

DIREITO DO CONSUMIDOR: ÔNUS DA REALIZAÇÃO DA PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ALEXANDRE OLAVO CARVALHO DE OLIVEIRA

Advogado

Pós-graduado em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho-RJ

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Conceito de princípio – 2.1 Princípio da igualdade – 2.2 Princípio do devido processo legal – 3 O Código de Defesa do Consumidor – 4 O ônus da realização da prova – 5 A inversão do ônus da prova – 5.1 Momento processual adequado para o juiz se manifestar – 6 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do séc. XX, segundo Farias (2001), o mundo passou por profundas transformações, entre elas o surgimento da chamada *sociedade de consumo* (*masss consumption society* ou *Konsumgesellschaft*). As relações comerciais foram massificadas, o que resultou no rompimento da relativa posição de equilíbrio até então existente entre consumidor e fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante), o qual, fortalecido pela concentração de seu poder econômico, passou a “ditar as regras” do mercado.

Conforme Grinover *et al.* (2001), com o intuito de restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, surgiram normas de proteção ao consumidor na legislação de todos os povos. Entre nós, a Constituição Federal de 1988 – CF/88 trata da matéria no art. 5º, XXXII, 170, V, e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ainda em conformidade com a *vontade política* de se proteger o consumidor¹, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) cujas normas são de ordem pública e interesse social (art. 1º). De fato, no modelo de sociedade capitalista contemporâneo, é impossível haver inclusão social sem levar em conta as relações de consumo, pois quem está fora do mercado de consumo não consegue reunir as condições materiais necessárias para se viver com dignidade.

Cavaliere Filho (2002) sustenta que o CDC não é uma lei geral, nem

¹ “[...] a vontade política de uma comunidade jurídica [...] é a expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de situações de interesses dados e de fins pragmaticamente escolhidos.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 191).

uma lei especial, mas uma lei específica que traz os princípios cardiais do direito do consumidor, os conceitos fundamentais e todas as normas e cláusulas gerais para a sua interpretação e aplicação. Segundo este posicionamento, “[...] o Código do Consumidor deve ser interpretado e aplicado a partir dele mesmo e não com base em princípios do direito tradicional [...]” (CAVALIERI FILHO, 2002, p.99).

Sem embargo, apesar de o CDC ter um campo de incidência próprio, objeto próprio, e princípios próprios, a sua interpretação deve ser feita à luz do paradigma² do Estado democrático de direito, já que o art. 1º, *caput*, da CF/88 diz expressamente que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, o que, segundo Galuppo (2003), bem demonstra a incongruência de se utilizar os paradigmas do estado liberal e do estado social na fundamentação dos direitos.

O Estado democrático de direito “[...] reconhece como constitutiva da própria democracia contemporânea o fenômeno do pluralismo e do multiculturalismo, recorrendo preferencialmente à técnica da inclusão do que da integração”. (GALUPPO, 2002, p. 20-21).

Galuppo (2002) assevera que, em razão de o Estado democrático de direito reconhecer o pluralismo dos projetos de vida, inclusive os minoritários, as normas (princípios e regras) não podem ser assimiladas a valores, pois os valores dizem respeito ao que é bom para determinado grupo social. Os valores não permitem que o Direito seja compreendido de forma deontológica, ou seja, “[...] em termos racionais definitivos [...]” (GALUPPO, 2002, p. 181), segundo critérios imparciais, incondicionais e universais: “[...] o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos”. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 316). Para Galuppo (2003), sob o paradigma do Estado democrático de direito, a legitimidade do Direito está diretamente relacionada com a possibilidade de o mesmo ser justificado de forma racional, o que só se torna possível quando todos os envolvidos pelas normas jurídicas tiverem a possibilidade de reconhecerem-se mutuamente como seus autores, segundo um discurso intersubjetivo capaz de promover a inclusão do outro.

Pretende-se interpretar o CDC, em especial o tema a ser abordado: as regras do ônus da realização da prova e da inversão do ônus da prova, à luz da Teoria Discursiva do Direito, por ser a mais adequada para fundamentar a existência de uma sociedade pluralista, na qual os direitos fundamentais possam ser compreendidos como “[...] direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se

² Os paradigmas do direito “[...] abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior.” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 181).

quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático.” (GALUPPO, 2003, p. 236). Note-se que nos referimos aos direitos que os cidadãos precisam reconhecer uns aos outros, e não aos direitos que o Estado precisa atribuir aos cidadãos. Esta distinção faz-se necessária porque o Estado democrático de direito “[...] não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas [...]” (GALUPPO, 2003, p. 237), já que a democracia é um processo de vida compartilhada onde existe uma interpenetração entre a autonomia pública e privada.

Note-se que a Teoria Discursiva do Direito procura assegurar a existência de uma liberdade comunicativa, de modo que sempre se possa proceder de acordo com as “[...] melhores razões que se põem na dança entre a *facticidade* das objeções e proposições e a *idealidade* contida em pretensão à aceitabilidade universal.” (MOREIRA, 2003, p. 151). Assim, ao construir sua própria normatividade através de um processo decisório constante que cria e constitui seu próprio sentido, a Teoria Discursiva do Direito possibilita a descoberta de novos horizontes.

A problematização será feita em torno de duas questões de direito que têm recebido interpretações dispares pela doutrina e jurisprudência. A primeira questão tem pertinência ao ônus da realização da prova: o fornecedor pode ser compelido a arcar com os custos da prova pericial requerida pelo consumidor? A segunda questão refere-se ao momento processual adequado para o Juiz se manifestar sobre a inversão do ônus da prova: antes do início da fase probatória ou no momento da prolação da sentença? Esta segunda questão enseja outra indagação: a necessidade de se proteger o consumidor, em razão de sua hipossuficiência, justifica dar ao fornecedor um tratamento processual desigual? Objetivar-se-á encontrar uma resposta adequada, de modo a compatibilizar o princípio da facilitação da defesa do consumidor com o princípio jurídico da igualdade e do devido processo legal.

Para responder a estas questões, faz-se necessário interpretar, de forma construtiva, os princípios da igualdade, do devido processo legal e da vulnerabilidade do consumidor. A interpretação construtiva visa extrair o propósito do objeto interpretado, partindo-se do referencial do intérprete, “[...] a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”. (DWORKIN, 1999, p. 65).

A matéria a ser abordada, além de ter relevância jurídica, tem relevância social, já que a maioria dos negócios jurídicos, entabulados no campo da saúde, educação, transporte, alimentação, vestuário, habitação, lazer etc., refletem uma relação de consumo. Além disso, verificada a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor na sociedade brasileira, a qual apresenta grande déficit na área social, o equilíbrio nas relações de consumo torna-se “[...] um dos mais importantes aspectos da garantia do exercício da cidadania plena.” (FARIAS, 2001, p. 85).

O presente estudo não tem a pretensão de prevalecer sobre as diversas

posições doutrinárias e jurisprudenciais aqui enumeradas já que, considerando que o universo social não é estático, o argumento que melhor resiste às críticas em contrário é sempre provisório, mas de suscitar a pluralidade de posicionamentos e contribuir para jogar luzes sobre a importância de se analisar o CDC sob o paradigma do Estado democrático de direito, porque, ao final, o que está em jogo é o futuro da própria democracia.

2 CONCEITO DE PRINCÍPIO

As normas jurídicas, segundo Dworkin (2002, p. 36), subdividem-se em *regras* e *princípios*. Em uma acepção genérica, o termo *princípio* corresponde a “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”

Tanto as regras como os *princípios* “[...] apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.” (DWORKIN, 2002, p. 39). Os princípios, em razão da impossibilidade de se enumerar os casos aos quais não se aplicariam, são insusceptíveis de enumeração. As *regras*, pelo contrário, “[...] apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas [...]” (DWORKIN, 2002, p. 40).

Para uma melhor compreensão da questão, abordar-se-ão as três teorias apresentadas por Galuppo (2002) consideradas contemporâneas sobre a natureza jurídica dos *princípios*.

A primeira teoria, sustenta que os princípios são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema. Esta teoria dificilmente é sustentável: considerando que o sistema jurídico é dinâmico, não seria possível deduzir de um conteúdo *mais geral* um conteúdo *mais particular*. Apesar de os princípios serem normas que apresentam elevado grau de abstração, eles não se formam por um processo de generalização (abstração) crescente: “[...] a generalidade não é uma *causa*, mas, quando muito, uma consequência do conceito de princípio.” (GALUPPO, 2002, p. 171). Segundo este posicionamento, a generalidade (abstração) não é uma característica essencial dos princípios que possa distingui-los das regras. Outro problema apontado, decorre da constatação de que, na prática jurisdicional, a “[...] aplicação universal dos princípios é irrealizável.” (GALUPPO, 2002, p. 172).

