

**JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR**

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES ACERCA DA  
INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, INSTRUMENTO PROCESSUAL  
CIVIL DE EFETIVAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR  
COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

**FORTALEZA – CE**

**2008**

**JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR**

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES ACERCA DA  
INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, INSTRUMENTO PROCESSUAL  
CIVIL DE EFETIVAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR  
COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Especialista junto ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional (Turma I) da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC conveniada com Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA.

**ORIENTADOR: PROF. JURACI MOURÃO LOPES FILHO, MS.**

**FORTALEZA – CE**

**2008**

**JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR**

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES ACERCA  
DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, INSTRUMENTO  
PROCESSUAL CIVIL DE EFETIVAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR  
COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

**Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Especialista junto ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional (Turma I) da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC conveniada com Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA.**

**Monografia aprovada em 05 de dezembro de 2008.**

**Orientador: \_\_\_\_\_  
Prof. Juraci Mourão Lopes Filho, Ms.**

**1º Examinador: \_\_\_\_\_  
Prof. Fernando Veras Bezerra, Esp.**

**2º Examinador: \_\_\_\_\_  
Prof. Paulo Henrique Gonçalves Portela, Ms.**

**Coordenador do Curso:**

\_\_\_\_\_  
**Prof. Flávio José Moreira Gonçalves, Ms.**

## **R E S U M O**

A presente monografia pretende contribuir, ainda que minimamente, com o mundo jurídico, no que diz respeito ao instituto da inversão do ônus da prova, previsto no art. 6º, VIII do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, sob o enfoque do Direito Constitucional. Além de abordar o alcance dos requisitos impostos por esse dispositivo legal, o estudo trata do momento em que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no processo civil, trazendo novas luzes a respeito, mormente como reforço à tese da regra de julgamento, que, ao invés de corresponder a uma violação do princípio constitucional do devido processo legal, fortalece-o dentro de nosso ordenamento jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consumidor. Ônus da prova. Inversão. Requisitos. Regra de julgamento. Devido processo legal.

## **A B S T R A C T**

The current work intends to contribute, albeit modestly, with the juridical studies regarding burden of proof inversion institute, regulated by Brazilian Consumer Defense Code (Chapter 6, VIII), which is to be examined taking into account a constitutional outlook. Besides analyzing the range of legal conditions imposed by the aforementioned rule, the study examines the moment in which the burden of proof inversion must take place in civil procedure, arising new ideas on the subject, mainly to reinforce judgment rule proposition, which, instead of consisting in a violation of the constitutional principle of due process of law, fortifies such principle in Brazilian juridical order.

**KEYWORDS:** Consumer. Burden of proof. Inversion. Requirements. Judgment rule. Due process of law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. DELIMITANDO O OBJETO EM ESTUDO.....	12
1.1. Um click no mouse.....	13
1.2. Constitucionalização do direito.....	15
2. A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO.....	17
2.1. Princípio x regra.....	17
2.2. A defesa do consumidor.....	19
3. UM CASO CONCRETO.....	23
3.1. A petição inicial.....	24
3.2. A contestação.....	28
3.3. A réplica.....	28
3.4. Análise do caso.....	42
4. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	43
4.1. Espécies.....	43
4.2. Requisitos (CDC 6º VIII).....	46
4.3. Vulnerabilidade x hipossuficiência.....	53
5. MOMENTO DE INVERTER O <i>ONUS PROBANDI</i> .....	57
5.1. Regra de julgamento ou de procedimento?!.....	58
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

## INTRODUÇÃO

Direito é conduta em interferência intersubjetiva. Mas, pode ser entendido, em linguagem menos técnica, como proporcionalidade, reciprocidade. Assim como os elementos químicos que se ligam entre si para formar substâncias estáveis, o Direito também visa à estabilidade, ao equilíbrio. Fora disso, perde a sua razão de ser, desnatura-se. Não é sem razão que Dante Alighieri o definiu, magistralmente, como a *“proporção real e pessoal, de homem para homem, que conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a”*.

A esse propósito, o Processo, por sua vez, serve como uma engrenagem imprescindível e fundamental, considerado o escopo político de pacificação social. É o instrumento pelo qual, no Estado Democrático, se realiza a nobre função de dizer o direito, resolvendo os conflitos e, de conseguinte, apaziguando as partes, além de servir, igualmente, como uma garantia de manutenção daquele equilíbrio.

Com efeito, o Juiz, representando o Estado, substitui-se aos litigantes, dando a cada um o que é seu por meio da sentença, a qual será obrigatoriamente motivada segundo os elementos constantes dos autos, a fim de que os interessados compreendam as razões do julgamento, podendo dele recorrer ou, simplesmente, se convencer da justiça da decisão, entregando, de bom grado, o bem da vida ao seu legítimo titular ou, conforme seja, restabelecendo situações anteriormente reconhecidas, o que constitui a finalidade maior do ordenamento jurídico como um todo.

O Direito Processual pátrio, portanto, adotou o princípio da persuasão racional, cabendo necessariamente ao Estado-Juiz, com isenção (leia-se: imparcialidade) e responsabilidade, procurar obter o convencimento das partes, através da motivação de seus atos (do Estado-Juiz), calcada no arcabouço probatório coligido aos autos respectivos, toda vez que a matéria disser respeito a fatos que imponham essa atividade judicante.

E, especificamente no Processo Civil –, que difere do Processo Penal, pois que ali vige o princípio da verdade formal –, o desafio, em matéria de prova, é chegar o mais próximo possível da verdade real.

Não obstante, ainda é correto dizer que – e isso vale também, de certa maneira, para o Processo Penal –, o que se alcança é a verdade processual.

Assim, considerando que a verdade é uma só, como dizia Sócrates, em oposição aos Sofistas, a verdade processual, numa situação ideal, deve corresponder à verdade real.

Mas, não se vive no mundo das idéias referido por Platão. Ainda que o homem evolua a passos largos no caminho da perfeição, esta é apenas mais uma idéia que, ao lado de tantas outras, revela-se inatingível.

Depois de cerca de seis mil anos de história, o que se tem de mais paradigmático no Direito é a verdade processual, que subsiste dentro de um sistema de princípios e regras cuja finalidade precípua é o alcance da verdade real, mas com obediência a limites de toda ordem (até mesmo logística) impostos pela própria realidade prática, encontrando-se, o Direito, ele também, em perpétuo estado de aperfeiçoamento.

E, no Brasil, não poderia ser diferente. Em um momento em que se prioriza a efetividade da jurisdição (haja vista o princípio da razoável duração do processo, levado ao Texto Maior por obra e graça da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que acrescentou o inc. LXXVIII ao seu art. 5º), até mesmo em detrimento da segurança jurídica, dê-se que os meios para garantir a celeridade de tramitação ainda são assustadoramente escassos, o que se tem, especialmente no Processo Civil, é um sistema onde a prova assume papel preponderante, constituindo a verdadeira alma do processo no seu desiderato de realização da justiça.

Com efeito, percebe-se que, em geral, toda pretensão está presa a um ou mais fatos pretéritos, podendo a afirmação desses fatos corresponder ou não à bendita verdade. Justamente para possibilitar a sustentação das alegações dos interessados, com vistas ao convencimento do julgador sobre a verdade do caso



levado ao seu conhecimento, é que o Direito confere àqueles a oportunidade de realizarem provas.

Pois bem. O momento da prova, no Processo Civil brasileiro, compreende quatro etapas bem definidas, a saber: a) a da propositura, quando se protesta pela realização da prova (no desfecho da petição inicial e da contestação); b) a da admissão, que no procedimento comum ordinário ocorre no ambiente da audiência preliminar (CPC 331), em regra, deferindo ou não, o magistrado, a realização da prova requerida, depois da fixação dos pontos controvertidos da demanda e da especificação das provas protestadas *ab initio*; c) a da produção, que se confunde com a própria instrução processual; d) a fase de valoração da prova, consistente no seu aproveitamento ou não para o convencimento do magistrado, o que se dá na prolação da sentença. A semelhança com as fases do processo (postulação, saneamento, instrução e julgamento) não é sem razão, já que, como dito, a prova é o centro do universo processual.

Obviamente que todas essas etapas encontram-se interligadas. Assim, para que seja valorada na sentença, é necessário que a prova, antes, tenha sido produzida, o que só acontece se tiver sido admitida e, primeiramente, é claro, requerida, seja pelo autor, na petição inicial, seja pelo réu, na contestação.

Daí que, se não houver a especificação de uma prova no momento oportuno, não se tratando de matéria de ordem pública, não poderá ser requerida posteriormente, perdendo, a parte, a oportunidade de produzi-la e, conseqüentemente, de mostrar a sua versão sobre determinado fato pretérito. Eis porque se fala, dentre outros exemplos e circunstâncias, em verdade processual.

Em suma, o que se quer dizer é que um pedido pode ser julgado improcedente, mesmo que existisse prova em sentido contrário e fosse do conhecimento da parte, a qual, todavia, por descuido, não chegou a ser produzida, ficando, pois, fora dos autos; assim como, de outra banda, a procedência da ação não fica condicionada à demonstração da verdade real, podendo-se alcançar esse resultado com arrimo em juízo de verossimilhança, e não necessariamente de certeza.

É exatamente no contexto do momento da prova, que se desenvolverá o tema aqui proposto, relacionado com a inversão do *onus probandi*; mais precisamente, na dinâmica da defesa do consumidor em juízo. Um direito que foi elevado à condição de valor constitucional, a partir do novel Estado, agora Democrático de Direito, instituído em 1988, e que se encontra expressamente estampado no inciso XXXII, do art. 5º, da Carta Magna, com o seguinte teor: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Hoje, portanto, um direito fundamental, nada obstante constitua norma constitucional de eficácia limitada, conquanto dependesse de normatividade ulterior para a sua efetiva incidência.

E essa normatividade posterior veio com a Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990: O Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor 180 (cento e oitenta) dias depois de sua publicação. Ela foi editada exatamente onze anos antes do atentado às torres gêmeas do World Trade Center, em Nova York, mas tem provocado, no Brasil, com o perdão do trocadilho, maiores mudanças do que a famosa guerra contra o terror.

Assim, no afã de tornar efetivo o direito fundamental à defesa do consumidor, o legislador ordinário mitigou princípios consagrados, tais como o de que “o ônus da prova incumbe a quem alega” e “alegar e não provar é o mesmo que não alegar”.

Parece comezinho hoje, mas foi preciso o transcurso de vários séculos até que se consolidasse, entre os povos cultos, o entendimento consoante o qual aquele que afirma algo a respeito de outrem, ou acerca da esfera de interesses de terceiros, deve apontar as provas de suas afirmações, sob pena de elas não poderem, jamais, prevalecer: *actore non probante, reus absolvitur*. É uma questão de igualdade e justiça, valores mui caros para a civilização ocidental.

Daí surgirem inúmeros questionamentos de cunho constitucional, entre os quais se podem destacar: à luz do ordenamento constitucional brasileiro, é válida a mitigação de tão importantes princípios? O devido processo legal não estaria sendo vulnerado? Para que seja possível a inversão do ônus da prova, sem violar a Constituição da República, quais os limites de atuação do magistrado? Há um

momento processual adequado para fazê-lo, a fim de preservar a constitucionalidade da medida?

As respostas a essas e outras perguntas com repercussão no campo do Direito Constitucional constituem, em apertada síntese, o objeto do presente estudo.

Para uma didática compreensão do tema, um caso concreto, envolvendo o próprio autor destas linhas, será apresentado, fazendo-se como que uma dissecação do assunto, nos capítulos seguintes, até que algumas dessas perguntas-chave sejam satisfatoriamente respondidas, e outras também.

Cuida-se, pretensamente, de uma pequena contribuição ao mundo jurídico, apenas para atizar o debate em torno do assunto em estudo, este sim, com importância para o Direito.

# 1. DELIMITANDO O OBJETO EM ESTUDO

Para uma melhor compreensão deste trabalho, pretende-se identificar com razoável grau de precisão o objeto em exame, do qual já se mencionou acima, razão por que se fez a opção por este capítulo.

Com efeito, objeto significa – segundo o conceito dado pela wikipédia, a enciclopédia livre da *web* –, no contexto das pesquisas acadêmicas: “o assunto ou tema de estudo ao qual será aplicado determinado método de análise”. Método, por seu turno, é vocábulo proveniente do substantivo composto grego *methodos*, formado por *meta* (por meio de, através de) mais *hodos* (caminho, via), e significa caminho por meio do qual se chega a um fim.

O objeto a que se faz referência, pois, é simplesmente o tema de uma pesquisa, porque toda análise pressupõe uma finalidade e, por conseguinte, um método, sendo imprescindível, para tanto, identificar as suas fronteiras. “É um assunto que se deseja provar ou desenvolver. Necessita ser delimitado para permitir aprofundamento.”<sup>1</sup>

Perceba-se, porém, que o campo do conhecimento é interminável e ainda evolui na medida do avanço das conquistas tecnológicas. Para a física quântica, por exemplo, seria difícil determinar uma realidade, considerando não só que tudo está em movimento (os elétrons que participam das combinações atômicas, formando as substâncias etc.), como também o fato de que o observador sempre interfere no objeto da pesquisa.

Nesse contexto, ARISTÓTELES já ensinava que não há nada no intelecto que primeiro não tenha passado pelos sentidos, sendo que aquilo que é observado por um nunca é, de fato, exatamente igual ao vislumbrado por outro, pois que a percepção de cada qual é bastante complexa e variada.

---

<sup>1</sup>

BASTOS, Núbia Maria Garcia. *Introdução à metodologia do trabalho acadêmico*, p. 22.

Diz-se isso para demonstrar que, no âmbito da pesquisa, haverá sempre um grau, maior ou menor, de imprecisão, de relativismo, sendo necessária a intervenção do pesquisador, estudioso ou cientista para impor, de certa forma, autoritariamente, as suas premissas.

Aliás, certa vez alguém disse que se se quisesse ter certeza da pequenez e “idiotice” dos homens bastava olhar para o *mapa mundi*, com todas as suas fronteiras: umas pequenas, outras maiores; algumas minúsculas, outras enormes, quando o ideal seria todos viverem sem necessidade de divisões. Nossa realidade, porém, como já discutido, não pertence ao mundo das idéias. Sempre seremos, sob esse aspecto, “idiotas”.

Aqui, porém, não é bem assim. No campo da ciência jurídica e, de modo geral, no de todas as outras, é preciso delimitar o componente, sob pena de se não fazer frutificar e disseminar qualquer conhecimento, ainda que, numa visão holística, esse reducionismo não seja possível.

De qualquer forma, vamos fazê-lo, porque o conhecimento da parte oferece algo sobre o todo, sendo necessária, de uma maneira ou de outra, a intervenção do pesquisador, como dito.

## **1.1. Um click no mouse**

Então, tal como se você estivesse acessando um super programa de computador, à semelhança, por exemplo, do *google earth*, partindo dos confins do universo, que corresponderiam a todo o saber, aproxime-se do planeta Terra, que representaria a ciência jurídica, tendo esta por objeto, em suma, os fenômenos jurídicos oriundos das relações intersubjetivas que geram os direitos e as obrigações e são reconhecidas e protegidas pelo aparelho sancionatório do Estado.

Agora, com um *click* no *mouse* de seu “micro”, com o perdão do anglicismo, vá até o Brasil, que seria, hipoteticamente, a interligação entre os direitos constitucional, consumerista e processual civil brasileiros, e encontre, na

parte relativa aos direitos fundamentais (digamos, o Ceará), a defesa do consumidor (ou seja, Fortaleza, com os seus 313km<sup>2</sup> de área).

Procure um pouco mais (entre as vias do bairro em que mora) e você achará (num perímetro, vamos dizer, de 0,3km<sup>2</sup>, circundado pela cor vermelha, englobando alguns quarteirões entre os quais está aquele onde se localizada a sua casa, com uma seta preta apontada) as regras sobre a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, no âmbito judicial, relacionadas ao instituto da inversão do *onus probandi*.

A seta preta, indicativa da localização de sua casa, aponta, assim, para a inversão do ônus da prova como instrumento processual civil de efetivação do direito fundamental à defesa do consumidor, inserta no contexto maior da proteção ao consumidor (o perímetro em vermelho).

Então teríamos nessa determinada zona do saber jurídico, delimitada por estreitas ligações entre os direitos constitucional, processual civil e consumerista, o seguinte: direito fundamental à defesa do consumidor (norma-regra constitucional) – direito básico à facilitação da defesa dos direitos do consumidor (regra infraconstitucional do direito consumerista) – defesa do consumidor em juízo (no âmbito processual civil) – inversão do ônus da prova (instituto processual civil correlacionado).

Tudo, saliente-se, para satisfazer o valor da proteção ao consumidor hipossuficiente, erigido à condição de direito fundamental e princípio da ordem econômica pelo constituinte originário, sem olvidar a participação do juiz em todo esse processo, seguramente o destinatário mais importante do regramento respectivo, haja vista que caberá a ele decidir sobre a inversão, depois de perscrutar acerca da presença de seus requisitos, estando em suas mãos o poder de, no caso concreto, dar efetividade, nesse ponto, à nossa Constituição.

