

Relações jurídicas de massa e distribuição do ônus da prova

Francisco Ricardo Sales Costa^{*}
Gabriela Nodari Fróes de Castro^{**}

Sumário: 1 Introdução. 2 A vulnerabilidade do consumidor. 3 Contratos paritários e o advento do Código de Defesa do Consumidor. 4 Ônus da prova no processo civil. 5 A distribuição do ônus probatório à luz da Lei 9.099/1995. 6 Breves considerações sobre o ativismo judicial. 7 Conclusão.

1 Introdução

Os conflitos nas relações de consumo há muito estão presentes na história da sociedade, principalmente durante e após a época das Revoluções Industriais. No entanto, com a evolução dos meios de comunicação, da internet e da circulação da informação, esses conflitos têm tomado dimensões cada vez maiores, tanto que, como poderá ser observado ao longo do texto, o número de reclamações de consumidores acerca de produtos e serviços prestados pelas empresas tem aumentado consideravelmente ao longo dos anos.

Nesse sentido, é preciso enxergar esse tipo de conflito sob novo prisma, levando em consideração sobretudo a forma como ocorre na prática a relação entre fornecedor e consumidor, a fim de garantir a consecução do direito material e a harmonização da relação entre as partes. Para tanto, nos Juizados Especiais, pela aplicação da Lei 9.099/95 e com vistas a efetivar o acesso à Justiça dos cidadãos, abriu-se a possibilidade da adoção de uma postura mais ativa do juiz em relação às partes no processo, principalmente quanto à apreciação da prova.

Com isso, o presente artigo realiza uma análise dos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em pesquisa conjunta com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), relacionando-os com a questão da vulnerabilidade do consumidor e a premente necessidade de dispensar um tratamento cuidadoso durante o processo, visando à obtenção de uma decisão justa. O debate sobre esse tema deve ser desenvolvido, tendo em vista dados práticos que apontam a fragilidade do usuário em relação ao fornecedor, pautada pela atual visão sobre o contrato, a teoria de distribuição da prova e o ativismo judicial, que também comporão a discussão do tema. Para tanto, utiliza-se principalmente dos estudos de Cláudia Lima Marques e Alexandre Freitas Camara para concretização do ponto central do debate, com uma investigação jurídico-compreensiva e raciocínio dialético para a decomposição da questão em seus diversos aspectos (GUSTIN; DIAS, 2010).

2 A vulnerabilidade do consumidor

A Constituição Federal de 1988 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a proteção expressa ao consumidor, que passou a ser reconhecido como sujeito de direitos, ao determinar, nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, a promoção de sua defesa (BRASIL, 1988). O dispositivo constitucional refletiu uma necessidade social decorrente principalmente da vulnerabilidade do consumidor, que se tornou mais perceptível na medida em que houve a evolução do mercado e da economia, potencializada por meio da globalização. A mundialização e a despersonalização da produção, conjugadas à evolução do mundo digital, ao mesmo tempo em que modificaram os hábitos de consumo e facilitaram o trânsito de informações e a rapidez nas transações comerciais, agravaram os conflitos no próprio âmbito do consumo, o que aumentou a vulnerabilidade do consumidor, trazendo desafios para a dogmática jurídica, tanto que se preocupou com uma tutela especial a esse sujeito (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2010, p. 45-46).

Cláudia Lima Marques classifica a vulnerabilidade do consumidor em quatro categorias: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. A primeira pode ser entendida como o desconhecimento específico sobre o objeto ou o serviço que se adquiriu, podendo ser iludido quanto às suas características ou quanto à sua utilidade. Já a vulnerabilidade jurídica se refere à falta de conhecimentos jurídicos específicos, que se estendem para a contabilidade e a economia. A vulnerabilidade fática ou socioeconômica, por sua vez, se

^{*} Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Professor Universitário e da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes.

