

# O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DAS MEDIDAS SUBSTITUTIVAS DA PRISÃO CAUTELAR

José Laurindo de SOUZA NETTO<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Princípio da proporcionalidade. 3. A legalidade na adoção das medidas substitutivas da prisão cautelares. 4. As medidas cautelares substitutivas da prisão. 5. Inexistência de prisão cautelar no sistema do Juizado Especial Criminal.

**Resumo:** O presente trabalho mostra a importância da adoção das medidas alternativas à prisão cautelar, à luz do princípio da proporcionalidade. Para tanto, foi fornecida uma visão geral do tema. Depois, passamos a analisar a impossibilidade da prisão preventiva no sistema dos Juizados Especiais Criminais. Foi analisada a realidade brasileira, e o que vem ocorrendo em outros países. Com a apresentação de um ponto de vista, almeja-se que o estudo colabore para a maior efetividade das normas constitucionais.

**Abstract:** The present work demonstrates the importance of the adoption of alternative measures for a cautionary imprisonment in the light of the principle of proportionality, for which an overview on the subject was provided. Next, it was analyzed the impossibility of the preventive imprisonment in the system of the Criminal Small Claims Courts\*. The Brazilian and what has occurred in other countries were considered. By presenting a point of view, this study is intended to collaborate for a higher effectiveness of the constitutional regulations.

**Palavras-chave:** Medidas substitutivas da prisão cautelar

**Key-words:** Alternative measures for arrest.

## 1. Introdução

As recentes legislações na seara do ordenamento criminal têm gerado uma incoerência lógica no ordenamento jurídico, pautada pela utilização simultânea do liberalismo das normas de direito substantivo e antagonicamente pela autoridade, no que diz respeito aos institutos processuais.

O direito penal hodierno tem se caracterizado pela difusão de

---

<sup>1</sup> Professor do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, campus da UNESPAR. Juiz do Juizado Especial Criminal, em Curitiba.

sistemas alternativos à punição pela prisão, estabelecendo como política criminal a intervenção mínima.

Já na legislação processual penal, a tônica tem sido o endurecimento institucional, como resposta à argumentação de que as leis do processo e os meios disponíveis para a averiguação dos crimes são inoperantes.

Tal contradição conduz a situação de que, no campo penal, substitui-se a prisão como pena, mantendo-a como medida cautelar.

As causas injustificáveis de excesso na duração dos processos desencadeiam a degradação das condições de vida dos detentos, lesionando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, a substituição da prisão cautelar por medidas menos gravosas, que satisfaçam suficientemente, e com menor dano, as exigências cautelares, é uma tendência que se apresenta cada vez mais forte no direito comparado, facilitando, desse modo, a reabilitação social do acusado.

Todos os códigos processuais modernos criaram um sistema de medidas substitutivas, restringindo a prisão provisória aos casos de extrema necessidade.

No nosso sistema jurídico, ao contrário, faltam medidas intermediárias entre a liberdade e a prisão.

## 2. Princípio da proporcionalidade

Sobre o sistema das prisões provisórias, na Alemanha e no Brasil, Sidnei Agostinho Benetti lembra

“o chamado princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip), pelo qual a prisão preventiva não pode ser imposta caso não exista adequação da grave restrição

de liberdade à infração imposta e à pena prevista. Desse princípio resulta a inadmissibilidade da prisão preventiva relativamente a pequenas infrações, para as quais não seja prevista pena privativa de liberdade.” (BENETTI, 1991, p. 272)

A proporcionalidade<sup>2</sup> é autônoma, legitimando-se nos valores de justiça. Além de estabelecer um critério valorativo constitucional das restrições dos direitos, propicia um direcionamento na atividade hermenêutica, tornando-se um importante instrumento de combate às arbitrariedades. Surgiu no Direito Administrativo<sup>3</sup>, para as atividades policiais, e alastrou-se, posteriormente, a todo o Direito Público, inclusive ao Direito Penal.

Na história, como exigência de pena, a ele se referiu Montesquieu, em suas *Cartas persas*; Beccaria também abordou a razoabilidade no sistema punitivo em sua obra *Dos delitos e das penas*.