## 1.2. Constitucionalização do direito

Pode-se indagar, finalmente, se o objeto em estudo não estaria mais ligado ao direito processual civil. Muito embora o tema proposto gire em torno de um instituto da referida disciplina jurídica, pensamos que não, se for levado em conta o fenômeno da constitucionalização do direito.

Com efeito, depois da 2ª Guerra Mundial –, quando se assistiu aos horrores não só do conflito em si, que ceifou a vida de mais de 50 (cinquenta) milhões de pessoas diretamente envolvidas, como também do holocausto judeu e das perseguições a diversas minorias, estas últimas práticas efetivadas, não raro, sob o manto de uma legalidade fria e desprovida de valores humanitários, sobretudo na Alemanha Nazista –, acordou-se para a necessidade premente de introduzir nos textos constitucionais a doutrina dos direitos humanos e, no plano internacional, de criar uma rede efetiva de proteção desses direitos, com o intuito de fomentar permanentemente a paz entre os povos.

Assim foi que, em 10/12/1948, proclamou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em Paris, em cumprimento ao art. 55, da Carta da ONU (Organização das Nações Unidas), de 1944, que previu a formação de uma Comissão dos Direitos Humanos, presidida inicialmente por Eleonora Roosevelt.

Naquela oportunidade, afirmou-se o reconhecimento da dignidade humana como inerente a todos os membros da família humana, fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo, dando-se, assim, o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, disciplina autônoma ao Direito Internacional Público<sup>2</sup>.

Já os Estados constitucionais de direito (não mais Estados de direito, apenas, como consolidado após a revolução francesa), desenvolveram-se na mesma época, sob a égide daqueles mesmos princípios de humanização do ordenamento jurídico, tendo, em geral, por característica, a subordinação da legalidade a uma constituição rígida, dependendo a validade das normas infraconstitucionais não mais apenas da forma de sua produção, como também,

---

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 35-36.

agora, da compatibilidade de seus fins com os preceitos do Texto Magno, impregnado, por seu turno, de conteúdo axiológico, voltado aos direitos humanos.

Contribuíram para esse neoconstitucionalismo não só o momento histórico do final da Segunda Grande Guerra, com o advento dos Estados democráticos de direito, mas também a disseminação do pós-positivismo, no plano filosófico, com o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, construída sobre o alicerce da dignidade da pessoa humana, e a idéia, basicamente, da força normativa da constituição (proposta originariamente por Konrad Hesse), consubstanciadora do caráter vinculativo e obrigatório dos dispositivos constitucionais.

No Brasil, como explica magistralmente LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>3</sup>, *expressis verbis*:

“A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil (...).

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.”

De modo que a análise aqui empreendida é sobre um instituto de direito processual civil, mas com relação ao aspecto de servir como instrumento imprescindível à efetivação do direito fundamental à defesa do consumidor, interessando em grande medida ao Direito Constitucional, conquanto contribua para o fortalecimento de princípios e regras insertos na Constituição da República.

---

<sup>3</sup>

*Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*, p. 37-38.



## **2. A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO**

De início, tenha-se em mente que, em nome do postulado da força normativa da constituição – hoje consagrado e de cuja aplicação não se tem mais dúvida –, os dispositivos constitucionais, muito embora encerrem uma gama de princípios, são todos eles dotados de caráter normativo, o que significa a possibilidade de sua incidência direta e indireta em casos concretos, não devendo o juiz, igualmente, furtar-se ao ato de afastar a aplicação da norma infraconstitucional que se apresente em desarmonia com os preceitos da constituição.

Em outras palavras, as normas constitucionais têm força cogente, ou seja, eficácia normativa, e não mero valor moral ou ético, como se fossem simples aconselhamentos.

### **2.1. Princípio x regra**

Esclareça-se, por oportuno, que pode variar a espécie de norma por meio da qual uma constituição emite os seus comandos para, em última instância, fazer valer a opção feita pelo poder constituinte, que tem, em um Estado Democrático, o povo como o seu titular.

Com efeito, a norma constitucional (gênero) é dividida em duas espécies: o princípio (norma-princípio) e a regra (norma-regra). Os princípios se caracterizam por representar o primeiro estágio de concretização dos valores jurídicos a que se vinculam, sendo seguidos, em geral, pelos subprincípios – os quais se acham diretamente ligados àqueles –, e depois, pelas regras, que se subordinam aos subprincípios correspondentes para, enfim, se chegar ao grau máximo de

concretude, quando o juiz proclama a sentença em um determinado caso levado ao seu conhecimento (princípio – subprincípio – regra – sentença).<sup>4</sup>

Segundo Robert Alexy, a teoria dos princípios se acha subjacente à teoria dos valores, sendo, porém, essencialmente igual, a estrutura de ambos os modelos. O que os distingue, em verdade, é que enquanto os princípios estão situados no campo deontológico (do dever-ser), os valores se situam no campo axiológico (âmbito do bom), de maneira que aquilo que é considerado o melhor no modelo dos valores corresponde, no modelo dos princípios, àquilo que é o devido.<sup>5</sup>

Mas, pode-se dizer, sem medo de errar, que os princípios insertos na constituição expressam exatamente os valores mais caros eleitos pelo povo, por meio de seus representantes no parlamento, para reger o Estado e a sociedade. Os princípios, portanto, em última análise, encerram valores, constituindo ambos como que as duas faces de uma mesma moeda.

Por sua vez, as regras, como também observado por Alexy, conquanto desprovidas de uma maior densidade axiológica, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições, diferentemente dos princípios, que são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, o que significa dizer, consoante o prestigiado autor alemão, que os princípios podem ser aplicados em diferentes graus, dependendo das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, cujo âmbito é determinado por princípios e regras opostos, enquanto as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, fazendo-se exatamente o que elas exigem, nem mais nem menos, daí porque as regras são determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.<sup>6</sup>

Não é sem razão que a constituição, assim como todo o ordenamento, representa um “sistema aberto de princípios e regras”, conforme anotado por Canotilho. Isto porque um sistema constituído somente por regras, exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa (sistema de segurança), não permitindo a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e

---

<sup>4</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional para concursos*, p. 68.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 73.

interesses de uma sociedade plural e aberta; ao passo que um sistema baseado apenas em princípios poderia conduzir à falta de segurança jurídica.<sup>7</sup>

Para o presente estudo, o que importa saber é que a constituição é dotada de princípios e regras, em convivência harmônica, sem hierarquia entre si, por respeito ao postulado da unidade, dêis que são, ambos, espécies de normas constitucionais, figurando a proteção ao consumidor como princípio e também como regra, como se verá.

## **2.2. A defesa do consumidor**

Pois bem. Na forma de princípio, a defesa do consumidor (ou proteção ao consumidor) aparece no texto constitucional, em verdade, apenas no art. 170, V, com a seguinte redação:

“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:

omissis

V - defesa do consumidor;

(...).”

Trata-se, pois, de princípio da ordem econômica, concretizado ainda mesmo no texto da constituição em várias passagens, por meio das seguintes regras: art. 5º, XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; art. 24, VIII – que cuida da competência legislativa concorrente sobre responsabilidade por dano ao consumidor; art. 150, § 5º – “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”; art. 48 do ADCT – “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias, elaborará Código de Defesa do Consumidor”.

---

<sup>7</sup>

Ob. cit., pp. 68/69.

Ademais, o parágrafo único, II do art. 175 colaciona os direitos dos usuários entre as matérias sobre as quais deverá dispor a lei que discipline a concessão ou permissão de serviço público.

Significa, então, que todo o exercício da atividade econômica, agora, está afetado pela proteção jurídica de quem consome.

Note-se que essa concepção traduz um aspecto interessante de nossa Carta Magna, que se transformou numa verdadeira colcha de retalhos ideológica, dado o emaranhado de dispositivos conflitantes dentro de um mesmo seguimento de sua topografia, revelando, às vezes, uma orientação liberal e outras vezes uma opção pelo socialismo, embora pareça mais evidente a adoção de um modelo de organização estatal intervencionista.

Mas, não poderia ser diferente numa democracia, considerando que desde o tempo da Assembléia Nacional Constituinte, há um embate bem equilibrado, pelo menos no campo da intelectualidade, entre os defensores do modelo liberal, de um lado, e do modelo socialista, do outro, representando, o texto constitucional, a projeção de uma realidade sócio-política estratificada e ideologicamente dividida, embora com o fito de propor como que uma conciliação dialética entre essas forças antagônicas.

O que se tem de concreto, assim, é que a introdução de princípios como o da defesa do consumidor no texto da constituição revela um compromisso entre as forças políticas liberais e as reivindicações populares de justiça social no mercado de consumo, possibilitando certa humanização do capitalismo.

A livre iniciativa e a propriedade dos bens de produção só se legitimam, portanto, quando cumprem a sua função social, consubstanciada, dentre outras proposições, não só na valorização do trabalho, mas também no respeito ao consumidor, fazendo-se ver que não há direitos absolutos em nosso ordenamento, mas um convívio necessário entre interesses aparentemente em conflito, exigindo do intérprete a maior atenção para que, no caso concreto, seja eleita a solução que mais bem atenda aos anseios da coletividade, sem olvidar o atributo da dignidade da pessoa humana.

Perceba-se, finalmente, que a regra insculpida no art. 5º, inciso XXXII do Texto Magno, é uma novidade no que concerne aos direitos individuais, uma demonstração inequívoca da preocupação do legislador constituinte com as modernas relações de consumo e a necessidade de proteção do hipossuficiente.

Essa nova visão constitucional, em termos de inovação do rol dos direitos humanos fundamentais, de proteção ao consumidor, como se deixou claro alhures, deve ser compatibilizada com preceitos tradicionais em nossas constituições, como a livre iniciativa e a livre concorrência.<sup>8</sup>

De qualquer forma, independentemente de classes e da opção ideológica de cada um, todos nós somos consumidores de alguma coisa. É impensável, hoje, conceber que alguém esteja à margem da sociedade de consumo, ainda que dela participe minimamente. Daí o acerto da concepção da defesa do consumidor como direito fundamental, porquanto corolário da dignidade da pessoa humana, valor nuclear de nossa constituição, atributo inerente a todo o ser humano e base dos direitos fundamentais em geral.

Portanto, quando o texto constitucional faz referência ao dever do Estado de promover a defesa do consumidor, quer dizer com isso que se não pode descurar do propósito de conferir efetividade à dignidade da pessoa humana no plano das relações de consumo.

Trata-se, com efeito, de um direito fundamental de terceira dimensão, ligado ao valor solidariedade, extraído do lema da revolução francesa, tendo, outrossim, caráter positivo, porque decorrente de uma exigência de prestações materiais do Estado (“O Estado promoverá...”), sempre no sentido da redução das desigualdades no plano fático, cuja efetivação esbarra, não raro, nas contingências orçamentárias (reserva do possível).

Mas, a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990), embora atrasada, conquanto se não tenha atendido o prazo do citado art. 48 do ADCT, acabou por regulamentar esse preceito constitucional, estabelecendo o

---

<sup>8</sup>

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 191-192.

regramento necessário à proteção das relações de consumo e do próprio consumidor.<sup>9</sup>

### 3. UM CASO CONCRETO

Enfim, nada como um bom exemplo para se dissiparem as dúvidas sobre determinado problema. E a questão aqui, como dito em linhas precedentes, é encontrar soluções satisfatórias a algumas indagações feitas no início deste trabalho (além de outras que apareçam no percurso) sobre aspectos constitucionais relevantes inseridos no contexto da inversão do ônus da prova, instituto processual civil criado com o Código de Defesa do Consumidor para auxiliar na concretização do direito fundamental (positivo) de proteção do Estado para com a pessoa do consumidor (CR, art. 5º, XXXII).

A partir de um caso prático, serão enfocadas as particularidades da inversão do *onus probandi* dentro do contexto da concretização do direito fundamental à defesa do consumidor, examinando-se a sua aplicação no mundo real, não sendo ocioso lembrar, outrossim, que, para incidir a regra da inversão, necessária a existência de questão de fato, não cabendo, por óbvio, em questão meramente de direito.

Pois bem. O signatário é autor, em causa própria, de uma demanda indenizatória que tramita em uma das Unidades dos JECC – Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Fortaleza, proposta contra certa Operadora de Telefonia Móvel. São fatos reais que chamaram à atenção do exponente sobre a importância daquele instituto como instrumento de defesa do consumidor em juízo, e o motivaram a elaborar o presente estudo.

Como o processo é público, não se inserindo, o caso em apreço, na ressalva do art. 155 do CPC, algumas peças foram reproduzidas *ipsis litteris*.

Tudo começa na manhã do dia nove de junho do ano próximo passado...

### 3.1. A petição inicial

“**JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR**, (qualif.)..., vem respeitosamente à presença de V. Exa., com esteio nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, da Lei dos Juizados Especiais e do novel Código Civil brasileiro, ajuizar a presente demanda cominatória c/c perdas e danos, em face da OI CELULAR, denominação TNL PCS S/A, com representação em Fortaleza na Av. Borges de Melo, nº 1677, 3º Andar – Vila União, pelo que expõe para, afinal, requerer o seguinte:

02. Preliminarmente, invoca o reconhecimento de capacidade postulatória para deduzir a presente pretensão, nos termos em que facultado pelo art. 9º, da referida Lei nº. 9.099/1995 (LJE), considerado o valor atribuído à causa.

03. Pois bem. No dia 9 de junho de 2007, por volta das 10:30 horas, quando se dirigia à Rodoviária, o postulante foi assaltado, à mão armada, próximo ao viaduto da Base Aérea (na Aerolândia), dentro do veículo de seu primo, Walmir Bezerra Luz, guiado pelo mesmo, e onde o primeiro ocupava o assento do passageiro.

04. Entre os pertences roubados, estava o celular do signatário, cujo Chip da OI - nº **8825-2707** encontra-se vinculado ao contrato em anexo (**doc. 01**).

05. Depois da sorte de não haver sido morto (pois hoje, em Fortaleza, permanecer vivo já parece ser uma dádiva de Deus), tratou o exponente, primeiro, de providenciar o bloqueio dos cartões e cheques levados, bem como da referida ‘linha celular’.

06. De todos os pedidos de bloqueio, lembra bem o postulante, o mais ‘suado’, o mais difícil e complicado foi o da “Oi Celular”. Obtido, finalmente, o bloqueio da linha, dirigiu-se o signatário à Delegacia de plantão para comunicar o fato, com vistas à lavratura do Boletim de Ocorrência (**Doc. 02**).

07. Após o acontecido, procurou o promovente, em meados de julho/2007, a loja da ‘Oi Celular’, localizada no Shopping Iguatemi, para comprar um novo aparelho e saber se deveria modificar o número ou não, tendo em vista o assalto de que fora vítima. Lá chegando, o peticionante relatou o problema e disse que já estava na ‘Oi’ há mais de 4(quatro) anos e que sua conta girava em torno de R\$220,00(duzentos e vinte reais) em média mensal.

08. Naquele momento, o exponente surpreendeu-se com a informação da funcionária, que lhe disse não ter como avaliar qualquer informação sobre o cliente (se antigo, novo, quanto pagava etc.) e que, se quisesse manter a mesma linha, desbloqueando-a, ainda teria de pagar uma determinada tarifa.



09. É óbvio que depois desse tratamento, digamos, de África Subsaariana (com todo respeito aos africanos), decidiu o exponente não mais permanecer vinculado à 'Oi Celular'.

10. Na primeira vez que tentou o encerramento da conta, o atendente da 'Oi' informou ao autor que, como já tivesse passado quase todo o mês de julho/2007 (sem que o promovente houvesse feito uma única ligação, diga-se de passagem, tendo em vista o fato de a linha estar bloqueada), ele deveria pagar normalmente a fatura desse mês (cobrada no dia 02/08/2007 – **doc. 03**).

11. Isso foi feito (**ver doc. 03**), mas, depois de várias tentativas, nunca conseguiu, o exponente, que a ligação chegasse até o ponto de se dar o encerramento da conta: caía antes.

12. Entrementes, chega a fatura relativa ao mês de agosto/2007 (cobrada em 02/09/2007). Novas tentativas de encerramento. Mas sempre frustradas. Numa delas, depois de relatar tudo o que estava a ocorrer, o atendente recomendou que o autor se dirigisse à loja da 'Oi', localizada na Av. Santos Dumont, passando a impressão de que a empresa fazia isso propositadamente, para não perder o cliente. O problema é que eles já haviam perdido o cliente desde aquele dia em que o postulante saiu da Loja da 'Oi – Iguatemi'.

13. Aí, então, despendendo tempo, energia e saúde (sim, porque não há quem não se aborreça com uma situação dessas – nem o Papa Bento XVI), viu-se o postulante obrigado a ir até a essa Loja da 'Oi', na Santos Dumont, tentar resolver o problema.

14. Em lá chegando, todavia, o promovente só tinha uma coisa em mente: encerrar a 'm...' dessa conta da 'Oi Celular' (que muitos brincam, dizendo atender pela carinhosa alcunha: Óooiii!!!). Nunca pensou o promovente que assim o fosse. Aliás, tinha a 'Oi Celular' como uma das melhores operadoras, senão a melhor. Mas, hoje, o autor é o primeiro a dizer: Óooiiii!!! Ainda vai??? Depois não fale que eu não avisei!!! Mas eu te disse, eu te disse!!!

