

QUESTÕES PROCESSUAIS EM LIDES DE CONSUMO

Revista de Direito do Consumidor | vol. 69/2009 | p. 102 - 139 | Jan - Mar / 2009
Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor | vol. 6 | p. 345 - 378 | Abr / 2011
DTR\2009\73

Rogério Zuel Gomes

Especialista em Direito Civil pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Diretor da Comissão Permanente de Controle de Cláusulas Abusivas do Brasilcon. Professor Convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR, Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina e da Escola Superior do Ministério Público de Santa Catarina. Advogado.

Área do Direito: Processual; Consumidor

Resumo: O referente que orientou o presente artigo busca sustentar a incidência e efetivação dos princípios processuais constitucionais quando da tutela do consumidor em juízo, tentando traçar um elo de correlação entre alguns princípios processuais constitucionais e a efetiva promoção dos direitos do consumidor. Para este objetivo elegemos alguns institutos jurídicos processuais, procedendo à análise proposta a partir dos conteúdos da Constituição da República (tutela da dignidade da pessoa humana e tratamento isonômico) e do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (facilitação da defesa do consumidor em juízo).

Palavras-chave: Consumidor - Princípios constitucionais - Processo civil - Ônus da prova - Ações coletivas

Abstract: The focus of this Article is to sustain the incidence of the constitutional procedural principles, especially in those cases involving the consumer's defense in trials, trying to correlate some constitutional procedural warranties with the constitutional warranty of the effective promotion of the consumer's rights. For that we chose some procedural institutes, analyzing them starting from the Constitutional warranties (dignity of the human person and equality) and from the Brazilian Consumer Act (the facilitation of the consumer's defense in trials).

Keywords: Consumer - Constitutional principles - Civil procedure - Burden of proof - Class actions

Sumário:

1. Direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito: brevíssimas considerações¹
- 2. Os princípios processuais na Constituição Federal de 1988 - 3. A proteção e a defesa do consumidor como garantia fundamental

1. Direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito: brevíssimas considerações

Os direitos fundamentais foram, a partir do advento do Estado Constitucional, concebidos segundo a ótica de cada tempo e modelo de Estado. Sob esta perspectiva, analisa Daniel Sarmiento, os direitos fundamentais se desenvolveram, basicamente, sob duas dimensões: a subjetiva, voltada exclusivamente a quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado; e a dimensão objetiva, calcada no reconhecimento de que tais direitos, além de imporem prestações aos poderes estatais, consagram, também, os valores mais importantes de uma comunidade política.²

Esta concepção, a objetiva, impõe o reconhecimento de valores fundamentais, ou fundantes, de um Estado Democrático, para além das limitações aos poderes estatais, implicando, desta forma, verdadeira orientação norteadora aos poderes constituídos. Portanto, a conduta estatal negativa (de abstenção de determinados atos) não mais se presta, sozinha, à única forma de proteção ao indivíduo, sendo fundamental a este modelo de Estado assegurar condições mínimas (obrigações de prestar) que não

afrotem as liberdades e direitos constitucionais básicos ou, como prefere Gomes Canotilho, os direitos fundamentais não são apenas um limite do Estado são também uma tarefa do Estado. Ao Estado incumbe defendê-los e garanti-los. Não apenas um dado a respeitar, são também uma incumbência a realizar.³ Dada esta importância os direitos fundamentais passam a ocupar um grau superior da ordem jurídica,⁴ o que dificulta ou impossibilita a sua modificação.

A Constituição consagra como fundamento da República Federativa do Brasil, entre outros direitos fundamentais, o da dignidade da pessoa humana. De sorte que, como núcleo central, este acaba irradiando o seu conteúdo por todo o texto constitucional,⁵ autorizando a afirmação de que o cidadão precede ao Estado e de que este Estado existe como garantidor desse princípio, buscando a sua plena efetividade.

Portanto, ao qualificar determinados direitos como fundamentais está-se querendo conferir a eles as características da universalidade e da indisponibilidade porque tutelam determinadas necessidades ou interesses, assim considerados em função de uma teoria política afeita aos princípios do Estado Democrático de Direito.

Esclarecemos, com base na lição de Luigi Ferrajoli, que a universalidade dos direitos fundamentais não pode ser confundida com a universalidade tida como característica de qualquer norma jurídica, voltada a toda e qualquer classe de sujeitos, e sim, voltada a todos aqueles titulares de direitos da personalidade, da cidadania ou da capacidade de livremente agir.⁶⁷ Da mesma forma, sublinha-se que a indisponibilidade é reconhecida, segundo o mesmo jurista, porque os direitos fundamentais não têm a mesma característica que os direitos patrimoniais, estes sim disponíveis. Significa dizer, portanto, que sendo os direitos fundamentais direitos universais e, por consequência, não patrimoniais, eles são indisponíveis⁸ porque inerentes a direitos da personalidade, da cidadania e da capacidade de livremente agir.

Ao cabo deste raciocínio, atentando que a definição, ainda que sucinta, das características da universalidade e da indisponibilidade serve às necessidades analíticas do presente ensaio, torna-se mais fácil compreender a razão de ser da irradiação dos direitos fundamentais por toda a Constituição e legislação infraconstitucional.

Esta irradiação, afirma Robert Alexy, se traduz na representação de uma ordem valorativa objetiva, implicando a sua validade em todos os âmbitos do direito e, naquilo que particularmente nos interessa, proporciona impulsos e diretrizes para a legislação, para a administração e para a justiça.⁹ Os direitos fundamentais colocam, de forma incontestável, quais os valores a serem considerados prioritários, de modo que se garanta a tutela neles contida, efetivamente no plano dos fatos.

Diante dessas conclusões importa reconhecer a necessária coerência do sistema jurídico a partir dos direitos fundamentais porquanto representam e desempenham função de interpretação e integração.¹⁰

2. Os princípios processuais na Constituição Federal de 1988

Como reflexo das teorias individualistas desenvolvidas durante o século XVIII, a legislação infraconstitucional nunca se deixou orientar pelas constituições de então. Sobretudo no Brasil, onde os hiatos de tempo em Estado de Direito retardaram, ainda mais, o reconhecimento à importância do conteúdo constitucional.¹¹ Todavia, com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e com a evolução da Teoria Constitucional em outros países, especialmente na Europa ocidental, nota-se a preocupação de estudiosos em conferir verdadeira efetividade à norma constitucional fazendo com que esta acabe refletindo em todos os ramos do Direito.¹²

Assim, o surgimento de conteúdos constitucionais alusivos a direitos fundamentais acaba assumindo importância que vai muito além de meros compromissos políticos, desfazendo as antigas definições e ligando compartimentos científicos ancestrais.¹³

Ressuma claro o viés instrumental contido nesses valores, já que expressam um objetivo a ser efetivamente perseguido pelo Estado na promoção da dignidade social do cidadão. Pietro Perlingieri apresenta os princípios da solidariedade e da igualdade como instrumentos e resultados voltados para a atuação da dignidade social do cidadão. Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que 'confere a cada um o direito ao "respeito" inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais.¹⁴¹⁵

Para que seja considerada válida a assertiva de Perlingieri, necessário é reconhecer o inescandível contato entre os vários ramos do Direito, em função do conteúdo da Constituição. Isso ocorre devido à homogeneidade de objetivos existente nesta. É a unicidade desse conteúdo que impõe uma nova visão tanto do direito material quanto do direito formal, segundo os ditames constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, fazendo com que todos os ramos do Direito se encontrem enfeixados por estes direitos e garantias fundamentais. As normas que resguardam os direitos fundamentais, acrescenta Antonio Enrique Perez Luño, juntamente com aquelas que consagram a forma de Estado e as que estabelecem o sistema econômico, são decisivas para definir o modelo constitucional adotado por uma sociedade.¹⁶

A partir destas constatações é que passamos a analisar alguns princípios processuais de estatura constitucional.

2.1 O princípio do acesso à justiça

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5.º, XXXV, da CF o direito à apreciação jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça a direito, independentemente de ser a pessoa jurídica ou natural, incluindo entre estes direitos, também, aqueles de natureza coletiva ou difusa. No entanto, como bem acentua Kazuo Watanabe, citado por Ada Pellegrini Grinover, o princípio do acesso à justiça não se esgota no mero acesso aos tribunais, mas indica o acesso à ordem jurídica justa.¹⁷

Cândido Rangel Dinamarco, ao traçar íntima relação entre a instrumentalidade processual e acesso à justiça observa que não se pode falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade sem que se fale dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação de conflitos que as envolvem, com decisões justas.¹⁸ Mais adiante conclui sobre a idéia de acesso à justiça, como síntese generosa do pensamento instrumentalista e dos grandes princípios e garantias constitucionais do processo: Todos eles coordenam-se no sentido de tornar o sistema processual acessível, bem administrado, justo e afinal dotado da maior produtividade possível.¹⁹

Por isso, releva acrescentar, referido princípio suplanta o conceito de direito de ação para abrigar, também, o direito a um processo justo e célere.²⁰ A garantia do acesso à justiça não pode, portanto, ser tomada como mera possibilidade de o cidadão se dirigir ao Judiciário para ter sua pretensão apreciada. A interpretação do referido princípio há de ser feita para muito além, no plano processual, daquilo que muitos autores insistem em classificar como mero direito à prestação da tutela jurisdicional sem levar em consideração variáveis que, em muitos casos, trariam enormes prejuízos ao indivíduo consumidor da tutela jurisdicional.²¹

2.2 O princípio da isonomia

O caput do art. 5.º, da CF/1988, estabelece que todos são iguais perante a lei. Para Norberto Bobbio, um comando dessa natureza deve ser entendido como regra de justiça, segundo a qual se devem tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual.²² Na seara processual o Princípio da Igualdade já encontrava previsão no Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 125, I, do CPC não se configurando, em

termos de texto legal, novidade. O relevante aqui é a origem constitucional, a qual confere a este princípio o status de direito fundamental.