A segunda teoria (teoria dos valores desenvolvida por Robert Alexy) defende a tese de que os princípios devem ser entendidos como mandados de otimização que dizem respeito a algo que deve ser realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, o que daria

ensejo ao seu cumprimento em diferentes graus. Conforme esta concepção axiológica dos princípios, a diferença entre princípios e regras consistiria no fato de que os princípios seriam razões *prima facie*, ao passo que as regras seriam razões definitivas. Assim, o conflito entre princípios seria resolvido pela maior aplicação de um e não-aplicação de outro, ou seja, segundo as suas dimensões de peso (hierarquia), as quais só poderiam ser aferidas tendo em vista o caso concreto. O conflito entre regras, pelo contrário, seria solucionado conforme as suas dimensões de validade. Sob este enfoque, a ponderação da dimensão de peso dos princípios poderia ser expressa mediante uma lei da ponderação: “Quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.” (GALUPPO, 2002, p. 176). Essa lei da ponderação implica uma lei de colisão que pode ser assim expressa: “As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.” (GALUPPO, 2002, p. 177).

Sob este prisma, a aplicação da lei de colisão, em conformidade com uma relação de preferência, resultaria no estabelecimento de uma regra válida somente para a situação fática considerada. A teoria dos valores defende que um princípio é preferível a outro (leis da ponderação e da colisão) segundo um código gradual (os seres só podem ser objeto de mensuração e preferência se concebidos como valores mais ou menos estimados ou desejados). Logo, para Galuppo (2002), a concepção axiológica dos princípios fundamenta o agir sob uma perspectiva ligada à racionalidade instrumental, ou seja, como uma ponderação do que é *bom* para que determinada comunidade realize seus próprios fins. Em outros termos, o direito é fundamentado segundo um modelo axiológico-gradual (função de preferência condicionada ao peso – conceito de valor – referência ao agir teleológico – obrigatoriedade relativa – codificação gradual), o que acaba por esvaziar o caráter normativo dos princípios.

A terceira teoria foi elaborada pelos autores ligados à ética do discurso, os quais negam a possibilidade de aplicação gradual dos princípios, por entenderem que os princípios têm um código de aplicação binário. Esta teoria refuta a compreensão dos princípios como mandados de otimização e tece severa crítica à anterior: sob o pretexto de proporcionar segurança ao Direito, a aludida racionalidade instrumental defendida pela teoria dos valores renuncia – ainda que de forma implícita – “[...] à questão acerca da justiça, e portanto, à questão acerca do fundamento ético ou moral do próprio direito.” (GALUPPO, 2002, p. 179).

Essa crítica à concepção axiológica dos princípios é procedente, pois nem sempre aquilo que é bom para que determinada comunidade realize seus próprios fins (fundamentação histórica) é devido sob uma perspectiva deontológica (função prescritiva – conceito de dever – referência ao agir obrigatório – codificação binária). A fundamentação deontológica do Direito leva em conta a correção normativa, que pressupõe, exatamente, a possibilidade

de fundamentá-lo “[...] em termos racionais definitivos [...]” (GALUPPO, 2002, p. 181), segundo critérios de imparcialidade, como uma obrigação incondicional e universal: “o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 316). Galuppo (2002) sustenta que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional sobre outros valores.

Logo, um conflito entre princípios não pode ser resolvido pela ponderação de valores, mas através de exceções à aplicação de determinado princípio ao caso concreto (as exceções à aplicação de um princípio não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência). Assim, diante de um conflito de princípios, ao invés de considerá-los contraditórios, deve-se considerá-los concorrentes.

O Direito, entendido como sistema, deve “[...] domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da *primazia* estrita conferida a pontos de vista normativos.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 318). Nesse sentido, “[...] os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias e não segundo o modelo de bens atraentes.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 318). Aqui cabe ressaltar, com fundamento em Galuppo (2002), que as considerações morais requerem uma perspectiva livre de todo egocentrismo ou etnocentrismo. As considerações éticas, pelo contrário, são orientadas pelo telos da minha/nossa boa vida. Portanto,

[...] nós devemos (*sollen*) obedecer a preceitos morais porque nós sabemos que são corretos, e não porque esperamos da realização desta ação determinados fins. [...] Questões de justiça dizem respeito às pretensões discutíveis em conflitos interpessoais. Nós podemos julgá-las imparcialmente à luz de normas válidas. [...] Por esta razão, justiça não é um valor no meio de outros valores. Valores sempre concorrem com outros valores. Eles dizem quais bens, pessoas ou coletividades específicas buscam ou preferem sob circunstâncias específicas. Apenas da perspectiva delas podem os valores ser temporariamente apresentados em uma ordem transitiva. Pois enquanto os valores pretendem uma validade relativa, a justiça formula uma validade absoluta: preceitos morais pretendem ser válidos para toda e qualquer pessoa. (GALUPPO, 2002, p.182).

Galuppo (2002) afirma que o indivíduo só encontra proteção contra a sociedade e o Estado se o Direito for compreendido como um sistema de normas (as normas indicam o que é mandado fazer, conforme o modelo binário de validade e invalidade). Os valores não podem ser invocados pelos indivíduos que tenham seus direitos violados, uma vez que somente indicam qual comportamento é recomendado (conforme sua preferibilidade, peso e gradualidade).

Portanto, com fundamento na terceira teoria, dir-se-á que os princípios

são “[...] normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas.” (GALUPPO, 2002, p. 178).

2.1 Princípio da igualdade

O *princípio da igualdade* (arts. 3º, IV, 5º, *caput*, 7º, XXX, XXXI, XXXII, e 14 da CF/88) é o alicerce de todos os direitos fundamentais. De acordo com Magalhães (2003), este princípio reflete a convicção de que todas as pessoas devem ser iguais perante a lei, independentemente da religião, sexo, raça, ideologia ou qualquer distinção que se queira estabelecer. Já para Galuppo (2002), o princípio da igualdade permite justificar o direito no interior da própria realidade jurídica, o que o torna essencial para a compreensão do Estado democrático de direito. Moreira (2003, p. 145) acrescenta que:

Para que o Estado seja *democrático*, isto é, *universal*, é preciso que o poder emane não de um apenas, mas de *todos*. É mister que o poder emane de cidadãos, *co-autores livres e iguais*, criadores dessa normatividade que agora não é apenas formal, mas materialmente universal, visto que fundada na igualdade e na liberdade, emanando o monopólio estatal da força de leis que os cidadãos dão a si mesmos.

Neste sentido, “[...] não haverá jamais a liberdade onde não haja a igualdade.” (MAGALHÃES, 2003, p. 89) De acordo com o paradigma adotado, quais sejam, do Estado liberal, do Estado social e do Estado democrático de direito, o princípio da igualdade apresenta diferentes conformações.

Sob o paradigma do estado liberal, predominou uma concepção formal de Constituição, segundo a qual a existência de direitos universais e inatos de igualdade e liberdade era reconhecida a todos de forma abstrata (igualdade formal). Acreditava-se que a Constituição pudesse traduzir mecanicamente “[...] a verdade universal e evidente dos direitos racionais, inegáveis a qualquer ser humano.” (CARVALHO NETO, 2003, p. 148). Galuppo (2002) aduz que o estado liberal, do ponto de vista teórico, defendia a tolerância de crença e de culto, mas do ponto de vista político e econômico, procurava eliminar os projetos divergentes pela imposição dos valores dominantes.

Segundo Carvalho Neto (2003), sob o paradigma do Estado social, predominou a concepção material de Constituição proposta por Carl Schmitt, a qual se mostra contrária à idéia da existência de direitos humanos universais previstos em uma Constituição universal e ideal. De acordo com esse paradigma, a Constituição era compreendida como realidade viva (orgânica) e concreta de cada povo. Essa mudança de paradigma, verificada na segunda década do séc. XX, decorreu do surgimento da sociedade de massas e seu contingente de desvalidos, o que propiciou o afloramento da idéia de que só um

Estado forte e unitário (Estado encarnado na pessoa de um líder, de preferência um *Führer*), que fosse capaz de encarnar a identidade entre governante e governado, seria capaz de manipular as massas e promover as mudanças sociais necessárias (pelo menos politicamente) para assegurar a todos as condições materiais necessárias ao exercício da cidadania (igualdade material).

O Estado social exteriorizou-se como um projeto alternativo e arbitrário ao poder econômico, o qual não foi capaz de *incluir* “[...] aqueles historicamente excluídos do projeto majoritário.” (GALUPPO, 2002, p. 20). Sob esse paradigma, predomina o entendimento de que o Estado deve propiciar iguais oportunidades para todos: adota-se o modelo de igualdade geométrica (proporcional), segundo o qual o Direito deve proporcionar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Portanto, conforme Brito (2000), sob o paradigma do estado social, a observância estrita da lei cede espaço para uma interpretação conforme os valores fundamentais.

Sob o paradigma do Estado democrático de direito, segundo Carvalho Neto (2003), deve haver uma relação de complementariedade entre Constituição formal e Constituição material, de modo a se reconhecer a formalidade constitucional em uma relação de interdependência com a exigência de materialidade (concretude) dos direitos fundamentais na vida dos cidadãos. A Constituição formal positiva os direitos humanos em normas gerais e abstratas e os transforma em direitos fundamentais, dotando-os de coercibilidade. A Constituição material, traduzida pela exigência moral, abstrata e universal de igualdade e liberdade de todos, dá concretude e legitimidade ao funcionamento do Direito e da política em uma sociedade moderna.