^{**} Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

relaciona com a outra parte no negócio jurídico, que, por ser fornecedor e ter uma posição de monopólio e grande poder econômico, impõe sua superioridade aos que com ele contratam. E, por fim, a vulnerabilidade informacional, que é básica do consumidor, se caracteriza pela deficiência na informação técnica sobre o produto, podendo mesmo ser incluída na vulnerabilidade técnica. No entanto, é preciso ressaltar sua importância, uma vez que, apesar de o consumidor se encontrar em um mundo cada vez mais veloz e global na transmissão de informações, contraditoriamente, se encontra desamparado perante os fornecedores, que, como *experts*, são os verdadeiros detentores da informação (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2010, p. 87-96).

Não é por acaso que as questões levantadas devem ser objeto de preocupação para os operadores do direito. O que foi demonstrado dessa teoria possui ampla repercussão social, antes mesmo de o problema ser levado ao Judiciário. Pesquisas do Procon (Órgão de Proteção e Defesa do Consumidor) publicadas no *site* do Senado Federal em 2011 mostram que as empresas de telefonia são as campeãs em mau atendimento ao consumidor, contando com mais de 50% das reclamações no órgão, entre serviços de telefonia fixa e móvel, seguidas por serviços de cartão de crédito, com 19,4% (SENADO, 2011). Em 2013, relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em pesquisa conjunta com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) mostrou que mais da metade dos conflitos que chegam ao Judiciário através dos Juizados Especiais é proveniente de relações de consumo nos Estados do Amapá, Ceará e Rio de Janeiro, que se dividem principalmente entre varejo, sistema financeiro e telecomunicações (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013, p. 20).

Esses dados demonstram os problemas que os consumidores encontram muito antes de baterem às portas do Judiciário, quando sua vulnerabilidade começa a se delinear mais claramente. Essas relações, que são travadas cada vez mais em um ambiente mais virtual que patenteia a vulnerabilidade dos usuários dos serviços, resultam na formação de um vínculo desmaterializado entre consumidor e fornecedor, quase sempre sem a presença de um contrato físico que estabeleça os deveres e direitos das partes de forma clara e compreensível. A falta de informações necessárias ao estabelecimento e à condução da relação negocial para o consumidor é fator condicionante que contribui para o quadro fático apresentado, gerando as inúmeras reclamações nos serviços de atendimento, cuja baixa eficiência determina a procura massiva pelos Procons e Juizados Especiais. Ao percorrer esse longo caminho, além de passar por aborrecimentos vários inerentes a esse tipo de situação, os consumidores permanecem sem o acesso às informações e aos documentos necessários para condução satisfatória desses conflitos, por isso ficam à mercê do monopólio dos fornecedores e prestadores de serviço sobre as ferramentas de equacionamento das demandas.

É nesse contexto que chegam os consumidores aos Juizados Especiais, sem informação, munidos de poucas provas documentais, além de estarem em sua maioria sem a representação de um advogado. Ressalte-se que o relatório realizado pelo CNJ apontou que, nos Estados do Amapá e do Ceará, 60,16% e 44,04%, respectivamente, estão desassistidos por representantes legais, enquanto no Rio de Janeiro são 19,21%, que, apesar de ser bem menor que nos demais, apresenta também uma parcela considerável dos cidadãos sem representante (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013, p. 10). Nesse sentido, o quadro apresentado requer dos demais operadores do direito - e do magistrado em especial - um olhar diferenciado e cuidadoso do conflito ao longo do processo, que passa por essa concepção da relação contratual, e do consumidor como principal ator perante o fornecedor/prestador de serviços.

3 Contratos paritários e o advento do Código de Defesa do Consumidor

A concepção tradicionalista de contrato fundamenta-se em um acordo de vontades entre dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, no qual há discussão livre acerca de seu conteúdo, denominados de contratos paritários (MARQUES, 2006, p. 64). Cabe salientar que, desde os romanos, o contrato é considerado um meio para ampliar o senso de eticidade no ser humano, que passa a obter seus desígnios não com violência, mas por meio de um instrumento que mantém a relação harmônica entre os indivíduos, a partir da observância de normas de comportamento. Tornou-se, a partir daí, um instrumento para a sobrevivência, tanto que, nos dizeres de Caio Mário, o mundo moderno pode ser considerado como o mundo do contrato, sem o qual haveria a

estagnação da vida social e a regressão de uma relação civilizada entre os homens (PEREIRA, 2011, p. 10-11).