A necessidade de tratamento distinto a uma das partes litigantes, como reflexo do comando constitucional, encontra-se prevista, também, em legislação esparsa. O Código de Processo Civil, anterior à Constituição de 1988, também já conferia benefícios ao Ministério Público e à Fazenda Pública (somente para citarmos um exemplo), sobretudo no que diz respeito aos prazos, tomando em conta as dificuldades que estes órgãos apresentam ao litigar em juízo, não raras vezes dependendo de terceiros para colheita de provas documentais.²³ Leonardo Greco justifica o tratamento desigual advertindo que tais privilégios somente são legítimos na medida em que se fazem necessários para que o Estado possa exercer com plenitude a sua defesa em juízo, em igualdade de condições com qualquer outro litigante.²⁴

O exemplo citado demonstra que em determinados casos há que se criar mecanismos para que o Princípio da Isonomia vingue na prática, sob pena de vulnerar um direito fundamental.²⁵ Assim, para que os litigantes possam ao final da demanda ter as chances de sucesso, seja no que diz respeito à tutela jurisdicional propriamente dita, seja no que diz respeito ao efetivo acesso à justiça mister se faz a interpretação de dispositivos legais sem se perder de vista as garantias trazidas pela Constituição de 1988, entre as quais ganha relevo o tratamento isonômico, sobretudo por que o princípio da isonomia se põe como fundamento da dignidade da pessoa humana.²⁶

3. A proteção e a defesa do consumidor como garantia fundamental

A promoção da defesa do consumidor encontra espaço constitucional no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais do art. 5.º, XXXII da CF/1988: cabe ao Estado a promoção da defesa do consumidor. Convém observar, mais uma vez, que os direitos fundamentais não se encontram compartimentados em dada seção ou capítulo, porque permeiam todo o texto constitucional, em função da íntima relação entre Estado de Direito Democrático e direitos fundamentais.²⁷

É com esse escopo que a promoção da defesa do consumidor assume status de viga mestra de um Estado de Direito que busca minimizar injustiças e desigualdades resultantes do abismo existente entre as classes sociais que compõem a realidade brasileira, devendo sempre ser levada em consideração na interpretação dos demais dispositivos constitucionais que de alguma forma produzam reflexos na esfera de direito dos consumidores. Não faltarão as insurgências daqueles que defendem a eficiência do mercado do mercado; todavia, não é justificável a contraposição da citada eficiência do mercado à prescrição constitucional com o objetivo de tutelar as posições jurídicas do consumidor,²⁸ notadamente após a atual crise econômica mundial que revelou as imperfeições e vulnerabilidades desse modelo. Não nos descuremos, também, da constatação de que o Estado, na sua forma e finalidade, existe de modo a permitir a estrutura econômica capitalista e propiciar a fluência da circulação mercantil (determinismo econômico).²⁹ Ainda que se reconheça esta circunstância, apontada, entre nós, por Eros Roberto Grau,³⁰ ela não inviabiliza um maior controle das relações jurídicas existentes entre consumidor e fornecedor ou prestador de serviços, nos termos previstos na Constituição.

A importância da tutela do consumidor se reflete, também, no texto constitucional, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira a qual traz mais uma vez, não por coincidência, como um de seus princípios diretores a defesa do consumidor. Da simples leitura do caput do art. 170 da CF, vê-se que a ordem econômica e financeira deve se fundar na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para asseguramento de existência digna segundo os ditames da justiça social.

O dispositivo constitucional aludido demonstra a necessidade de conciliação entre a força de trabalho representada pelos cidadãos e os limites de ação daqueles outros cidadãos que empreendem a livre iniciativa.

Assim, na medida em que o Estado deve apoiar e incentivar a livre iniciativa na busca do desenvolvimento e do lucro, deve, também, salvaguardar direitos do cidadão à existência digna, garantida pela Constituição da República.³¹

As disposições relativas à defesa do consumidor no Título II, da Constituição da República, que tratam dos Direitos e Garantias Fundamentais, bem como, aquelas dispostas no Título VII, que tratam da Ordem Econômica e Financeira, coadunam-se perfeitamente com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Como já dito, não se pode querer compartimentar direitos fundamentais. Segundo Konrad Hesse, o "status jurídico-constitucional" do particular fundamentado e garantido pelos direitos fundamentais da Lei Fundamental, é um status jurídico material, isto é, um status de conteúdo concretamente determinado que, nem para o particular, nem para os poderes estatais, está ilimitadamente disponível.³² Assim, não se pode interpretar a Constituição da República, especialmente no que toca a ordem econômica e financeira, de forma isolada, tampouco querer conferir caráter meramente político ao texto constitucional.

Sempre que o consumidor ocupar um dos pólos da relação jurídica há que se lembrar da especial proteção que a Constituição lhe confere, associando tal proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto maior a posição de vulnerabilidade de um dos pólos da relação jurídica maior será a necessidade de resguardo da dignidade desta pessoa, nomeadamente em nosso país, de dimensões continentais, que abriga desigualdades enormes e que precisam ser resolvidas ou, pelo menos, abrandadas.

3.1 O direito do consumidor no Brasil a partir do Código de Defesa do Consumidor

A Política Nacional de Relações de Consumo, trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, demonstra claramente o objetivo de se implantar na sociedade brasileira um conjunto de ações que visam organizar a defesa, promoção e divulgação dos direitos do consumidor. Decorridos dezoito anos do advento do Código de Defesa do Consumidor é bastante sensível a mudança cultural no consumidor brasileiro, nada obstante, se deve reconhecer que o Brasil ainda está longe do ideal trazido pelo novo estatuto. Assim, implantar uma política nacional voltada à defesa do consumidor, associada a outros avanços trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, impõe reconhecer neste microsistema uma eficaz forma de promoção à defesa dos consumidores, em atenção e cumprimento ao comando constitucional trazido pelo art. 5.º, XXXII, da CF/1988, de conteúdo verdadeiramente impositivo.³³

3.1.1 Boa-fé, vulnerabilidade e hipossuficiência

O amálgama da vulnerabilidade do consumidor com o princípio da boa-fé objetiva conforma o vetor de referência na Lei Consumerista e encontra relação íntima com a tutela da dignidade da pessoa humana, pois fundamentam a necessidade de se estabelecer uma relação jurídica de consumo calcada no reconhecimento de que um dos pólos da relação jurídica demanda maior proteção e que esta relação jurídica há de se fundar em deveres de transparência, cooperação e fidelidade.

O princípio da boa-fé objetiva, em conceituação sintética, se consubstancia no dever que as partes têm em agir de forma transparente, honesta e fiel. Fonte de deveres anexos, a boa-fé objetiva vigora antes, durante e depois da relação contratual impondo assim, uma práxis de cooperação mútua, partindo da premissa de que a relação jurídica há de trazer benefícios para todos e não em favor de um, em detrimento do outro.

Já a vulnerabilidade decorre da posição de inferioridade do consumidor diante do fornecedor ou perante o prestador de serviço. O reconhecimento da fraqueza de um dos pólos do contrato era o que se pleiteava para que se pudesse alcançar uma relação jurídica equilibrada e proba. É um direito que decorre de previsão constitucional aquele que o cidadão tem de requerer do Estado a promoção de seus interesses como consumidor. Se na cadeia de consumo o consumidor é o elo mais fraco, esta fraqueza

demanda a criação de mecanismos legais de modo a restabelecer o equilíbrio na relação jurídica de consumo. Tutelar a parte mais fraca na relação jurídica é, sem dúvidas, fazer valer os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, que funcionam como vetores de limitação negativa à autonomia privada.³⁴

Já afirmamos em outra ocasião,³⁵ que a hipossuficiência é condição extremada de vulnerabilidade relativa à pessoa do consumidor. Portanto, consumidor hipossuficiente é aquele que em função de acentuada deficiência, não reúne condições pessoais para entender o conteúdo de determinada avença contratual de fornecimento de produto ou de prestação de serviço. A hipossuficiência do consumidor pode se dar também pela incapacidade probatória relativa ao fato que alega em seu favor não estando obrigatoriamente vinculada à situação econômica deste.

No particular que interessa ao presente ensaio, releva discorrer acerca da incapacidade ou impossibilidade de o consumidor provar em juízo os fatos por ele alegados. Tal dificuldade, tendo em conta o atual mercado de consumo, em especial a forma de contratação por adesão, confere ao consumidor hipossuficiente uma proteção extra, refletida em norma processual de inversão de ônus probatório (art. 6.º, VIII, do CDC), como se verá adiante.

A vulnerabilidade é presumível nos consumidores, ou seja, a condição de consumidor já implica reconhecimento de sua vulnerabilidade. Já para se constatar a hipossuficiência o caso posto sob análise é que servirá de referência para o seu reconhecimento.

Verifica-se, assim, que a hipossuficiência tem relação com um tipo de consumidor levando-se em consideração variáveis socioeconômicas. Não implica, necessariamente, a conclusão de que o consumidor hipossuficiente seja pessoa pobre ou que tenha origem nos extratos mais humildes da sociedade, até porque o conceito padrão de consumidor adotado pelo CDC (art. 2.º, caput, do CDC) não fez qualquer restrição de natureza econômica ou financeira. Ao revés, abarcou também as pessoas jurídicas.³⁶ A situação econômica do consumidor pode ser relevante; entretanto, avulta a incapacidade para avaliar a desconformidade do produto adquirido ou serviço contratado, com relação a conhecimentos de ordem específica relacionada a eles, assim como eventual dificuldade em provar o fato por ele narrado em caso de demanda judicial. De forma que, até mesmo uma pessoa oriunda de classes sociais mais abastadas e com boa formação cultural poderá se enquadrar na situação de hipossuficiência. Basta que haja extremo desequilíbrio na relação de direito material ou na relação de direito processual. Daí ser recorrente na jurisprudência nacional a inversão do ônus da prova justificada pela hipossuficiência em casos que buscam reparação por erro médico, ou ainda, naquelas circunstâncias onde a prova técnica, se não produzida pelo prestador de serviço, importaria em ônus deveras pesado, inviabilizando a promoção da defesa do consumidor em juízo.