O princípio da proporcionalidade é, pois, uma construção do pensamento jurídico, inerente ao Estado de Direito, que exige do Estado o exercício moderado de seu poder.

Torna-se um princípio constitucional, com expressão da pretensão geral de liberdade frente ao Estado, pois atua como meio de proteção do *status libertatis*, estabelecendo limites à intervenção estatal, somente justificada quando não ultrapassa o estritamente necessário à consecução do fim pretendido. Tem categoria Constitucional, sem que com isso perca sua natureza processual, podendo ser considerado um princípio processual do Estado de Direito.

---

<sup>2</sup> Sobre o tema da razoabilidade, ver os seguintes importantes trabalhos monográficos BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. (1996), e STUMM, Denise. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. (1985)

<sup>3</sup> Funcionava como medida de legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos Entes Públicos na vida privada. Ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos do Direito Administrativo*. (1998)

A primordial função do princípio da proporcionalidade vincula-se ao Direito Constitucional na esfera dos direitos fundamentais, onde serve basicamente à proteção da liberdade e dos princípios e garantias fundamentais.

Visando a dar eficácia a direitos fundamentais, apresenta-se a proporcionalidade num contexto normativo como garantia especial de limite ao Poder Público, exigindo deste atuação adequada e justa.

A cláusula da razoabilidade protege o cidadão contra os excessos, muitas vezes, praticados pelo Estado, e serve como meio de defesa dos direitos e das liberdades constitucionais. Protege o indivíduo contra as intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que oneram o cidadão, mais do que o indispensável para os interesses públicos

Desse modo, causa lesão à proporcionalidade a exigência de um meio, quando é claro, desde o princípio, que se pode recorrer a outro, igualmente eficaz, porém menos lesivo ou quando se comprova, posteriormente, que o mesmo objetivo poderia ter sido alcançado com um meio menos restritivo.

Não cabendo aqui uma recensão sistemática e esgotante da pletora de construções doutrinárias, que se propõe a enunciar os pressupostos e requisitos da proporcionalidade, apresentam-se as mais credenciadas.

O princípio da proporcionalidade, conforme anota CANOTILHO, significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação feita por lei ou com base na lei deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada à prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da

necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não sejam necessárias para se obter os fins de proteção visados pela *Constituição* ou a lei. Uma medida será, então, exigível ou necessária, quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos “coativo”, relativamente aos direitos restringidos. O princípio da proporcionalidade, em sentido restrito (princípio da “justa medida”), significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote “cargas coactivas” de direitos, liberdades e garantias “desmedidas”, “desajustadas”, “excessivas” ou “desproporcionadas” em relação aos resultados obtidos. (Cf. CANOTILHO, 1995).

Nicolas GONZALES, do mesmo modo, aceitando a construção elaborada pela jurisprudência e pela doutrina alemã, apresenta dois pressupostos do princípio da proporcionalidade: um formal, constituído pelo princípio da legalidade, e outro material, o princípio da justificação teleológica. O primeiro exige que toda medida limitativa seja prevista pela Lei; e o segundo, um fim legítimo justificativo da ingerência. Apresenta, ainda, dois requisitos: um extrínseco, constituído pelos requisitos da judicialidade e motivação, e outro intrínseco, constituído pelos princípios da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade no sentido estrito.

Pela judicialidade, certos direitos constitucionais só podem ser restritos com autorização de um órgão judicial, por decisão motivada. Exige-se que a intervenção judicial, na limitação de certos direitos ocorra prévia ou imediatamente após a ingerência.

Nossa *Constituição* indica expressamente que certos direitos só podem ser limitados pela autoridade judiciária. Assim, o artigo 5, inciso XII, que, por ordem judicial, excepciona a inviolabilidade das comunicações telefônicas, nas hipóteses e na forma que a Lei

estabelecer, o inciso XI, que excepciona a inviolabilidade do domicílio, o inciso LXI que excepciona a liberdade, o inciso LXII, que exige a comunicação imediata da prisão ao juiz competente. São as questões denominadas, por CANOTILHO (1996), reserva constitucional de jurisdição.