No Estado democrático de direito, não pode prevalecer a visão dicotômica predominante no estado liberal e no Estado social de Constituição formal e Constituição material, respectivamente, já que a construção da auto-identidade de uma sociedade pluralista repousa na igual liberdade de todos os cidadãos. Assim, um ordenamento jurídico só pode ser considerado legítimo na medida em que possibilite mecanismos de garantia de igual participação na produção do próprio direito, “[...] de forma que os destinatários se percebam, simultaneamente, como seus próprios autores.” (GALUPPO, 2002, p. 205). Assim, o direito ao processo, compreendido como o direito de dizer e contradizer, em regime de simétrica paridade (direito de participação construtiva no procedimento) não pode ser restringido pela situação de desigualdade das partes. (Brito, 2000).

Logo, o Estado democrático de direito pressupõe a existência de uma sociedade pluralista e democrática, conforme o modelo de igualdade aritmética, segundo o qual os seres humanos têm (aritmeticamente) o mesmo valor e cujos projetos individuais “[...] concorrem em igualdade de condições por sua própria realização.” (GALUPPO, 2002, p. 16). Ainda conforme Galuppo, este modelo de igualdade, por pressupor uma mesma quantidade de direitos e a aplicação da

lei de forma geral e abstrata, possibilita que o dever jurídico seja fundamentado de forma racional e abstrata.

A possibilidade de se fundamentar o Direito de forma racional e abstrata decorre do fato de que, na Modernidade, o ser humano deixou de ser mero destinatário das normas práticas para ser, também, autor (por meio da legislação) dessas mesmas normas. Em outros termos, o Direito deixou de ser fundamentado de forma metafísica (atribuição do Direito a Deus ou à natureza) e passou a ser fundamentado na razão (uma pessoa é racional se puder apresentar fundamentos para sua ação). Portanto, para que o Direito seja fundamentado de forma racional, as normas jurídicas devem ter “[...] como critério último de legitimidade uma igual liberdade de todos os cidadãos.” (GALUPPO, 2002, p. 16).

Verifica-se, portanto, que o princípio jurídico da igualdade está relacionado às condições materiais e culturais indispensáveis para a inserção de cada falante no discurso, de modo a permitir a implantação de uma sociedade democrática e pluralista que respeite os direitos fundamentais das pessoas, os quais “[...] se relacionam às condições para concretizar a competência comunicativa dos envolvidos.” (GALUPPO, 2002, p. 203-204).

A prática do discurso jurídico pressupõe que cada falante seja *igualmente* reconhecido como pessoa, e também, que a fundamentação das normas se faça de forma transparente, “[...] com base na força ilocucionariamente convincente de argumentos que resistam às críticas contrárias.” (GALUPPO, 2002, p. 204). Os discursos devem ser realizados, “[...] na medida do possível, sem interferência de violência ou de ideologias.” (GALUPPO, 2002, p. 204), o que demonstra que a fundamentação ilocucionária está relacionada à produção de consenso, à possibilidade de entendimento/convencimento do outro.

Aqui se faz necessário esclarecer que os atos de linguagem possuem um conteúdo *locucionário*, *ilocucionário* e *perlocucionário*.

O conteúdo *locucionário* corresponde à mensagem emanada sintática e semanticamente; o conteúdo *ilocucionário* (também chamado de performativo, derivado do inglês *to perform*) refere-se ao nível pragmático da comunicação, ou seja, “[...] ele realiza uma ação diferente da própria comunicação, apesar de geralmente ligada a esta.” (GALUPPO, 2002, p. 111). Nesse sentido, o *sim* proferido pelos nubentes no casamento tem conteúdo ilocucionário.

O conteúdo *perlocucionário* opõe-se aos dois primeiros: ao invés de procurar convencer por meio da prevalência do melhor argumento, procura influenciar o destinatário a atuar de determinada forma mediante a exposição de falsos motivos (o agente realiza um engodo, pois indica um fim como objetivo de sua ação, mas deseja subjetivamente um fim diverso). É próprio do agir estratégico (ação instrumental), mediante o qual uma pessoa “utiliza outra pessoa como meio (instrumento) adequado à realização de um fim (sucesso

peçoal).” (GALUPPO, 2002, p. 124).

No entanto, somente o conteúdo ilocucionário permite a fundamentação do direito de forma racional, pois a “[...] a racionalidade da própria argumentação está assentada em se acatar o melhor argumento (ou seja, aquele que possui melhores razões para resistir às críticas opostas).” (GALUPPO, 2002, p. 131).

A teoria que compreende o Direito como comunicação, chamada por Galuppo (2002) de Teoria do Direito Contemporânea, tem como referencial o problema hermenêutico e pragmático envolvido pela linguagem. Sob este entendimento, “[...] a fundamentação do direito se desloca de uma racionalidade abstrata e subjetiva (como aquela presente na obra Kantiana) para uma racionalidade inerente à linguagem e expressa por meio desta, e por isso mesmo, intersubjetiva, discursiva.” (GALUPPO, 2002, p. 17). Logo, a racionalidade passa a ser vista essencialmente como linguagem:

E como a linguagem integra o mundo-da-vida (ou seja, aquele horizonte que possibilita toda compreensão e diálogo), somente partindo deste mundo-da-vida lingüisticamente estruturado é que podemos encontrar uma resposta para a questão do fundamento de legitimidade do direito moderno, que é um direito essencialmente positivado e coercitivo. (GALUPPO, 2002, p. 17-18).

Sem embargo, nas incisivas palavras de Sampaio (2003), o Brasil está em uma situação desconfortável nos índices de desenvolvimento social e apresenta uma vergonhosa marca de desigualdade econômica. Uma sociedade na qual a maioria das pessoas não consegue reunir as condições necessárias para se viver com dignidade, reflete uma situação de injustiça social. Cabe ressaltar, com Silva (2002), que igualdade não significa nivelamento entre ricos e pobres, no entanto, não se pode aceitar que a pobreza revista o caráter de uma irremediável maldição. O ser humano privado de sua dignidade, em razão de um insuperável estado de pobreza, fica alijado da sociedade e sem a mínima condição de participar de qualquer discurso.

Percebe-se que a interpretação do princípio jurídico da igualdade é particularmente relevante para a sociedade brasileira, porque a perversa desigualdade material e cultural existente em nosso meio não permite que as pessoas reúnam condições mínimas de participação discursiva, o que torna inoperante a aplicação da Teoria Discursiva do Direito.

Não obstante, é preciso frisar que a correção normativa (enunciados normativos/mundo intersubjetivo/moral/direito) não pode ser verificada no mesmo sentido que a verdade (enunciados descritivos/mundo objetivo/desigualdade social verificada no Brasil/hipossuficiência do consumidor). Em outros termos, a correção normativa não pode ser verificada por meio de experimentos. Os enunciados normativos podem ser corretos ou

incorretos, mas não podem ser verdadeiros ou falsos, nem sinceros ou insinceros. O que se pode averiguar são apenas as razões que os sustentam, “[...] o que nunca pode ser feito de forma definitiva e absoluta.” (GALUPPO, 2002, p. 121).

Portanto, a desigualdade social verificada na sociedade brasileira e a vulnerabilidade do consumidor (enunciados descritivos/mundo objetivo) não podem se sobrepor às questões de correção normativa (enunciados normativos/aplicação do devido processo legal com os consectários do contraditório e da ampla defesa). Galuppo (2002) declara que identificar as duas pretensões representa uma forma contemporânea de positivismo, o que é inaceitável em face do Estado democrático de direito.

Oportuno frisar que não se está a defender uma forma contemporânea de positivismo, segundo a qual a desigualdade social e a hipossuficiência do consumidor verificada no mundo objetivo justificaria a equiparação dos enunciados normativos e descritivos. No entanto, se não conseguirmos aplicar a Teoria Discursiva do Direito, negar-se-á a existência do Estado democrático de direito.

2.2 Princípio do devido processo legal

Gonçalves (2001) assegura que Chiovenda, ao lançar as bases da ciência do direito processual civil, conceituou o processo como relação jurídica. A noção de relação jurídica processual traduz a idéia de vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma conduta determinada. Nesse sentido, haveria direitos das partes sobre a conduta do Juiz, e direitos do Juiz sobre a conduta das partes.

No entanto, o conceito de processo como relação jurídica é inadequado para explicar as posições dos sujeitos envolvidos no processo, pois é inadmissível que “[...] uma das partes possa exigir da outra o cumprimento de qualquer conduta, por um vínculo entre sujeito ativo e sujeito passivo.” (GONÇALVES, 2001, p. 66). As partes não podem impor umas às outras qualquer ato processual, nem têm a faculdade de exigir qualquer conduta do Juiz: “Não há relação jurídica entre o juiz e a parte, ou ambas as partes, porque ele não pode exigir delas qualquer conduta, ou a prática de qualquer ato, podendo, qualquer das partes, resolver suas faculdades, poderes e deveres em ônus, ao suportar as consequências desfavoráveis que possam advir de sua omissão.” (GONÇALVES, 2001, p. 98-99).