A partir do reconhecimento da extrema vulnerabilidade do consumidor é que se parte para uma proposta de facilitação da sua defesa no processo, quando o Código de Defesa do Consumidor permite a inversão do ônus da prova em função da sua hipossuficiência ou da verossimilhança dos fatos alegados por este, como verificará a seguir.

3.2 A tutela processual do consumidor

A partir do reconhecimento na Lei Maior de que o consumidor merece tutela especial de seus direitos, o legislador infraconstitucional, por ocasião da edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990 (LGL\1990\40)), tratou de efetivá-la no plano legislativo, especialmente em função do previsto no art. 48, do ADCT, na CF/1988. Aqui a mudança trazida pelo Código de Defesa do Consumidor merecerá abordagem apenas no plano processual civil.

3.2.1 A inversão do ônus da prova: art. 6.º, VII, do CDC

Tradicionalmente no processo civil brasileiro o ônus da prova é visto sob duas perspectivas distintas: a subjetiva e a objetiva. A primeira tem relação estrita com a atividade das partes litigantes tendo de provar os fatos alegados em juízo; a segunda, tem relação estrita com a atividade do julgador no decorrer do processo. Não é de se estranhar, considerando que o Código de Processo Civil data de 1973, as perspectivas por ele adotadas, de cariz claramente liberal, impondo a cada parte a prova de suas alegações. Enquanto a primeira perspectiva é de índole privada, a segunda é de índole pública.

A perspectiva subjetiva parte da premissa de que é exclusivamente das partes o interesse na produção da prova, sendo que a perspectiva objetiva determina ao julgador o julgamento com base nas provas que foram produzidas nos autos. Na visão liberal, o juiz deve julgar com base nas provas que as partes produziram em juízo, não importando eventuais dificuldades de natureza fática, técnica ou socioeconômica, sob pena, nessa perspectiva, de afronta ao princípio que determina tratamento isonômico (igualdade formal) às partes. O poder de produção por iniciativa do juiz tem caráter meramente subsidiário, porque a perspectiva subjetiva é de índole privada. Da forma como consta no Código de Processo Civil, a produção da prova tem caráter de disponibilidade - no mais das vezes ocorre uma verdadeira sanção à parte -, o que dissocia o processo judicial da busca por uma decisão justa.

A sociedade atual (pós-moderna), com relações jurídicas massificadas, não mais se coaduna com a perspectiva subjetiva da carga probatória, porquanto a mesma colide com os princípios constitucionais da isonomia e do acesso à justiça. O tratamento isonômico real demanda revisão, como se verá adiante, de conceitos-chave na teoria geral do processo brasileiro, a partir da leitura da Constituição da República, impondo atuação efetiva do julgador também no que diz respeito à produção da prova, seja por sua iniciativa, seja por meio da revisão do encargo probatório que a atual realidade demanda.

O Código de Processo Civil (CPC) dispõe que cabe a quem alega o fato o ônus de prová-lo (art. 333 do CPC), sob pena de ter a sua pretensão não acolhida. Assim é porque o Código de Processo Civil não foi promulgado sob a égide de conferir maior proteção a uma ou outra parte, e sim porque foi promulgado sob a égide liberal, da igualdade formal. O Código de Processo Civil parte da premissa que incumbe a cada litigante fazer valer, porque em pressupostas condições iguais segundo as regras processuais, o seu direito sem conferir ao juiz a faculdade de proporcionar a uma das partes a facilitação na defesa de seus interesses.

Não se pode olvidar, no entanto, que o Código de Processo Civil optou claramente pelo sistema da persuasão racional do juiz (arts. 131 e 335 do CPC), permitindo a este, inclusive, requerer produção de provas para a formação do seu convencimento. Todavia, a prática tem demonstrado, nomeadamente no processo civil, que os magistrados mal encontram tempo para realizar aqueles atos processuais a que estão estritamente vinculados, o que dificulta a capacidade instrutória do julgador na prática, quase que a inviabilizando, ressalvados aqueles casos que tratam de direitos indisponíveis. Se o litígio versa sobre direitos patrimoniais raramente o magistrado requer a produção de qualquer tipo de prova, ainda que o Código de Processo Civil o permita. Com efeito, nessa perspectiva cumpre à parte a responsabilidade pela devida produção da prova que fundamenta a sua pretensão, a ponto de ser necessária a indicação, já na petição inicial (art. 282 do CPC), das provas que a parte pretende produzir em juízo. Portanto, alegar e não provar é o mesmo que não alegar (*allegare sine probare et non allegare paria sunt*).

37

Já o Código de Defesa do Consumidor, em consonância com os princípios processuais constitucionais, dispõe que é direito básico do consumidor a facilitação da sua defesa em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova, desde que o julgador constata a hipossuficiência ou quando for verossímil a alegação feita por ele. Note-se que não é só a hipossuficiência que justifica a inversão do ônus da prova, basta a alegação verossímil,

eis que o legislador se valeu da conjunção alternativa ou. A favor do consumidor apresentam-se, portanto, duas hipóteses ensejando a inversão do ônus da prova no art. 6.º, VIII, do CDC. Além dessas alternativas, é necessário destacar que elas estão inseridas dentre outras tantas que podem facilitar a defesa do consumidor em juízo, dando azo a interpretações de outros contextos processuais a favor do consumidor.

De plano pode-se constatar a forma diversa de abordagem desta lei em relação ao Código de Processo Civil. Não há no Código de Processo Civil qualquer dispositivo, mesmo que excepcionalmente, recomendando a facilitação da defesa de alguém em juízo, prevalecendo a regra geral: quem alega deve provar.

A diferenciação resulta, em clara homenagem aos princípios da dignidade humana, do acesso à justiça e da isonomia,³⁸ em conceder a uma das partes, reconhecidamente aquela posta em situação de hipossuficiência ou que alegue os fatos de forma verossímil, condições de reequilíbrio, se não na relação jurídica de consumo, na relação jurídico-processual estabelecida no bojo da ação judicial, sem prejuízo de quaisquer outras medidas processuais que potencializem a facilitação da defesa do consumidor em juízo.

3.2.2 A inversão do ônus da prova. Prova pericial. Honorários do perito

Em matérias complexas, sob o ângulo da produção da prova, o julgador, destinatário da prova, poderá solicitar auxílio para a averiguação de determinadas questões por meio de um especialista em determinada área. Verificada essa hipótese, a questão que se coloca é a relativa a quem incumbirá arcar com os honorários periciais no caso da inversão do ônus da prova em desfavor do fornecedor ou do prestador de serviços. Desde logo afastamos qualquer dúvida no caso de o consumidor ter sido beneficiado pela assistência judiciária porque nesta hipótese o consumidor estará isento dos honorários (art. 3.º, V da Lei 1.060/1950), não dependendo precipuamente da inversão do ônus.

Nos casos em que não haja a concessão da assistência judiciária é que a questão ganha relevância. Não é demais lembrar que o ônus da prova não implica obrigatoriedade na produção de prova. O indivíduo somente pode ser compelido a uma determinada prática (um fazer) se assim determina a lei ou se esta obrigação decorre de convenção entre as partes que compõe a relação jurídica. Em outras palavras, aquele que tem contra si o ônus de uma determinada prática, caso não a exerça não poderá ser compelido a tanto, porém arcará com as conseqüências de sua inércia. A inversão na prática probatória é de ônus e não de obrigação, exatamente da mesma forma que o réu não pode ser obrigado a apresentar resposta em juízo.

Uma vez reconhecida uma das causas que dá ensejo à inversão do ônus da prova, os reflexos desta devem se dar em sua plenitude, não se admitindo qualquer restrição. Assim, invertido o ônus da prova, toda e qualquer prova acerca das alegações declinadas pelo consumidor em juízo recairá sobre os ombros da parte ex adversa. Ao que se nos parece, com a devida vênia quanto àqueles que pensam o contrário, que não faria sentido defender a impossibilidade da inversão do ônus da prova, na hipótese de prova pericial, porque o Código de Defesa do Consumidor não impõe arcar com as custas desta modalidade de prova.

Ora, conforme já observado, o ônus de provar é que foi invertido. É ônus, portanto não se está obrigando à parte ex adversa a arcar com as custas, conquanto saiba ela que não produzindo esta prova terá como conseqüência a procedência do pedido formulado pelo consumidor.

Ter em mente a outra hipótese, de que o consumidor deveria arcar com as custas periciais, seria concluir que o legislador teria concedido um benefício ao consumidor com uma mão e, com a outra, teria lhe negado o mesmo benefício. A possibilidade de inversão do ônus da prova, se visa tutelar a dignidade do consumidor conferindo-lhe tratamento processual isonômico, não poderá ser restrita por quaisquer hipóteses, se estas não constam do Código de Defesa do Consumidor. Nunca é demais lembrar que ao

intérprete da lei não é possível restringir aquilo que a própria lei não restringiu. Se o Código de Defesa do Consumidor dispõe acerca da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, não seria razoável se supor que os consectários desta inversão não estariam abrangidos por ela.

Outra questão polêmica, derivada da inversão do ônus da prova prevista no art. 6.º do CDC, diz respeito ao momento processual adequado para a referida inversão. Parece-nos existirem dois momentos adequados, como trataremos a seguir.