O dever de motivação tem como fundamento não só facilitar o controle do poder público, mas, sobretudo, configurar-se com o pressuposto do exercício da defesa.

Como requisitos intrínsecos, toda medida deve ser idônea, para a consecução da finalidade perseguida (princípio da idoneidade), proibindo-se qualquer excesso e, portanto, exigindo-se a substituição da medida mais gravosa por outra menos lesiva, que assegure igualmente o mesmo fim (princípio da necessidade ou da intervenção mínima). Além disso, o princípio da proporcionalidade se aplica com a finalidade de determinar, mediante a utilização das técnicas de contrapeso de bens ou valores, segundo as circunstâncias do caso concreto, se o sacrifício dos interesses individuais guarda uma relação razoável com a importância do interesse estatal que se pretende salvaguardar (princípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Ao contrário da *Constituição* portuguesa, que no seu artigo 18, 2 prevê que a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na *Constituição*, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, em nossa *Constituição* não há norma explícita. Entretanto, não existem dúvidas acerca da possibilidade de extrair a garantia do preâmbulo, onde constam os valores do sistema constitucional brasileiro.

A idéia da realização da justiça, como valor supremo a ser perseguido, implica a realização do razoável e do proporcional. Ao

integrar o conjunto de valores consagrados no preâmbulo constitucional, vem a justiça ser princípio que se “projeta sobre os preceitos e sobre os restantes setores do ordenamento”, como afirma Jorge MIRANDA (1983)

No preâmbulo constitucional, encontra-se, ainda, o princípio da liberdade, o qual constitui direito inviolável, que apenas pode ser restrito por ofensa efetiva a um bem jurídico e de forma proporcional ao relevo social do valor atingido. Não se pode esquecer, também, que o artigo 3º da *Constituição Federal* estabelece, como um dos objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade justa, o que exige leis adequadas, justas, restritivas de direitos apenas quando necessário, razoáveis.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se vinculado ao princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade emana, também, da proibição de penas cruéis da determinação da individualização da pena. Ademais, na *Carta Magna*, o princípio da proporcionalidade vem consagrado de forma implícita no artigo 5º, parágrafo 2º, o qual se refere à parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da *Constituição*, bem como da essência do Estado Democrático de Direito e dos princípios por ele consagrados. Assim, a declaração de que o Brasil constitui-se um Estado Democrático de Direito (artigo 1º da *CF*), tendo, como fundamento, a dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º da *CF*), e, como objetivo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, configura-se como valores e princípios fundamentais, que são pilares básicos para a vigência do princípio da proporcionalidade.

Ensina o autor espanhol, Nicolas GONZÁLES, que o princípio da proporcionalidade, aplicado ao Processo Penal, foi mencionado pela primeira vez na Alemanha, em 1875, por ocasião do julgamento de

jornalistas que haviam se recusado a servir de testemunhas, para os quais se postulava a aplicação de penas proporcionais aos crimes. Tal construção doutrinária e jurisprudencial alemã transportava, para o Direito Processual Penal, a noção de que já se havia estabelecido fortemente no Direito Penal e, pioneiramente, no Direito Administrativo, de controle judicial da proporcionalidade.

Em sede de processo penal, que supõe confrontação indivíduo-estado, o princípio assume relevo especial. A exigência da proporcionalidade nessa ordem, como garantia jurídica fundamental, reforça a íntima conexão entre Direito Constitucional e Direito Processual Penal.

A importância da aplicação prática no devido processo legal está em discutir, à luz da proporcionalidade ou da razoabilidade, a conveniência das custódias corporais cautelares, como as prisões temporárias, preventivas, provisórias, decorrentes de flagrante e das sentenças condenatórias, além das provas ilícitas. A manutenção dessas formas de prisão só se admite no limite exato do princípio do devido processo legal (princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade). Tudo que exceder tal medida se afigura inconstitucional e deve ser rejeitado pelos tribunais.

### **3. A legalidade na adoção das medidas substitutivas da prisão cautelar**

Em virtude da intenção do legislador penal de buscar cada vez mais alternativas à pena de prisão de curta duração, a necessidade de evitar a prisão provisória ganha relevo.