15. Mesmíssima coisa. Depois de tentarem vender aparelho celular, o promovente respondeu negativamente, desta feita rispidamente, demonstrando que queria encerrar a conta e ir embora. Disseram-lhe que a única maneira (vejam só!) de encerrá-la, seria pelo telefone. Insistiu o signatário, que isso ele já tinha tentado cem vezes (hipérbole à parte).

16. Dito e feito. Pediu o promovente que a própria funcionária tentasse. Ela não agüentou. Foram feitas mais duas tentativas (as últimas, enfim). Uma hora de espera, duas ligações 'caídas'...

17. Sem tempo para preparar a petição inicial da ação que ele já vislumbrava ser o único meio para resolver o caso, enviou reclamação à ANATEL (**doc. 04**), e ainda pagou a fatura de agosto, cobrada em 02 de setembro de 2007, (**doc. 05**), a qual, em seu conceito, no que toca mesmo ao senso comum, jamais deveria ter sido cobrada.

18. Todavia, o cúmulo do absurdo, da má-fé, do abuso e de tantas coisas ruins que se poderiam dizer aqui, mas que o decoro e a educação não permitem, vem agora. É que, depois de confessar à ANATEL, sobre a dificuldade de contatar a sua Central de Atendimentos (leia-se: impossibilidade de encerrar a conta); depois de ligar para a casa da mãe do peticionante, ouvir toda a situação, dizer que estava tudo solucionado e ainda pedir desculpas; depois de tudo isso, eis que a promovida presenteia o reclamante com outra COBRANÇA (Óooooiii!!!), com vencimento para 02 de outubro de 2007, como se vê do documento anexo (**doc. 06**).

19. Note-se, pois, que, desde 09/06/2007, o autor não realizou uma única ligação pelo celular 8825-2707 (porque bloqueado); que, desde meados de julho/2007, a 'Oi celular' já ficara ciente, através de seus atendentes, do anseio do requerente em encerrar a conta respectiva; que, desde o final de julho/2007, o autor tentava acessar a Central de Atendimentos da 'Oi' para encerrar a conta e não conseguia por culpa da operadora; que, em meados de setembro, a operadora foi formalmente notificada pela ANATEL sobre o problema, desculpou-se e nada fez. Depois de tudo isso, ainda cobra do reclamante. Não é possível!!!

20. Assim, o promovente vem de recorrer ao Poder Judiciário, como última alternativa encontrada para solução do problema, considerando que a 'Oi Celular' não procede ao desligamento da conta e, pior, ciente de tudo, cobra descaradamente por um serviço que, efetivamente, não vem sendo prestado ao promovente há mais de três meses.

21. Esses são os fatos que o peticionante leva ao conhecimento de Vossa Excelência, esperando que seja aplicado o melhor direito ao caso concreto, conquanto *jura novit curia*. E que se o faça, outrossim, à luz da Constituição da República, com os olhos sempre voltados à Lei Maior, considerada a defesa do consumidor como direito fundamental (CF, art. 5º, XXXII) e tendo em vista o já consagrado postulado da eficácia horizontal dos princípios constitucionais, não se permitindo que a empresa de telefonia utilize de seu poderio econômico para visivelmente espoliar o contratante, colocando-o em posição de completa inferioridade no momento da rescisão, o que, por si só, atenta não só contra a legislação civil, como também à própria Constituição.

22. Com efeito, há prova pré-constituída de que o autor ficou impossibilitado de requerer o desligamento da conta, o que corresponde à rescisão desse contrato de prestação continuada (**ver doc. 4**). E, como isso ocorreu em julho do corrente ano, as cobranças referentes aos meses de agosto e setembro, cujas faturas remontam a 02/09/2007 e 02/10/2007, são indevidas.

23. Assim, o mínimo que se espera no caso é o pagamento em dobro das quantias indevidamente cobradas, decorrente da aplicação analógica dos arts. 42, par. único, do CDC e 940, do Código Civil, a par, é claro, da declaração judicial de que o contrato de prestação de serviços em apreço está extinto.

24. Quanto aos danos morais, os quais, como cediço, são presumidos em situações dessa natureza (*in re ipsa*), espera o peticionante que sejam arbitrados com o escopo de

desestimular tal prática por essas empresas delegatárias de serviço público, ficando desde já 'doados' ao IPREDE o que ultrapassar o valor em dobro das cobranças indevidas, como acima restou esclarecido.

25. O promovente não quer, Excelência, mais do que o justo. Ele não quer mais permanecer vinculado ao contrato que denuncia, pelas razões já relatadas. Quando procurou sair, a operadora não deixou. Não seria justo, então, pedir ao Poder Judiciário que declarasse a extinção do contrato no momento em que procurou sair e não deixaram?! E, por outro lado, não seria justo pedir que a operadora fosse eficazmente apenada por essa prática abusiva?! É só isso que reclama o signatário. Assim, invocando a aplicação, à espécie, da Constituição da República e do Código de Defesa do Consumidor, mormente dos direitos básicos insculpidos no art. 6º, VI e VIII, deste último, bem como das regras esculpidas no art. 7º da Lei nº 8987/95, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, em especial do inciso III, que garante ao usuário (consumidor) o direito de 'obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha' (*in verbis*).

REQUER, além da **citação** da concessionária de serviço público,

A) Preliminarmente:

A. 1. O afastamento da cláusula ilegal de eleição de foro prevista na cláusula vigésima do contrato de prestação de serviço de telefonia móvel;

A. 2. O arbitramento de *astreinte* no valor de R\$1.000,00(hum mil reais) por cada fatura endereçada ao promovente em data posterior ao ajuizamento da demanda;

B) Ao final:

B. 1. Que seja declarado extinto o contrato em apreço;

B. 2. Que a operadora seja condenada ao pagamento em dobro das quantias indevidamente cobradas, além das multas a que se refere o item A. 2, retro, e danos morais a serem arbitrados pelo juízo;

B. 3. Que o valor dos danos morais, oportunamente arbitrados, sejam depositados diretamente na conta do IPREDE ou onde essa instituição indicar.

Atribui à causa o valor de R\$7.600,00(sete mil e seiscentos reais).

Termos em que,

E. deferimento.

Fortaleza-CE, 18 de outubro de 2007.”

### 3.2. A contestação

Perante o Conciliador, não houve acordo, tendo sido designada audiência de instrução e julgamento.

Note-se que, relativamente a algumas das situações acima relatadas, embora correspondam exatamente à realidade, é muito difícil para o autor provar o que afirma. É o caso, por exemplo, das visitas do promovente às lojas da Oi Celular e das reiteradas tentativas de resilição contratual nos meses de julho e agosto de 2007. Aproveitando-se disso, depois de frustrada a segunda tentativa de conciliação, desta feita perante a Dra. Juíza da causa, a demandada aduziu, em contestação, que o autor não se desincumbira do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, a teor do art. 333, I do Código de Processo Civil.

Como houvesse documentos acostados à peça contestatória, abriu a MMA. Juíza prazo para que o autor, sobre ela, se manifestasse.

### 3.3. A réplica

“**JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR**, já qualificado nos autos do processo em epígrafe, **AÇÃO COMINATÓRIA C/C PERDAS E DANOS** que move contra **TNL PCS S/A – OI MÓVEL**, conhecida pelo nome de fantasia **OI CELULAR**, ali igualmente qualificada, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seu judicial patrono *in fine* subscrito, apresentar tempestivamente **RÉPLICA** à Contestação (e documentos que a instruem) de fls. 47/65, pelo que expõe para afinal requerer o seguinte:

É interessante, para não dizer hilário, como a Ré procura se colocar na condição de vítima relativamente à presente demanda, ainda que, para tanto, seja necessário mentir, ocultar fatos e disfarçar dados, atitudes estas completamente desprovidas de boa-fé e sinceridade.

É incrível, outrossim, como a ‘OI CELULAR’ ainda não se convenceu de que o Promovente não está demandando por dinheiro. Ele simplesmente não precisa desses R\$150,00(cento e cinquenta reais), para mais ou para menos. Aliás, em anexo, faz juntar sua renúncia, em favor do IPREDE ou de qualquer outra entidade filantrópica idônea, a critério do juízo, do pouco que lhe caberia.

O que, todavia, a Demandada precisa se convencer é de que deve respeitar o consumidor comum e de que o dinheiro que ela se preocupa em perder não significa absolutamente nada para quem é verdadeiramente honesto e só quer ver o valor da justiça prevalecer.

Com efeito, a Ré falta com a verdade ao afirmar que '*...somente em 10/09/2007, o Promovente entrou em contato com a Promovida para solicitar o cancelamento da linha em questão...*'. Uma mentira deslavada, suja e leviana, reveladora de todo o cinismo hipócrita proveniente de uma sociedade empresária que está a demonstrar não se pautar por comportamento minimamente consentâneo com a ética e o respeito aos seus clientes.

Ela sabe muito bem que, naquele último semestre do ano de 2007, estava em pleno andamento uma campanha publicitária (paga pela Empresa Reclamada para cooptar os incautos), veiculada em rede nacional de televisão, denominada 'Oi Ligador', fato público e notório, facilmente verificável por meio da internet (ver <http://www.youtube.com/watch?v=nWS1NgzUieA>), onde, do lado direito do vídeo aparece a data em inglês July 24, 2007 (**24 de julho de 2007**).

Pois bem. O sucesso (para ela) dessa campanha publicitária fez com que o número (**1057 – Central de Atendimento**) de acesso do usuário à OI CELULAR se tornasse imprestável para alguns tipos de operações, dentre elas o encerramento da linha (rescisão contratual). Foi isso o que a pessoa encarregada de atender à notificação da ANATEL disse no dia 17/09/2007 à genitora do Demandante, depois que este resolveu formular reclamação junto àquela Agência.

Na hora de relatar a ocorrência, contudo, eis o que colocou no papel o empregado da OI CELULAR (**ver doc. 04, fls. 10/11**): '*Sra. Vera (reclamante), contatado (sic) dia 17/09/2007, através do número (85)8825-2707 (sic). Esclarecemos que a dificuldade de contato com nossa Central de Atendimento foi gerada devido a uma instabilidade sistêmica em nosso gerenciador de clientes, no entanto a Área de Relacionamento já está ciente do ocorrido e acrescentamos que a coordenação do atendimento está em constante verificação para evitar possíveis transtornos desta natureza. Formalizamos um pedido de desculpas por qualquer transtorno causado e informamos que a Área de Relacionamento já está verificando a notificação com o intuito de verificar futuras insatisfações.*' (Grifou-se).

Perceba, Meritíssima, como é fácil para a Demandada –, na vã tentativa de enganar o Poder Judiciário –, 'maquiar' a realidade, já que é ela (e somente ela) que tem o controle sobre todos os dados telefônicos gerados a partir de suas respectivas centrais de operação. Como é, por exemplo, que o funcionário da companhia telefônica pode ter ligado para o celular roubado (com chip e tudo) do Demandante e falado com a mãe deste último?! Isto é uma mentira deslavada. Ele ligou, sim, em meados do mês de setembro de 2007, para a casa dos pais do Reclamante, mas foi para o **telefone fixo 3234-1356**, que consta do **instrumento contratual cuja cópia repousa à fl. 07**, pois que, à época da assinatura do ajuste (**em abril de 2003**), o Autor ainda morava com seus progenitores. Teria sido só um erro de digitação ou foi um ato calculado, a fim de que a ANATEL não

os perquirisse (os funcionários da 'OI') a respeito, e viesse a ter conhecimento de que eles estavam cobrando de um usuário cuja linha já se encontrava bloqueada?!

Outra coisa: a OI ligou para a mãe do Demandante e ouviu dela toda a problemática. Disseram-lhe que a razão de tudo era a campanha 'Oi Ligador', mas colocaram no papel de uma forma eufemística: '*...instabilidade sistêmica em nosso gerenciador de clientes...*', dando uma conotação de que o problema era simples, de fácil solução. Então, eles poderiam colocar qualquer outra justificativa para encobrir o seu erro. É muito fácil para a Demandada, simplesmente porque é ela que produz o documento.

Permita, Excelência, que se dê, aqui, mais um exemplo. À fl. 63, a Reclamada junta um extrato da 'solicitação de bloqueio da linha', onde está registrado que o Demandante ligou duas vezes para a Central de Atendimento da OI, no dia 9/6/2007 (às 11:26:51 e 11:30:27), com o intuito de bloquear a linha celular em apreço. Isto, sim, é verdade. É só cotejar com o Boletim de Ocorrência (BO) de fl. 08, onde se vê que o assalto de que foi vítima o Autor se deu por volta das 10h30min daquele fatídico dia (passou-se, justamente, cerca de uma hora até que o Demandante e seu primo fossem à Rodoviária avisar a uns policiais militares que lá se encontravam, telefonar a cobrar para seus familiares, de telefones públicos ali existentes, e voltar para casa, a fim de bloquear cartões, celular etc.). Agora, se o Demandante não tivesse feito o registro na Delegacia, Vossa Excelência tem alguma dúvida de que a OI removeria esses dados do seu sistema?

Pois não tenha, Excelência, não a tenha. Porque é isso que ela tem feito, de uma forma sórdida, inescrupulosa e abjeta. É MENTIRA que o Demandante tenha contactado a Demandada somente uma única vez, em 10/09/2007, como apregoa a OI em sua resposta (ver fl. 49). Na verdade, nesse dia aconteceram as DUAS ÚLTIMAS E DESESPERADAS TENTATIVAS de o Demandante expulsar, *data maxima venia*, esse 'encosto' chamado OI CELULAR que há quase três meses lhe cobrava a assinatura de uma linha celular, a qual o Autor estava absolutamente impossibilitado de usar. Uma cobrança ardilosa, vil e imoral, em que o serviço não era prestado e não se permitia que o usuário pudesse resilir o contrato.

Na verdade, foram várias as ligações e tentativas de encerramento da linha celular, a partir do mês de julho de 2007 e no início do mês de agosto, além das últimas tentativas no mês de setembro do mesmo ano. Sempre a velha ladainha. Ligava-se para o tal 1057; diziam que a ligação estava sendo transferida para o setor competente (aguarde um momento... aguarde um momento... aguarde um momento... musiquinha... musiquinha...) e a ligação caía.

Agora, é claro que o Demandante não ligava todos os dias, seguidamente. Na época em que se dera o assalto (à mão armada, por três homens nervosos, onde houve risco de morte), o Autor, além das preocupações com o trabalho (no Tribunal de Justiça do Ceará, onde é analista judiciário de entrância especial) e com a família (tem uma filha), estava estudando, com afincos, para o V concurso público da magistratura do Estado do Tocantins, executado pela Universidade de Brasília (fato público – ver na internet –

<http://www.cespe.unb.br/concursos/%5Fantigos/2007/TJTO2007/>). Uma pessoa normal e ocupada, Excelência, convenhamos, não se debruça em telefone para ligar dez vezes até conseguir 'o favor' de a companhia telefônica atendê-lo, quando era obrigação dela prestar-lhe um serviço de qualidade, que pelo menos permitisse o acesso ao encerramento da linha. Você liga uma, duas, até três vezes. Não conseguiu, segue sua vida nos embates mais importantes. Mas o que nunca ficou bem compreendido pelo Reclamante era o porquê da cobrança sem a respectiva contraprestação, já que a linha estivesse bloqueada.

De qualquer modo, como bem salientado na petição inicial, na primeira vez em que o Demandante tentou procurar regularizar o problema da linha celular, dirigiu-se diretamente a uma loja da OI no Shopping Iguatemi (relativamente próxima a seu apartamento), no mês de julho/2007, depois de já haver se submetido à primeira fase (prova objetiva) daquele certame (tinha tempo, afinal, para resolver o assunto). Como não tivesse sido tratado com a consideração que esperava, resolveu deixar a Operadora. Mas, com o perdão do trocadilho, quem disse que ela deixa você deixá-la?! A questão é toda essa. Não lhe foi permitido sair. **Todavia, as ligações de julho/2007 não aparecem registradas no 'sistema informatizado da Promovida'. Por que será, hein?!**

Também não aparecem as ligações feitas em agosto de 2007. O demandante lembra bem que pagou, com dissabor, a fatura correspondente ao mês de julho da linha bloqueada (em 02/08/2007) e tentou várias vezes completar o encerramento (que só é realizado se houver quitação do saldo, daí a preocupação no pagamento e imediato cancelamento), mas ficou furioso com as tentativas frustradas, tendo de viajar em seguida para Palmas/TO, onde se submeteria, nos dias 04/ago/2007 e 05/ago/2007, a duas provas escritas, correspondentes à segunda fase do referido concurso.

A maioria dessas ligações, se não todas, foram efetuadas a partir do telefone (fixo) do apartamento do Demandante (3262-7764), telefone esse cuja linha é operada pelo mesmo grupo TELEMAR/OI, do qual o Autor é também cliente velox há mais de 4(quatro) anos (porém, não será mais a partir do mês que vem, nem do fixo nem do velox). **Mas a Demandada esconde esses fatos (das ligações de julho e agosto, com o objetivo de encerrar a linha), não tendo relacionado nenhum registro nesses meses.**

Esse *modus operandi* da Demandada, Excelência, com todo o respeito, é de uma evidente má-fé, a qual reclama, sem dúvida, a penalidade processual apropriada, regulada nos arts. 16 a 18 do CPC.