Há de se ressaltar que os deveres do Juiz, inerentes à função jurisdicional, decorrem das próprias normas que disciplinam a jurisdição e o processo. A atividade judicante “[...] é a realização do poder de cumprir o dever, o dever pelo qual o Estado se obrigou, quando assumiu a função de se substituir ao particular para garantir seus direitos.” (GONÇALVES, 2001, p. 99-100).

Neste sentido, o conceito de direito subjetivo não pode ser entendido como um poder sobre a conduta alheia, ou como um direito à prestação decorrente de relação jurídica. Pelo contrário, deve ser entendido “[...] como uma posição de vantagem do sujeito assegurada pela norma, posição que se apreende pelo “objeto do comportamento” descrito na norma relacionado ao sujeito. Se da norma decorre uma faculdade ou um poder, para o sujeito, sua posição de vantagem incide sobre o objeto daquela faculdade ou daquele poder que a norma lhe conferiu.” (GONÇALVES, 2001, p. 106).

Superada a concepção de processo como mero instrumento da jurisdição, segundo o modelo da relação jurídica, o processo deve ser compreendido como “[...] instituição-eixo do princípio do existir do sistema (aberto) normativo constitucional-democrático.” (LEAL, 2002, p. 69). Em outros termos, o processo seria uma “[...] estrutura normativa de um procedimento que prepara um ato final, de caráter imperativo, um provimento, realizado em contraditório entre as partes.” (GONÇALVES, 2001, p. 101).

A caracterização do processo como uma espécie de procedimento exigiu a reformulação do conceito de procedimento. Em uma acepção moderna, o procedimento, entendido como a atividade preparatória do provimento, é “[...] estrutura técnica, orientada pelo modelo normativo (lei), de atos jurídicos sequenciais em uma relação espaço-temporal em que o ato inicial é pressuposto do ato conseqüente e este extensão do ato antecedente, e assim sucessivamente, até final provimento (ato estatal: sentença, lei, ato administrativo).” (FONSECA, 2000, p. 14-15).

O processo é espécie de procedimento em contraditório, “[...] cuja essência estaria na simétrica paridade de participação na construção do provimento pelos interessados.” (FONSECA, 2000, p. 14-15). O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, que nada mais é que o ato final do procedimento, a sua conclusão: “O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento.” (GONÇALVES, 2001, p. 102-103).

Percebe-se que as características do procedimento e do processo (conforme um critério lógico) não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. Sob este enfoque, não existe uma relação de antagonismo entre procedimento e processo, mas uma relação de inclusão, já que o processo é uma espécie do gênero procedimento. O que distingue o processo (espécie) do procedimento (gênero) é a diferença específica do contraditório. O contraditório, “[...] em sua concepção moderna de direito-garantia, tem como principal e indissociável componente a simétrica paridade de participação dos interessados no ato imperativo final do Estado.” (FONSECA, 2000, p. 19). Em outros termos, não existe processo sem

contraditório, o contraditório é justamente o elemento que especifica o processo.

Repita-se, o processo é um procedimento de caráter imperativo caracterizado pela possibilidade de participação dos interessados no ato final, ou seja, um procedimento caracterizado pelo contraditório entre os interessados (os interesses das partes em relação ao ato final são opostos).

Logo, não se pode mais aceitar que o processo seja regido pelo modelo de igualdade geométrica, como se fosse possível garantir que o tratamento desigual aos desiguais pudesse garantir um mecanismo de inclusão (conforme demonstrado, o modelo de igualdade geométrica, ao invés de gerar inclusão, gera exclusão).

É inaceitável o posicionamento que defende o tratamento desigual das partes no processo, sob a consideração de que seria “[...] utópica a igualdade de armas no processo, já que as diferenças entre as partes não podem ser suprimidas.” (FONSECA, 2000, p. 19). Nesse sentido, o processo não pode ser a panaceia dos males que afligem o cidadão, e não pode ter a finalidade de solucionar os problemas sociais, econômicos, políticos e culturais que nos afligem, conforme preconizado pela teoria instrumentalista. Pelo contrário, a função do processo é possibilitar a formação do provimento pelos interessados, em contraditório.

Percebe-se, portanto, que sob o paradigma do Estado democrático de direito, a adequada compreensão do processo é imprescindível à aplicação da Teoria Discursiva do Direito, pois o processo não pode ser compreendido como um instrumento político voltado para efetivar a igualdade entre os homens (os direitos protegidos no processo não são os direitos materiais). Pelo contrário, o processo deve ser compreendido como direito-garantia constitucional de “[...] igualitária participação na formação do provimento, em contraditório, independentemente de se ter ou não direito material.” (FONSECA, 2000, p. 18).

3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O CDC, segundo Marques (2000), sistematiza suas normas a partir da idéia básica de proteção do consumidor. Trata-se de legislação que trouxe consideráveis avanços no plano processual (ações coletivas para a defesa de direitos e interesses coletivos e difusos, legitimação ativa de grupos sociais, inversão do ônus da prova, eficácia *erga omnes* e *ultra partes* da coisa julgada).

A Política Nacional das Relações de Consumo – PNRC (CDC, art 4º) tem por princípios a boa-fé objetiva e o equilíbrio nas relações de consumo: além de proteger os interesses do consumidor, “[...] deve conciliar interesses da sociedade ou do cidadão com as demandas da economia e do livre comércio.” (BOURGOIGNIE, 2002, p. 31).

O princípio da boa-fé objetiva (CDC, art. 51, IV), como afirma Fiúza

(2002), deve ser interpretado no sentido de que as partes devem agir com honestidade, segundo padrões de correção e lealdade, de modo a desenvolver uma relação de confiança recíproca. Conforme Rosenvald (2001), os deveres anexos de informação, lealdade, segurança e cooperação também se inserem na noção da boa-fé objetiva. Ocorrendo falhas no adimplemento de tais deveres secundários, o consumidor poderá, alternativamente, ajuizar ação de cumprimento (tutela específica) ou pedir a resolução contratual, em razão de um adimplemento insatisfatório ou ruim (CDC, art. 35):

Se a crise de massificação das relações de consumo significou uma despersonalização da relação, contratos de serviços elaborados às dúzias, semelhantes e elaborados prévia e unilateralmente, não deve causar espanto que os princípios escolhidos pelo Código de Defesa do Consumidor para regular a “conduta” contratual dos parceiros, de forma a tornar efetivos os novos direitos do consumidor fossem justamente o da boa-fé e do equilíbrio contratual (*Vertragsgerechtigkeit*): princípios de re-personalização *standart* da relação de consumo. Especialmente o princípio da boa-fé em sua visão objetiva é um grande patamar de respeito ao outro co-contratante, mesmo que despersonalizado. Trata-se quase da inversão da lógica despersonalizante da massificação: se não conheces teu parceiro contratual, terás que tratar a todos com lealdade, desde o terceiro que entra em tua loja, aquele que viaja em teu avião, aquele que não contrata e se beneficia, aquele que recebe teus “serviços” de presente etc. A todos deverás informar, cuidar de seu patrimônio, nome e dignidade, cooperar para que realizem suas expectativas legítimas [...] que talvez nem saibas quais são. (MARQUES, 2000, p. 86).

Considerando, com fundamento em Oliveira (2002), que sob o paradigma do Estado democrático de direito, o direito deve corresponder às exigências funcionais de uma sociedade complexa e pluralista e também promover a inclusão social por meio da adoção de uma linguagem dialógica que possibilite a sua fundamentação, de modo que possa haver um entendimento mútuo entre os sujeitos comunicativamente atuantes, verifica-se que a interpretação do CDC não pode se afastar desse enfoque.

Assim, pode-se dizer, de acordo com Grinover *et al.* (2001), que o CDC tem por finalidade imediata possibilitar o entendimento mútuo entre consumidores e fornecedores (segundo um consenso racional), e por finalidade mediata a harmonização das relações de consumo com o crescimento da economia e do livre comércio.

Considera-se relação de consumo aquela existente entre fornecedor (CDC, art. 3º, *caput*) e consumidor como destinatário final (CDC, art. 2º, *caput*), cujo objeto seja o fornecimento de um produto ou serviço (CDC, art. 3º, §§ 1º e 2º). Além do conceito padrão de consumidor (CDC, art. 2º, *caput*), o Código traz

o conceito de consumidor por equiparação (arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29).

O CDC adota, como regra geral, a teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor (arts. 12 e 14). Para configurar a responsabilidade objetiva do fornecer, é necessária a presença dos seguintes pressupostos: a existência de uma conduta do fornecedor, o dano injusto sofrido pela vítima (patrimonial ou extrapatrimonial), a relação de causalidade entre o dano e a ação do fornecedor e o fator de atribuição (de natureza objetiva) da responsabilidade pelo dano ao fornecedor. Este fator de atribuição, para Aguiar Júnior (2000), poderá ser o risco, a equidade etc. Segundo Rosenvald (2001), no sistema da responsabilidade objetiva, existe presunção *juris et de jure* de culpa do fornecedor.