A legislação processual penal brasileira, porém, não prevê a possibilidade de substituição da prisão cautelar, por outras medidas menos lesivas, além da liberdade provisória.

Apesar da falta de previsão legal, é possível defender a possibilidade dos juízes aplicarem medidas alternativas à prisão cautelar, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade e da interpretação das normas no sentido mais favorável à efetividade dos direitos fundamentais.

Para isso, impõe-se, além da previsão em lei da medida mais gravosa (prisão cautelar), a idoneidade e menor lesividade da medida substitutiva (da prisão). Desde que a medida menos gravosa seja suficientemente eficaz para alcançar a finalidade perseguida pela prisão, torna-se desproporcional a adoção desta última.

O princípio da legalidade tem sido argumentação para não se admitir a possibilidade da adoção de medidas alternativas à prisão. Nesse sentido, Fernandes Antonio SCARANCE afirma que somente serão legítimas se “taxativamente previstas em lei, não se admitindo, por isso, interpretação extensiva.” (Cf. 1991. p ).

Em verdade, não se trata de inexistência de previsão legal, pois para a utilização dessas medidas cautelares substitutivas da prisão, por parte dos juízes (jurisdição constitucional), é necessário que estejam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*, inerentes da própria prisão (medida restritiva mais gravosa).

Como a medida que deve ser substituída (prisão) se encontra regulada pela lei, a restrição emanada da medida alternativa dispõe de fundamento legal, já que a lei autoriza a limitação mais rigorosa.

Como afirma Nicolas GONZÁLES,

“nesse sentido, a aplicação judicial do princípio da intervenção mínima com adoção de medidas não reguladas pela lei, não supõem mais que a aplicação do conhecido aforismo ‘*quem*

*pode o mais, pode o menos'*, sendo ademais a '*eleição do menos'* exigência constitucional. (1987)

#### **4. As medidas cautelares substitutivas da prisão**

No direito comparado, a adoção de medidas cautelares substitutivas da prisão não é recente. O Código de Processo Italiano, de 1865, já caminhava por esta trilha. A lei francesa, de 17 de julho de 1970, introduziu no código de processo francês as "medidas de controle judicial". Atualmente, todas as legislações processuais mais modernas prevêem um sistema, onde a prisão só pode ser utilizada quando as medidas alternativas não venham a garantir suficientemente a finalidade perseguida.

Em recente encontro do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, foram apresentadas as seguintes medidas alternativas: liberdade mediante caução, vigilância por terceiros, obrigação de comparecimento periódico perante autoridade, internamento em instituição especializada, prisão domiciliar, obrigação de permanecer no país, proibição de freqüentar determinados lugares, proibição de entrar em contato com certas pessoas, retirada de passaporte, retirada de carteira de motorista, restrições ao exercício de atividades profissionais em funções e serviços públicos, retenção de armas.

As circunstâncias do caso concreto determinam a cautela alternativa, concretizada num elenco não taxativo.

#### **5. Inexistência de prisão cautelar no sistema do Juizado Especial Criminal**

O princípio do estado de inocência expressa o limite da aplicação de coerção processual contra o acusado, repugnando ao Estado de Direito a antecipação da pena, durante a persecução penal.

A prisão preventiva, caso especial de coerção processual, é, no Processo Penal, meio excepcional, pois se aplica a um cidadão, que, por imposição legal, deve-se considerar inocente.

A natureza estritamente excepcional, não obrigatória e subsidiária da prisão preventiva é reconhecida pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, no artigo 9º, 3: “Não deve ser em regra obrigatória à detenção de pessoas que aguardam julgamento (...)”.

Helio TORNAGHI (1978) assevera que “Sendo a prisão provisória lesiva da liberdade, somente nos casos concretos em que se revelar estritamente necessária, mais que necessária, imprescindível, é que deve ser usada”.

Sendo matéria de reserva de jurisdição, o juiz, na análise da finalidade da medida, no caso concreto, não deve ultrapassar certos limites teleológicos, pré-determinados no artigo 312 do *CPP*.