O contrato, em seu aspecto econômico e civilizador, acompanhou o desenvolvimento da sociedade, com o crescimento mais acelerado da economia de massa e surgimento de um modelo de sociedade de consumo, em que houve uma crescente demanda por contratos de conteúdo mais homogêneo. Essa evolução deu origem a um novo tipo contratual: o contrato de adesão, que abarca grande número de relações entre consumidores e fornecedores. O surgimento dessa nova espécie de negócio jurídico ganhou espaço no cotidiano do cidadão, tendo em vista os benefícios referentes à economia, racionalização, praticidade e segurança trazidos às empresas de uma forma geral.

Nesse contexto, podemos utilizar o conceito de Claudia Lima Marques para definir o contrato de adesão, que configura como “aquele [contrato] cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte [fornecedor], *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro [consumidor] possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito” (2006, p. 71). Em se comparando com a concepção tradicional, verifica-se que esse novo tipo difere bastante dos contratos paritários, já que não há liberdade contratual de ambas as partes, mas sim do fornecedor, que predispõe unilateralmente as cláusulas do negócio, ao passo que cabe ao consumidor apenas aceitá-las ou não, mas não modificá-las de forma relevante, figurando como parte mais frágil dessa relação.

Já no século XX, o conceito tradicionalista das relações contratuais entrou em crise, uma vez que não compreendia a nova realidade marcada pelo advento da economia e sociedade de massa e evidenciada pelo surgimento do contrato de adesão. Contudo, os ideais básicos de manutenção da civilidade e da harmonia nas relações entre os indivíduos não se esmoreceram; pelo contrário, tomaram dimensões amplas com a inserção da função social como aspecto intrínseco ao contrato, reconhecendo-o como instrumento de grande influência na vida dos cidadãos (PEREIRA, 2011, p. 12-13). No Brasil, essa nova realidade apenas foi efetivamente abarcada e trabalhada a partir da Constituição de 1988, que instituiu, no art. 5º, XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, determinando a criação de um Código de Defesa do Consumidor, a fim de regular as relações protagonizadas por essa nova categoria de sujeitos de direitos, no âmbito das relações de massa. Com efeito, a proteção legalmente instituída agiu com vistas a diminuir as disparidades existentes entre os dois polos da relação negocial, com o fim último de efetivar o equilíbrio social (DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, 1990).

A criação da Lei nº 8.078/1990 teve como inspiração central a vulnerabilidade do consumidor, consagrando nessas relações a busca pela isonomia como princípio positivado pela Constituição Federal, já que trata desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem, conforme a teoria aristotélica. Importante salientar que a fragilidade do consumidor perante o fornecedor decorre de aspectos básicos de ordem material: um de ordem técnica, referente aos meios de produção, cujo conhecimento é monopolizado pelo fornecedor; e outro, de ordem econômica, pelo qual o fornecedor detém, em regra, maior capacidade econômica do que o consumidor (NUNES, 2005, p. 116). Além dos dispositivos de conteúdo material que tratam da proteção ao consumidor, tais como o art. 6º, que institui como seus direitos básicos a proteção da vida, saúde e segurança, a divulgação e educação sobre o consumo adequado de serviços, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, há ainda a facilitação da defesa de seus direitos. Inclusive, ressalta o inciso VIII desse artigo essa facilitação processual, com a inversão do ônus da prova, quando verossímeis as alegações ou quando constatada a hipossuficiência, segundo as regras da experiência.

4 Ônus da prova no processo civil

Antes de discorrer acerca da questão da distribuição do ônus probatório, relacionando-o com as relações jurídicas consumeristas, tema central deste artigo, importante destacar como ocorre a distribuição clássica do ônus da prova no processo civil e do seu ônus. Inicialmente, é importante lembrar os estudos introdutórios ao Direito Processual Civil a respeito da prova.