Excepcionando a regra geral, o CDC prevê a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais (art. 14, § 4º), cujo fator de atribuição da responsabilidade pelo dano é de natureza subjetiva (culpa ou dolo).

Considerando a difusão das relações de consumo, constata-se que houve um aumento substancial no campo de aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, a qual não é sinônima de responsabilidade sem culpa. Na responsabilidade objetiva, a indenização é devida apenas pelo aspecto objetivo da lesão (não importa se o agente praticou ato lícito ou ilícito, basta que o dano se relacione materialmente à conduta). A responsabilidade sem culpa é modalidade de responsabilidade subjetiva que consiste na “[...] hipótese excepcional de ressarcimento pela prática de atos lícitos, em consideração ao interesse maior da vítima” (ROSENVALD, 2001, p. 172), como ocorre com o dever de o agente indenizar o dano causado em estado de necessidade. (Código Civil, art. 929 e 930).

O CDC prevê as hipóteses de rompimento do nexo causal na responsabilidade civil pelo fato do produto: quando o fabricante não houver colocado o produto no mercado, quando o produto não apresentar defeito ou quando o fato do produto decorrer de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, § 3º, I, II e III). As hipóteses de rompimento do nexo causal pelo fato do serviço estão previstas no art. 14, § 3º.

Ainda para Rosenvald (2001), a ocorrência de caso fortuito interno não afasta o dever de indenizar, já que aquele se relaciona a um evento que se liga à organização da empresa, inerente aos riscos da própria atividade desenvolvida. A ocorrência de caso fortuito externo, entendido como o evento exterior à atuação ordinária do agente, rompe o nexo causal.

4 O ÔNUS DA REALIZAÇÃO DA PROVA

Rosenvald (2001) leciona que o Código adotou, como regra geral, o sistema da responsabilidade objetiva, segundo o qual a culpa do fornecedor é presumida de forma absoluta (presunção *juris et de jure*). No entanto, a prova do

dano injusto deve ficar a cargo do consumidor (incluindo-se o consumidor por equiparação ou *by-stander*), sob pena de se desestabilizar a harmonia das relações de consumo.

Watanabe (2001) entende que o Juiz pode determinar que o fornecedor suporte as despesas com a prova pericial, desde que verificados a verossimilhança da alegação e a impossibilidade de o consumidor arcar com os respectivos custos. Referido doutrinador sustenta que essa solução seria compatível com o art. 6º, VIII, do CDC e seria menos rigorosa que a de inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, parte da jurisprudência considera que, nos casos em que estiverem presentes os requisitos da verossimilhança ou hipossuficiência – e o Juiz entender que a prova pericial é imprescindível ao deslinde da causa – cabe ao fornecedor responder pelo adiantamento dos honorários do perito:

QUESTÃO – PROCESSUAL IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA PERICIAL – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA – CARACTERIZADA RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICABILIDADE. Requerida a prova pericial pelos autores da ação ordinária cujo objetivo é a revisão de cláusulas contratuais que entendem abusivas, e determinada a realização de prova pericial pelo Juiz, envolvendo a demanda questões de direito consumerista, é de se inverter o ônus da prova em favor do consumidor, como ditado pelo art. 6º, VIII, do CDC, se verossímil a alegação ou for a parte hipossuficiente, visando assegurar-lhe o direito fundamental ao contraditório e a facilitação da defesa dos seus interesses, que tem natureza constitucional, quando deve responder o fornecedor do serviço bancário pelo depósito prévio dos honorários do perito [...]. (TAMG – Agravo de Instrumento nº 0290036-1 – 3ª Câmara Cível – Comarca de Belo Horizonte – Rel. Juiz Duarte de Paula – j. 17.11.1999).

Também neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já decidiu que a inversão do ônus da prova “[...] significa, também, transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas que o autor não pode suportar, quando indispensável a realização da perícia”. (STJ – Recurso especial nº 383276-RJ – 4ª Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 18.06.2002 – DJ 12.08.2002, p. 219).

Não obstante a autoridade da doutrina e dos julgados mencionados, defender-se-á posição contrária: ainda que o Juiz tenha invertido o ônus da prova, o fornecedor não pode ser obrigado a custear a perícia requerida pelo consumidor. O ônus da realização da prova é, nos termos do art. 19 do Código de Processo Civil – CPC, do requerente. Quando o juízo determinar a realização da prova pericial, cabe ao autor arcar com os custos da mesma, nos termos do art. 33 do CPC. Há de se frisar que não existe no ordenamento jurídico pátrio uma regra determinando a obrigatoriedade de o fornecedor arcar com os custos da perícia

requerida pelo consumidor. A regra da inversão do ônus da prova visa, justamente, transferir ao fornecedor o ônus de afastar o fato constitutivo do direito do consumidor, e não a obrigá-lo a custear prova pericial requerida pelo consumidor:

IMPOSSIBILIDADE – INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO PROVIDO. [...] Aqui, a inversão é mais ampla e abrange a prova do fato constitutivo do direito do consumidor, de modo que a obrigação que se transfere à outra parte é especificamente a de elidir a presunção de veracidade que vigora em favor do consumidor, ou seja, a de produzir provas bastantes à desconstituição de tal presunção. (TAMG – Agravo de Instrumento nº 0297203-0 – 7ª Câmara Cível – Belo Horizonte – Rel. Juiz Lauro Bracarense – j. 10.02.2000 – RJTAMG 78/84).

Este posicionamento não causa prejuízo ao consumidor. Com a aplicação da regra da inversão do ônus da prova o consumidor não precisa produzir prova pericial para provar o fato constitutivo de seu direito:

PROCESSO CIVIL, RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A regra probatória, quando a demanda versa sobre relação de consumo, é a da inversão do respectivo ônus. Daí não se segue que o réu esteja obrigado a antecipar os honorários do perito; efetivamente não está, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor [...]. (STJ – Recurso Especial nº 466604-RJ – 3ª Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 07.04.2003 – DJ 02.06.2003, p. 297).

Verifica-se, portanto, que a aplicação da regra da inversão do ônus da prova é suficiente para compensar a situação de vulnerabilidade do consumidor, já que a não-realização da prova pericial de responsabilidade do fornecedor acarretar-lhe-á uma decisão desfavorável (se o fornecedor não se desincumbir de afastar o nexo de causalidade entre a conduta que lhe é imputada e o dano injusto sofrido pelo consumidor, fatalmente a sentença lhe será desfavorável). Não se pode confundir o ônus da prova, que é o ônus processual de provar os fatos alegados (CPC, art. 333), com o ônus da realização da prova, que é a obrigação processual do requerente de adiantar os honorários do perito (CPC, art. 33).

Se no direito processual penal o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo (CF/88, art. 5º, LXIII), com muito mais razão, o mesmo princípio se aplica ao direito processual civil, porque o direito penal tutela os bens mais importantes para a vida em sociedade, considerados, em regra, indisponíveis. Logo, sob o paradigma do Estado democrático de direito, o fornecedor não pode ser compelido a custear a prova pericial requerida pelo

consumidor.

5 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O CDC prevê duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova.

A inversão *ope legis* (art. 38), segundo Grinover *et al.* (2001), é uma regra pertinente ao ônus probatório, segundo a qual cabe ao fornecedor provar a veracidade e correção de uma publicação, nos casos em que o consumidor alegar a sua falta de veracidade ou incorreção.

A inversão *ope iudicis* (art. 6º, VIII), por ter natureza jurídica de regra processual estrutural da fase probatória, aplica-se aos feitos em curso, ainda que a relação jurídica entre consumidor e fornecedor tenha sido entabulada antes da vigência do CDC. Esta regra é aplicável quando for verificada pelo Juiz a verossimilhança da alegação, ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Para Zapater (2001, p. 180), a hipossuficiência do consumidor se manifesta através das seguintes espécies de vulnerabilidade:

[...] a técnica, quando faltasse ao consumidor conhecimentos sobre o produto ou serviço que está adquirindo; a vulnerabilidade jurídica, que ocorreria pela falta de conhecimento do consumidor na área jurídica, econômica ou contábil, no momento, por exemplo, de comprar a prestações; e, por fim, a vulnerabilidade fática, ou socioeconômica, resultado da posição do fornecedor no mercado.

