

O Ônus da Prova no CDC: Diversidade, Falsa Inversão e Redução de Exigências para Produção e Valoração Probatórias

Ricardo Rocha Leite



ESCOLA DE
FORMAÇÃO JUDICIÁRIA

TJDFT

RICARDO ROCHA LEITE

O ÔNUS DA PROVA NO CDC:

DIVERSIDADE, FALSA INVERSÃO E REDUÇÃO DE EXIGÊNCIAS
PARA PRODUÇÃO E VALORAÇÃO PROBATÓRIAS



Direção-Geral

Des. George Lopes Leite

Coordenadoria de Cursos

Juíza Geilza Fátima Cavalcanti Diniz

Secretaria da Escola de Formação Judiciária

Arlete Garcia Rodrigues

APOIO

Primeira Vice-Presidência

Desembargadora Sandra de Santis Mendes Farias Melo

Secretaria de Jurisprudência e Biblioteca

Sheyla Teixeira Lino

COLABORAÇÃO

Subsecretaria de Biblioteca

Marcelo Hilário de Moraes

Subsecretaria de Pesquisa, Planejamento e Inovação

Célia Regina Vasconcelos Soares Alves

Serviço de Multimeios

Helen Barbosa

Serviço de Processamento Bibliográfico

Olímpio Antônio Filho

André Luiz de Araújo Bertúlio

Projeto Gráfico e Diagramação

Coordenadoria de Digitalização e Serviços Gráficos – CODIG

Produção Digital

André Gonçalves Florencio

Capa

Cláudio Roberto de Souza

Conselho Editorial

Juíza Marília de Ávila e Silva Sampaio

Juíz Renato Castro Teixeira Martins

Juíz Fabrício Castagna Lunardi

L5330

Leite, Ricardo Rocha.

O ônus da prova no CDC: diversidade, falsa inversão e redução de exigências para produção e valoração probatórias [recurso eletrônico] / Ricardo Rocha Leite.

– Ebook. – Brasília : TJDFT, 2018.

143 p.

ISBN 978-85-60464-19-7

Produção de provas. 2. Poder Judiciário. I. Título

CDU 347.94

Resumo

Este trabalho objetiva analisar a diversidade do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (CDC) em relação ao critério estático estabelecido como paradigma no Código de Processo Civil (CPC). Objetiva, também, demonstrar que o magistrado, ao valorar a prova, pode utilizar o juízo de verossimilhança nos casos em que haja insuficiência do material probatório, a fim de evitar, ao final do processo, mesmo que permaneça no estado de dúvida, a utilização da técnica de julgamento do ônus da prova. Tem por objetivo, ainda, propor a utilização de métodos diferenciados, à luz da efetividade do processo, para a solução de casos difíceis. Tais métodos, que reduzem as exigências de produção de prova pelo consumidor, não excluem a aplicação da regra estática, pois são utilizados em situações específicas. A peculiaridade do tema é evidenciada nos casos que envolvem a discussão da responsabilidade civil do fornecedor em decorrência do fato ou do vício do produto e do serviço ou de matéria afeta às práticas comerciais. Sustenta-se que nenhum desses casos remete à inversão do encargo probatório, porquanto o que há, na verdade, é a incidência de presunção legal relativa, a imposição de fato constitutivo ao fornecedor e o reconhecimento pelo juiz de algum fato alegado pelo consumidor como verdadeiro. Por fim, este estudo se justifica pela imprecisão que norteia o instituto do ônus da prova bem como pelos problemas de ordem prática que são constatados no cotidiano forense.

Palavras-chave: *Proteção do consumidor. Aspectos processuais. Ônus da prova. Diversidade. Falsa inversão. Verossimilhança. Redução das exigências probatórias.*



Abstract

This study aims to analyze the diversity of the burden of proof in the Brazilian Consumer Protection Code (CDC) regarding the static criterion established as a paradigm in the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC). This feature is evident in cases concerning the civil liability of a supplier due to the fact or defect of a product or service, or due to commercial practices. These criteria lower the requirements for consumers to produce evidences, but do not exclude the application of the static law, because they operate in specific situations. None of these cases relates to the reverse burden of proof, because, actually, it is the application of a relative legal presumption; it is the imposition of a constitutive fact to the supplier, and the acknowledgement, by a judge, of a fact alleged by a consumer. Also, this study aims to show that, when the magistrate values the proof, s/he can use a likelihood judgement due to insufficient evidence in certain hypotheses. By doing so, the magistrate avoids the technique judgement of the burden of proof at the end of the process, even if the state of doubt remains. The justification for this study lies on the imprecision that guides the principle of the burden of proof and the practical issues faced in the legal environment. It proposes the use of different methods to solve complicated cases based on the process effectiveness.