Segundo Moacyr Amaral Santos (2008, p. 341-342), o ato de provar é “convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa”. Ainda de acordo com seus ensinamentos, na prova judiciária, o objeto são os fatos alegados pelas partes, na ação ou na exceção. Já sua finalidade é formar a convicção sobre a existência desses fatos alegados destinada

diretamente ao juiz, que a utilizará para proferir seu julgamento. Por seu turno, o ônus do qual trata o art. 333 do Código de Processo Civil pode ser conceituado como um encargo atribuído à parte, mas nunca uma obrigação. Isso quer dizer que, no caso de a parte não exercer o ônus, estará em desvantagem em relação à outra parte e diante do juiz para verificação de seu direito. Nesse sentido, esse dispositivo processual assinala: “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” (BRASIL, 1973).

Dessa forma, verifica-se que a regra acima disposta se configura como uma regra de julgamento, ou seja, regra que orienta o juiz a respeito da forma como produzirá seu julgamento, contrariamente àquele que tinha o ônus de produzir a prova e dele não se desincumbiu, além de indicar às partes como se dará sua atividade probatória (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 76). Retrata o que a doutrina conceitua como distribuição estática do ônus da prova. Por ela, entende-se que compete a cada parte produzir prova das alegações dos fatos que apresentar. Nesse sentido, ao autor cabe fazer prova do fato constitutivo de seu direito. O fato constitutivo é o fato gerador do direito do autor em juízo. Conforme as lições de Didier (2009, p. 77): “Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular”. Por sua vez, ao réu compete a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Daí decorrem hipóteses acerca da situação do réu, que devem ser mencionadas: primeiro, pode o réu efetuar negação pura dos fatos alegados pelo autor, não lhe incumbindo nesse caso o ônus de provar, mas sim ao autor do fato constitutivo; segundo, em vez de simplesmente negar os fatos alegados pela outra parte, o réu pode afirmar fatos novos, capazes de retirar a eficácia do direito constitutivo do autor, extingui-los mesmo, como ocorre quando se alega o pagamento de uma dívida; terceiro, o réu também pode alegar fato impeditivo, que obsta que o fato constitutivo produza efeitos para que nasça o direito, como, por exemplo, a alegação de incapacidade ou de erro; por último, também pode ser alegada a existência de fato modificativo do direito, pelo qual se altera a existência de um direito que antes era certo, como no exemplo da novação.

Por essa distribuição estática, o ônus da prova já está implementado *a priori* pela lei, ou seja, independentemente da apreciação do caso concreto pelo juiz. Isto é, por meio desse dispositivo, apenas cabe ao juiz verificar qual parte tinha o ônus de produzir a prova, para então direcionar seu julgamento.

No entanto, a complexidade e as especificidades das relações sociais acabaram por se mostrar incompatíveis com a adoção da distribuição tradicional do ônus probatório preconizada pelo nosso Código de Processo Civil. Iniciou-se uma mudança no pensamento acerca tanto de todo o processo e principalmente da atuação do juiz, que passou de espectador para ter uma postura mais ativa diante das partes, quanto do cenário probatório. Seu papel foi encorpado dentro do processo civil ordinário, cabendo-lhe impulsionar o andamento da causa, determinar as provas a serem produzidas, dialogar com as partes, dentre outros. Os arts. 130 e 131 expressam essa mudança, já que possibilitaram ao magistrado assumir a iniciativa na colheita das provas necessárias para esclarecimentos dos fatos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 70-72).