Adotar-se-á posição distinta, pois o conceito de hipossuficiência diz respeito somente à dificuldade técnica de o consumidor provar o nexo causal entre o dano por ele sofrido e a conduta imputada ao fornecedor (comissiva ou omissiva), conforme as regras processuais comuns do art. 333 do CPC, que é dever do Estado, por meio da Defensoria Pública (CF/88, art. 134), prestar “[...] assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” (CF/88, art. 5º, LXXIV):

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESPACHO QUE, DEFERINDO A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, DETERMINOU QUE OS AGRAVANTES ARCASSEM COM OS HONORÁRIOS PERICIAIS- HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA NÃO CONFIGURADA- AGRAVADOS QUE SÃO BENEFICIÁRIOS DA JUSTIÇA GRATUITA- ÔNUS QUE NÃO COMPETE AOS AGRAVANTES – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [...] O ônus da prova só há de ser invertido quando a parte requerente tiver dificuldades para a demonstração de seu direito

dentro do que estabelecem as regras processuais comuns ditadas pelo art. 333 e incisos do CPC, presentes a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência. Não se vislumbra essa dificuldade na realização da prova pericial, na medida em que não há dificuldade técnica para a averiguação e comprovação dos fatos alegados. Não socorre a agravada sua alegação de hipossuficiência por ausência de condições econômicas para custear os honorários do perito, já que o significado do aludido dispositivo legal não é econômico, e sim técnico. (TAPR – Agravo de Instrumento nº 0192414-1 – 6ª Câmara Cível – Comarca de São José dos Pinhais – Rel. Juíza Anny Mary Kuss – j. 29.04.2002 – DJ 17.05.2002).

Nesse sentido, considere-se uma hipotética lide de consumo, na qual o consumidor alega um vício de fabricação no motor de um veículo, cujo projeto de fabricação lhe é inacessível. Verificada a hipossuficiência técnica do consumidor, e invertido o ônus da prova, o fornecedor fica com o ônus de provar a inoccorrência do vício de fabricação, ou seja, a ausência do nexo causal:

No caso de se identificar a dificuldade do demandante em produzir determinada prova que está em poder do demandado, a distribuição do ônus da prova (art. 333 do CPC) pode ser flexibilizada com a aplicação do art. 6º, VIII do CDC [...]. (TAPR – Agravo de Instrumento nº 0192414-1 – 6ª Câmara Cível – Comarca de São José dos Pinhais – Rel. Juíza Anny Mary Kuss – j. 29.04.2002 – DJ 17.05.2002)

Portanto, o conceito de hipossuficiência independe da situação econômica ou da assistência jurídica do consumidor. Sempre que o fornecedor detiver “[...] o domínio do conhecimento técnico especializado [...]” (WATANABE, 2001, p. 734), a hipossuficiência do consumidor será manifesta.

A hipossuficiência econômica e jurídica do consumidor, por estar ligada a valores que são adotados conforme o ponto de vista exclusivo do consumidor, segundo o modelo de igualdade geométrica, não justificam, sob o paradigma do Estado democrático de direito, a inversão do ônus da prova. Sob esse paradigma de Direito, adota-se o modelo de igualdade aritmética, cujo critério último de legitimidade é uma *igual* liberdade de todos, o que pressupõe a inclusão de todos os grupos sociais (consumidor e fornecedor), e não a inserção de apenas um grupo pré-determinado (consumidor) às custas da exclusão do fornecedor.

Watanabe (2001, p. 735) sustenta que a verossimilhança da alegação do consumidor não constitui uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova. Segundo seu posicionamento, a verossimilhança seria um critério de julgamento relacionado à regra inscrita no art. 335 do CPC. Assim, o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, consideraria produzida a prova de um fato, quando verificasse ser ele

ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato já provado:

Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considera-se demonstrado o fato afirmado pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova. Por isso mesmo, como ficou anotado, não se tem verdadeiramente uma inversão do ônus da prova em semelhante hipótese.

Com a devida *vênia*, defender-se-á posição contrária, uma vez que o art. 335 do CPC tem aplicação restrita aos casos em que se verifica a “[...] falta de normas jurídicas particulares”. Por outro lado, o art. 6º, VIII, do CDC prevê ainda que, de forma implícita, o seu campo de aplicação é a regra processual do ônus da prova (CPC, art. 333). Portanto, adotar-se-á a posição de Cavalieri Filho (2000, p. 106), segundo a qual o conceito de verossimilhança tem pertinência com a probabilidade da existência do direito invocado, o que enseja uma verdadeira hipótese de inversão do ônus da prova:

Convém ressaltar que mesmo em relação ao nexo causal não se exige da vítima uma prova robusta e definitiva, eis que essa prova é praticamente impossível. Bastará, por isso, a chamada *prova de primeira aparência*, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permita um juízo de probabilidade, como, por exemplo, a repetição de determinado evento em relação a um certo produto. Por isso, o Código do Consumidor presume o defeito do produto, só permitindo ao fornecedor afastar o seu dever de indenizar se provar, ônus seu, que o defeito não existe (art. 12, § 3º, II). Se cabe ao fornecedor provar que o defeito não existe, então ele é presumido até prova em contrário.

5.1 Momento processual adequado para o Juiz se manifestar

Grinover *et al.* (2001) considera que a inversão do ônus da prova deve ser aplicada no momento da prolação da sentença, nos casos em que o Juiz verificar o *non liquet*. Segundo esse posicionamento, o Juiz só teria condições de avaliar a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor após analisar o contexto probatório já produzido, ou seja, no momento da prolação da sentença:

A inversão do ônus da prova dá-se *ope judicis*, isto é, por obra do juiz, e não *ope legis* como ocorre na distribuição do ônus da prova pelo CPC 333. Cabe ao magistrado verificar se estão presentes os requisitos legais para que se proceda à inversão. Como se trata de *regra de juízo*,

quer dizer, de julgamento, apenas quando o juiz verificar o *non liquet* é que deverá proceder à inversão do ônus da prova, fazendo-o na sentença, quando for proferir o julgamento de mérito [...]. (NERY JUNIOR; NERY, 1999, p. 1.805).

Watanabe (2001, p. 735) adota o mesmo posicionamento:

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa..

Neste sentido, veja-se decisão do Tribunal de Justiça do Paraná TJPR:

PROCESSUAL CIVIL AGRADO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PRETENSÃO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COM BASE NO ART. 6º, VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR FALTA DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA OU VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO AFIRMADO INADMISSIBILIDADE DA INVERSÃO DECISÃO MANTIDA RECURSO IMPROVIDO. A inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento, que vai incidir se presentes os seus pressupostos no momento da sentença, desde que, a critério do julgador, seja necessária a adoção da regra protetiva do consumidor. (TJPR – Agravo de Instrumento nº 0182024 – 4ª Câmara Cível – Comarca de Curitiba – Rel. Des. Sydney Zappa – j. 20.03.2002).

Os adeptos desse posicionamento sustentam que a inversão do ônus da prova realizada no momento da prolação da sentença não viola os princípios da igualdade e do devido processo legal, em razão da prévia ciência do fornecedor de que a lide versa uma relação de consumo. Assim, Gaulia (2001, p. 86) entende que não há necessidade de o Juiz avisar ou alertar a parte contrária sobre a regra da inversão do ônus da prova:

Pretendeu, por conseguinte, a lei, criar com a regra do inc. VIII, um direito subjetivo do consumidor (mais um dentre outros tantos que pelo Digesto de Proteção ao Consumidor se espalham). Dessa forma é de se concluir que não está o Juiz obrigado a avisar ou alertar a parte contrária para a inversão do *onus probandi*, se a lide versar sobre relação de consumo.

Ainda sob esta perspectiva, veja-se decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais – TAMG:

INDENIZAÇÃO – DEFEITO DE FABRICAÇÃO EM VEÍCULO – MOTORISTA DE TAXI – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – REGRA DE JULGAMENTO – DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO ANTERIOR AS PARTES – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – SOLIDARIEDADE PASSIVA DO FABRICANTE IMPOSTA PELO VÍCIO DE QUALIDADE DO PRODUTO – LEGITIMIDADE PASSIVA – LUCROS CESSANTES – QUANTIFICAÇÃO EM PROCESSO DE CONHECIMENTO. [...] Diante do conhecimento anterior do fornecedor de que se trata de ação fundada em relação de consumo, cabe a ele, prevendo a possibilidade de inversão do ônus da prova, agir, durante a fase instrutória, no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito do consumidor, produzindo todas as provas que lhe forem oportunizadas, pois não poderá baixar o juiz os autos em diligência para que produza provas após o encerramento da instrução. (TAMG – Apelação Cível nº 0296776-4 – 3ª Câmara Cível – Comarca de Contagem – Rel. Juiz Duarte de Paula – j. 05.04.2000 – RJTAMG 79/146).

Em que pese à autoridade da doutrina e jurisprudência retro apresentadas, defender-se-á posicionamento no sentido de que o Juiz deve se manifestar sobre a inversão do ônus da prova antes do início da fase probatória, de modo a possibilitar o prévio conhecimento das partes (fornecedor e consumidor) a respeito das regras do ônus da prova que serão consideradas por ocasião da prolação da sentença:

AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO – COMPRA E VENDA DE “KIT” DE CASA PRÉ-FABRICADA – CONTRATO CUMPRIDO – ALEGAÇÃO DE DEFEITOS NA CONSTRUÇÃO – LUCROS CESSANTES INDEVIDOS – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ART. 6º, INC. VIII – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – NECESSIDADE DE PRÉVIA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. [...] Para que seja configurada a hipótese de inversão do ônus da prova, é necessário que, sob pena de nulidade, haja a expressa e prévia determinação judicial à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido, pois a inversão sem essa cautela processual implicaria em surpresa e cerceamento de defesa. (TAMG – Apelação Cível nº 0292148-4 – 6ª Câmara Cível – Comarca de Belo Horizonte – Rel. Juiz Paulo César Dias – j. 04.11.1999).