3.2.2.1 O momento processual para a inversão do ônus da prova

A inversão do ônus da prova é circunstância excepcional, no caso do art. 6.º, VIII, do CDC, já que reserva ao julgador o critério de concessão da inversão. Portanto, é necessária a manifestação deste para que as partes tenham ciência de que a regra geral de ônus probatório (art. 333 do CPC) não será aplicada, e sim, a exceção de inversão desse ônus. Ao defender essa opinião, automaticamente reservamos à inversão do ônus probatório apenas dois momentos: quando da citação do réu ou quando do saneamento do processo.

Com efeito, solicitada a inversão de ônus na inicial ou verificada *initio litis* uma das circunstâncias que a oportunizam, poderá o magistrado advertir o réu já no instrumento citatório. Assim ocorrendo, será permitido ao réu promover a sua defesa ciente de que deverá provar que os fatos alegados pelo consumidor não são verdadeiros. Merece ser sublinhado, também, que ao contrário do que defendem alguns doutrinadores, a inversão já na citação não fere o contraditório, tampouco a ampla defesa. Ao revés, invertido o ônus da prova já no início de lide, o fornecedor ou o prestador de serviço terá oportunidade de apresentar a sua contestação devidamente amoldada no que diz respeito à estratégia processual a ser adotada, eis que ciente de que mais adiante arcará com o ônus dessa produção. Assim, quer nos parecer que o contraditório e a ampla defesa poderão ser exercidos em sua plenitude, porquanto desde o primeiro momento em que se manifestou nos autos o réu tinha ciência de que a regra geral prevista no art. 333 do CPC foi afastada.

Poderá, também, ocorrer a inversão do ônus da prova quando do saneamento do processo. É sabido que a decisão interlocutória de saneamento ("despacho" saneador - fase saneadora) tem por objeto expurgar eventuais impurezas de natureza processual (verificação das condições da ação, pressupostos de andamento válido e regular do processo, etc.), assim como uma vez vencida a defesa processual apresentada pelo réu caberá ao julgador nomear os pontos controvertidos na demanda deferindo, se necessário, a produção de provas. Se este é o momento onde se defere e especifica as provas necessárias ao deslinde da questão, nos parece correto afirmar que este seria o último momento em que se permitiria a inversão do ônus probatório, respeitadas as garantias processuais constitucionais. A advertência de inversão de ônus probatório deveria constar na decisão interlocutória de saneamento ou, ainda, em momento anterior à abertura da fase probatória, a fim de que o réu pudesse ter ciência de que a regra geral (art. 333 do CPC) não seria aplicada, e sim a regra excepcional (art. 6.º, VIII, do CDC), sendo-lhe, inclusive, dada a carga decisória do despacho, apresentar recurso de agravo de instrumento ao tribunal competente para o julgamento. Em casos especiais, tendo em vista que, em regra, não se verifica a preclusão para atos praticados pelo julgador, a este é permitido deferir produção de provas inclusive após a audiência de instrução e julgamento, sendo que se essa hipótese se concretizar, caberia aqui, quando do referido deferimento, alertar o réu quanto à eventual inversão do ônus probatório.

Não se pode desconsiderar, no entanto, a posição defendida por alguns doutrinadores apontando para a possibilidade de inversão do ônus probatório na sentença. Com efeito, na visão dessa corrente doutrinária e jurisprudencial a inversão como regra de julgamento se daria quando o julgador estivesse diante de um *non liquet*, não estando plenamente convencido daquilo que foi alegado pelo consumidor e não havendo prova

suficientemente contrária, aplicaria a regra de inversão quando da decisão. Estar-se-ia, segundo essa corrente, diante de regra de julgamento que incide diante de circunstâncias de incerteza.

Não cremos ser essa hipótese a adequada. Como já dito, ao se aplicar a inversão desse ônus será aplicada uma regra excepcional. Significa dizer, que o julgador detectou uma circunstância que afasta a aplicação da regra geral (art. 333, do CPC). Não se presume circunstâncias excepcionais, o que impõe ao julgador a advertência de que será aplicada a exceção ao invés da regra geral. A advertência haverá de ocorrer em tempo hábil para que o réu possa produzir a prova especificada, o que não é possível ocorrer se a inversão se der no momento da sentença (fase decisória). A valer essa alternativa se estaria a afrontar o princípio constitucional do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, suprimindo e negando a devida ordem de prática dos atos processuais. Não nos esqueçamos que uma das características do Estado Democrático de Direito é a previsibilidade das decisões judiciais, aqui entendida não com relação à decisão judicial final, mas sim como a noção prévia daquilo que a lei impõe à marcha processual, segundo seus limites. Sob o prisma processual, a marcha do feito está claramente determinada no Código de Processo Civil e é a que será aplicada em processos judiciais civis. Havendo alteração na prática de atos processuais que normalmente são praticados em conformidade com o Código de Processo Civil, há que se advertir as partes quanto à regra de exceção adotada.

Além disso, quando da aplicação do art. 333, do CPC, em casos não excepcionais, eventual reconhecimento de que a parte sucumbiu na demanda por não ter apresentado prova do fato alegado, também não se nos parece regra de julgamento. É que ao analisarmos o Código de Processo Civil, o referido artigo consta na parte que trata da fase probatória (art. 332 do CPC e ss.), muito antes da fase decisória (art. 458 do CPC e ss.), o que, per se, também descartaria a incidência do art. 333 do CPC entendida como regra de julgamento.

Assim, quer nos parecer que em ambos os casos está-se a tratar de regra de distribuição de carga probatória, cujo conhecimento das partes, segundo cada hipótese, deve se dar em momento anterior à produção da prova em juízo.

3.2.2.2 A inversão do ônus da prova: art. 38 do CDC. Publicidade

No atual estágio em que se encontra a sociedade seria muito difícil desvincular as questões relativas ao consumo, daquelas relativas à publicidade. A publicidade é o meio pelo qual o fornecedor ou prestador de serviços traz ao conhecimento do consumidor o produto ou prestação, ressaltando as qualidades e vantagens de sua aquisição ou contratação.

Não se pode olvidar, considerando o grau de desenvolvimento no mercado publicitário, que até mesmo a distinção entre classes de consumidores é levada em consideração, importando em estratégico direcionamento (idade, preço, qualidade, etc.) segundo uma determinada lógica de consumo, o que, por conseqüência, acaba mascarando uma realidade profundamente dura e cruel das sociedades de consumo: nem todos têm condições de atender a tal apelo.³⁹

A fragilidade do consumidor, diante de tal constatação, impõe ao legislador uma atuação que busque abrandar as conseqüências. Assim, ao mesmo tempo em que a publicidade visa estrategicamente persuadir o consumidor a consumir, deve informá-lo de forma correta, sob pena de afronta ao princípio da boa-fé objetiva. Somente a partir desse princípio é que se poder conferir efetividade à tutela da dignidade da pessoa humana.

O Código de Defesa do Consumidor, em clara tentativa de atenuação dos poderosos efeitos de mensagens publicitárias, reforça o dever de conduta transparente ao impor à veiculação de publicidade alguns princípios informadores, entre eles: o da vinculação (arts. 30 e 35 do CDC); o da imediata identificação da publicidade (art. 36, caput, do CDC); o da veracidade da publicidade (art. 37, § 1.º, do CDC); o da não-abusividade

(art. 37, § 2.º, do CDC) e o da não-enganosidade (art. 37, §§ 1.º e 3.º, do CDC); o da disponibilidade de informações específicas ao consumidor (art. 36, parágrafo único, do CDC), o da imposição da contrapublicidade⁴⁰ (art. 56, XII, do CDC) e, por fim, o princípio da inversão do ônus da prova (art. 38 do CDC), que é o que nos interessa particularmente nesta quadra do ensaio.

A inversão do ônus da prova (art. 38, do CDC), desde já alertando que há substancial distinção de aplicação se comparada à hipótese do art. 6.º, VIII, do CDC, se dá na forma *ope legis*. Significa dizer, a inversão do ônus da prova nas demandas judiciais cuja causa de pedir se funda em publicidade inverossímil ou incorreta se verifica automaticamente, independentemente de advertência do magistrado à parte ré. Aliás, ao magistrado é proibida tal advertência, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, eis que a parte ré haverá de conhecer a Lei Consumerista sabendo, de antemão, que a ela incumbe o ônus de provar a veracidade ou correção da publicidade por ela veiculada.⁴¹ Aqui o Código de Defesa do Consumidor é suficientemente claro impedindo a incidência do seu art. 333 do CPC.

A ressalva tem relevância na medida em que, de forma incomum, alguns magistrados têm advertido a parte ré nesse particular. Afirmamos ser incomum tal advertência porque quando a relação jurídico-processual é tutelada apenas pelo Código de Processo Civil jamais o magistrado adverte àquele que alega o fato, que deverá prová-lo. Quem alega e não prova certamente não terá a sua pretensão acolhida (art. 333 do CPC). Portanto, da mesma forma que inexistente advertência com relação ao dever de prova às partes em caso de relação jurídico-processual regida pelo Código de Processo Civil, não poderá existir qualquer advertência à parte ré quando da aplicação do art. 38 do CDC: cabe a esta atentar para o fato de que o ônus da prova está invertido *initio litis*.

As razões da inversão do ônus da prova em matéria de anúncio publicitário, afirma Antônio Herman Benjamin, são tanto de ordem prática como de ordem política.⁴² Prática porque a documentação hábil a comprovar a veracidade ou correção do anúncio publicitário estará, ou deverá estar, na posse daquele que o patrocinou. Política porque parte dos princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor: a vulnerabilidade do consumidor e a boa-fé objetiva. Estas bases, como já observado, têm íntima relação com a tutela da dignidade humana, "desigualando" o tratamento jurídico-processual para que a igualdade (isonomia) prevaleça efetivamente.