A excepcionalidade da custódia preventiva encontra-se caracterizada no artigo 5º, inciso LXVI, da *Constituição Federal*, quando determina que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Como se sabe, a sua decretação no nosso ordenamento, cabe em regra, nos crimes dolosos punidos com reclusão (artigo 313, inciso I, do *CPP*).

Só seria cabível, nos crimes dolosos punidos com detenção, quando restar demonstrado que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la. Entretanto, as hipóteses previstas no artigo 323 II (nas contravenções tipificadas nos artigos 59 e 60), da lei das contravenções penais, ou seja, entregar-se habitualmente à ociosidade e mendigar; e artigo 334 (em qualquer caso se houver no processo prova de ser o

r eu vadio), não pode mais permanecer como causas de inafianabilidade diante do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, esculpido na *Constituição* de 1988. Desse modo, o indiciado ocioso, mendigo ou vadio não poderá ser privado do direito   fiança que a *Constituição Federal* assegura a todos. Por outro lado, ocorre que o tratamento legal dispensado para os delitos de menor potencial ofensivo   incompatível com o encarceramento preventivo, diante da imperiosa presença do acusado no procedimento, embora o argumento não seja, por evidente, cabal.<sup>4</sup>

Definitivo, este sim, é o argumento que indica ser um contra-senso o fato de o imputado vir a sofrer mais durante o processo do que com a pena que eventualmente venha a receber em caso de condenação.

O *Código de Processo Penal* português, no seu artigo 193 , 1, estabelece que "as medidas de coação a aplicar devem ser proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas". No mesmo sentido, o disposto no artigo 321, do *CPP* brasileiro, garante uma situação de liberdade plena quando o r eu se livra solto.

O encarceramento preventivo, no Juizado, apresenta-se desproporcional à pena que se espera, superando-a em gravidade. Assim, a inexistência de poder estatal para privar os indivíduos de liberdade, no sistema do Juizado, leva a revigoração do princípio do estado de inocência.

---

<sup>4</sup> Doorgal G. de Andrada emite opinião contrária: "Quando a lei impediu a prisão em flagrante, não proibiu a prisão preventiva. Esta continua acontecendo nos casos previstos no *Código de Processo Penal*" (ANDRADA, Doorgal Gustavo B. de. *A suspensão condicional do processo penal*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1996, p. 59).

## **Referências bibliográficas**

- ANDRADA, D. *A suspensão condicional do processo penal*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1996.
- BARROS, S. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BENETTI, S. *Prisão provisória: direitos alemão e brasileiro*. São Paulo: RT, 1991.
- CANOTILHO, J. *Direito constitucional*. Lisboa: Livraria Almedina, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Livraria Almedina, 1996.
- GONZALES-CUELLAR-SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal*. Madrid: Colex, 1987.
- MELLO, C. *Elementos do Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1998.
- MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1983.
- STUMM, D. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1985.
- TORNAGHI, H. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

# INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS: ALCANCE EXEGÉTICO DO ART. 6º, INC. VIII, DO CDC

Eduardo CAMBI<sup>1</sup>

**Resumo:** Trata-se de analisar o tema da inversão do ônus da prova não pelo viés estrito do Direito do Consumidor, como se pode depreender da regra contida no artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Procura-se ir além e demonstrar que este importante instituto jurídico pode ser utilizado em outras situações em que a dificuldade na produção da prova pode se tornar um ônus diabólico, inviabilizando a efetivação de direitos materiais relevantes, como são os de natureza transindividual.

**Abstract:** This article analyzes the inversion of burden of proof, not from the Consumer Rights' strict point of view, as one can learn from the rule set forth in article 6, item viii, of the Consumer Rights Code. It envisages a step ahead and demonstrates that this important legal institute can be used in other situations wherein the difficulty in producing the evidence can become a diabolic burden, making impossible the effectiveness of relevant material rights as the ones of transindividual nature.

**Palavras-chave:** Inversão. Ônus. Prova. Direitos Difusos. Direitos Coletivos.

**Key-words:** Inversion. Burden. Proof. Collective rights. Diffuse rights.

A Lei 8.078/90 (*Código de Defesa do Consumidor*) cindiu, definitivamente, o processo civil brasileiro, criando dois subsistemas distintos: um para regular os conflitos individuais e outro para os transindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos).