A verdade – que é uma só – é que foram várias as tentativas, desde o mês de julho/2007, de encerramento da linha, mas cada uma delas a seu tempo, isto é, no momento em que o problema se apresentava. Quando voltou da segunda viagem a Palmas/TO (no mês de agosto/2007), o Autor, sentindo que mereceria aprovação na segunda etapa do concurso para Juiz Substituto daquele Estado, passou imediatamente a estudar para a próxima fase (a prova oral), que seria executada por 14(quatorze) examinadores, entre relatores e revisores (todos escolhidos pelo CESPE/UnB), em

sorteio público e por ponto do edital, o que estava parecendo bastante complicado. Finalmente, ao receber a cobrança do mês de setembro/2007 (relativa ao exercício do mês anterior), o Demandante, assim que pôde, deixou tudo de lado e partiu para cima do problema, a fim de resolvê-lo em definitivo.

Foi aí que, não tendo conseguido, das vezes anteriores, resolver a questão pelo famigerado nº. 1057 (até porque qualquer saldo em aberto tinha de estar efetuado e desta vez ele não estava disposto a fazê-lo), dirigiu-se o Reclamante à Loja da OI na Santos Dumont, desta feita de uma forma bem mais incisiva. Aí, depois de despistar os vendedores e falar seriamente sobre a sua vontade de sair da OI, foi atendido por uma moça que disse que INFELIZMENTE essa operação só podia ser realizada por meio do (SUPER 1057). Foi quando o Autor redargüiu, dizendo que isso o forçava a pagar o que ele já considerava indevido. A atendente, então, disse-lhe que, para conseguir o encerramento da linha, sem pagar previamente qualquer saldo, era necessário ligar para o 1057, reconhecer o débito e se comprometer a pagá-lo, o que foi aceito prontamente pelo Reclamante (o qual já pensava em entrar com uma ação). Daí, pediu à atendente que efetuasse a ligação, a fim de que ela mesma verificasse a dificuldade de se chegar até o encarregado pelo encerramento.

Dito e feito. A atendente da OI tentou, mas antes de encerrar o procedimento de encerramento da linha, a ligação caiu, exatamente como acontecera com o Demandante anteriormente. Este tentou uma última vez, ainda na Loja da OI, mas ocorreu a mesma coisa.

Eis, então, que o Autor fez a reclamação à ANATEL, na data de 11/09/2007; em 12/09/2007, por precaução, o Demandante efetua o pagamento correspondente ao mês de agosto (ver fl. 12). Daí em diante, os fatos se desenrolam tal como relatado nos itens 18 e seguintes da vestibular.

Mas o ápice da má-fé da Demandada, Excelência, está na afirmação de que o Promovente **NÃO ACEITOU que lhe fossem passados os procedimentos do bloqueio da linha, ficando dessa forma, ciente que (sic) que a linha permaneceria ativa e que as faturas seriam geradas.** (Ver fl. 49). Isso é uma mentira sem paralelo. O único aviso que foi COMUNICADO ao Demandante, naquele fatídico dia 09/06/2007, foi que ele continuaria sendo cobrado, ainda que em vigor o bloqueio, razão por que deveria posteriormente providenciar o desbloqueio da linha depois de adquirido novo chip, onde poderia optar por novo plano etc. Naquele dia, após haver sobrevivido ao assalto de que foi vítima, a única coisa que o Demandante tinha em mente era bloquear a linha para que os assaltantes não pudessem ligar de seu número, até porque existiam na memória do aparelho celular roubado vários números de amigos e familiares do Reclamante.

Baseou-se, a Reclamada, na informação de seu funcionário (ver fl. 63). Não é verdade que o Demandante não tenha aceitado os procedimentos de bloqueio. **Nenhum procedimento de coisa alguma lhe foi passado. Isso é mentira, uma mentira deslavada. A única coisa de que ficou ciente foi em relação à cobrança até o desbloqueio. Ou seja, não haveria cobrança por ligações, porque o bloqueio foi feito, de maneira que os ladrões não poderiam fazer qualquer**



ligação. Mas, mesmo assim, o Demandante ficaria pagando o valor da assinatura até resolver a sua situação, qual seja até se dirigir a uma Loja da Oi para comprar um novo chip, podendo permanecer ou não no seu plano atual.

Em nenhum momento o Autor foi informado sobre a existência de um procedimento para bloqueio nos moldes em que inventado pela Demandada. Ora, Excelência, bloqueio é bloqueio. É impedir que alguma coisa funcione como deveria. A linha celular 8825-2707 foi, sim, bloqueada no dia 09/06/2007, a pedido do Reclamante, porque este foi vítima de um assalto à mão armada, em que três ladrões subtraíram do mesmo a sua carteira de documentos e o dito aparelho celular. Vale frisar, Excelência, com o perdão da ironia, que os meliantes não foram bonzinhos; eles não permitiram que o Demandante ficasse nem com os documentos da carteira, nem muito menos com o chip do celular.

Pergunta-se: por que a Oi CELULAR não requereu a juntada das gravações dessas conversas telefônicas (ela grava tudo)? Mas por que não junta? **Certamente porque iria produzir mais uma prova contra si, pois sabe muito bem que não existe tal espécie de procedimento de bloqueio. O bloqueio foi feito. Mas ela altera a verdade dos fatos para fugir da responsabilidade inserta em cláusula do seu próprio contrato de adesão.**

Com efeito, Excelência, é só ler o **inciso I, da cláusula 10.1**, do contrato de prestação de serviço (fl. 07v). As letras são minúsculas, Meritíssima, e ainda está tudo um tanto apagado, por isso o Exponente tomou a liberdade de juntar novamente cópia do instrumento contratual (que não constitui documento novo), a qual segue anexa.

Pois bem. Ali está dito o seguinte:

**‘10.1 – CONSTITUEM DIREITOS DO CLIENTE, dentre outros:**

**I – Obter, mediante solicitação prévia, a suspensão ou interrupção do serviço prestado, pelo prazo de até 180 (cento e oitenta) dias.’**

Note-se que não há qualquer ressalva sobre a continuidade da geração de faturas, ou seja, quanto à cobrança do valor da mensalidade/assinatura, enquanto o serviço estiver suspenso/interrumpido. Sendo um direito do cliente, não é dado fazer, *in casu*, tal interpretação restritiva.

Ressalte-se, porém, que a **cláusula 14.2.2** não deixa pairar qualquer dúvida sobre a possibilidade de suspensão dos serviços sem o pagamento da mensalidade, senão veja-se:

**‘14.2 – A rescisão contratual poderá ser solicitada por iniciativa do CLIENTE após os pagamentos nas hipóteses que seguem, quando aplicáveis:**

14.2.1 – Se o contrato do CLIENTE estiver vigorando dentro do prazo de vinculação mínima, a rescisão fica subordinada ao pagamento de uma Taxa de Cancelamento de Contrato, cujo valor consta da Tabela de Preços e Tarifas vigente.

14.2.2 – Se o CLIENTE possuir débitos com a CONTRATANTE, a rescisão total ficará condicionada à quitação integral das responsabilidades decorrentes do presente Contrato, mesmo que a prestação dos serviços e a cobrança do valor mensal de disponibilização dos serviços tenham sido suspensas, por iniciativa de qualquer uma das partes.' (Grifou-se).

Na hipótese de que se trata, o prazo de vinculação mínima (de um ano) já tinha sido ultrapassado, não se aplicando ao Demandante a cláusula 14.2.1..

Está clara, por outro lado, a possibilidade de suspensão da cobrança do valor mensal de disponibilização dos serviços (o que não é outra coisa se não o valor da assinatura).

Ora, fazendo-se o cotejo entre um e outro dispositivo contratual, conclui-se ser um direito do CLIENTE requerer a suspensão dos serviços (pelo prazo de até 180 dias) sem o pagamento da assinatura, obrigando-se a efetuar o pagamento, tão-somente, das ligações que tenha realizado até o pedido de suspensão (a que se refere a primeira parte da cláusula 14.2.2).

O Demandante repete, com veemência: em nenhum momento ficou explicitado, na ligação do dia 09/06/2007, tal PROCEDIMENTO DE BLOQUEIO, que a OI CELULAR tenta, por fina força, dizer que é o verdadeiro bloqueio de que trata a cláusula 10.1, I.

Perceba, Excelência, a sandice, para não dizer 'esperteza' da Demandada. Para ela, existe o BLOQUEIO (correspondente à suspensão dos serviços – e da cobrança – de que trata a cláusula 10.1, I, do contrato de prestação de serviços respectivo), que precisa de um procedimento próprio; e também o BLO-QUEI-O, que suspende o serviço, mas não a cobrança.

Ora, Excelência, quem, em sã consciência, sabendo que existe um BLOQUEIO, que dá a possibilidade de suspender a linha sem o pagamento da assinatura por seis meses, e um BLO-QUEI-O, que não dá essa possibilidade (ou seja, suspende-se o serviço, mas com o pagamento mensal da assinatura), escolheria a segunda opção?

Nobre Julgadora, perceba que a linha celular 8825-2707 está bloqueada desde o dia do pedido respectivo à Operadora (09/06/2007). É só verificar as faturas de fls. 09, 12 e 13, para se constatar que não houve serviço, apenas a assinatura (no caso da fl. 12, cobrou-se também a mora pelo não pagamento da assinatura no prazo). **Se o Demandante soubesse que a linha poderia ter ficado bloqueada sem o pagamento da assinatura, jamais teria feito outra opção, não sendo verdade, em absoluto, que o atendente da OI lhe tenha feito tal esclarecimento.**

Em verdade, o Demandante só se apercebeu da **cláusula 10.1, I**, depois de intentada a presente ação. O que foi dito para ele é que a cobrança continuaria sendo efetivada (isto é, relativamente à assinatura da linha), **mas jamais, como dito alhures, restou esclarecido sobre qualquer procedimento de bloqueio que implicasse no não pagamento da assinatura. Isso é uma grande mentira, algo que ofende a inteligência das pessoas.**

Tivesse visto isso, estaria lutando também pelo mês de julho/2007. Como não viu, não o colocou na causa de pedir. Está sendo sincero, o Demandante, em afirmar que não percebeu que tinha direito de suspender a linha sem nenhuma cobrança. Mas, configura abuso, além de atentar contra o princípio da informação, o procedimento adotado pela Demandada, de esconder deliberadamente do cliente a opção pela cláusula em referência, no momento em que ele procura bloquear a sua linha celular, seja por que razão for, mormente no caso destes autos, em que havia urgência na operação, considerando que o aparelho celular roubado, em poder dos assaltantes, poderia, em última análise, por em risco o patrimônio e a integridade física de pessoas ligadas ao Demandante, sem contar a geração de uma dívida (ligações feitas pelos meliantes) não causada pelo Reclamante.

De qualquer modo, houve infringência, por parte da Reclamada, da cláusula (**nº. 14.2**) que prevê a rescisão contratual, quebra de contrato esta que teria ocorrido ainda que inexistisse qualquer previsão a respeito. É que configura verdadeiro acinte, um absurdo em termos, em contrato de prestação continuada, uma das partes ficar impedida de resilir o ajuste, quando não tem o acesso possibilitado por meio da Central de Atendimento da Demandada, nem ela aceita que a rescisão se faça presencialmente, em uma de suas Lojas.

Note-se, por oportuno, que o Autor, já com a linha bloqueada (desde o dia 09/06/2007), no afã de rescindir o contrato (porque se desencantou com a OI CELULAR, que não lhe dispensou o tratamento que merecia), efetuou o pagamento da assinatura referente ao mês de julho/2007, o que foi feito em 02/08/2007 (**ver fl. 09**). Várias tentativas de rescisão foram feitas nesse mesmo dia, como dito alhures, mas as ligações não se completavam, isto é, caíam antes que chegassem ao encarregado da operação de encerramento.

Em verdade, a reclamação à ANATEL, como última medida de socorro, antes do ingresso em juízo, só foi feita no mês seguinte, porque só aí o Demandante lembrou desse recurso. Então, a OI CELULAR reconhece o seu erro, o Autor ainda paga o mês de agosto (para se livrar do problema), e mesmo assim ela cobra de novo do Reclamante (**ver fls. 10/13**). Achando que iria ser eternamente cobrado, e sem confiar mais em ninguém, resolveu o Reclamante ajuizar a presente demanda.

Como antes explicado, Excelência, entre julho e agosto do ano próximo passado, a campanha publicitária 'OI Ligador' atingiu o seu ápice, congestionando o sistema da OI CELULAR, que não conseguia efetivar várias operações em sua Central de Atendimento. As ligações registradas no dia 10/09/2007, no sistema informatizado da Promovida (ver fl. 63), sobre as quais a OI mente, dizendo que foi o único dia em que o Autor tentou encerrar a linha, também não chegaram

a ser finalizadas, mas a Demandada manipula os dados, afirmando que foram. Todavia, Excelência, veja a contradição da OI CELULAR (à fl. 11), ao confirmar perante a ANATEL que havia uma 'instabilidade sistêmica' no seu gerenciador de clientes. Ora, se as ligações de setembro tivessem dado certo, por que a Operadora diria à ANATEL que havia um problema? Para a ANATEL, ela reconhece o problema e diz que está tomando providências com o intuito, certamente, de evitar uma auditoria da Agência de Controle; já em juízo ela diz que não houve problema algum, que o Reclamante fez uma ligação em setembro e nesse mesmo mês o contrato foi rescindido, restando o pagamento da assinatura respectiva. **MENTIRA. A OI CELULAR, constate-se, só colocou à frente o processo de rescisão contratual quando recebeu uma notificação da ANATEL, e ainda disse para a mãe do Reclamante que estava tudo resolvido e que não haveria mais cobrança alguma. Mas cobrou de novo. Foi por essa razão que o Autor resolveu ajuizar a demanda de que se cuida.**

Casos como o do Autor, Excelência, em que se não consegue deixar a Operadora de telefonia móvel, existem aos milhares, abarrotando os órgãos de defesa do consumidor e até mesmo a Comissão Permanente de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará.

Quando o Demandante se dirigiu à Loja da OI CELULAR da Av. Santos Dumont já foi no desespero, pois o problema o estava perturbando e ele não podia perder tempo, tendo em vista a pesada carga de estudo a que estava se submetendo naqueles dias. Ali, no entanto, disseram-lhe que não se fazia a rescisão presencialmente. Uma verdadeira arapuca para o consumidor que não consegue resolver o problema por telefone. Veja-se: só pode pelo telefone, mas o acesso não funciona. É este o caso do Reclamante. Um verdadeiro absurdo.

Maior prova disso, Excelência, é a Resolução nº. 477, de 7 de agosto de 2007, da ANATEL, em vigor desde 13/02/2008, editada para coibir abusos dessa natureza perpetrados pelas operadoras de telefonia móvel, depois que centenas de milhares de denúncias desse tipo chegaram ao conhecimento daquele órgão.

Com efeito, sabedora de que as operadoras do SMP – Serviço Móvel Pessoal não ofereciam condições adequadas para reclamações e solicitações de seus clientes, a ANATEL determinou que as 'OI CELULAR da vida' oferecessem centros de atendimento pessoal aos seus clientes ante o péssimo atendimento, via telefone, oferecido pelas mesmas. Veja-se, pois, o que dispõe o seu art. 23, §§ 1º e 5º c/c art. 3º, XI e XXVIII (documento anexo):

**‘Art. 23. O contrato de Prestação do SMP pode ser rescindido:**

**I – a pedido do usuário, a qualquer tempo;**

**(...)**

§ 1º A desativação da Estação Móvel do Usuário, decorrente da rescisão do Contrato de Prestação do SMP deve ser efetivada pela prestadora em até 24 (vinte e quatro) horas, a partir da solicitação, sem ônus para o usuário.

(...)

§ 5º. A prestadora deve permitir que o pedido de rescisão pelo usuário do contrato do SMP possa ser feito, de forma segura, por meio dos Setores de Relacionamento, dos Centros de Atendimento, por correspondência registrada, por mensagem de texto a partir da Estação Móvel, pela internet e por quaisquer outros meios por ela definidos.

(...).' (Grifou-se).

'Art. 3º Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

(...)

XI – Centro de Atendimento: órgão da prestadora SMP responsável por recebimento de reclamações, solicitações de informações e de serviços ou atendimento a Usuários.

(...)

XXVIII – Setor de Relacionamento: forma de Setor de Atendimento que possibilite ao interessado ou Usuário, por meio de Atendimento Pessoal, o atendimento de pedidos de informação, esclarecimento, entrega, mediante protocolo, de reclamações e solicitações de serviço ou qualquer outra interação ligada ao serviço da prestadora.' (Idem).

Como se vê, hoje se exige o atendimento pessoal, com protocolo por escrito, porque o atendimento via telefone, cujas informações são geradas unilateralmente pela prestadora, não é de todo confiável. Nunca foi, em verdade. Na época em que tudo isso ocorreu com o Demandante, porém, nem se cogitava (por parte das operadoras) em dispensar tal tratamento aos clientes. As suas Lojas só serviam para venda de equipamentos e serviços.