Nesse ínterim, passou a ganhar força a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pela qual o encargo de produção da prova é distribuído de acordo com o caso concreto, e não de forma abstrata e apriorística, configurando uma distribuição dinâmica. Ademais, por essa teoria pouco importa a posição assumida pela parte, se autor ou réu, além de também não ser relevante a natureza do fato a ser provado; o que se mostra determinante aqui é a parte que tem mais possibilidades de fazer a prova, o que deve ser analisado pelo juiz como gestor das provas necessárias à formação do seu convencimento. Apesar de não positivada no CPC, a doutrina acolhe a aplicação dessa teoria com base na força dos princípios constitucionais ou legais da igualdade, da boa-fé, da solidariedade com o órgão judicial, da busca da verdade real, do devido processo legal, bem como do acesso à Justiça (DIDIER, 2009, p. 93-95.). Entretanto, importante observar que, embora o Código de Processo Civil tenha ampliado significativamente os poderes instrutórios do magistrado e seu diálogo com as partes, as ferramentas obtidas de seus dispositivos por si só não são suficientes ao julgador para lidar com a resolução do conflito quando se trata de matéria de consumo. Esse tipo de conflito, por todas as condições fáticas que nele se encerram, necessita de uma visão ampla e uma postura mais ativa do juiz, que deve trabalhar conjuntamente os mecanismos concedidos pela Lei 5.869/73 e pela Lei 9.099/95 para obtenção de um resultado mais justo e próximo à realidade do consumidor.

5 A distribuição do ônus probatório à luz da Lei 9.099/1995

Estreitando a análise dessas teorias para o âmbito dos Juizados Especiais, cenário principal desse estudo, é relevante mencionar primeiramente alguns dados sobre a instituição, visualizados na pesquisa realizada em parceria do CNJ com o IPEA, que resultaram no relatório *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis*, publicado em 2013. Os resultados obtidos são de uma amostra realizada em três Estados brasileiros utilizados como base para a pesquisa: Amapá, Ceará e Rio de Janeiro.

Inicialmente, ressalte-se que, sobre as pessoas que ingressam com ação nos juizados, se verificou que grande parte são pessoas físicas nos três Estados, na maioria das vezes sem representação legal, chegando à porcentagem de 97,11% no Rio de Janeiro. Nos três Estados, é possível observar que a maioria esmagadora dos conflitos nesses ambientes é relacionada à matéria de consumo: 78,57% no Amapá, 51,38% no Ceará, e 92,89% no Rio de Janeiro, sendo que a especificação do conflito consumerista divide-se principalmente em três espécies: varejo, sistema financeiro e telecomunicações (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013, p. 19-20).

Diante do cenário apresentado, no qual as relações consumeristas constituem ampla maioria, é possível chegar à convicção de que o cenário moderno e dinâmico de distribuição dos encargos probatórios se coaduna melhor com a sua realidade do que a antiga acepção tradicionalista e abarcada pelo nosso Código de Processo Civil. Primeiro, pelo próprio panorama de produção da prova que temos no Juizado, previsto na Lei 9.099/95, que se insere em um processo regido pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, conforme art. 2º da lei, bem diferente do que ocorre na Justiça tradicional. A aplicação desses princípios resulta na aproximação do Estado-Juiz com as partes, na desburocratização do processo na busca de sua máxima efetividade, tendo sempre como fim a eficácia na realização do direito material.

Esse cenário normativo não prescinde de profundas alterações quanto à produção e apreciação da prova. O art. 33 da Lei 9.099, por exemplo, em uma clara correspondência aos princípios da oralidade, celeridade e simplicidade, dispõe que todas as provas serão produzidas em audiência de instrução e julgamento. Ou seja, apesar de haver três momentos para apreciação da prova, quais sejam sua postulação, deferimento e efetivamente sua produção, como no sistema do CPC, nos Juizados esses três atos se concentram no momento da audiência de instrução (CAMARA, 2009, p. 111-112), em que cabe ao juiz indeferir aqueles meios de prova que considerar excessivos, impertinentes ou protelatórios. Além disso, mostra-se compatível a produção de prova pericial, desde que não seja de grande complexidade, fundada no art. 35 da Lei 9.099, pelo qual é possibilitado ao juiz inquirir técnicos de sua confiança, bem como a apresentação pelas partes de assistente técnico. Da mesma forma, figura como meio relevante a inspeção judicial, a ser feita pelo juiz ou por pessoa de sua confiança no curso da audiência, pouco utilizada, mas que, se bem aplicada, muito contribui para a construção de uma decisão mais adequada e próxima da realidade das partes e, portanto, pode garantir resultados mais favoráveis à efetivação do direito material.