Note-se, também, que o legislador previu nessa hipótese a necessidade de inversão de ônus *initio litis*, eis que considerou fundamental para defesa do consumidor em juízo essa inversão. Se assim não fosse, a inversão ficaria a cargo do julgador que poderia determiná-la se verificasse a necessidade de facilitação de defesa do consumidor em juízo. Porém, diante da atual realidade, em especial diante do profuso bombardeamento publicitário a que estão submetidos os consumidores, sabiamente o legislador determinou que em casos tais a inversão se dá na forma *ope legis*.

3.3 A legitimidade processual para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

O direito processual coletivo, tido como uma forma didática de designar um plexo de normas processuais visando solucionar crises envolvendo direitos e interesses transindividuais, desenvolveu e alterou alguns institutos do direito processual com vista a melhor instrumentalizar a prestação da tutela jurisdicional coletiva, já que esta, na forma e modo previstos no Código de Processo Civil, não confere soluções adequadas a demandas coletivas porque projetada para resolver conflitos individuais. Para esta nova tendência do direito processual civil moderno, superando dogmas de ideologia liberal, é necessário se repensar alguns institutos tais como: os efeitos da coisa julgada, provimentos processuais, ônus financeiro e a legitimação processual, somente para se citar alguns exemplos.⁴³ O cariz individualista e exclusivista do Código de Processo Civil, tendo em vista o surgimento de novos direitos, entre eles o do consumidor, impõe a criação de novos mecanismos para que se possa eficazmente defender interesses

transindividuais, como já tratado acima.

O Código de Defesa do Consumidor, a seu turno, tratou de consolidar mecanismos de tutela coletiva de interesses que, juntamente com outras leis processuais esparsas, vêm edificando uma espécie de "teoria geral do processo coletivo".⁴⁴ Só por meio de tal prática, amoldando o direito instrumental às necessidades da atualidade é que se estará efetivando o princípio constitucional do acesso à justiça. Acrescente-se que nem mesmo as reformas processuais ocorridas no Código de Processo Civil, levadas a cabo nos últimos dez anos, foram capazes de torná-lo apto a instrumentalizar os interesses transindividuais. Ovídio Baptista da Silva, reconhecendo alguns inegáveis benefícios trazidos por estas mini-reformas, acrescenta que há uma irremediável conseqüência negativa na opção pela reforma do Código de Processo Civil: jamais terá forças para modificar minimamente o sistema, pode consertá-lo, nunca transformá-lo.⁴⁵ Daí a urgência que deve ser dada à tramitação do projeto de lei do Código de Processo Civil Coletivo no Congresso Nacional.

Se a atual lei instrumental de referência (Código de Processo Civil) não pode ser transformada para abrigar a tutela processual coletiva, necessário, então, que as leis extravagantes o façam, de acordo com o conteúdo da Constituição da República.

A par da insuficiência legislativa o legislador, ao conceber o Código de Defesa do Consumidor, legitimou extraordinariamente (art. 6.º do CPC) o Ministério Público,⁴⁶ as organizações não-governamentais, entidades e órgãos da Administração Pública (art. 82 do CDC) a demandarem em juízo na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.⁴⁷

Dentre os legitimados ganha relevo o Ministério Público já que quando não atua no pólo ativo da demanda, haverá de acompanhar o processo como custos legis (art. 5.º, § 1.º, da LACP). Com a eclosão da sociedade de consumo a probabilidade de surgimento de problemas relativos a bens de consumo, associado aos problemas socioeconômicos que assolam o nosso país e, entre eles devemos incluir a morosidade do Poder Judiciário, faz com que surja a imperiosa necessidade de tutela de interesses de forma mais adequada, na medida em que uma eventual ação civil pública pode simultaneamente auxiliar um elevado número de pessoas, dependendo do tipo de interesse em jogo, evitando, assim, a multiplicação de demandas individuais, o que contribui substancialmente para mitigar a situação do Judiciário. Acrescente-se a estas vantagens o fato de o Ministério Público dispor, com exclusividade (art. 8.º, § 1.º, da LACP), da alternativa do inquérito civil, o qual não raras vezes tem redundado em acordo entre as partes (art. 5.º, § 6.º da LACP, acrescentado pelo art. 113 do CDC) atenuando a gravidade dos problemas experimentados pelo consumidor difusamente.

Ainda que o consumidor não dependa da ação de qualquer um dos legitimados coletivamente, podendo exercer individualmente o seu direito de ação (art. 104 do CDC), não se pode desconsiderar a vantagem trazida, já que o consumidor poderá optar por aguardar o desfecho da demanda coletiva para se beneficiar da execução de uma eventual sentença de procedência. No caso de ação civil pública movida pelo Ministério Público também pode ser considerada mais uma vantagem o fato de o consumidor não estar vinculado aos efeitos da sentença na ação coletiva em caso de improcedência da mesma (art. 103, III, do CDC). Dito de outra forma, a ação coletiva somente poderia beneficiar e nunca prejudicar o consumidor, eis que este poderia, ainda assim, demandar individualmente contra o mesmo réu, não obstante a possibilidade de êxito no mérito restar diminuída.

Sublinhe-se, também, a legitimidade do Ministério Público para a tutela de interesse coletivo dos consumidores quanto às microlesões, assim entendidas aquelas cujo valor do dano causado, se visto do ponto de vista individual de cada consumidor, seria irrisório ou insuficiente a justificar uma ação judicial individual, mas que visto sob o ponto de vista coletivo e da vantagem auferida pelo fornecedor ou prestador do serviço, justificaria medida judicial coletiva, tendo em conta o relevante interesse social da

questão.⁴⁸

3.3.1 Juízo competente para liquidação e execução individual em processo coletivo

O art. 97 do CDC permite que a liquidação e a execução de sentença condenatória em ação coletiva se dêem de forma individual. Assim, a execução pode se dar na forma coletiva pelos legitimados constantes do art. 82 do CDC, ou individualmente por cada consumidor que comprove a sua condição de prejudicado pelo fornecedor ou prestador de serviço condenado na ação coletiva. O art. 98, § 2.º, do CDC, determina foros competentes distintos, quando se trata de execução coletiva ou individual. Sendo individual a execução, o consumidor tem duas alternativas: o juízo da liquidação da sentença ou o juízo da ação condenatória (inc. I).

Nada obstante, tendo em conta o disposto no art. 575, II, do CPC, não há espaço para dúvidas quanto ao juízo competente para execução individual. Como já dito, o conteúdo do Código de Defesa do Consumidor impõe interpretação a partir de conteúdos constitucionais, em especial o princípio do acesso à justiça, da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Demais disso, do próprio Código de Defesa do Consumidor decorre comando de interpretação para casos tais, eis que o seu art. 6.º do CDC impõe a facilitação da defesa de interesses do consumidor em juízo. Entender o contrário, que o juízo competente para execução seria o que prolatou a sentença condenatória, seria impor um pesado ônus ao consumidor que certamente teria dificultado o exercício de seus direitos reconhecidos judicialmente, sendo onerado pelo dever de mover a execução em foro distinto do seu. Sobretudo porque o próprio art. 93, II, do CDC determina que o foro competente para demandas coletivas depende da extensão do dano. Considerando as proporções continentais de nosso país, não seria crível que o legislador facilitasse a vida do consumidor ao permitir a tutela de interesses coletivos de modo a proporcionar demandas coletivas nacionais ou estaduais e, por outro lado, dificultasse a execução individual de eventuais sentenças condenatórias. Frise-se, não é minimamente crível tal argumento, mormente em função do conteúdo constitucional aqui destacado.

Por tais razões, a conclusão a que se pode chegar é a de que o foro competente para execução individual de sentença condenatória coletiva é o do domicílio do consumidor, aplicando-se, ainda, de forma sistemática, o disposto no inc. I, do art. 101, do CDC. Com efeito, se tal regra vale para ações de conhecimento individuais, com mais razão deve valor para sentenças condenatórias coletivas, já que estas visam coibir condutas cuja potencialidade ofensiva se dá de forma muito mais significativa, eis que ofendem interesses transindividuais.

3.4 A restrição à intervenção de terceiros

Na intervenção de terceiros, mediante autorização legal, o interveniente participa do processo buscando o auxílio ou a exclusão dos litigantes, já que ele, ainda que não seja parte na lide primitiva, poderá sofrer conseqüências da sentença advinda. O Código de Processo Civil contempla quatro espécies de intervenção de terceiros: a oposição, a nomeação à autoria, a denunciação da lide e o chamamento ao processo.

A alternativa de terceiro intervir no processo judicial é medida que privilegia a economia processual. O princípio da economia processual é ferramenta imprescindível à celeridade processual e prima pela busca do máximo resultado possível na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.⁴⁹ Assim, a condução do processo deve ser privilegiada de modo que se possa resolver, na medida do possível, todas as situações que derivem do fato gerador do litígio, mesmo nos casos em que alguém que não seja parte venha a sofrer qualquer conseqüência.

No entanto, o princípio da economia processual poderá ser mitigado ou ainda, reorientar disposições normativas que regulam alguns institutos jurídico-processuais que lhe são afins, como se depreende da regulação que rege os ritos processuais mais céleres (v. g.

rito sumário e o rito dos juizados especiais cíveis).

Por outro lado, justifica-se a intervenção de terceiro em função do princípio da economia processual já que por meio dela se evita que a parte sucumbente necessite de outro processo para fazer valer seu direito de regresso em face de terceiro obrigado por lei ou por contrato. A possibilidade de se evitar também sentenças contraditórias em processos distintos também serve para justificar a utilidade do instituto.

A questão relativa à rápida solução do litígio tem inspirado boa parte da doutrina processualista na busca por um processo mais ágil e justo e as modalidades de intervenção de terceiros, dependendo do caso, podem auxiliar neste objetivo. É de se reconhecer, no entanto, que as formas de intervenção de terceiros fazem com que o processo tramite de forma mais lenta em função da necessidade de aceitação pela parte ex adversa, fato este responsável, inclusive, pela suspensão do processo. Tanto assim o é, que a própria lei trata de afastar as intervenções de terceiros nas ações cujos procedimentos são mais céleres.

