De 1990 (código de defesa do consumidor).

Lei Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002

Lei Nº 13.105, De 16 De Março De 2015 (código de processo civil).

Luciana Akie Sato e Silas Silva Santos, A Força Normativa Dos Princípios E Os Direitos Básicos Do Consumidor No CDC, disponível no site <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7064/67647114>.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.310 - RN (2009/0016426-0), https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900164260&dt.

RECURSO ESPECIAL Nº 327.257 - SP (2001/0057239-4), https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200100572394&dt_publicacao=16/11/2004.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.306.167 - RS (2011/0170262-4), https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101702624&dt_publicacao=05/03/2014.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.032.876 - MG (2008/0035966-7), https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800359667&dt_publicacao=09/02/2009.

Rizzato Nunes, comentários ao código de defesa do consumidor, 3 ed., Saraiva.

Sergio Cavaliere Filho, programa de direito do consumidor, Atlas, 2008.