O Juizado Especial, pelo próprio tipo de conflito e atores no processo que nele se apresentam, requer uma postura mais ativa do juiz durante todo o processo, incluindo a avaliação das provas produzidas pelas partes. Não se defende aqui a ampliação desmedida do ativismo judicial, mas sim a utilização das ferramentas disponibilizadas pelo legislador para a solução dos conflitos. Com efeito, no quadro demonstrado, em que os autores nos Juizados Especiais figuram em sua maioria como partes em relação de consumo, muitas vezes desassistidos por advogados, advoga-se uma postura mais ativa do juiz, essencial para a obtenção de um julgamento sensível à situação de hipossuficiência do consumidor. Ressalte-se que não se quer atribuir uma carga excessiva aos poderes do juiz, contudo é imprescindível para o adequado exercício da atividade jurisdicional a sua sensibilidade com as questões sociais (DINAMARCO, 2013, p. 348).

Incluído nesse arcabouço de meios processuais orientados pelos princípios do art. 2º da Lei 9.099, que possibilita ao magistrado uma atuação mais ativa no processo, objetivando a máxima eficácia da decisão que garantirá ou não o direito às partes, deve ser realizada uma leitura dinâmica da distribuição do ônus da prova. Com efeito, o exercício da função jurisdicional nos Juizados referente à matéria de Direito do Consumidor patenteia que essa interpretação se aplica melhor aos conflitos que nele têm curso. Como já assinalado neste artigo, a maioria dos processos tem no polo ativo pessoas físicas como autores, enquanto a maior parte dos réus são pessoas jurídicas - chegando a maioria quase absoluta de 94,47% no Estado do Rio de Janeiro (CONSELHO

NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013. p. 21-22), sendo que grande parte dos requerentes não se encontram assistidos por representantes no início da demanda. A natural falta de capacidade técnica dos autores nessas relações notadamente consumeristas requer do juiz uma postura mais ativa durante todo o processo e, principalmente, no momento de avaliação das provas, caminho indesviável para o julgamento.

A estratégia proposta não se confunde com a inversão do ônus da prova preconizada no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, aplicável apenas nos casos em que verificadas a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência probatória do consumidor. Na verdade, a hipossuficiência do consumidor deve ser analisada no conjunto, levando em consideração características econômicas, sociais e técnicas, o que frequentemente ocorre durante o processo. Em muitos casos, não há falar em inversão do ônus probatório em favor do consumidor, mas sim do ônus de comprovar um fato que sempre esteve sob o domínio das empresas, ou pelo monopólio dos meios de produção, ou mesmo pelo monopólio da informação. Esse trajeto, caminho desejável para a obtenção de uma decisão justa, considera a disparidade entre consumidor e fornecedor, estabelecida mesmo antes do processo, durante os telefonemas ao SAC (Serviço de Atendimento ao Cliente) das empresas e também nas visitas aos Procons, pela falta de informação e de documentos hábeis a demonstrar os fatos. Sua adoção extingue ou ao menos minimiza essa desigualdade manifesta, quando há o reconhecimento de que a responsabilidade originária do ônus da prova pertence ao fornecedor, que detém a prova do fato, ou que deveria possuí-la por disposição legal, como ocorre nos contratos verbais celebrados por telefone.