O CPC deixou de ser o centro de gravitação do ordenamento processual, não sendo sequer apropriado atribuir ao CDC a designação de mero *microssistema*. Mais correto parece ser utilizar o termo *subsistemas*, onde o CPC polariza a tutela dos direitos individuais e o CDC, a dos direitos transindividuais.

A fratura, no ordenamento processual, pode ser constatada a partir de diversos institutos, como a legitimação *ad causam*, o ônus da

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito, pela UFPR. Professor de Direito Processual Civil na PUC/PR, e do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, *campus* da UNESPAR. Assessor Jurídico do TJ/PR

prova e a coisa julgada, que são tratados de forma bastante diversa em cada um dos subsistemas. A técnica é diferenciada porque o objeto da tutela dos direitos transindividuais, por envolver os conflitos inerentes à sociedade de massas, requer instrumentos processuais adequados a essa realidade.

Entretanto, sistematizar o processo civil brasileiro contemporâneo em dois subsistemas não significa retirar do *CPC* o seu referencial legislativo e a sua relevância conceitual. Ambos os subsistemas se inter-relacionam pelo artigo 90 do *CDC*, pelo qual, em havendo lacuna ou omissão na disciplina das regras do processo coletivo, aplica-se, subsidiariamente e no que couber, o *CPC*. Exemplo disso é o que ocorre com o Título IX do *CPC*, que trata do Processo nos Tribunais, trazendo a disciplina completa dos recursos e da ação rescisória, que são temas que o *CDC* não disciplina ou quando o faz não esgota o assunto.

O *CDC*, todavia, apenas polariza a tutela dos direitos transindividuais, porque neste subsistema outras importantes leis, como a da ação civil pública e a da ação popular, também contêm regras processuais que tecem o conjunto ou a rede normativa. O *CDC* não regula todo o processo coletivo, mas exerce a função de uniformizar conceitos e integrar o regime jurídico-processual dos direitos transindividuais.

As *questões de fato* merecem uma disciplina, no subsistema processual coletivo, bastante diferenciada, uma vez que o artigo 6º, inc. VIII, do *CDC*, se opõe radicalmente ao artigo 333 do *CPC*.

Este dispositivo está voltado à regulação dos conflitos individuais, onde funciona bem a situação jurídica do *ônus da prova*, cabendo ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito e o réu, os impeditivos, modificativos e extintivos. Essa técnica não serve

adequadamente para a tutela dos direitos transindividuais que, por envolver interesses sociais como o meio ambiente, o patrimônio público, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a ordem econômica e urbanística, a prova, quando de difícil produção pelo autor, acaba redundando em um *ônus diabólico*, porque inviabilizaria a realização desses direitos.

Dentro da categoria do *onus probandi*, como o fato de interesse coletivo não suficientemente provado seria considerado inexistente, impedindo a concretização dos direitos transindividuais, com prejuízo para grande parcela da população, o *CDC* criou o mecanismo da inversão do ônus da prova, com escopo de facilitar a defesa desses direitos em juízo e, também, melhor promover o princípio da isonomia processual. Afinal, se é mais fácil para o demandado demonstrar a licitude ou a não lesividade de seu comportamento, não há razão para se manter a situação como está (*status quo*), quando o demandante, embora possa vir a ter razão, não pode – em razão da maior dificuldade na produção da prova – obter a tutela jurisdicional.

O artigo 333 do *CPC* aplicado, sem restrições, ao processo coletivo seria uma grande fonte de injustiças, porque não permitiria a tutela de direitos transindividuais importantes para a sociedade em decorrência das maiores dificuldades que o autor da ação teria para demonstrar os fatos juridicamente relevantes.

Por exemplo, se há suspeita de que a água de uma cidade está sendo poluída por determinada indústria química, é mais razoável que a empresa demonstre se os resíduos que joga nos rios degradam o meio ambiente, do que os consumidores, as associações e o próprio Estado tenham que arcar com esse ônus. Perceba-se, nesse exemplo, que a água é um bem ambiental e, por isso, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida das pessoas, não podendo ser

tratado como um crédito decorrente de um contrato de compra e venda entre dois particulares ou mesmo como a ofensa a um dos direitos de personalidade de um indivíduo. Assim sendo, por ser a proteção do meio ambiente imprescindível às gerações presentes e futuras (art. 225, *caput*, CF), é natural que mereça um tratamento processual diferenciado.