Nada obstante, desde aquela época (e não faz tanto tempo assim, só um ano), tais práticas perpetradas pela OI CELULAR, consubstanciadas na absoluta falta de informação adequada e métodos desleais para fazer com que o Autor permanecesse vinculado à Operadora e ainda pagando por serviço não prestado, violavam frontalmente todos os direitos básicos do consumidor, mormente aqueles insertos nos incisos III e IV, do art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor.

Meritíssima, o nobre papel do Julgador impõe que ele se substitua às partes para a solução do litígio. Permita-se exortar que Vossa Excelência se coloque no lugar do Autor. Hoje, o Promovente continua trabalhando no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, mas está regularmente aprovado no V Concurso Público da Magistratura do Estado do Tocantins, bem como no da

Magistratura do Estado de Roraima (falta a fase de títulos) e no da Defensoria Pública do Estado do Ceará (falta a homologação do resultado final), além de estar *sub judice* no último Concurso da Magistratura do nosso Estado do Ceará (classificado na 53ª posição). Vossa Excelência, hoje, também é magistrada. Imagine, porém, que estivesse estudando para ocupar o relevante cargo que atualmente exerce, tendo, ainda, que se preocupar com trabalho e educação de filho etc. Uma vida atribulada, como, por certo, a de todos os decentes brasileiros que lutam para vencer os diuturnos obstáculos que aparecem a nossa frente.

Pois bem, imagine, agora, que Vossa Excelência é assaltada por três bandidos, dois dos quais armados com revólveres, bastante violentos. Vossa Excelência, sendo uma pessoa tranqüila, consegue acalmar um dos meliantes, mas, em troca de sua própria vida, entrega-lhe a carteira de documentos e o celular (8825-2707) que possuía. Passado o susto, Vossa Excelência procura, em primeiro lugar, avisar às autoridades e à família sobre o ocorrido. Depois, providencia o resguardo de sua pessoa, procedendo ao cancelamento de celular, cartões, cheques etc. Entrementes, um atendente de vossa prestadora de serviço de telefonia móvel simplesmente lhe comunica que o bloqueio da linha celular foi feito, mas que Vossa Excelência continuaria pagando a assinatura, sem nenhuma contraprestação da Operadora, até que resolvesse desbloqueá-la. Nada lhe diz sobre a possibilidade de suspensão da prestação de serviços com a consequente suspensão de cobrança da mensalidade/assinatura. Vossa Excelência, sem saber, foi ludibriada, pois poderia ter optado pela suspensão (até 180 dias) sem o pagamento da assinatura. Entende que vai permanecer pagando a assinatura, mas que deve providenciar logo a aquisição de novo chip da OI CELULAR.

Então, a vida de Vossa Excelência volta ao normal. Luta diária: muito trabalho, muito estudo, cursinho à noite, filha, família, atividades sociais etc. Vossa Excelência recebe, então, a fatura correspondente ao mês de junho de 2007 (com ligações realizadas até o dia 09/06/2007 mais assinatura) e paga de bom grado. Em julho, porém, procura a Loja da ora Demandada mais próxima, a fim de resolver o impasse. Não se satisfaz com as propostas da Operadora, e fica chocada com o atendimento (ninguém tem o menor conhecimento sobre vossa vida pregressa como boa cliente da OI, sendo tratada como mais uma cliente nova que ali apareceu). Em vista disso, Vossa Excelência resolve deixar a Operadora. Liga para o telefone de praxe e avisam-lhe que é necessário pagar com antecedência o mês de julho (cuja fatura tem vencimento para o dia 02/08/2007). Vossa Excelência sente o prejuízo, mas vê, diante das circunstâncias (não quer arrumar maiores problemas, devido à vossa preparação para o concurso público) que o melhor mesmo é fazer do jeito que eles querem para se livrar do obstáculo.

Vossa Excelência segue à risca o que eles determinaram. Paga a fatura de julho/2007 no dia do vencimento (02/08/2007) e depois tenta fazer a rescisão. Nada. Quem disse que eles deixam?! Vossa Excelência tenta várias vezes, irrita-se (pois ninguém é de ferro), e logo depois volta aos estudos, tendo de encarar uma viagem cansativa para participar de fase decisiva do certame para o qual vinha estudando com tenacidade (as provas subjetivas = 10 questões + 2 sentenças, uma cível e penal). Vossa Excelência, enfim, viaja e volta com a sensação de que passou nesses exames,

devendo recomeçar logo os estudos para a mais difícil prova oral que já enfrentou em toda a vida. Deixa de lado, portanto, os problemas periféricos.

Eis que, no início do mês seguinte, vossa genitora entrega-lhe outra fatura da OI CELULAR (que ia para o endereço de vossos pais), já fora do vencimento. Desta feita, Vossa Excelência vê que tem de endurecer e se dirige pessoalmente à outra Loja de sua Operadora (baseada na Santos Dumont). Quer resolver o problema na hora, presencialmente, mas não lhe permitem. Dizem que só pode pelo telefone. Vossa Excelência pede à funcionária que faça a ligação a partir da Loja e é atendida, porém a ligação não se completa. Tenta mais uma vez, desta vez por si, e nada. Sai dali, é claro, com muita raiva.

No dia seguinte, resolvida a por uma pá de cal no assunto, Vossa Excelência tem a idéia de reclamar à ANATEL. O procedimento é simples, pela internet. Mas, mesmo assim, não confia muito nessa Agência. Paga, em seguida, a fatura de agosto/2007, totalmente ciente de que constitui um pagamento indevido, e acha que a coisa só se resolverá na Justiça. Vossa Excelência já não consegue tirar o problema da cabeça (um absurdo – pensa – ficar pagando por um serviço não prestado e não poder resilir o contrato, porque não são oferecidos meios para isso, parecendo uma atitude deliberada da Operadora para, ao mesmo tempo, fazê-la pagar a assinatura, permanecendo a ela vinculada).

Enquanto se prepara para acionar a Operadora, tem de trabalhar, estudar... complicado. Surge, então, uma luz no final do túnel. Vossa Excelência fica sabendo que ligaram da OI CELULAR para a casa de vossos pais, dizendo que o problema estava numa promoção publicitária, e por isso o contato não era estabelecido, mas que tudo estava resolvido, não haveria mais cobranças. Terminaram pedindo desculpas.

Findo o mês de setembro, Vossa Excelência recebe outra cobrança. Não tem jeito, tem de perder tempo preparando a própria petição inicial.

Eis aí, Excelência, o flagelo de um consumidor em apuros. Seria tudo isso mero ofendículo?! Óbvio que não. Foi um processo de violação a direito que se estendeu por três meses. Não pode ser reduzido a pouco mais de nada.

Perceba-se a verossimilhança das alegações do Reclamante. Até quando mente, a Demandada não consegue contradizer o Autor. Quando diz que a única vez em que entrou em contato com a Reclamada foi em 10/09/2007, não desnatura o que disse o Reclamante na petição inicial (**ver item 16, fl. 04**), pois que, naquele dia, foram feitas, em verdade, as duas ÚLTIMAS tentativas de rescisão, tal como comprovado à **fl. 63**. Saliente-se que esse é um documento produzido unilateralmente pela Ré, o qual, por isso, vale como prova contra ela, mas não pode valer como prova PARA ELA.

Ao contrário do que defende a Demandada, Meritíssima, o Autor comprovou satisfatoriamente os fatos constitutivos do seu direito. Com efeito: a) está provado que ele foi vítima

de um assalto no dia 09/06/2007 e que, no mesmo dia, providenciou o bloqueio da linha celular 8825-2707 (**BO de fl. 08, não impugnado pela contraparte, e 'solicitação de bloqueio de linha' mostrado pela própria Demandada – fl. 63**); **b)** também está comprovado que havia mesmo um problema no contato com a Central de Atendimento da OI CELULAR, daí a impossibilidade de se fazer o encerramento da linha por telefone (**ver confissão da Ré à fl. 11, documento extraído do sítio da ANATEL, na internet, e não impugnado pela Demandada**).

O único problema para o Demandante, Excelência, relativamente à prova, está em demonstrar que procurou a Demandada já a partir do mês de julho/2007, para resilir o contrato. O Autor, Excelência, é uma pessoa normal. Ele não anda fazendo gravações de seus telefonemas nem tirando fotos das pessoas com quem falou para utilizá-las no futuro, tal como fariam alguns mentecaptos. Ele sabe que está com a verdade. A Demandada também sabe, mas espera que a ocultação da verdade lhe favoreça. Neste ponto, Meritíssima, o Autor está visivelmente numa condição de hipossuficiência em relação à sua oponente. Ela tem os dados das ligações de julho/2007 e agosto/2007, mas não os apresenta. Ela afirma que o Autor foi esclarecido sobre o pagamento da assinatura sem contraprestação do serviço, mas não junta a gravação respectiva, coisa que poderia ter feito, mas não o quer, a fim de que a verdade não venha à tona. **Neste caso, Excelência, roga o Demandante, ante a verossimilhança de suas alegações e a patente posição de hipossuficiência, quanto aos meios de prova, que seja, em seu prol, invertido o *onus probandi*, na forma do inciso VIII, do art. 6º, do CDC.**

O sistema informatizado da Promovida, Excelência, como dito acima, só pode produzir prova contra ela, mas não a seu favor, porque os extratos dele advindos são produzidos unilateralmente pela parte interessada. Mas a TELEMAR/OI CELULAR refere-se ao mesmo como se produzisse uma prova cabal e absoluta. Quem deu a ela esse poder?

Nobre Magistrada, o que levou o Demandante a deduzir sua pretensão em juízo foi muito mais um sentimento de orgulho cívico do que qualquer outra coisa. Ele se sentiu espezinhado na sua condição de consumidor. A Demandada sabe disso. Sabe que está errada, mas quer fazer o poder, pelo poder, prevalecer. Não! O que deve prevalecer é a Justiça. Senão, para que juízes?! **Como prova disso, renuncia (em anexo) a qualquer utilidade econômica proveniente deste processo.**

Cobrar o indevido, causar uma série de dissabores à parte e ainda fazer os outros pensarem que você é um mal pagador, quando, absolutamente, não se trata disso, é algo atentatório à honra subjetiva e objetiva das pessoas, projeção da dignidade humana. Em casos que tais, o dano é presumido (*in re ipsa*). Como se disse alhures, não se trata de mero ofendículo.

Na hipótese de ofensa à honra, ocorrem, por si só, a ínsita angústia espiritual e a comoção psíquica caracterizadoras do dano. Nesse sentido:

*'...Dano moral. **A ofensa ao sentimento de honra dispensa comprovação.** Indenização. A fixação da indenização será feita em consideração à gravidade da ofensa e à*



*repercussão do dano. Recursos improvidos*. (TJRJ – AC 7591/96 – Reg. 050597 – Cód. 96.001.07591 – Capital – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Carlos Ferrari – J. 06.02.1997). Grifou-se.

Por outro lado, ressalte-se que o dano moral é compensável e não ressarcível, porque o prejuízo ao patrimônio imaterial de um sujeito jamais poderá ser plenamente reparado por dinheiro. É neste sentido que Yussef Said Cahali (Dano Moral, 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 42) afirma que: *‘a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa*’.

Por seu turno, Rui Stoco (*in* Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1716) também leciona na mesma esteira quando afirma que *‘a indenização do dano moral tem por fim ministrar uma sanção para a violação de um direito que não tem denominador econômico. Não é possível a sua avaliação em dinheiro, pois não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Quando se condena o responsável a reparar o dano moral, usa-se de um processo imperfeito, mas o único realizável, para que o ofendido não fique sem uma satisfação*’.

Quanto à fixação do valor do dano, como se sabe, ele não é ‘tarifado’ pela lei, cabendo a sua fixação ao prudente arbítrio do magistrado, dentro de parâmetros razoáveis, levando-se em conta **a)** a capacidade econômica do causador do dano (a fim de que não seja uma indenização tão pequena que não sirva sequer a um viés pedagógico; **b)** condições pessoais do ofendido (a indenização não deve ser tamanha que venha a locupletá-lo, mas também não deve ser tão ínfima, que venha a desestimulá-lo) e **c)** extensão do dano (o que se depreende do grau de sofrimento da vítima).

A fixação dos danos, Excelência, está em vossas mãos, em consonância com o contexto fático-probatório.

Finalmente, Meritíssima, por tudo o que foi dito e se pode constatar nos autos, Vossa Excelência já deve ter condições de verificar quem está de má-fé por aqui.

Considerando, outrossim, que a Promovida, depois da notificação da ANATEL e do ajuizamento da presente demanda, parece ter aceitado, enfim, a rescisão contratual, o mínimo que espera o Promovente da respeitável sentença vindoura, Excelência, é o reconhecimento do pagamento/cobrança indevidos e a condenação, em *quantum* razoável, dos danos morais, tudo a favor do IPREDE ou de entidade filantrópica idônea, a critério desse douto juízo.

São os Termos em que,

E. Deferimento.

Fortaleza, 24 de julho de 2008.”

### 3.4. Análise do caso

Atualmente, os autos estão conclusos para julgamento, o que torna a discussão em apreço ainda mais interessante, pois que não se sabe o entendimento do(a) magistrado(a) de primeiro grau a respeito.

O que se pode dizer, até então, é que o momento de produzir provas expirou-se na audiência de instrução e julgamento, onde não houve, por qualquer das partes, especificação de prova testemunhal ou outra qualquer, entendendo-se que o feito já se encontrava maduro para julgamento com toda a prova pré-constituída.

Observe-se, por outro lado, que o ponto fulcral da demanda reside exatamente em saber se houve ou não as tentativas frustradas de rescisão do contrato no momento e modo afirmados pelo autor, frustrações estas supostamente causadas pela parte demandada, cujo meio disponibilizado para tanto (acesso telefônico à central de atendimento da Operadora) não foi eficaz, tornando, assim, indevidas as cobranças posteriores a tal evento, sem contar o dano moral ocasionado.

Evidente, outrossim, que ante as circunstâncias relatadas nos itens precedentes, o juiz deve avaliar a possibilidade de inverter o *onus probandi* acerca dos fatos narrados, em favor do consumidor, até porque houve requerimento expresso nesse sentido, tanto na exordial da ação quanto na réplica.

Sobre tal possibilidade, com a avaliação da hipossuficiência e verossimilhança das alegações do consumidor, bem assim as questões constitucionais relevantes envolvidas: “cenas dos próximos capítulos”.

## 4. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

### 4.1. Espécies

Esclareça-se, de plano, que o instituto da inversão, para boa parte da doutrina, já existia no ordenamento jurídico brasileiro, mas na forma convencional (bem assim na legal, o que será explicado em seguida), como se vê do parágrafo único do art. 333 da nossa Lei Adjetiva Civil, que trata da distribuição do *onus probandi, expressis verbis*:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

**Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:**

**I - recair sobre direito indisponível da parte;**

**II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.” (Grifou-se)**

Sobre essa distribuição do ônus da prova, imputando ao réu, por seu turno, a demonstração da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (CPC 333 II), diz-se tratar-se de inversão legal (ou *ope legis*), conquanto determinada pela própria lei (de que são exemplos, também, os arts. 12, § 3º; 14, § 3º e 38 do CDC).

Cabe aqui, porém, a crítica, aventada por alguns, de que, em todos os casos acima referidos, não se estabelece propriamente uma inversão do ônus da prova, tratando-se, em verdade, de regras gerais (CPC 333) e especiais (CDC 38,

v.g.) de sua distribuição, polêmica essa que não interessa ao estudo em questão, pelo que é deixada, propositalmente, de lado.

A inversão do ônus da prova **por decisão judicial**, contudo, é uma inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (para alguns, a única forma de inversão verdadeiramente estabelecida), que prescreve, no inc. VIII de seu art. 6º, o seguinte:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

‘Omissis’

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

(...)” (Grifou-se).

Haveria, pois, no ordenamento processual civil pátrio três espécies de inversão do *onus probandi*, quais sejam: a legal (*ope legis*), a convencional e a judicial (*ope iudicis*), constituindo, esta última, uma inovação introduzida pela Lei nº. 8.078/1990.

Saliente-se que essa nova situação jurídica processual guarda estreita relação com o direito material, na medida em que a finalidade específica da norma é acabar com a vulnerabilidade do consumidor no tocante à demonstração dos fatos constitutivos de seu direito.<sup>10</sup>

Aqui, já se pode responder ao primeiro dos questionamentos lançados quando da parte introdutória deste estudo: à luz do ordenamento constitucional brasileiro, é válida a mitigação de tão importantes princípios?

Os princípios a que se refere o texto podem ser resumidos no brocardo latino *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*, ou seja, “alegar e não provar é o mesmo que não alegar”, traduzindo a clássica idéia de que incumbe a quem alega o ônus de provar a alegação.

<sup>10</sup> DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, p. 25 ss.

Trata-se de um princípio que realiza o valor igualdade, inscrito no texto das constituições de todos os povos cultos, eis que a exigência da prova neutraliza a força das vãs acusações. Daí a procedência daquela proposição (isto é, a resposta é sim), que em outras palavras põe em xeque a possibilidade de, ainda no plano abstrato da lei ordinária, o instituto da inversão do *onus probandi* enfraquecer o próprio princípio da isonomia.