Veja-se, por exemplo, a normatização do rito comum sumário no Código de Processo Civil. É sabido que este rito privilegia a economia processual ao concentrar atos processuais que sob o rito comum ordinário necessitariam de momentos próprios a serem praticados de forma individualizada. No entanto, o mesmo rito afasta, de regra, a possibilidade de manuseio das espécies de intervenção de terceiros. Ambas as situações têm como princípio diretor o da economia processual. Na relação custo-benefício julgou melhor o legislador ao abrir mão de um instrumento que atende ao princípio da economia processual (em ações de rito comum ordinário), privilegiando a celeridade do feito, evitando suspensões e a entrada de terceiros no processo, optando pela alternativa de conferir à demanda originária a característica da duplicidade (art. 278, § 1.º, do CPC).

No Código de Defesa do Consumidor o legislador tratou de afastar a denúncia da lide nos casos de responsabilização do comerciante (art. 13 do CDC) e nos casos de responsabilização do fornecedor ressalvou a possibilidade deste se valer do chamamento ao processo, quando o chamado à lide for um segurador (art. 88 do CDC c/c art. 101, I, do CDC).

A denúncia da lide consiste, na lição de Vicente Greco Filho,⁵⁰ ampliação objetiva e subjetivamente o processo: objetivamente porque há a inserção de uma demanda implícita do denunciante em face do denunciado (de caráter indenizatório) e subjetivamente porque o denunciado, aceitando a denúncia, passa a responder juntamente com o denunciante (litisconsórcio passivo) perante a parte ex adversa.⁵¹ Instaura-se, assim, duas relações jurídico-processuais num mesmo processo, importando em sentença que apreciará ambas as relações. Frise-se, que na relação processual entre denunciado e denunciante a causa de pedir é distinta daquela apresentada pelo consumidor na lide originária, pois haverá de se basear em obrigação legal ou contratual do denunciado frente ao denunciante em caso de ação regressiva.

Com a vedação expressa no Código de Defesa do Consumidor fica, portanto, afastada esta discussão em função de uma eventual complexidade que esta poderia envolver. O princípio da economia processual, diante disso, resta mitigado diante da necessária facilitação de defesa de interesses do consumidor (tratamento isonômico), colocando a questão do direito de regresso em segundo plano. Vale dizer, o trato do direito do consumidor é mais relevante, para efeitos de uma primeira ação judicial, que o direito de regresso do comerciante em face de terceiro.

O chamamento ao processo é modalidade de intervenção de terceiro na qual este é chamado a compor a lide, por iniciativa do réu, de modo a se poder liquidar, num só processo, a responsabilidade recíproca entre devedores.⁵² Nesta espécie de intervenção também ocorre um entrave processual na medida em que também há a suspensão do processo (art. 79 do CPC). No entanto se deve reconhecer a existência de uma clara

vantagem por parte do consumidor, em caso de responsabilização do fornecedor ou prestador do serviço, porque se aumenta em favor daquele a legitimidade passiva, notadamente em função da solvabilidade que, de regra, é característica das companhias de seguro. Além disso, não se instaura nova relação jurídico-processual (incidental), já que tanto aquele que chamou, quanto o chamado ao processo, compõem o pólo passivo da demanda frente ao consumidor. Ocorre, apenas, o reconhecimento na sentença em favor daquele que satisfizer a obrigação o direito integral ou parcial de regresso em face do co-réu. Não haverá nesse caso alteração da causa de pedir, tampouco complexidade em analisar o direito de regresso do réu segurado em face da ré seguradora porquanto além de estar expresso em cláusula contratual, é a razão de ser do contrato de seguro.

Por derradeiro, observamos que a vedação à denúncia à lide visa aperfeiçoar a final prestação de tutela jurisdicional ao consumidor, conferindo-lhe, em tese, norma que privilegia o seu acesso à justiça de forma mais célere.

No que diz respeito ao chamamento ao processo de uma companhia seguradora o mesmo se poderia afirmar. O permissivo não busca conceder privilégio ao fornecedor ou ao prestador de serviço acionado, e sim, aumenta significativamente a probabilidade de se ver o consumidor efetivamente indenizado, para efeitos de cumprimento de sentença condenatória.

3.4.1 A extensão da vedação prevista no art. 88 do CDC ao fornecedor: divergência de entendimento - Referências bibliográficas

O art. 88 do CDC veda a denúncia da lide nas hipóteses previstas no seu art. 13, parágrafo único, do CDC. É dizer: o comerciante somente responderia pelo fato do produto perante o consumidor quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. A partir da leitura do art. 13 do CDC ficaria fácil concluir que o comerciante somente poderia responder solidariamente perante o consumidor em circunstâncias excepcionais, verificada uma das hipóteses encartadas nos incisos do art. 88 do CDC. Apesar disso, é posição corrente na doutrina consumerista que a restrição à intervenção de terceiros também se verifica nas hipóteses do art. 14 do CDC, que trata da responsabilidade do prestador de serviços, como destaca Nelson Nery Junior:⁵³ "O sistema do Código de Defesa do Consumidor veda a utilização da denúncia da lide e do chamamento ao processo, ambas ações condenatórias, porque o direito de indenização do consumidor é fundado na responsabilidade objetiva. Embora esteja mencionada como vedada apenas a denúncia da lide na hipótese do art. 13 parágrafo único, do CDC na verdade o sistema do Código de Defesa do Consumidor não admite a denúncia da lide nas ações versando lides de consumo. Seria injusto discutir-se, por denúncia da lide ou chamamento ao processo, a conduta do fornecedor ou de terceiro (dolo ou culpa), que é elemento da responsabilidade subjetiva, em detrimento do consumidor que tem o direito de ser ressarcido em face da responsabilidade objetiva do fornecedor, isto é, sem que se discuta dolo ou culpa." O posicionamento acima, é bem de ver, decorre da especial tutela processual a que faz jus o consumidor.

Todavia, ousamos discordar desse posicionamento. Isso porque a intenção do legislador foi muito clara: afastar as hipóteses de denúncia da lide somente quando o pólo passivo é ocupado pelo comerciante. A regra de interpretação já utilizada por nós acima, segundo a qual não cabe ao intérprete restringir o que a lei não restringiu, vale aqui também, muito embora se reconheça não ser mais benéfica ao consumidor. Ela decorre, entretanto, do próprio Código de Defesa do Consumidor, não nos permitindo estender a restrição. Dito de outra forma: a redação do dispositivo é tão clara, fazendo menção exclusiva ao art. 13 do CDC, que afasta qualquer outra interpretação (in claris cessat interpretatio).

Nada obstante, é necessário aferir, em caso de denúncia da lide, se ela implica em

inserção de novo debate na demanda denunciatória, o que, certamente a inviabilizaria. É que tal inserção certamente prejudicaria o regular andamento do feito indenizatório, eis que poderia demandar produção de provas entre denunciante e denunciado, como por exemplo, a existência de contrato ou interpretação de suas cláusulas. Esta seria, então, uma justa causa para afastamento da denúncia visando a facilitação da defesa do consumidor em juízo.

A circunstância unicamente de os regimes de responsabilização serem distintos (responsabilidade objetiva na lide consumo e responsabilidade subjetiva na denúncia), quer nos parecer, não se apresenta como óbice à intervenção. Já tratamos desse tema anteriormente,⁵⁴ e lá defendemos a sua possibilidade a partir da análise do instituto processual da preclusão.

A preclusão é instituto de que se vale o legislador visando tornar o processo mais célere, na medida em que impõe uma rígida ordem concatenando os vários atos processuais a serem desenvolvidos pelas partes envolvidas no litígio, não apresentando qualquer comprometimento com a justiça ou injustiça da decisão, prevalecendo, assim, a aspiração de certeza sobre a aspiração de justiça.⁵⁵

O Código de Processo Civil adotou o instituto da preclusão, regra geral, como se pode ver da leitura dos arts. 183, 245, 294, 297, 300, 471, 473 e 601 do CPC. No particular, nos interessa a análise dos arts. 297 e 300 do CPC porquanto tratam da resposta do réu. Segundo o art. 297 do CPC, o réu poderá responder à demanda contestando, excepcionando ou reconvidando. Já o art. 300 do CPC impõe ao réu declinar em sua contestação toda a matéria de defesa, com que impugna o direito do autor. Portanto, se valendo de uma das três formas citadas o réu deverá expor, ao mesmo tempo, todos os meios de defesa e ataque de que dispõe, ainda que contraditórios entre si.⁵⁶ Vale dizer, que em hipotética ação de cobrança⁵⁷ poderia o réu contestar alegando: em primeiro plano, que não há relação jurídica entre ele e o autor; em segundo plano, que se a dívida é reconhecida pelo julgador, que esta já foi saldada; em terceiro plano, caso se reconheça a relação jurídica entre autor e réu e que não seja reconhecido o pagamento, o réu poderia alegar a existência de crédito seu em face do devedor, a ser compensado ou, ainda, com base nesse mesmo crédito, se superior ao valor cobrado pelo autor, reconvir visando a cobrança do valor excedente.

A hipótese ilustra bem a possibilidade de haver "contradições" na defesa apresentada pelo réu, sem que com isso se aponte a má-fé processual. É que, pela lei processual, há somente um momento para que o réu apresente a sua defesa, sob pena de preclusão (Princípio da Eventualidade).