Veja-se, também, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS:

CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO – PROVA – AUSÊNCIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – MOMENTO – DANO MORAL E MATERIAL – PROVA PERICIAL – NECESSIDADE – SUBSTITUIÇÃO POR PROVA TESTEMUNHAL – COROLÁRIO LÓGICO E DESACOLHIMENTO DO PEDIDO. Questão relativa à inversão do ônus da prova deve ser suscitada e decidida antes do início da fase probatória. Indevida a utilização do instituto na sentença ou por ocasião do julgamento do recurso, causando evidente cerceamento de defesa à parte adversa. [...]. (TJRS – Apelação Cível nº 70000809301 – 10ª Câmara Cível – Comarca de Porto Alegre – Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana – j. 28.09.2000 – RJRGs 203/373).

Há de se frisar que a ampla defesa e o contraditório materializam o suporte do devido processo legal. Este posicionamento parte da premissa de que ambas as partes têm o direito fundamental à tutela jurisdicional, a qual pode ser entendida como “[...] a garantia de meios jurídicos-processuais mediante os quais cada pessoa que acredite que seus direitos foram violados possa afirmar suas pretensões, direitos de agir em juízo, a um devido processo legal, a igual proteção jurídica, ao contraditório e à ampla defesa, a um igual direito à tutela jurisdicional.” (OLIVEIRA, 2002, p. 71).

Sob o paradigma do Estado democrático de direito, o contraditório deve ser compreendido como uma garantia dos destinatários da decisão de participar do processo, em simétrica igualdade, na etapa preparatória da sentença. O contraditório, segundo Gonçalves (2001, p. 127), já não pode mais ser compreendido como o direito da parte de ser ouvida e de se defender sobre a matéria controvertida (a relação de direito material é o seu conteúdo possível). O contraditório “[...] é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório como garantia de simétrica paridade de participação no processo.”

Logo, o Juiz deve se manifestar acerca dos requisitos da inversão do ônus da prova antes do início da fase probatória, de modo a possibilitar a ambas as partes (consumidor e fornecedor) a oportunidade de participar do processo, em simétrica igualdade. O fornecedor não pode ter seus direitos fundamentais à igualdade e ao devido processo legal violados sob o pretexto de se aplicar a diretriz política de defesa do consumidor (conforme demonstrado, a diretriz política, por refletir um valor, não pode prevalecer sobre um princípio).

Repita-se que o modelo de igualdade a ser observado, sob o paradigma do Estado democrático de direito, é o da igualdade aritmética, ou seja, a igualdade de todos os homens. A legitimidade do Estado democrático de direito está diretamente vinculada à observância dos direitos fundamentais, os quais “[...] exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca

da institucionalização das normas do agir.”(OLIVEIRA, 2002, p. 72).

Sob esse enfoque, somente se a inversão do ônus da prova for manifestada antes do início da fase probatória é que as partes podem chegar a um consenso racional. Só assim, pode haver uma participação igualitária das partes no processo, conforme o modelo de igualdade aritmética. Para Galuppo (2002), o modelo de igualdade geométrica, preconizado por Aristóteles e baseado na hierarquia, é incompatível com o Estado democrático de direito. Este modelo de igualdade foi construído para justificar uma comunidade estruturada, tendo em vista os fins comuns de seus membros, o que pressupõe um projeto de vida comum a todos os habitantes, e não uma sociedade pluralista, fundada nos interesses divergentes de seus membros, como na sociedade existente no Estado democrático de direito.

A necessidade de pressupor a igualdade aritmética no processo de fundamentação do direito decorre, basicamente, de dois fatores: a consideração da legislação como obra humana, e o reconhecimento de que a fundamentação do direito não pode ser atribuída seja a Deus, seja à natureza:

[...] *justiça e injustiça, legitimidade e ilegitimidade* são produzidas por ações humanas, sejam as ações de criação da legislação, sejam as ações de sua aplicação. Se não se pode mais recorrer a uma realidade *meta-física* (seja ela Natural ou Teológica) para fundamentar as normas de ação, só será possível fazê-lo recorrendo-se à Razão. E a única possibilidade que resta para fundamentar racionalmente o direito, como já demonstrava Kant, é fazendo que as normas jurídicas tenham como critério último de legitimidade uma *igual* liberdade de todos os cidadãos. (GALUPPO, 2002, p. 16).

Afastada a fundamentação teológica ou natural, as normas de ação devem ser fundamentadas recorrendo-se à razão. Destaca-se que “[...] a aquisição da linguagem e a aquisição da Razão são dois fenômenos congêntos, e o ser humano se descobre um ser racional no momento em que se descobre um ser de linguagem.” (GALUPPO, 2002, p. 105-106). Conforme a Teoria Discursiva do Direito,

[...] a fundamentação do Direito se desloca de uma racionalidade abstrata e subjetiva (como aquela presente na obra kantiana) para uma racionalidade inerente à linguagem e expressa por meio dela, e, por isso mesmo, intersubjetiva, discursiva. A consequência desse deslocamento é que a racionalidade, uma vez que passa a ser vista essencialmente como linguagem, já não é entendida como transcendente ao mundo, mas como imanente a ele. E como a linguagem integra o mundo-da-vida (ou seja, aquele horizonte que possibilita toda compreensão e diálogo), somente partindo deste mundo-da-vida linguisticamente estruturado é que podemos encontrar uma resposta para a questão do

fundamento de legitimidade do direito moderno, que é um direito essencialmente positivado e coercitivo. (GALUPPO, 2002, p. 18).

A inversão do ônus da prova procedida no momento da prolação da sentença viola os direitos fundamentais do fornecedor à igualdade e ao devido processo legal, o que acaba por resultar (por intermédio do direito) aquilo que, com o direito, queria-se evitar: “[...] que por meio de desigualdades, a liberdade fosse conferida e assegurada apenas a uma parcela da sociedade, [...]”. (GALUPPO, 2002, p. 95-96).

Logo, a inversão do ônus da prova operada no momento da prolação da sentença acarreta uma discriminação inversa, o que é incompatível com o paradigma do Estado democrático de direito. A exclusão de determinado grupo social (no caso em questão, o fornecedor) é incompatível com o Estado democrático de direito. Segundo Habermas (1997, v. 1), o cerne desse modelo de Estado repousa, justamente, no reconhecimento da existência de uma pluralidade de projetos de vida. Sob esse paradigma, a legitimidade do direito está ligada à sua capacidade de proporcionar aos cidadãos a possibilidade de enxergarem-se ao mesmo tempo como destinatários e autores (participantes) da norma jurídica, segundo um discurso dialógico e racional.

Habermas (2002) afirma que as pessoas só podem ser autônomas na medida em que lhes seja possível enxergar a si próprias como autoras dos direitos aos quais todos (inclusive elas próprias) devem obediência. Esse enfoque é importante porque as teorias do direito racional fundamentam a legitimidade do direito segundo a sua capacidade de garantir a autonomia pública (soberania popular) e privada (direitos fundamentais) dos cidadãos. A autonomia política dos cidadãos diz respeito à capacidade de auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos revela-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis.

Logo, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, “[...] não haveria tampouco um médium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado.” (HABERMAS, 2002, p. 293). Assim, a autonomia pública pressupõe a privada, e a autonomia privada pressupõe a pública, sem que nenhuma delas possa reivindicar uma primazia sobre a outra.

Destaca-se que a “[...] natureza do *logos*, termo que tanto pode ser traduzido por razão como por linguagem, é dialógica, e não monológica, e por isso o *logos* nos é dado não como uma característica do ser subjetivo ou do ser objetivo, mas do ser intersubjetivo que somos [...]”. (GALUPPO, 2003, p. 228). O discurso racional

[...] é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído por obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que são reguladas pelos procedimentos fundamentados discursivamente. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 142).

Portanto, se a inversão do ônus da prova for manifestada no momento da prolação da sentença, o fornecedor não poderá sentir-se autor (participante) da norma jurídica, pois não seria razoável esperar que ele pudesse aceitar-se autor de uma norma que lhe acarreta surpresa processual e prejudica seu direito fundamental ao contraditório e ampla defesa.

O Estado democrático de direito, repita-se, tem por fundamento a existência de uma sociedade pluralista, na qual os direitos fundamentais devem ser compreendidos como “[...] direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico [...]” (GALUPPO, 2003, p. 236), caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo. Em uma democracia, os cidadãos não podem chegar a um acordo ou mesmo aproximar-se da compreensão mútua se adotarem pontos de vista irreconciliáveis. Logo, os cidadãos devem ver um ao outro como livres e iguais em um sistema de cooperação social, ou seja, devem estar preparados para “[...] oferecer um ao outro termos justos de cooperação segundo o que consideram ser a concepção mais razoável de justiça política. [...]” (RAWLS, 2001, p. 180).