**Tal resposta pode parecer capciosa, mas a verdade é que o princípio da igualdade não sai enfraquecido com a disciplina do art. 6º, VIII do CDC. Ao contrário, se fortalece.**

É que se vive uma nova realidade sócio-econômica, tangida pela globalização e a revolução tecnológica, nos planos interno e externo, sendo comum denominá-la sociedade de massas ou sociedade de consumo.

Nessa seara, os mecanismos de tutela conferidos pelo direito tradicional não mais ofereceriam a proteção desejada pelos lesados, sendo imperioso que se instituisse a facilitação da defesa dos consumidores em juízo.

Com isso, homenageia-se a igualdade substancial, em detrimento da igualdade meramente formal, robustecendo, como se disse, esse valor imanente ao próprio sentido de Constituição, pois que, sem uma igualdade real, material, resta completamente esvaziado o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange, pois, às relações jurídicas de consumo, disciplinadas pela Lei nº. 8.078/1990, observa-se uma nova sistemática, que se afasta das diretrizes traçadas pelo art. 333 do CPC, relativamente à distribuição do ônus da prova entre as partes do processo, em homenagem, precisamente, à isonomia material.

Com efeito, na esteira do processo civil comum, a fase de produção da prova se orienta por duas regras fundamentais: 1ª) ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito; 2ª) ao réu, cabe a prova acerca da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele. Com o advento do CDC, porém –, que previu como direito básico do consumidor a facilitação de sua defesa, inclusive com a inversão (judicial) do ônus da prova a seu favor no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou for ele hipossuficiente,

segundo as regras ordinárias de experiência –, aquela sistemática teve a sua eficácia completamente relativizada.<sup>11</sup>

## 4.2. Requisitos (CDC 6º VIII)

Reza o texto legal, não custa repetir:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

‘Omissis’

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

(...)” (Grifou-se).

Note-se, em primeiro lugar, que a inversão do ônus da prova, pela própria literalidade do preceito acima transcrito, é apenas um dos meios de facilitação da defesa dos direitos do consumidor.

Com efeito, ela não se apresenta como um instituto autônomo e isolado, fazendo parte, ao contrário, do contexto maior da ampla proteção outorgada aos consumidores em geral, que abrange desde o reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado, passando pela acessibilidade aos órgãos judiciários e administrativos – com vistas não só à reparação, mas também à prevenção dos danos –, até a própria responsabilização objetiva dos fornecedores.<sup>12</sup>

Atente-se, por oportuno, como dito alhures, às restrições do objeto do presente trabalho, vislumbradas no próprio título da monografia. O que se quer dizer com isso é que a defesa do consumidor, como direito fundamental, tem uma amplitude que ultrapassa em muito a discussão em tablado, a qual se sujeita à análise da proteção do consumidor em juízo, mas tão-somente no plano do processo

---

<sup>11</sup> KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento?* p. 276.

<sup>12</sup> Idem, p. 283.

civil e, especificamente, quanto ao instituto da inversão do ônus da prova, constituindo apenas um pequeno traço do direito (positivo) de proteção ao consumidor, embora enseje graves implicações.

De qualquer forma, o sucesso de todo o debate aqui proposto depende de uma análise mais aprofundada do instituto da inversão, o que só se mostra satisfatório quando estudados os elementos ou requisitos essenciais do objeto em exame.

Pois bem. Em uma interpretação meramente literal, vê-se que o juiz pode, em favor do consumidor, inverter o ônus da prova, a seu critério e segundo as regras ordinárias da experiência, desde que a) haja verossimilhança nas suas alegações **ou** b) seja ele hipossuficiente.

O primeiro obstáculo a ser transposto, pertinentemente à dicção da norma de que se cuida, é saber se os requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor são cumulativos ou alternativos.

Passando em revista a doutrina e a jurisprudência sobre o assunto, constata-se que, embora não haja consenso absoluto, a tendência é fortemente majoritária no sentido da alternatividade daqueles requisitos.

Pela doutrina, CLÁUDIA LIMA MARQUES pontifica: "... a partícula 'ou' bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso. Não há qualquer outra exigência no CDC, sendo assim facultado ao juiz inverter o ônus da prova inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e *expert* na relação, pois o espírito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário, impondo provar o que é em verdade o 'risco profissional' ao – vulnerável e leigo – consumidor. Assim, se o profissional coloca máquina, telefone ou senha à disposição do consumidor para que realize saques e este afirme de forma verossímil que não os realizou, a prova de quem realizou tais saques deve ser imputada ao profissional, que lucrou com esta forma de negociação, ou de execução automática, ou em seu âmbito de controle interno: *cujus commodum, ejus periculum*. Em outras palavras, este é o seu risco profissional e deve organizar-se para poder comprovar quem realizou a retirada ou o telefonema.

Exigir uma prova negativa do consumidor é imputar a este pagar duas vezes pelo lucro do fornecedor com atividade de risco no preço pago e no dano sofrido. Daí a importância do direito básico assegurado ao consumidor de requerer no processo a inversão do ônus da prova.”<sup>13</sup>

Considerando que a inversão do *onus probandi* envolve matéria fática, a Corte de Uniformização Infraconstitucional brasileira (o Superior Tribunal de Justiça) não se tem manifestado sobre o assunto, considerando o enunciado nº. 7 de sua Súmula. E ainda que se diga que a discussão se restringe à alternatividade ou cumulatividade dos requisitos, constituindo, portanto, matéria unicamente de direito, o fato é que o STJ ainda não se posicionou definitivamente sobre esse tema.

No entanto, a maioria dos tribunais inferiores pátrios já se posicionou favoravelmente à alternatividade, a exemplo das Cortes de Justiça de São Paulo, Minas Gerais e Paraná, senão veja-se:

“PROVA. ÔNUS. INVERSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA. Presença de um dos requisitos previstos no Código de Defesa do Consumidor (Hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança da sua alegação). Suficiência. Finalidade de facilitar a defesa, gerando presunção que garanta ao consumidor integral acesso à justiça. Inversão do ônus decretada, determinando-se que a agravada apresente em juízo cópia das contas telefônicas mensais, desde a assinatura do contrato de prestação de serviço com o agravante. Recurso provido, para este fim.” (TJ-SP; AI 962.074-00/7; São Paulo; Trigesima Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Alfredo Fanucchi; Julg. 28/09/2005);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INCIDÊNCIA DO CDC. HIPOSSUFICIÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. É inequívoca a aplicabilidade do código do consumidor aos contratos de prestações de serviços. Para a inversão do ônus da prova, deve o juiz verificar no caso concreto a ocorrência dos requisitos alternativos, quais sejam, a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor, bastando um deles para propiciar a inversão. (...)” (TJ-MG; AG 1.0145.06.351758-8/0011; Juiz de Fora; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Elias Camilo Sobrinho; Julg. 27/09/2007; DJMG 30/10/2007);

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. INVERSÃO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR. DECISÃO EM

---

<sup>13</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 183 ss.



CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 6º, VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. É pacífico o entendimento jurisprudencial que presentes um dos requisitos indicados no inc. VIII, do at. 6º, do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência, inverte-se o ônus da prova em favor da parte hipossuficiente. 2. Recurso desprovido.” (TJ-PR; AgravReg 0439568-0/01; Barracão; Décima Oitava Câmara Cível; Rel. Juiz Conv. João Domingos Kuster Puppi; DJPR 14/12/2007; Pág. 56).

Os adeptos da corrente minoritária, por sua vez, defendem que os pressupostos da verossimilhança e da hipossuficiência são requisitos mínimos e que, em uma interpretação sistemático-teleológica, ambos deveriam ser conjugados para que o consumidor obtivesse o direito à inversão.

Citando os Professores Antônio Gidi e Rodrigo Xavier Leonardo, HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, explica:<sup>14</sup>

“O primeiro ilustra seu pensamento com a demanda de reparação de danos promovida por mendigo, alegando que seu automóvel estava estacionado em *shopping center* de luxo e foi roubado. O segundo invoca como exemplo a amparar sua tese ação indenizatória promovida por pessoa humilde, reclamando ter ficado doente por ingestão de alimentos em restaurante requintado e caro. Em ambos os casos, embora os demandantes ostentem hipossuficiência, suas pretensões baseiam-se em alegações inverossímeis, o que excluiria a inversão.”

A seguir, discordando, comenta o autor:

“Ao tratar da hipossuficiência, chegamos à conclusão de que seu reconhecimento pode recair apenas sobre determinados fatos (naqueles em que se verifica clara assimetria de informações entre fornecedor e consumidor), mas não sobre todas as circunstâncias ocorridas durante a relação de consumo.

Os exemplos dados por GIDI e LEONARDO pecam por desconsiderar essa premissa. Entendemos que, no exemplo invocado pelo primeiro, o mendigo haveria de provar ser proprietário do veículo supostamente roubado (por meio de documento hábil) e de tê-lo estacionado no *shopping center*. Mas quanto aos demais fatos constitutivos de sua pretensão ressarcitória, não haveria obstáculo algum à inversão do ônus probatório.

Na situação criada pelo segundo autor referido, a pessoa humilde deveria provar apenas que esteve no restaurante refinado e lá fez uma refeição (por meio de recibo, nota fiscal, fatura de

---

<sup>14</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)*, p. 57 ss.

cartão de crédito ou testemunhas) porque, quanto ao mais, a inversão do ônus da prova poderia ser perfeitamente admissível.”

Na dúvida, que prevaleça o critério mais favorável ao consumidor, qual seja o da alternatividade, em detrimento do da cumulatividade, até porque se harmoniza com a jurisprudência que se vem consolidando a respeito.

Vencido, pois, esse primeiro obstáculo, com a conclusão de que basta a presença de apenas um dos requisitos (verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência) para autorizar o juiz a inverter o *onus probandi*, urge, agora, precisar cada um dos conceitos jurídicos indeterminados que aparecem no contexto do dispositivo legal em comento: a) verossimilhança; b) hipossuficiência; c) critério do juiz; d) regras ordinárias da experiência.

**VEROSSIMILHANÇA:** em linguagem corrente (extraída da *wikipédia*), “é o atributo daquilo que parece intuitivamente verdadeiro, isto é, o que é atribuído a uma realidade portadora de uma aparência ou de uma probabilidade de verdade, na relação ambígua que se estabelece entre imagem e idéia.” A lei, por certo, incorporou esse sentido comum ao instituto, elegendo-o como uma das condições para que o juiz inverta o mencionado ônus. Então, tecnicamente, dá-se o mesmo, ou seja, se a alegação do consumidor, a critério do juiz, segundo as regras de experiência, aparenta ser a expressão da verdade real, considera-se preenchida aquela condição.

**HIPOSSUFICIÊNCIA:** é um aspecto da vulnerabilidade do consumidor, não se restringindo apenas à sua baixa capacidade econômica. Para Cecília Matos, em dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP, a hipossuficiência “... demonstra uma diminuição de capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros...”<sup>15</sup>, acrescentando que o CDC pretendeu “... tutelar tanto aquele que apresente alegações verossímeis como aqueles outros que, apesar de não verossímeis as suas alegações, sejam hipossuficientes e

---

<sup>15</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 795.

vulneráveis, segundo assim entenda o julgador com base em suas regras de experiência.”<sup>16</sup>

CRITÉRIO DO JUIZ: significa, primeiramente, juízo de valor por parte do magistrado, mas feito a partir de uma base lógica e objetiva de comparação, tal como na expressão “prudente arbítrio do juiz”, onde a menção à prudência afasta a mera discricionariedade ou subjetividade do mesmo, o que, do contrário, não seria aceito em termos de uma ordem jurídica justa. Por outro lado, demonstra que a inversão é da espécie judicial (*ope iudicis*) e não *ope legis*, como explicado anteriormente.

REGRAS ORDINÁRIAS DA EXPERIÊNCIA: nada mais significa do que o conhecimento comum, adquirido com a realidade prática da vida. Este conceito, aliás, antes de se incorporado pelo CDC, já constava do Código de Processo Civil, no seu art. 335, segundo o qual “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.” Exige-se do juiz, assim, “uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se”, como já proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp. 140.097/SP, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ 11.09.2000, p. 252).

**Assim, pode-se dizer que, havendo fundada dúvida do magistrado (*non liquet*) a respeito dos fatos da causa, em matéria de relação consumerista, e sendo aparentemente verdadeiras as alegações do consumidor, ou for este hipossuficiente, tudo consoante o prudente arbítrio do juiz, calcado em sua experiência de vida, deverá ele inverter o ônus da prova.** Eis uma interpretação razoável da regra contida no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Saliente-se, por oportuno, que para os próprios autores do anteprojeto do nosso atual CDC, no que tange à verossimilhança das alegações do consumidor –

---

<sup>16</sup>

Idem.

diferentemente do que acontece quando verificada a sua hipossuficiência –, não se dá propriamente uma inversão do *onus probandi*, senão veja-se:

“O que ocorre, como bem observa *Leo Rosenberg*, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.”<sup>17</sup>

Por seu turno, a hipossuficiência, como acima mencionado, não se restringe tão-somente à condição econômica desfavorável do consumidor. Ela vai muito além disso. Para TIAGO CARDOSO ZAPATER<sup>18</sup>, a hipossuficiência do consumidor se manifesta através de três espécies de vulnerabilidade: a) técnica, quando lhe faltarem conhecimentos sobre o produto ou serviço que está sendo adquirido ou contratado; b) jurídica, traduzida pela falta de conhecimentos do consumidor nas áreas jurídica e contábil, na hora, por exemplo, de comprar a prestações; c) sócio-econômica, resultante da posição do fornecedor no mercado.

Em verdade, essa é só uma das classificações possíveis, pois que nas incontáveis relações jurídicas sob comento, o consumidor pode-se ver em situações outras de vulnerabilidade.

De qualquer modo, tem-se mais presente que a hipossuficiência de que trata o dispositivo legal em apreço é, basicamente, **técnica**, ligada à posse de informações e conhecimentos específicos. Assim, mesmo uma pessoa afortunada pode ser considerada, em várias situações, um hipossuficiente, quando, por exemplo, adquire, para uso próprio, um avião que venha a apresentar um defeito estrutural. Neste caso, é claro que o consumidor terá muito mais dificuldade do que o fabricante para demonstrar que, de fato, se está diante de um defeito de construção do equipamento.

---

<sup>17</sup> Ibidem, pp. 793/794.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Alexandre Olavo Carvalho de. *Direito do Consumidor: ônus da realização da prova e inversão do ônus da prova sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=63>>. Acesso em: 2 out. 2008.

### 4.3. Vulnerabilidade x hipossuficiência

Note-se que hipossuficiência não se confunde com vulnerabilidade. Como já se disse anteriormente, a hipossuficiência é apenas um aspecto da vulnerabilidade. Então, pode-se dizer que todo consumidor é vulnerável, mas a recíproca não é verdadeira, isto é, nem todo consumidor é hipossuficiente.

É a própria lei (8.078/1990) que determina ser o consumidor vulnerável, elencando esta máxima como um princípio, senão veja-se:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - **reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo**;

(...)” Grifou-se.

Por uma opção do legislador, entende-se que o consumidor, no mercado de consumo, está sempre vulnerável. E isso, de fato, reflete a realidade, na medida em que ele não participa das etapas de produção dos bens e da organização dos serviços postos à sua disposição, mediante o pagamento de um preço.

Todavia, embora vulnerável o consumidor, sua hipossuficiência deve ser demonstrada em cada caso, para efeito de inversão do ônus da prova.

Um bom exemplo é dado pelo Professor HEITOR SICA, não sem antes ensinar que para cada fato probando deve ser feita a análise da presença ou não da mencionada hipossuficiência. Portanto, imagine-se uma “... demanda indenizatória ajuizada contra determinada companhia que fabrica cigarros, alegando o autor ter contraído câncer nos pulmões em decorrência do consumo prolongado desse produto, sem advertências do fornecedor acerca dos riscos do tabagismo causar dependência química e diversos males à saúde.”

Ora, continua ele, “Para que a pretensão do consumidor seja acolhida, é necessário que fiquem devidamente demonstrados, pelo menos, os seguintes fatos:

- a) que o consumidor efetivamente adquiria e consumia continuamente os cigarros fabricados pela empresa demandada;
- b) que o consumidor desenvolveu o câncer;
- c) que o câncer foi contraído em decorrência do tabagismo;
- d) que a publicidade veiculada pelo fornecedor não alertou o consumidor acerca dos riscos advindos do consumo de cigarro.

O consumidor não é hipossuficiente para prova dos fatos a e b, acima enunciados. Quanto à prova do primeiro (a), ela não depende de quaisquer conhecimentos técnicos. Ao contrário, é o fornecedor quem não tem a menor chance de provar que o consumidor consumia cigarros de marca pertencente a outro fabricante. Não se pode dele esperar que arrole o balconista da padaria vizinha à casa do consumidor, para afirmar em juízo que ele comprava os cigarros de outra empresa. Já a prova do segundo (b) é ainda mais acessível ao consumidor. Basta juntar cópia de exame laboratorial ou laudo subscrito por médico atestando a existência da moléstia.

Mas é natural que haja hipossuficiência do consumidor para prova do nexo entre tabagismo e câncer (fato c), bem como da inexistência de propaganda adequada que alerte dos riscos do produto para a saúde (fato d).”