A adoção à teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova deixa sem sentido uma discussão doutrinária e jurisprudencial antiga acerca do momento processual para que o juiz inverta o ônus da prova. Sobre esse assunto, houve grande discordância na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), havendo entendimento de que seria possível a declaração pelo juiz de inversão do ônus da prova em favor do consumidor apenas até a audiência de instrução, enquanto outra parte entendeu que seria possível inverter o ônus da prova na sentença. Interessante comentar de maneira especial que um dos argumentos favoráveis à possibilidade de inverter o ônus da prova na audiência foi de ser a inversão uma regra de julgamento, podendo o juiz dela se valer se, ainda que diante do conjunto, houvesse dúvida sobre a demanda, não havendo falar em surpresa do fornecedor, já que tinha ciência de que possui o material técnico para produzir a prova (BRASIL, 2007). Essa compreensão é razoável, não como inversão, pela qual o ônus que seria do autor foi transferido ao réu, mas sim porque, devido à própria conjuntura concreta, a prestadora de serviços/fornecedora sempre teve as condições de produzir a prova, donde a sua responsabilidade em produzi-la. A chancela altera naturalmente o eixo probatório, afastando a discussão acerca do momento processual de inversão, já que se trata de um ônus que sempre coube à empresa.

Nesse sentido, o que se defende é a utilização de uma teoria de distribuição do ônus probatório mais compatível com as relações jurídicas de massa, ante a manifesta hipossuficiência do consumidor, parte mais vulnerável da cadeia de consumo. Ademais, essa leitura mais dinâmica se harmoniza melhor com os princípios informadores dos Juizados Especiais, palco principal das lides consumeristas. Por óbvio, não se pretende desconsiderar a acepção clássica trazida pelo Código de Processo Civil ou a inversão preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor, que devem ser utilizadas nas hipóteses cabíveis. Não obstante, a prática forense revela que essa interpretação mais moderna tem o condão de garantir maior efetividade às decisões judiciais, além de assegurar a realização eficaz do direito do consumidor.

6 Breves considerações sobre o ativismo judicial

Há de se ponderar que a aplicação dessa teoria de distribuição do ônus da prova nas relações de consumo, no âmbito do Juizado Especial, naturalmente requer do magistrado uma postura mais ativa no processo. Na verdade, a adoção desse tipo de conduta pelo juiz começou a tomar uma conotação mais ampla já no atual Código de Processo Civil, com o princípio da livre apreciação da prova. Com a Lei 9.099/95, a questão ganhou mais destaque em nome da simplicidade, celeridade, informalidade e demais princípios mencionados no art. 2º da lei.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2009), o ativismo judicial está relacionado a uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais [...]”. De fato, ao se pensar novamente sobre a maior parte do público que

procura os Juizados Especiais, composta por consumidores que também, em sua maioria, estão desacompanhados de representantes legais, visualiza-se ainda melhor a necessidade da postura mais ativa do juiz durante o processo, a fim de equilibrar e harmonizar as diferenças técnicas e de experiência entre as duas partes na relação jurídica, com o objetivo de dar aplicação efetiva à legislação consumerista. Com efeito, Cappelletti e Garth reconhecem a relevância da atitude ativa do juiz para a equalização das partes, bem como a priorização da justiça como tema central dos debates em detrimento das formalidades técnicas. Segundo os autores:

Os êxitos dessas novas soluções, as quais, como já assinalamos, podem ser usadas em conjunto com reformas que objetivem a proteção dos direitos dos consumidores enquanto classe, podem ter o resultado de alertar as pessoas a respeito de seus direitos e de convencer seus oponentes de que esses direitos não poderão mais ser ignorados (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 113).

Cabe salientar que a adoção dessa postura não reclama, por outro lado, o desprezo pelas normas legais e a imposição de verdades sem fundamento pelo magistrado. Pelo contrário, o respeito à norma técnica é necessário à contenção dos poderes do juiz e mesmo à garantia de uma decisão mais justa. É princípio republicano que a decisão a ser tomada pelo julgador deve ser fundamentada, norma básica que rege o ordenamento jurídico, e ainda contar com a participação das partes para a sua construção, já que são os seus principais destinatários. Nesse sentido, com a participação coexistencial e inclusiva de todos os atores do processo, o escopo da justiça material tem a possibilidade de ganhar contornos mais concretos e aptos a tornarem-se realidade (BODNAR; STAFFEN, 2012).