O *CDC* tem função polarizadora do subsistema processual coletivo, porque teve o papel de harmonizar as regras processuais, na medida em que não somente incorporou, pelo art. 83, os avanços legislativos anteriores, à tutela dos direitos do consumidor, mas também aproveitou a oportunidade para estender o alcance dos instrumentos processuais que consagra para a tutela de outros direitos transindividuais. Desse modo, é de grande importância a regra contida no artigo 21 da Lei 7.347/85 (LACP), introduzida pelo artigo 117 do *CDC*, onde se lê: "Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o *Código de Defesa do Consumidor*."

Por força deste dispositivo, vislumbra-se a possibilidade de aplicar o artigo 6º, inc. VIII, do *CDC*, à proteção de todos os direitos transindividuais. Contudo, para se atingir esse alcance exegético, alguns óbices devem ser transpostos. Primeiramente, a remissão, pelo artigo 21/LACP, ao Título III do *CDC*, não inviabiliza a aplicação do artigo 6º, inc. VIII, que se encontra no Título I deste Código, a tutela dos demais interesses transindividuais, porque o Título III trata da Defesa do Consumidor em Juízo e a regra de inversão do ônus da prova nada mais é do que um instrumento processual para promover a melhor defesa do consumidor em juízo<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, Nelson NERY JR. e Rosa Maria de Andrade NERY comentam: "são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerram todo o Tít. III do CDC, bem como as demais disposições processuais

Para aplicação do artigo 6º, inc. VIII, do *CDC*, aos demais processos transindividuais, todavia, não basta a mera existência da previsão do artigo 21 da *LACP*, uma vez que a inversão do ônus da prova se dá *ope iuris* e não *ope legis*, tal como ocorre na técnica contida no artigo 333 do *CPC*. Em outras palavras, a inversão somente vai ocorrer se o magistrado verificar, no caso concreto, a presença dos requisitos legais, quais sejam: a verossimilhança da alegação *ou* a hipossuficiência do autor da ação coletiva.

Atente-se que a conjunção *ou* designa *alternativa*; logo, não expressa adição, mas opção entre duas coisas independentes e autônomas. O intuito de facilitar a defesa dos direitos transindividuais em juízo torna evidente essa exegese mais benéfica, bastando a presença de um dos dois requisitos.

*Alegação verossímil* é aquela que, mesmo não sendo apoiada em elementos probatórios, tem a aparência de ser verdadeira. Opera-se, pois, com indícios ou sérias suspeitas de que o fato tenha realmente ocorrido, embora, para se chegar a essa convicção, não se exija nem mesmo um início de prova. Com efeito, o juiz, para proceder à inversão do ônus da prova, contará muito mais com a sua intuição e bom senso, do que com a lógica inerente à aplicação do artigo 333 do *CPC*. Com isso, o *CDC* aposta que, da mera aparência, é possível obter uma cognição mais consistente, para a tutela dos direitos transindividuais, que aquela que poderia redundar de um automático prejulgamento, preconceito ou precompreensão sobre a inexistência da situação fática juridicamente relevante. Assim, distancia-se do método investigativo

---

que se encontram pelo corpo do *CDC*, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (*CDC* 6º VI). Este instituto, embora se encontre **topicamente** no Tít. I do Código, é disposição processual e, portanto, integra ontologicamente o Tít. III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há, portanto, perfeita sintonia entre os dois sistemas processuais, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos." (1999, p. 1547).

tradicional, para que a possibilidade de proteger direitos transindividuais não deixe de ser desperdiçada pela maior dificuldade em se demonstrar os fatos relevantes.