Adiante, ele explica que, nas hipóteses dos fatos “c” e “d”, é natural que o fornecedor detenha conhecimentos técnicos muito mais vastos do que o consumidor, facilitando-lhe sobremaneira a produção da prova, para, afinal, concluir que *“...a inversão do ônus da prova é limitada ao fato cuja prova dependa de conhecimentos específicos, detidos em maior grau pelo fornecedor em relação ao consumidor.”*<sup>19</sup>

Demais disso, importante identificar quem pode ser consumidor na relação jurídico-material respectiva. Com efeito, antes de ser hipossuficiente em relação à prova de determinado fato do qual não detém o domínio das informações, é

---

<sup>19</sup> Ob. cit., pp. 53 e 54.

necessário que o sujeito dessa relação figure, realmente, como consumidor, sem o que não há falar em inversão do *onus probandi*.

A caracterização do consumidor é controversa, girando em torno da expressão “destinatário final”, constante do art. 2º do CDC, consoante o qual:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final.” Sublinhou-se.

Quem melhor esclarece sobre o assunto é a Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, do Superior Tribunal de Justiça, *expressis verbis*:

“De início, a doutrina se dividiu em duas teorias: a finalista (ou subjetiva) e a maximalista (ou objetiva).

A principal diferença entre elas decorre da circunstância de a doutrina finalista não considerar como consumidor a pessoa que utiliza um produto ou serviço na sua atividade profissional, ou seja, para a teoria finalista a pessoa que adquire um bem ou serviço com o intuito de lucro não é considerada consumidora.

A 2ª Seção do STJ, no julgamento do CC 41.056/SP (DJ: 20/9/2004), em acórdão de minha relatoria, considerou como consumidora uma farmácia que celebrou contrato com sociedade empresária que administrava serviços de pagamento por meio de cartão de crédito (Visanet).

Na oportunidade, ao adotar a teoria maximalista, fiz questão de ressaltar a vulnerabilidade da farmácia, e o fato de que nem ela nem o contrato tinham porte econômico expressivo.

Já no julgamento do REsp 541.867 (julgado em 10/11/2004), rel. p/ acórdão Min. Barros Monteiro, a 2ª Seção do STJ adotou a teoria finalista e entendeu não haver relação de consumo entre uma sociedade empresária revendedora de tintas e uma administradora de cartão de crédito. Também nessa oportunidade, houve discussão quanto à hipossuficiência da revendedora de tintas.

Como se vê, a questão é polêmica não somente na doutrina como também na jurisprudência.

Mas, independentemente do posicionamento que vier a ser pacificado no STJ, tenho que nunca poderá ser esquecido o princípio do CDC, talvez o maior, de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I). Ou seja, o CDC sempre deverá

ser interpretado de forma teleológica, e os seus dispositivos somente serão aplicados para proteger a parte mais fraca da relação jurídica (o vulnerável, hipossuficiente).”<sup>20</sup>

No entender da eminente Ministra Nancy Andrighi, como visto, ainda que a pessoa física ou jurídica adquira bens ou serviços para o incremento de sua atividade empresarial, em algumas situações ela será considerada consumidora, justamente quando estiver na posição de hipossuficiência a que se fez referência acima. Em outras palavras, toda vez que o contratante se encontrar nessa posição de vulnerabilidade em relação ao fornecedor, deverá ser considerado consumidor, adotando-se a teoria maximalista. A adoção de uma ou outra teoria pelo julgador, portanto, dependeria do exame das circunstâncias envolvidas em cada caso concreto.

Feitas todas essas considerações e analisados os elementos componentes da inversão, passar-se-á, nos capítulos seguintes, à análise da questão relativa ao momento em que pode ser utilizada, para saber se se trata de regra de julgamento ou de procedimento, se há ou não violação ao devido processo legal etc., concluindo-se o estudo pelo exame do caso retrocolacionado, no que respeita à aplicação em concreto do instituto em referência e suas implicações na seara jurídica.

---

<sup>20</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O CDC e o STJ. Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9176>>. Acesso em 06 abr. 2007.



## 5. MOMENTO DE INVERTER O *ONUS PROBANDI*

Já foi visto que a verossimilhança das alegações do consumidor não corresponde propriamente a uma hipótese de inversão do ônus da prova. Na verdade, essa operação racional consistente em partir de um indício para afirmar a existência de outro fato (este relevante para a solução do litígio), apoiando-se nas regras de experiência, por meio das quais se pode formular presunções comuns ou do homem (*praesumptiones hominis*), pode acontecer em qualquer processo, conforme autorizado pelo art. 335 de nossa Lei Adjetiva Civil<sup>21</sup>.

Tais regras de experiência, hauridas da realidade prática, supririam a imprescindibilidade da prova direta sobre determinado fato, afastando, de certa maneira, a máxima de que “o que não está nos autos não está no mundo”.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO aborda o assunto, *mutatis mutandis*, sob o tema da prova suficiente, pontificando com a eloquência que lhe é peculiar:

*“Nunca os encargos probatórios devem ser tão pesados para uma das partes, que cheguem ao ponto de dificultar excessivamente a defesa de seus direitos. **Considera-se cumprido o onus probandi quando a instrução processual houver chegado à demonstração razoável da existência do fato, sem os extremos da exigência de uma certeza absoluta que muito dificilmente se atingirá.** A certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar. Basta que, segundo o juízo comum do homo medius, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis. **Probabilidade é a convergência de elementos que conduzem razoavelmente a crer numa afirmação, superando a força de convicção dos elementos divergentes desta** (...). Exigir certeza absoluta seria desconhecer a falibilidade humana. O juiz que pela obsessão da verdade considerasse inexistentes os fatos afirmados, somente porque algum leve resquício de dúvida ainda restasse em seu espírito, em nome dessa ilusória*

---

<sup>21</sup> Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

*segurança para julgar estaria com muito mais freqüência praticando injustiças do que fazendo justiça (...).”<sup>22</sup>*

Assim sendo, a verdadeira inversão do ônus da prova, subsumida no preceito do art. 6º, VIII do CDC, representando uma inovação no sistema jurídico, é a decorrente da hipossuficiência do consumidor, para onde se devem mover as preocupações do intérprete.

## **5.1. Regra de julgamento ou de procedimento?!**

Não havendo mais dúvida de que o magistrado terá de voltar sua atenção sobre saber se o consumidor é ou não hipossuficiente para tal e qual fato determinado cuja prova seja relevante produzir, deverá ele fazer-se uma pergunta crucial, seguramente a mais importante de todo este estudo, qual seja: afinal, a inversão do ônus da prova é regra de julgamento ou de procedimento? A resposta a essa pergunta identificará o momento da inversão (quando ela deverá ser levada a efeito?), selando definitivamente os objetivos do presente trabalho, com a colocação da peça que restava no quebra-cabeça proposto.

“De um lado, há autores que apregoam que as regras de distribuição e inversão do ônus da prova seriam *regras de julgamento*, aplicáveis apenas no momento em que fosse proferida a decisão de mérito, tendo em vista todo o conjunto probatório existente nos autos. Somente nesse momento teria o juiz condições de saber se a prova colhida é suficiente para formar sua convicção, e somente em caso negativo, ser-lhe-ia lícito recorrer às regras de ônus da prova (incluída, aqui, a inversão para as relações de consumo, quando fosse o caso). Ademais, o fornecedor saberia, de antemão, do risco de inversão, de modo que não poderia invocar em seu benefício a própria omissão em produzir todas as provas

necessárias a se desincumbir do seu ônus probatório *ordinário* e do ônus eventualmente decorrente da *inversão*.”<sup>23</sup>

“De outro lado, há aqueles que sustentam a necessidade de o juiz, no curso do processo, informar expressamente às partes, ao menos do risco de inversão, a tempo de aquela que sairia prejudicada disso produzisse as provas necessárias a se desincumbir desse ‘novo’ ônus que, pelas regras normais do art. 333 do CPC, não teria. Assim, a inversão do ônus da prova estaria insculpida em uma *regra de procedimento*, e, como tal, sua aplicação deve se dar ao longo de seu desenvolvimento (preferencialmente na fase saneadora). Invocam-se, para tanto, modernas teorias processuais, baseadas na idéia de ‘cooperação processual’, e que implicariam a necessidade de um diálogo aberto entre o juiz e as partes, sem riscos de surpresas para essas últimas. A ausência de aviso, durante o curso do processo, de que uma parte seria beneficiada pela inversão do ônus probatório faria com que a parte adversa não produzisse todas as provas que estavam a seu alcance, o que caracterizaria cerceamento de defesa.”<sup>24</sup>

Passados 18 (dezoito) anos da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, ainda não há consenso a respeito. Perceba-se, porém, que, em nome daquela cooperação processual, muitos autores de nomeada têm entendido que a aplicação do art. 6º, VIII do CDC não se pode dar de outro modo se não como regra de procedimento, sob color de que, do contrário, haveria inevitavelmente cerceamento de defesa para a parte a quem, inicialmente, não incumbisse tal ônus, segundo as regras ordinárias de distribuição do *onus probandi* (leia-se: CPC 333).

Para esses doutrinadores, portanto, uma vez encarada a inversão do ônus probatório como regra de julgamento, alguém sempre iria ser “pego de surpresa”, sem possibilidade de se defender a contento, o que violaria o princípio constitucional da ampla defesa, corolário do devido processo legal.

Para eles, então, necessário que o juiz, na fase de saneamento do processo, anuncie a possibilidade de inversão do ônus da prova, dando tempo para que a parte desfavorecida possa requerer a produção da prova que, a rigor, caberia

---

<sup>23</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)*, p. 59.

<sup>24</sup> Idem.

à contraparte, a exemplo do que ocorre em relação ao anúncio do julgamento antecipado da lide, quando a matéria é só de direito ou, sendo de direito e de fato, o juiz entender que não há necessidade de produzir prova em audiência, ficando preclusa a questão relativa ao cerceamento de defesa em caso de não interposição de agravo.

Todavia, ousamos discordar desses doutos entendimentos. Com efeito, há três argumentos que se colocam como entrave a essa posição doutrinária, sufragando, assim, a tese contrária, ou seja, da regra de julgamento. O primeiro deles é que tal anúncio não tem amparo legal; não há previsão, seja no CDC seja no CPC, dessa possibilidade, o que traduz a opção legislativa pela inversão como regra de julgamento, a ser avaliada na sentença, depois de encerrada toda a fase instrutória. O segundo, consiste exatamente em que as regras de distribuição do ônus da prova, previstas no art. 333 do Código de Processo Civil, estão, nesse ponto, derogadas pela legislação especial consumerista, de maneira que, uma vez modificado o sistema de realização da prova, não pode a parte desfavorecida alegar qualquer surpresa ou suposta violação à ampla defesa, assumindo, assim, o ônus de produzir determinada prova que, a princípio, seria da parte adversa, mas cuja inversão poderia o juiz determinar.

Esses dois primeiros argumentos são comumente lembrados. Mas há um terceiro, aliás, o mais forte, que, entretanto, se costuma olvidar, talvez por conveniência ou, mesmo, conivência. É o fato de que somente o consumidor pode ser favorecido com a inversão do ônus probatório. O fornecedor, nunca. O que se viu em linhas precedentes, é que nem sempre o consumidor é hipossuficiente em relação à prova de determinado fato. Em algumas situações, o fornecedor é que é hipossuficiente em relação ao consumidor. Porém, a lei só confere a este último a benesse da inversão. O fornecedor, assim, ainda que hipossuficiente em determinado caso, não se pode valer do art. 6º, VIII do CDC em seu prol. A solução, portanto, é considerar que incumbe a prova ao consumidor quando ele não for hipossuficiente (nos moldes do CPC 333), podendo ser invertida em seu favor (e só dele) quando o for, não gozando desse benefício o fornecedor.

Isso se dá, porque o consumidor é que é considerado vulnerável e não o fornecedor (CDC 4º I). Da mesma forma em que não existe o princípio da ampla

acusação no processo penal (e sim o da ampla defesa), não existe, também, o princípio da proteção ao fornecedor, e sim, o da proteção ao consumidor. Não há motivo, portanto, *in casu*, para se preocupar com quem está mais bem posicionado no mercado de consumo. O sentido da lei, pois, aqui, lembrando o disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>25</sup>, se dirige a proteger o consumidor, e não o fornecedor, de maneira que inconstitucional (por não realizar o princípio da defesa do consumidor) é a prática que cria um obstáculo à defesa da parte menos favorecida no mercado de consumo, e não o contrário.

Saliente-se, outrossim, que o juiz, para identificar a hipossuficiência do consumidor, a exemplo da verossimilhança, também se utiliza, segundo o seu prudente arbítrio, das regras ordinárias de experiência, de maneira que o fornecedor precisa ficar atento para reconhecer quando, ele próprio, estiver em melhores condições de produzir a prova, um sinal claro de que o consumidor é hipossuficiente no caso e de que o juiz inverterá o ônus probatório por ocasião da sentença. Aliás, esta forma de visualizar o problema vai ao encontro da boa-fé objetiva, que é o que espera do fornecedor, elo mais forte da relação de consumo.

Entendemos, assim, que não há falar, no que concerne à inversão do ônus da prova, em possibilidade de conflito, no caso concreto, entre os princípios da defesa do consumidor (CF 170 V), de um lado, e do devido processo legal (CF 5º LIV) e ampla defesa (CF 5º LV), do outro, razão porque não se exigirá do juiz qualquer sopesamento de interesses nesse sentido. É algo, portanto, que se resolve no plano abstrato das normas, adotando-se a tese da **regra de julgamento**, por ser uma opção do legislador com o objetivo de realizar o princípio da defesa do consumidor.

**Todavia, pensamos que – e essa é a inovação aqui proposta – o magistrado não pode se furtar a deferir eventual pedido DO FORNECEDOR de anunciar a possibilidade de inversão do *onus probandi* quando houver fundado receio de que ele assim o fará na sentença. O que não pode acontecer, como muitos defendem, é tornar isso um dever do juiz, em detrimento do consumidor, de maneira que, se o reitor do feito, de ofício, não**

---

<sup>25</sup> Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

**anunciar a possibilidade de inversão, eventual sentença que valorasse a prova, invertendo-lhe o ônus, estaria eivada de nulidade.**

**Não. Não pode ser assim. Com efeito, o juiz não está obrigado a anunciar a possibilidade de inverter o ônus probatório. Mas, se for instado a fazê-lo PELO FORNECEDOR sobre determinado fato relevante da causa e houver plausibilidade no pleito, consubstanciada na probabilidade de que venha a aplicar a inversão na sentença, aí sim, não pode o magistrado se furtar a tanto, sob pena de violação ao *due process of law*, pois que o processo é meio de realização da justiça e isso é perfeitamente razoável, dando ensanchas à otimização de todos os princípios envolvidos.**

Embora não haja consenso a respeito, como se disse, a jurisprudência tem-se inclinado por encarar a inversão do ônus probatório como regra de julgamento, como se vê das ementas de julgados de diversos tribunais, abaixo colacionadas:

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CAUSA DE PEDIR. CEGUEIRA CAUSADA POR TAMPA DE REFRIGERANTE QUANDO DA ABERTURA DA GARRAFA. PROCEDENTE. OBRIGAÇÃO SUBJETIVA DE INDENIZAR. SÚMULA 7/STJ. PROVA DE FATO NEGATIVO. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PROVA DE AFIRMATIVA OU FATO CONTRÁRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO CONSUMIDOR. REGRA DE JULGAMENTO. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. ARTS. 159 DO CC/1916, 333, I, DO CPC E 6.º, VIII, DO CDC.

- Se o Tribunal a quo entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste STJ.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de ‘prova negativa’, ou ‘impossível’.

**- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.**

Recurso especial não conhecido.” (REsp 422.778/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 27/08/2007 p. 220). Grifou-se;

“AÇÃO ORDINÁRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO ADEQUADO. SENTENÇA. **Não há momento previsto no ordenamento jurídico pátrio para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão, uma vez que não se trata de regra de procedimento, mas de juízo, ou seja, de julgamento...**” (TJ-MG; AG 1.0439.05.046138-3/0011; Muriaé; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Otávio de Abreu Portes; Julg. 17/10/2007; DJEMG 24/11/2007). Idem;

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CLAUSULAS CONTRATUAIS COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TUTELA ANTECIPADA. NEGATIVAÇÃO DO NOME DO AUTOR NO CURSO DA DEMANDA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO ADEQUADO. REGRA DE JULGAMENTO. Reza a inteligência do artigo 273 do código de processo civil, que o juiz pode conceder a antecipação dos efeitos da tutela desde que existindo prova inequívoca se convença da verossimilhança da alegação. Querendo a parte discutir em juízo os juros abusivos que lhe estão sendo cobrados deveria demonstrar que se não fosse pela cobrança dos encargos excessivos, não estaria inadimplente. A inscrição negativa da parte inadimplente com suas obrigações, em órgãos de restrição creditícia é apenas exercício regular de um direito previsto nos artigos 42 e 43 do Código de Defesa do Consumidor. **Não há momento previsto no ordenamento jurídico pátrio para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão, uma vez que não se trata de regra de procedimento, mas de juízo, ou seja, de julgamento, sendo certo que é na prolação da sentença que deverá o magistrado proferir decisão contrária àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.**” (TJ-MG; AG 1.0024.07.552252-4/0011; Belo Horizonte; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Otávio de Abreu Portes; Julg. 10/10/2007; DJEMG 15/11/2007). Ibidem;

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO DE INTERNET. COBRANÇA INDEVIDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DANO MORAL. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. 1. **Incorre cerceamento de defesa pela inversão do ônus da prova somente na sentença. A sentença é, de fato, o momento oportuno para que se opere a inversão do ônus da prova, sendo desnecessário proferir-se despacho anunciando-a. É que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, e, como tal, dirigida ao juiz, que dela se valerá quando o contexto probatório não**

**estiver satisfatório. Precedentes deste Tribunal.** 2. Caso em que o autor sofreu cobrança da ré, nas faturas relacionadas à prestação de serviço de telefonia fixa, por serviços não contratados (internet ADSL). 3. Na hipótese dos autos, verificados os transtornos suportados pelo requerente em razão dos serviços deficientes colocados à sua disposição, eis passou por um desgastante contato com a empresa demandada quando da tentativa de solução do problema. Impositiva, pois, a condenação da demandada ao pagamento de indenização arbitrada em R\$ 12.000,00 (doze mil reais), acrescido de juros legais e atualização monetária pelo IGP-M, ambos a contar deste acórdão. 4. Cabível a repetição em dobro, haja vista que evidenciada a cobrança indevida pela ré, não tendo a mesma comprovado algum engano justificável para afastar a incidência da norma. Art. 42, parágrafo único, do CDC. 5. Ônus sucumbenciais redistribuídos, integralmente à cargo da demandada. Mantido o dimensionamento dos honorários advocatícios em 15% sobre a condenação, eis que arbitrados em consonância com o artigo 20, parágrafos 3º e 4º, e artigo 21, ambos do CPC. POR UNANIMIDADE, PRELIMINARES AFASTADAS E APELO DA RÉ DESPROVIDO. POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR, VENCIDA A RELATORA, QUE O DESPROVIA.” (TJ-RS; AC 70021794342; Passo Fundo; Nona Câmara Cível; Relª Desª Íris Helena Medeiros Nogueira; Julg. 07/11/2007; DOERS 11/12/2007; Pág. 32). Sem grifos na origem;

“ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. PERÍCIA. PERITO. SALÁRIOS. PROVA. ÔNUS. PAGAMENTO. SENTENÇA. PROVA. ÔNUS. INVERSÃO. ARTIGO 6º, VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. - Inadmissibilidade - **Exame da inversão deve ocorrer na sentença, por se tratar de regra de juízo, ou norma de julgamento** - Responsabilidade do autor pelo adiantamento das despesas com a perícia cuja realização requereu - Justiça gratuita concedida - Irrelevância - Hipótese em que cabe ao juiz nomear perito, disciplinando de que forma receberá seus salários, recorrendo, se for o caso, a requisição de pagamento pelo Estado - Recurso provido. (...)” (TACSP 1; Proc. 1330047-9; Oitava Câmara; Rel. Des. José Tarciso Beraldo; Julg. 27/10/2004). Sem grifos no original;

“RECURSO. Agravo de Instrumento. Alegação de ausência de peças necessárias – Desacolhimento, pois as peças exibidas permitem a correta apreciação da controvérsia. Recurso conhecido. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Petição inicial que não afirma que os danos morais foram causados à esposa do autor. Afirmação deste de que foi lesado pelos transtornos decorrentes do negócio e igualmente lesado pelo sofrimento de sua esposa, que suportou queimaduras no rosto, nos cabelos e no braço, em decorrência do incêndio do fogão. Hipótese em que ele não pleiteia, em nome próprio, direito alheio. Legitimidade do autor reconhecida. Recurso desprovido. **PROVA. Ônus. Inversão. Artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Reconhecimento antes de proferida a sentença. Inviabilidade. Exame**



**da inversão deve ocorrer na sentença, por se tratar de regra de juízo, ou norma de julgamento.** Recurso provido em parte para esse fim. (TACSP 1; Rec. 1240576-6; Quinta Câmara; Rel. Juiz Álvaro Torres Junior; Julg. 10/12/2003). Id.

Finalmente, chama-se à atenção para o fato de que, em sendo regra de julgamento, a inversão do *onus probandi*, o próprio tribunal pode fazê-la, se discordar do posicionamento adotado pelo juiz, caso em que estará modificando a sentença, o que é perfeitamente possível, por se encontrar, ainda, em instância ordinária (a segunda), que admite, como cediço, o reexame de provas.

Pode, assim, entender o tribunal “ad quem” que o juiz “a quo” valorou mal determinada prova ou as circunstâncias fáticas de determinado ponto da demanda que daria ensejo, ou não, à inversão do ônus probatório, tal como uma imprecisa avaliação sobre a hipossuficiência da parte.

## CONCLUSÃO

Chega-se, enfim, ao momento tão esperado de se aplicar o que foi discutido aqui ao caso concreto proposto (aliás, verdadeiro), fazendo-se, em seguida, considerações finais sobre os princípios constitucionais implicados e as conseqüências de tudo isso.

Pois bem. Em apertada síntese, pode-se dizer que se trata de um consumidor de serviço de telefonia móvel que foi roubado, tendo-se-lhe levado o aparelho respectivo com o *chip*. Momentos depois do fato, ele liga para a operadora, a fim de bloquear a linha. Sem dar maiores explicações, informam-lhe que continuará pagando a assinatura do celular, mesmo sem a disponibilização do serviço, até adquirir novo aparelho. Quando se dirige às lojas da operadora, frustra-se com o atendimento e resolve resilir o contrato, mas simplesmente não obtém êxito em fazê-lo, pois a única forma de o conseguir é por meio da central de atendimento da prestadora do serviço, que não funciona a contento. Pede ao juiz, então, que seja declarado extinto o contrato, desconsiderando-se as cobranças do período em que ele tentou, mas não logrou desconstituir a avença –, alegando culpa da operadora, eis que é dela a obrigação de manter em perfeito estado de funcionamento a referida central de atendimento –, a par da fixação de danos morais em virtude da *via crucis* enfrentada pelo autor da demanda.

Em verdade, o próprio contrato (de adesão) estabelece um tipo de bloqueio que corresponderia à suspensão do serviço sem ônus para o consumidor, o que, embora previsto no instrumento do ajuste, argumenta-se não ter havido um esclarecimento satisfatório por parte dos funcionários da operadora no momento em que o consumidor precisou utilizá-lo.

Assim, admite-se a existência de pelo menos 05 (cinco) fatos relevantes para o deslinde da causa, os quais necessitam ser comprovados, quais sejam: a) a ocorrência do roubo; b) a incorreta informação sobre a espécie de bloqueio que o autor da demanda pretendia fazer; c) ter, o promovente, se dirigido duas vezes a

lojas da operadora para tentar resilir o contrato; d) haver, o autor, buscado várias vezes fazer a resilição por meio da central de atendimento da companhia de telefonia móvel demandada sem, no entanto, obter êxito; e) o mau funcionamento da referida central de atendimento.

Desses fatos, dois se tornaram incontroversos, no caso, o primeiro (a) e o último (e). Com efeito, além de o demandante haver acostado aos autos o boletim de ocorrência (BO), a própria ré constatou as ligações de bloqueio, de maneira que não se impugna ter acontecido o roubo do aparelho celular, juntamente com o chip, pertencentes ao autor da demanda. Por outro lado, a contestação silencia acerca dos problemas que a central de atendimento da companhia telefônica apresentava quando das tentativas frustradas de resilição do contrato buscadas pelo promovente. Ela nada diz a respeito do documento apresentado pelo autor, em que comprova ter, um funcionário da empresa, afirmado junto à ANATEL que a dita central apresentara um problema sistêmico. Apenas nega que o demandante tenha feito as ligações em julho e agosto de 2007, não questionando, porém, o registro daquela Agência. Assim, seja pelo ônus da impugnação especificada (CPC 302) seja, ainda, pela confissão (CPC 334 II), têm-se como verdadeiros os fatos (a) e (e), isto é, o roubo e o problema de contato com a central de atendimento.

Resta demonstrar os fatos (b), (c) e (d). Quanto aos fatos (b) e (d), não há dúvida de que o hipossuficiente técnico é o consumidor. Com efeito, é mais fácil para a operadora provar que deu informações satisfatórias ao usuário do que este comprovar o contrário. Da mesma forma, é mais fácil para ela, uma empresa rica, organizada e bem posicionada no mercado, fazer uma perícia (idônea, com perito oficial escolhido pelo juiz) no sistema, para identificar possíveis ligações nos meses de julho e agosto de 2007, mostrando as gravações, inclusive, do que para o consumidor, não colhendo a simples alegação de que ele só ligara em setembro, como aponta o demonstrativo elaborado pela própria companhia, elemento este unilateral, que não serve como prova.

**Assim sendo, caberia à operadora, como proposto alhures, ter requerido ao reitor do feito, antes do encerramento da instrução, o anúncio da possibilidade de inversão do *onus probandi*. Não o fazendo, pode perfeitamente, o juiz, proceder à inversão no momento da sentença (regra de**

**juízo), sem que seja lícito à demandada alegar, posteriormente (em eventual recurso), cerceamento de defesa.**

Tal medida é salutar, porque evita o subterfúgio e a má-fé do fornecedor que conhece a verdade e silencia com o fito de que o consumidor, não tendo condição de fazê-lo, assista ao julgamento improcedente de sua demanda, por falta de provas, o que, aliás, conduziria à formação, contra si, da coisa julgada material.

Finalmente, o fato (c), cuja hipossuficiência, agora, é da operadora, uma vez que é mais fácil para o consumidor provar que se dirigiu fisicamente até ela, do que o contrário. Todavia, dizer, a demandada, que isso não ocorreu é atirar no próprio pé, estando mais do que claro que o desbloqueio só aconteceria com a aquisição de um novo chip e outro aparelho, tornando necessária a presença do consumidor em uma loja da operadora para efetuá-lo, mormente para permanecer com o mesmo número. Neste caso, deve o juiz entender provado o fato, dada a dinâmica dos fatos, corroboradora da verossimilhança das alegações apresentadas pelo autor. A questão da hipossuficiência aqui, em verdade, perde a sua força, resolvendo-se pelo requisito da verossimilhança.

Transcreve-se, abaixo, excerto da réplica do demandante que sumariza toda essa problemática, sugerindo a solução ideal, de acordo com o posicionamento aqui adotado, *verbis*:

“Perceba-se a verossimilhança das alegações do Reclamante. Até quando mente, a Demandada não consegue contradizer o Autor. Quando diz que a única vez em que entrou em contato com a Reclamada foi em 10/09/2007, não desnatura o que disse o Reclamante na petição inicial (**ver item 16, fl. 04**), pois que, naquele dia, foram feitas, em verdade, as duas ÚLTIMAS tentativas de rescisão, tal como comprovado à **fl. 63**. Saliente-se que esse é um documento produzido unilateralmente pela Ré, o qual, por isso, vale como prova contra ela, mas não pode valer como prova PARA ELA.

Ao contrário do que defende a Demandada, Meritíssima, o Autor comprovou satisfatoriamente os fatos constitutivos do seu direito. Com efeito: **a)** está provado que ele foi vítima de um assalto no dia 09/06/2007 e que, no mesmo dia, providenciou o bloqueio da linha celular 8825-2707 (**BO de fl. 08, não impugnado pela contraparte, e ‘solicitação de bloqueio de linha’ mostrado pela própria Demandada – fl. 63**); **b)** também está comprovado que havia mesmo um problema no contato com a Central de Atendimento da OI CELULAR, daí a impossibilidade de se

fazer o encerramento da linha por telefone (**ver confissão da Ré à fl. 11, documento extraído do sítio da ANATEL, na internet, e não impugnado pela Demandada**).

O único problema para o Demandante, Excelência, relativamente à prova, está em demonstrar que procurou a Demandada já a partir do mês de julho/2007, para resilir o contrato. O Autor, Excelência, é uma pessoa normal. Ele não anda fazendo gravações de seus telefonemas nem tirando fotos das pessoas com quem falou para utilizá-las no futuro, tal como fariam alguns mentecaptos. Ele sabe que está com a verdade. A Demandada também sabe, mas espera que a ocultação da verdade lhe favoreça. Neste ponto, Meritíssima, o Autor está visivelmente numa condição de hipossuficiência em relação à sua oponente. Ela tem os dados das ligações de julho/2007 e agosto/2007, mas não os apresenta. Ela afirma que o Autor foi esclarecido sobre o pagamento da assinatura sem contraprestação do serviço, mas não junta a gravação respectiva, coisa que poderia ter feito, mas não o quer, a fim de que a verdade não venha à tona. **Neste caso, Excelência, roga o Demandante, ante a verossimilhança de suas alegações e a patente posição de hipossuficiência, quanto aos meios de prova, que seja, em seu prol, invertido o *onus probandi*, na forma do inciso VIII, do art. 6º, do CDC.**

O sistema informatizado da Promovida, Excelência, como dito acima, só pode produzir prova contra ela, mas não a seu favor, porque os extratos dele advindos são produzidos unilateralmente pela parte interessada. Mas a TELEMAR/OI CELULAR refere-se ao mesmo como se produzisse uma prova cabal e absoluta. Quem deu a ela esse poder?

Nobre Magistrada, o que levou o Demandante a deduzir sua pretensão em juízo foi muito mais um sentimento de orgulho cívico do que qualquer outra coisa. Ele se sentiu espezinhado na sua condição de consumidor. A Demandada sabe disso. Sabe que está errada, mas quer fazer o poder, pelo poder, prevalecer. Não! O que deve prevalecer é a Justiça. Senão, para que juízes?! **Como prova disso, renuncia (em anexo) a qualquer utilidade econômica proveniente deste processo.**

Cobrar o indevido, causar uma série de dissabores à parte e ainda fazer os outros pensarem que você é um mal pagador, quando, absolutamente, não se trata disso, é algo atentatório à honra subjetiva e objetiva das pessoas, projeção da dignidade humana. Em casos que tais, o dano é presumido (*in re ipsa*). Como se disse alhures, não se trata de mero ofendículo.”

Relembre-se, outrossim, o que disse a Ministra Fátima Nancy Andrichi, *expressis verbis*:

“Mas, independentemente do posicionamento que vier a ser pacificado no STJ, tenho que nunca poderá ser esquecido o princípio do CDC, talvez o maior, de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I). Ou seja, o CDC sempre deverá ser interpretado de forma teleológica, e os seus dispositivos somente serão aplicados para proteger a parte mais fraca da relação jurídica (o vulnerável, hipossuficiente).”

Aqui, deveria acontecer o que se dá naturalmente na Justiça do Trabalho, onde vige o princípio do *in dubio pro misero*. Ali, uma vez reconhecida a existência da relação de emprego, qualquer dúvida que transpareça na causa, deve ser sanada em prol do trabalhador. O mesmo tem que ocorrer, *mutatis mutandis*, em matéria de Direito do Consumidor, quando só assim ele sairá fortalecido nas relações respectivas, de que é parte vulnerável.

Para encerrar, pode-se concluir, ao final deste trabalho, que o instituto da inversão do ônus da prova, ao invés de violar o *princípio da igualdade*, muito ao contrário, robustece-o dentro de nosso ordenamento jurídico, na medida em que ajuda a igualar o consumidor, parte vulnerável nas relações consumeristas, frente ao fornecedor, parte mais forte no mercado de consumo. O mesmo se diga com relação ao *devido processo legal*, de que é corolário o *princípio da ampla defesa*, os quais não sofrem qualquer arranhão, como visto, se a inversão do ônus probatório for encarada como regra de julgamento. Finalmente, não se deve preocupar o magistrado, aqui, com o *princípio da proporcionalidade*, implícito na nossa Constituição Cidadã (que neste ano completou vinte anos, precisamente em 5 de outubro de 2008), na verdade um critério de interpretação e aplicação do direito, quando se está no dilema de sopesar interesses em conflito, pois que entendemos não haver, relativamente à inversão do *onus probandi*, qualquer conflito em jogo, resolvendo-se a otimização do *princípio da defesa do consumidor* no plano abstrato mesmo, sem nenhuma ingerência mais relevante nos outros princípios em tablado, aparecendo a inversão do ônus da prova como um eficaz instrumento de sua realização (do princípio da defesa do consumidor) como direito fundamental dos brasileiros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O CDC e o STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9176>>. Acesso em 06 abr. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 4, p. 13-100, jul./dez. 2006.

BASTOS, Núbia Maria Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. 4. ed. Fortaleza: Nacional, 2007.

DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: Jus PODIVM, 2008, p. 25 ss.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 183 ss.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional para concursos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Alexandre Olavo Carvalho de. Direito do Consumidor: ônus da realização da prova e inversão do ônus da prova sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Disponível em:** <<http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=63>>. Acesso em: 2 out. 2008.

REZEK, Francisco, **DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO – Curso Elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). **Revista de Processo (RT)**, São Paulo, v. 146, p. 57 ss, 2007.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento? **Revista de Processo (RT)**, São Paulo, v. 138, p. 276, ago. 2006.