Não é, portanto, admissível defender que as "contradições" verificadas na defesa apresentada pelo fornecedor se mostram hábeis a afastar eventuais faculdades processuais uma vez que o Código de Processo Civil impõe tal conduta sob pena de preclusão. Assim, não há óbice em que o fornecedor em sua defesa alegue a culpa exclusiva do consumidor, e na denúncia da lide sustente a culpa do denunciado e seu dever de indenizá-lo verificada a culpa deste.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

4.1 A Constituição consagra como fundamento da República Federativa do Brasil, entre outros direitos fundamentais, o da dignidade da pessoa humana. De sorte que, como núcleo central, este acaba irradiando o seu conteúdo por todo o texto constitucional.

4.2 A coerência do sistema jurídico se dá a partir dos direitos fundamentais porquanto representam e desempenham função de interpretação e integração.

4.3 O princípio do acesso à justiça suplanta o conceito de direito de ação para abrigar, também, o direito a um processo justo e célere. A garantia do acesso à justiça não pode, portanto, ser tomada como mera possibilidade de o cidadão se dirigir ao Judiciário para

ter sua pretensão apreciada. A interpretação do referido princípio há de ser feita para muito além, no plano processual, daquilo que muitos autores insistem em classificar como mero direito à prestação da tutela jurisdicional sem levar em consideração variáveis que, em muitos casos, trariam enormes prejuízos ao indivíduo consumidor da tutela jurisdicional.

4.4 Em determinadas circunstâncias há que se criar mecanismos para que o Princípio da Isonomia vingue na prática, sob pena de vulnerar um direito fundamental. Assim, para que os litigantes possam ao final da demanda ter as chances de sucesso, seja no que diz respeito à tutela jurisdicional propriamente dita, seja no que diz respeito ao efetivo acesso à justiça mister se faz a interpretação de dispositivos legais sem se perder de vista as garantias trazidas pela Constituição de 1988, entre as quais ganha relevo o tratamento isonômico, sobretudo por que o princípio da isonomia se põe como fundamento da dignidade da pessoa humana.

4.5 A promoção da defesa do consumidor encontra espaço constitucional no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais do art. 5.º, XXXII, da CF. É com esse escopo que a promoção da defesa do consumidor assume status de viga mestra de um Estado de Direito que busca minimizar injustiças e desigualdades resultantes do abismo existente entre as classes sociais que compõem a realidade brasileira, devendo sempre ser levada em consideração na interpretação dos demais dispositivos constitucionais que de alguma forma produzam reflexos na esfera de direito dos consumidores.

4.6 O amálgama da vulnerabilidade do consumidor com o princípio da boa-fé objetiva conforma o vetor de referência na Lei Consumerista e encontra relação íntima com a tutela da dignidade da pessoa humana, pois fundamentam a necessidade de se estabelecer uma relação jurídica de consumo calcada no reconhecimento de que um dos pólos da relação jurídica demanda maior proteção e que esta relação jurídica há de se fundar em deveres de transparência, cooperação e fidelidade.

4.7 Tradicionalmente, no processo civil brasileiro, o ônus da prova é visto sob duas perspectivas distintas: a subjetiva e a objetiva. A primeira tem relação estrita com a atividade das partes litigantes tendo de provar os fatos alegados em juízo; a segunda, tem relação estrita com a atividade do julgador no decorrer do processo. Por isso, considerando que o Código de Processo Civil data de 1973 e as perspectivas por ele adotadas, de cariz claramente liberal, é imposto a cada parte a prova de suas alegações.

4.8 A sociedade atual não mais se coaduna com a perspectiva subjetiva da carga probatória, porquanto a mesma colide com os princípios constitucionais da isonomia e do acesso à justiça. O tratamento isonômico real demanda revisão de conceitos-chave na teoria geral do processo brasileiro, a partir da leitura da Constituição da República, impondo atuação efetiva do julgador também no que diz respeito à produção da prova, seja por sua iniciativa, seja por meio da revisão do encargo probatório que a atual realidade demanda.

4.9 O tratamento dado pelo Código de Defesa do Consumidor à carga probatória resulta, em clara homenagem aos princípios da dignidade humana, do acesso à justiça e da isonomia, em conceder a uma das partes, reconhecidamente aquela posta em situação de hipossuficiência ou que alegue os fatos de forma verossímil, condições de reequilíbrio, se não na relação jurídica de consumo, na relação jurídico-processual estabelecida no bojo do processo judicial.

4.10 Reconhecida uma das causas que dá ensejo à inversão do ônus da prova, os reflexos desta devem se dar em sua plenitude, não se admitindo qualquer restrição.

4.11 A inversão do ônus da prova é circunstância excepcional, no caso do art. 6.º, VIII, do CDC, já que reserva o critério de concessão da inversão ao julgador. Portanto, é necessária a manifestação deste para que as partes tenham ciência de que a regra geral de ônus probatório não será aplicada, e sim, a exceção de inversão de ônus.

4.12 Há dois momentos processuais reservados à inversão do ônus probatório apenas dois momentos: quando da citação do réu ou quando do saneamento do processo.

4.13 A inversão do ônus da prova na fase decisória ofende o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Não se presume circunstâncias excepcionais, o que impõe ao julgador a advertência de que será aplicada a exceção ao invés da regra geral.

4.14 A inversão do ônus da prova prevista no art. 38, do CDC, se dá na forma *ope legis*. Significa dizer, a inversão do ônus da prova nas demandas judiciais cuja causa de pedir se funda em publicidade inverossímil ou incorreta se verifica automaticamente, independentemente de advertência do magistrado à parte ré.

4.15 O Código de Defesa do Consumidor consolidou mecanismos de tutela coletiva de interesses que, juntamente com outras leis processuais esparsas, vêm edificando uma espécie de "teoria geral do processo coletivo". Só por meio de tal prática, amoldando o direito instrumental às necessidades da atualidade é que se estará efetivando o princípio constitucional do acesso à justiça.

4.16 As modalidades de inversão do ônus da prova estão inseridas dentre outras tantas medidas que podem facilitar a defesa do consumidor em juízo, dando azo a interpretações de outros contextos processuais a favor do consumidor.

4.17 Dentre os legitimados para a defesa de interesses coletivos ganha relevo o Ministério Público já que quando não atua no pólo ativo da demanda, haverá de acompanhar o processo como *custos legis*. Acrescente-se a estas vantagens o fato de o Ministério Público dispor, com exclusividade, da alternativa do inquérito civil, o qual não raras vezes tem redundado em acordo entre as partes atenuando a gravidade dos problemas experimentados pelo consumidor difusamente.

4.18 O Código de Defesa do Consumidor permite que a liquidação e a execução de sentença condenatória em ação coletiva se dêem de forma individual. Nada obstante, tendo em conta o disposto no art. 575, II, do CPC, não há espaço para dúvidas quanto ao juízo competente para execução individual. O conteúdo do Código de Defesa do Consumidor impõe interpretação a partir de conteúdos constitucionais, em especial o princípio do acesso à justiça, da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Demais disso, do próprio Código de Defesa do Consumidor decorre comando de interpretação para casos tais, eis que o seu art. 6.º do CDC impõe a facilitação da defesa de interesses do consumidor em juízo, para circunstância que vão além da hipossuficiência e verossimilhança.

4.19 O art. 98, § 2.º, do CDC, determina foros competentes distintos, quando se trata de execução coletiva ou individual. Sendo individual a execução, o consumidor tem duas alternativas: o juízo da liquidação da sentença ou o juízo da ação condenatória (inc. I). Entender o contrário, que o juízo competente para execução seria o que prolatou a sentença condenatória, seria impor um pesado ônus ao consumidor que certamente teria dificultado o exercício de seus direitos reconhecidos judicialmente, sendo onerado pelo dever de mover a execução em foro distinto do seu.

4.20 A vedação à intervenção de terceiros no Código de Defesa do Consumidor visa acelerar prestação da tutela jurisdicional ao consumidor, conferindo-lhe, em tese, norma que privilegia o seu acesso à justiça.

4.21 No que diz respeito ao chamamento ao processo de uma companhia seguradora o mesmo se poderia afirmar. O permissivo não busca conceder privilégio ao fornecedor ou ao prestador de serviço acionado, e sim, aumenta significativamente a probabilidade de se ver o consumidor efetivamente indenizado.

4.22 O art. 88 do CDC veda a denunciação da lide nas hipóteses previstas no seu art. 13, parágrafo único, do CDC. É dizer: o comerciante somente responderia pelo fato do produto perante o consumidor de forma excepcional.

4.23 Na doutrina consumerista se defende que a restrição à intervenção de terceiros também se verifica nas hipóteses do art. 14 do CDC, que trata da responsabilidade do prestador de serviços, já que o sistema do Código de Defesa do Consumidor não admite a denunciação da lide nas ações versando lides de consumo. Discordamos desse posicionamento. Nada obstante, é necessário aferir, em caso de denunciação da lide, se ela implica em inserção de novo debate na demanda denunciatória, o que, certamente a inviabilizaria.

4.24 Os institutos processuais aqui analisados demonstram, a partir da Constituição da República e do Código de Defesa do Consumidor, que também em matéria de direito processual civil o consumidor demanda tratamento diferenciado, primando pela igualdade real, tutelando sua dignidade, e levando em consideração a desigualdade fática entre ele e os fornecedores ou prestadores de serviço.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, ROBERT. TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. MADRI: CENTRO DE ESTÚDIOS CONSTITUCIONALES, 1993.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra: Coimbra, 1991

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COELHO, Edihermes Marques. Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

DANTAS, Ivo. Princípios constitucionais e de interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. Los derechos fundamentales en la teoria del derecho. Madrid: Trotta, 2001.

FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquín Arce Y. El derecho civil constitucional. MADRI: CIVITAS, 1991.

GOMES, Rogério Zuel. Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRAU, Eros Roberto. Atividade econômica e regulação. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional 3 - Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual brasileiro. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Revista Novos Estudos Jurídicos 7-14/9-68. Itajaí: Univali, abr. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. TRAD. DE LUIZ AFONSO HECK. PORTO ALEGRE: SAFE, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Manual de defesa do consumidor em juízo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luis Guilherme. A antecipação da tutela na reforma do processo civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2002.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. vol. 2.