Além disso, o argumento a respeito da prévia ciência do fornecedor de que a lide versa uma relação de consumo é improcedente, pois a delimitação do conceito de relação de consumo não é pacífica. Conforme a teoria adotada pelo intérprete, teríamos um conceito diferente para relação de consumo.

Segundo Grinover *et al.* (2001), para a teoria finalista, ocorreria relação de consumo quando houvesse um negócio jurídico entre fornecedor e consumidor destinatário final. De acordo com esta teoria, os princípios básicos do CDC (arts. 4º e 6º) orientam no sentido de que a expressão *destinatário final* (CDC, art. 2º) seja interpretada de maneira restrita. Logo, consumidor seria aquele que adquire um produto ou serviço para uso próprio (para satisfazer uma necessidade pessoal), sem intuito de revenda, vedada a sua utilização como insumo na cadeia produtiva. Para a teoria maximalista, o conceito de consumidor é objetivo (prescinde da idéia de lucro) e deve ser interpretado de maneira extensiva, o que possibilitaria a sua aplicação a um número maior de

relações de mercado. Segundo essa teoria, destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza: a fábrica que compra um veículo para transporte de seus funcionários, o advogado que adquire um computador para o seu escritório.

O consumidor também poderá sentir-se lesado se o Juiz indeferir a inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença. Na suposta lide de consumo, citada no tópico anterior, em que o consumidor alega um defeito de fabricação no motor de um veículo, se o consumidor já soubesse de antemão que o Juiz não iria inverter o ônus da prova, aquele iria se desdobrar para provar o nexo causal entre a conduta do fornecedor (fabricação/venda de veículo com falha de projeto no motor) e o dano alegado (conserto do motor/desvalorização do veículo).

No entanto, se o consumidor está na justa expectativa de que o Juiz irá inverter o ônus da prova, muito provavelmente o primeiro não irá se desdobrar para provar o aludido nexo causal, o que acabará por lhe acarretar uma sentença desfavorável. Nesse sentido, veja-se decisão do TJMG que confirmou caso de indeferimento da inversão do ônus da prova manifestado no momento da prolação da sentença:

PROVA – CONSUMO DE ÁGUA
ALTERADO POR VAZAMENTO – ÔNUS DO
CONSUMIDOR PELA FACILIDADE DA
PRODUÇÃO DAS PROVAS – INAPLICABILIDADE
DO PRINCÍPIO DA INVERSÃO. Ao consumidor
cabia provar a ausência de vazamento de água em sua
residência, que teria resultado na alteração do consumo,
pois à Copasa era difícil fazer tal prova. Aplica-se o
princípio da inversão do ônus da prova somente nos
casos de difícil demonstração dos direitos do
consumidor. (TJMG – Apelação Cível nº 142.544/6 – 5ª
Câmara Cível – Comarca de Belo Horizonte – Rel. Des.
Campos Oliveira – j. 02.09.1999).

Sem embargo da autoridade desse julgado, se o consumidor soubesse desde o início da fase probatória – que não haveria inversão do ônus da prova, o mesmo iria diligenciar no sentido de provar o fato constitutivo de seu direito (pedir a realização de uma prova pericial que demonstrasse a efetiva quantidade de água fornecida pela Copasa). Neste caso em questão, como o Juiz negou a inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença, houve uma subversão da finalidade da regra do art. 6º, VIII, do CDC, que é a facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Assim, ao invés de facilitada, a defesa do consumidor foi dificultada, uma vez que, na legítima expectativa de que haveria inversão do ônus da prova, acabou por negligenciar a prova do fato constitutivo de seu direito.

6 CONCLUSÃO

As normas têm validade deontológica em sentido absoluto, ou seja, exprimem uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Nesse sentido, “[...] obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 316). Logo, seguem um código binário de validade (são válidas ou inválidas).

Os valores – ao contrário das normas – exprimem “[...] preferências compartilhadas intersubjetivamente [...]” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 316), ou seja, aquilo que, visto no todo, é bom para nós ou para mim. Referidas preferências são realizadas por meio de um agir teleológico e gradual, conforme o nosso assentimento seja maior ou menor.

Logo, a defesa do consumidor, a qual reflete um fim coletivo, não pode destruir a forma jurídica (princípios da igualdade e do devido processo legal) que é a função própria do direito. Ao admitir-se que a inversão do ônus da prova pode ser deferida no momento da prolação da sentença, e que o fornecedor pode ser compelido a custear prova pericial requerida pelo consumidor, estar-se-á aceitando a diluição do direito na política, o que faz desaparecer “[...] a tensão entre facticidade e validade, delineada no direito moderno.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 192).

O argumento de que a inversão do ônus da prova deve ser deferida no momento da prolação da sentença, sob a fundamentação de que é neste momento processual que o Juiz irá apreciar se o consumidor conseguiu provar ou não o seu direito, reflete uma decisão política. Essa fundamentação está dissociada da normatividade do art. 6º, VIII, do CDC, segundo a qual a aplicação da inversão do ônus da prova é condicionada à verificação, pelo Juiz, de dois requisitos legais: a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor.

O objetivo comum de defender o consumidor não configura uma justificativa suficiente para negar os direitos fundamentais do fornecedor à igualdade e ao devido processo legal. A observância dos direitos fundamentais (compreendidos como orientação e como diretriz moral para o agir político dos países democráticos) “[...] é essencial para a sobrevivência da sociedade moderna, cada vez mais complexa e descentrada.” (HABERMAS, 2003, p. 10).

Ressalte-se, que a “[...] decisão política provoca injustiça, por mais equitativos que sejam os procedimentos que a produziram, quando nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias sobre a justiça lhes dão o direito de ter.” (DWORKIN, 1999, p. 218).

Logo, o art. 6º, VIII, do CDC não pode ser interpretado – sob pena de se esvaziar a sua normatividade – no sentido de que a inversão do ônus da prova deva ser operada no momento da prolação da sentença. Pelo contrário, a regra estruturante da fase probatória deve ser interpretada tendo em vista o

ordenamento jurídico considerado como sistema.

A interpretação de que o fornecedor não é obrigado a custear prova pericial requerida pelo consumidor, e que a inversão do ônus da prova deve ser operada antes do início da fase probatória é compatível com o princípio da defesa do consumidor, com os direitos fundamentais do fornecedor e com a necessidade de se harmonizar as relações de consumo.

Conforme a Teoria Discursiva do Direito, a legitimidade do direito só é alcançada se todos os envolvidos por suas normas puderem reconhecer-se simultaneamente como seus autores. O direito do fornecedor e do consumidor ao devido processo legal precisa ser garantido, sob pena de se negar aos mesmos a possibilidade de se reconhecerem como autores e participantes dos discursos jurídicos. Esse posicionamento está em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, segundo o qual a relação entre consumidor e fornecedor deve se pautar pelo respeito mútuo e cooperação. Sob esse enfoque, consumidor e fornecedor devem conjugar esforços para alcançar a realização das expectativas legítimas de ambas as partes.

O entendimento de que o Juiz pode se manifestar sobre a inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença pode resultar em prejuízo para o próprio consumidor. Na eventualidade de o Juiz negar a inversão do ônus da prova, o consumidor seria surpreendido. Nesse caso, haveria uma subversão de todo o sistema, em que o consumidor – na justa expectativa de que o juiz iria inverter o ônus da prova – muito provavelmente tivesse negligenciado a prova do fato constitutivo de seu direito.

Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOURGOIGNIE, Thierry. A política de proteção do consumidor: desafios à frente. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 30-38, jan./mar. 2002.

BRITO, Fernanda Alves de. Ação contra a fazenda pública e efetividade processual: aspectos de isonomia. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000. v. 1.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica consitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O Direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 97-108, jul./set. 2000.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 81-95, jan./mar. 2002.

FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FONSECA, Rodrigo Rigamonte. Isonomia e contraditório na teoria do processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Porto Alegre: Síntese, 2000. v. 1.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAULIA, Cristina Tereza. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 76-92, out./dez. 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio, *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

_____. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, São Paulo: Loyola, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000, v. 1.

_____. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

_____. *Teoria processual da decisão jurídica*, São Paulo: Landy, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Curso de direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MARINHO, Guilherme. Tutela jurisdicional e tutela legal: aspectos antecipatórios. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000, v. 1.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: v. 9, n. 35, p. 61-96, jul./set. 2000.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

MOREIRA, Luiz. Direito e normatividade. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 145-157.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

RAWLS, John. *O Direito dos povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Praetorium, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 722-784.

ZAPATER, Tiago Cardoso. A interpretação constitucional do Código de Defesa do Consumidor e a pessoa jurídica como consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 170-198, out./dez. 2001.