Por outro lado, das circunstâncias do caso concreto, é possível aferir a *hipossuficiência* daquele que busca a proteção dos direitos transindividuais. Aqui, o legislador pretende promover a igualdade processual, discriminando a situação jurídica das partes, em favor do hipossuficiente, com o intuito de facilitar a defesa dos seus direitos em juízo. Com esse escopo, acaba por reconhecer que, se a parte contrária tem melhores condições técnicas ou econômicas para produzir a prova, os fatos constitutivos dos direitos transindividuais podem ser presumidos até que o contrário seja demonstrado.

A hipossuficiência, em tese, pode atingir qualquer dos legitimados nas ações coletivas, inclusive o próprio Estado. A eventual empresa poluidora do meio ambiente, no exemplo acima referido, quando dispõe da fórmula química dos produtos que despeja nos rios, tem melhores condições que a coletividade de indicar quais são os componentes dos resíduos<sup>3</sup>. Ainda, o artigo 6º, inc. VIII, do CDC não exige que quem alega a hipossuficiência a demonstre, já que isto decorre das próprias circunstâncias do caso concreto, a partir da mera utilização das *regras ordinárias da experiência*<sup>4</sup>. No entanto, parece

---

<sup>3</sup> Celso Antonio Pacheco FIORILLO, ao comentar o artigo 6º, inc. VIII, do CDC, afirma que “deve-se ter em vista que o Código, ao aludir ao vocábulo **consumidor**, não o faz somente enquanto individualmente concebido, que vai a juízo pleitear em seu próprio nome a tutela jurisdicional, mas também como diretamente afetado pela coisa julgada, **erga omnes** ou **ultra partes**, titular do direito material, mas não titular do direito da ação, esta reservada para o legitimado autônomo condutor do processo. Nessa colocação, ao se falar em ação coletiva para a tutela do meio ambiente, a hipossuficiência de que se trata, regra geral, é a da coletividade perante aquele que se afigura como parte mais forte na relação jurídica, que é o poluidor.” (Cf. 2001, p. 243)

<sup>4</sup> As regras ordinárias de experiência são *critérios cognoscitivos* com base nos quais são efetuadas atividades probatórias lógico-rationais (deduções, ilações e inferências probatórias). São constituídas de todas as noções, regras, generalizações, *standards*

haver um paradoxo entre a primeira e a segunda hipótese o que nos leva a seguinte indagação: mesmo sendo a alegação inverossímil, mas caracterizada a aparente hipossuficiência, inverte-se o ônus da prova?

Ainda que seja, em tese, possível a inversão do ônus da prova, por um dos critérios exigidos no artigo 6º, inc. VIII, do *CDC*, em razão da utilização da conjunção alternativa *ou*, difícil é imaginar a possibilidade do autor-hipossuficiente se eximir do *ônus da alegação*. Aliás, se a causa de pedir *próxima* constitui elemento da ação e requisito da petição inicial (art. 282, inc. III, do *CPC*), ou o autor alega os fatos ou terá a inicial indeferida, por inépcia (arts. 284, par. ún., c/c 295, par. ún., inc. I, do *CPC*).

Com efeito, parece não haver outra solução para o problema senão buscar um *critério uniforme* no próprio artigo 6º, inc. VIII, do *CDC*, ou seja, se a inversão do ônus da prova servir como instrumento adequado para a facilitação da defesa dos direitos transindividuais, por encontrar-se o demandado em melhores condições para comprovar os fatos constitutivos, a modificação do *onus probandi* deve ser realizada pelo juiz.

Em conclusão, o artigo 6º, inc. VIII, do *CDC* é um grande marco divisório para a tutela processual dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Por isso, seria um desperdício, para a efetiva proteção destes direitos, de grandes implicações na sociedade de massa, que o Judiciário, sobretudo após a inclusão do artigo 21 na LACP, restringisse o seu alcance somente às relações de consumo.

---

e leis que podem abarcar desde noções científicas até generalizações empíricas, dados estatísticos e observações constatadas pelo senso comum, abrangendo uma esfera ampla e indefinida que inclui vários campos do saber (técnico, médico, econômico, psicológico, biológico, moral etc.). (Cf. CAMBI, no prelo, Item 3.3.4)

**Referências bibliográficas:**

CAMBI, Eduardo. *Admissibilidade e relevância da prova no processo civil*. No prelo.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.