MESQUITA, Gil Ferreira. Teoria geral do processo. Uberlândia: Ipedi, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NAVARRETE, Maria Lorca. Derecho processual como sistema de garantías. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 107. maio-ago. 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. MADRI: TECNOS, 2004.

PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Lisboa: Almedina, s/d.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Ovídio Baptista da. Tendências do direito processual contemporâneo. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional 5/456-459- Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2004.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor 14/31 (DTR\1995\543). São Paulo, abr.-jun. 1995.

1. Versão ampliada e atualizada de trabalho publicado anteriormente (GOMES, Rogério Zuel (org.) e CRUZ, Paulo Márcio (org.). Princípios constitucionais e direitos

fundamentais: contribuições ao debate. Curitiba: Juruá, 2006.

2. SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas, p. 133-134.
3. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional, p. 105.
4. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, p. 49.
5. DANTAS, Ivo. Princípios constitucionais e de interpretação constitucional, p. 87 e ss.
6. FERRAJOLI, Luigi. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho, p. 154-167.
7. O jurista italiano ilustra melhor a colocação. Ao se referir à personalidade, explica que nos ordenamentos jurídicos arcaicos a escravidão era admitida, desconsiderando completamente as pessoas humanas atingidas por este triste capítulo na história da humanidade. Refere-se à cidadania como fator de igualdade e de inclusão, surgindo com o nascimento do Estado moderno. A citada capacidade de agir, tanto civil como política, foi largamente negada na história e até pouco tempo tinha como fator limitador o sexo das pessoas, a religião, a instrução e renda.
8. FERRAJOLI, Luigi. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho, p. 154-167.
9. ALEXY, Robert. TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, p. 507-508.
10. MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, p. 199.
11. NERY JUNIOR, Néelson. Princípios do processo civil na constituição federal, p. 19.
12. Veja-se, à guisa de exemplo, o Garantismo Jurídico (Luigi Ferrajoli) e o Direito Civil-Constitucional (Pietro Perlingieri).
13. FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquín Arce Y. El derecho civil constitucional, p. 28.
14. PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, p. 37.
15. No mesmo sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 118-147.
16. PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales, p. 19.
17. GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução, p. 123.
18. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, p. 304.
19. Idem, ibidem, p. 320.
20. Tratamos desse tema anteriormente in: GOMES, Rogério Zuel Gomes. A possibilidade de extensão do benefício trazido pela Lei 10.173/2001 às pessoas acometidas de câncer e Aids. Revista da OAB/SC 115, 2004. Recomendamos também consultar o recente julgado do STJ: REsp 1.026.899/DF. Min. Nancy Andrighi, j. 17.04.2008, assim ementado: "Mostra-se imprescindível que se conceda a pessoas que se encontrem em condições especiais de saúde, o direito à tramitação processual prioritária, assegurando-lhes a entrega da prestação jurisdicional em tempo não apenas hábil, mas sob regime de prioridade, máxime quando o prognóstico denuncia alto grau de morbidez. Negar o direito subjetivo de tramitação prioritária do processo em que figura como parte uma pessoa com o vírus HIV, seria, em última análise, suprimir, em relação a um ser humano, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente como um dos fundamentos balizadores do Estado Democrático de

Direito que compõe a República Federativa do Brasil, no art. 1.º, III, da CF/1988."

21. A expressão consumidor da tutela jurisdicional é utilizada por Luiz Guilherme Marinoni (in: MARINONI, Luis Guilherme. A antecipação da tutela na reforma do processo civil, p. 106).
22. BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade, p. 20. O mesmo autor aborda a categoria igualdade também sob o prisma aristotélico das formas de justiça retributiva e atributiva.
23. Gil Ferreira de Mesquita acrescenta a estas razões, ainda, o reduzido número de procuradores da Fazenda e de membros do Ministério Público (Teoria geral do processo, p. 68).
24. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo, p. 33.
25. Antonio Maria Lorca Navarrete (Derecho processual como sistema de garantias, p. 537) observa que: "A interpretação e a aplicação das normas processuais têm transcendência constitucional, porquanto o direito à tutela jurídica efetiva obriga a eleger a interpretação daquela que seja mais conforme com o princípio 'pro acione' e com a efetividade das garantias que se integram nesta tutela (...) entre o que a norma demanda e o fim que pretende, olvidando a sua lógica e razoável concatenação substantiva, é claro que o direito fundamental à tutela efetiva resultará vulnerado."
26. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 118.
27. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição, p. 99.
28. TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC, p. 31.
29. A expressão pertence a Karl Marx, que a utilizou no ensaio "Contribuição à crítica da economia política", publicado em 1850. O determinismo econômico se baseia na constatação de que os eventos históricos são determinados pelos interesses econômicos vigentes a cada época.
30. GRAU, Eros Roberto. Atividade econômica e regulação, p. 449-450.
31. Neste sentido também: MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor, p. 577.
32. HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, p. 230.
33. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 159.
34. Importante frisar, com Ana Prata (A tutela constitucional da autonomia privada, p. 136-137), o caráter preceptivo das normas que consagram os direitos fundamentais, que na verdade preservam a liberdade individual não só em face do Estado, mas em face de quaisquer outros que, atuando em nome da liberdade individual possam vir a efetivamente suprimi-los. Os direitos fundamentais, neste sentir, estão defendidos de qualquer ameaça provinda do domínio negocial interprivado.
35. GOMES, Rogério Zuel. Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé, p. 106 e ss.

36. Graça na doutrina consumerista a divergência acerca de se entender, de forma automática, a pessoa jurídica ou o consumidor profissional na categoria de consumidor como destinatário final, porque nestas condições não se presumiria a vulnerabilidade. Esta discussão escapa à delimitação do tema proposta no início do ensaio, nada obstante ser necessário reconhecer a existência de doutrinadores contrários a este posicionamento.

37. O aforismo é atribuído ao jurista italiano Nicola Framarino Malatesta.

38. Há autores que associam o beneplácito da inversão do ônus da prova unicamente ao art. 5.º, XXXII, da CF/1988, que impõe ao Estado a promoção da defesa do consumidor. Com efeito, partindo do princípio de que o Legislativo é órgão que compõe o Estado, a conclusão é correta, conquanto não se perca de vista a lembrança que mais de um dos direitos fundamentais poderá incidir numa mesma hipótese, afastando a sua divisão estanque.

39. COELHO, Edihermes Marques. Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária, p. 115.

40. O Código de Defesa do Consumidor utiliza o termo contrapropaganda. Porém, como observado anteriormente, mais adequado seria a utilização dos termos publicidade e contrapublicidade.

41. Ao consumidor, todavia, é imposto o dever de demonstrar que o anúncio publicitário circulou, assim como deverá provar o seu conteúdo.

42. GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 316.

43. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil, p. 76-77.

44. Nos referimos aqui ao necessário diálogo entre as fontes normativas, entre as quais destacamos as leis que tratam da Ação Popular e, principalmente da Ação Civil Pública (LACP), esta última, especialmente, em função dos arts. 110 a 117 do CDC.

45. SILVA, Ovídio Baptista da. Tendências do direito processual contemporâneo, p. 456-459.

46. Na doutrina processualista há autores que afirmam que é a hipótese é a encartada no art. 5.º da LACP e, portanto, trata-se de legitimação ordinária. Somente se trataria legitimação extraordinária, nesta concepção, na hipótese de ação coletiva visando proteção de interesses individuais homogêneos (art. 81, II, do CDC).

47. O Ministério Público, no caso de interesses individuais homogêneos, atuará na defesa do grupo apenas se a questão assumir relevância social, a teor do também disposto nos arts. 127 a 129 da CF/1988. Rodolfo de Camargo Mancuso acrescenta que na tutela dos interesses individuais homogêneos a atuação do Ministério Público é supletiva, eis que condicionada à conveniência e urgência demandada pelo caso específico ou, ainda, à inexistência ou ineficiência de órgãos de defesa ou proteção do consumidor (Manual de defesa do consumidor em juízo, p. 22).

48. Exemplificativamente poderíamos utilizar os contratos de plano de saúde. É recente o dado fornecido pelo IBGE de que 18,5% da população brasileira firmou contrato com planos de saúde privados. Assim, poderia se afirmar seguramente que existem mais de 34 milhões destes contratos. Para um exemplo quanto às microlesões, bastaria se imaginar a cobrança mensal indevida de um real em cada contrato: isso importaria em lesão de baixa monta se considerada individualmente por consumidor. Entretanto, considerando-se a vantagem dos prestadores desse serviço nessa hipotética situação,

haveria um acréscimo indevido de trinta milhões de reais a cada mês. Um exemplo de maior alcance, ainda, seria se o aplicássemos aos contratos com concessionárias de telefonia móvel, considerando que há mais de cento e trinta milhões de linhas de telefones móveis habilitadas atualmente no Brasil, segundo dados da Anatel.

49. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo, p. 72.

50. GRECO FILHO, Vicente. Direito processual brasileiro, p. 138.

51. Idem, ibidem, p. 144.

52. Idem, ibidem, p. 148-149.

53. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado e legislação extravagante, p. 1019.

54. GOMES, Rogério Zuel. Responsabilidade civil do Estado e a denúncia da lide ao funcionário público. In: SLAIB FILHO, Nagib (org.); COUTO, Sérgio (org.). Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906 - 2006).

55. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. A preclusão no direito processual civil. p. 14. O autor baseia-se na lição do processualista italiano Virgílio Andriolli.

56. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. A preclusão no direito processual civil. p. 14. O autor baseia-se na lição de Chiovenda.

57. Exemplo baseado na crítica de Salvatore Satta ao Código de Processo Civil italiano.