7 Conclusão

Os dados apresentados pelo jornal do Senado Federal em 2011 e mais recentemente as informações fornecidas pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram um quadro de profunda insatisfação do usuário com o serviço de atendimento ao consumidor pelas empresas. As inúmeras reclamações acerca dos produtos e serviços prestados pelas empresas que rotineiramente chegam aos Procons e Juizados Especiais confirmam a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, restando-lhes procurar o Judiciário a fim de resolver os seus conflitos.

Por outro lado, o Direito é estrutura dinâmica tanto material quanto processual, com objetivo de proporcionar uma compreensão contemporânea acerca das relações contratuais e de dispensar uma visão mais dinâmica no processo, principalmente no quesito de produção de prova e atuação do juiz. A Lei 9.099/95 é mais ousada que o Código de Processo Civil no sentido de convidar o magistrado a buscar a solução mais justa por meio de uma postura mais ativa. Busca-se um novo olhar sobre a distribuição do ônus da prova, considerando a responsabilidade originária das fornecedoras que sempre detiveram o monopólio para a produção de determinadas provas em detrimento do consumidor. Ressalte-se que a atuação do magistrado não deve ser desmedida e autoritária, mas sim pautada pelos princípios informadores da Lei 9.099/95 e Lei 5.869/1973, que são amparados pela Constituição de 1988, além de contar com a cooperação das partes do processo. Frise-se, por oportuno, que a proposta de mudança em nada se relaciona com a defesa absoluta ou desmedida do usuário do serviço, e sim com a construção de uma decisão mais justa e que garanta a aplicação mais efetiva do direito do consumidor.

A tese perfilhada reclama postura mais ativa do juiz com um novo olhar direcionado à distribuição do ônus probatório, conduta imprescindível a fim de garantir a harmonização da relação jurídica entre consumidor e fornecedor com justiça.

Medidas como a apresentada têm o condão de minimizar e porventura equilibrar as diferenças de informação, técnica e experiência tão discrepantes entre as partes. Poderiam, assim, abrir espaço para a modificação do desfecho dos processos, como ocorre no Estado do Amapá, que chega a ter o número elevado de 40,66% de sentenças sem julgamento do mérito, enquanto, no Ceará, constata-se número muito baixo de decisões com procedência integral ou parcial (11,62% e 5,20%, respectivamente). Com efeito, um olhar mais dinâmico sobre a distribuição do ônus da prova traria um quadro diverso, pautado na busca da aplicação mais efetiva do Direito do Consumidor e mais condizente com as demandas dos Juizados Especiais.

8 Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas, Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, n. 4, jan/fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 04 ago. 2014.

BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Marcio Ricardo. Juizados Especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat. *Sequência*, Florianópolis, n. 64, jul. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552012000100006&script=sci_arttext> Acesso em: 04 ago. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm> Acesso em: 19 mar. de 2014.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 18 mar. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 422778-SP (2002/0032388-0 de 27/08/2007). Brasília, 19 de junho de 2007. *Informativo* nº 0324. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200200323880>. Acesso em: 15 abr. 2014.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis*: relatório de pesquisa. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/chamadas-publicas/chamada-publica>> Acesso em: 20 jul. 2014.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Exposição de Motivos da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Portaria nº 7, de 3 de jan. 1989, Brasília, mai. 1989. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={7E3E5AAE-317F-402F-B073CC4EF39D16DF}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{736B1897-0017-4E61-8C00-EF8DA589D98C}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={7E3E5AAE-317F-402F-B073CC4EF39D16DF}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{736B1897-0017-4E61-8C00-EF8DA589D98C}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>)>. Acesso em: 19 mar. de 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. III.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

TELES estão entre as campeãs de reclamações no Procon. *Em discussão!* Revista de Audiência Pública do Senado Federal, a. 2, n. 6, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/banda-larga/mercado-telecomunicacoes/reclamacoes-no-procon.aspx>> Acesso em: 22 jul. 2014.