Keywords: *Consumer protection. Procedural aspects. Burden of proof. Diversity. False reverse. Likelihood. Lowering the requirements to present evidences.*

Agradecimentos

Aos meus orientadores, Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa e Prof. Dr. Héctor Valverde Santana, pela oportunidade de aprendizado e por terem contribuído para a realização deste trabalho;

Ao Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes, pelo diálogo e pelas obras fornecidas;

Ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), pelo incentivo à qualificação;

Aos servidores da Biblioteca do TJDFT (SERBIB), pelo auxílio na obtenção do material pesquisado;

Aos amigos e colegas do TJDFT, pela constante troca de ideias;

Aos meus pais, Paulo César e Fátima, e ao meu irmão, Gustavo, pelo apoio de sempre e pelo exemplo de trabalho e honestidade;

À minha esposa, Ana Paula, agradeço o amor, a compreensão e o auxílio para o bom termo desta dissertação.

◆ Prefácio

A obra jurídica do Magistrado e Professor Ricardo Rocha Leite, que tenho a honra de prefaciá-lo, é o resultado da inteligência, do talento e de grande esforço empreendido pelo autor. O trabalho que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios publica tem por base a dissertação de Mestrado do autor no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), oportunidade em que tive a grande satisfação de co-orientá-lo, ao lado do Professor Doutor Leonardo Roscoe Bessa.

Cuida-se de livro jurídico produzido mediante acurado estudo, reflexão e pesquisa. O autor se mostrou durante o curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB) um pesquisador incansável, assíduo às atividades acadêmicas ordinárias, participou vários de congressos jurídicos de Direito do Consumidor, destacou-se como membro ativo do grupo de pesquisa sobre responsabilidade civil e direito do consumidor, dentre outras atividades acadêmicas.

O presente trabalho jurídico foi escrito de forma direta, com linguagem simples, as idéias coerentemente dispostas em parágrafos proporcionais, apoiado em diversificada doutrina jurídica representada pelas ilustrativas notas de rodapé e com absoluto rigor técnico. É uma obra moderna, com temática atual, que o autor apresenta à comunidade jurídica como inestimável contribuição à defesa do consumidor em juízo, mais particularmente como um dos estudos mais importantes produzidos na literatura jurídica nacional sobre a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.

O Direito do Consumidor é um microsistema jurídico autônomo que disciplina a proteção jurídica do sujeito vulnerável da relação econômica que ocorre no mercado de consumo entre o agente econômico (fornecedor) e o destinatário final dos produtos e serviços (consumidor). O re-gramento normativo do Direito do Consumidor incide nas relações jurídicas materiais entre particulares (fornecedor e consumidor), bem como disciplina as atividades desenvolvidas pelo Estado no cumprimento do dever constitucional de promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF).

Entretanto, a estrutura normativa destinada à proteção do consumidor não se limita aos aspectos materiais da relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor contém normas jurídicas processuais que visam proporcionar transparência e harmonia entre o fornecedor, sujeito de direito que exerce a posição de dominação no mercado de consumo, e o consumidor, sujeito vulnerável e destinatário da proteção constitucional e legal na relação de consumo, quando judicializada a divergência entre os referidos sujeitos de direito.

A proteção processual do consumidor é a temática geral do livro, contudo, dentre seus variados méritos, o autor realizou adequado e específico corte metodológico para determinar como tema específico da obra a complexa questão processual do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de tema jurídico de significativa relevância teórica e prática. O destaque teórico se manifesta pelas controversas posições assumidas pela doutrina nacional sobre os diversos aspectos do problema. A importância prática se evidencia pela grande quantidade de julgados produzidos pelo Poder Judiciário brasileiro sobre a matéria, ressaltando que remanesce expressiva divergência jurisprudencial em alguns pontos da questão, não obstante contarmos com mais de duas décadas de vigência do Código de Defesa do Consumidor.

O tema do livro renova seu interesse pela superveniência do Novo Código de Processo Civil (Lei Federal n. 13.105/2015) que dispõe de forma inovadora sobre o ônus da prova no processo civil brasileiro e que também se aplica aos processos civis em que se busca a composição de conflitos de direito material envolvendo as relações de consumo. As novidades introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil exigem estudos aprofundados, como realizado de forma detalhada na presente obra jurídica, para determinar o nível de compatibilidade da nova legislação processual e as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre o ônus da prova no processo civil.

O presente livro foi dividido em três capítulos que fornecem os elementos científicos necessários à discussão central da questão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. A abordagem temática é realizada a partir do aspecto geral (proteção constitucional do consumidor) em direção ao aspecto particular da pesquisa científica (ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor), revelando a apropriada estruturação da presente obra jurídica. Os dois primeiros capítulos são compostos de informações e análises propedêuticas indispensáveis ao debate da questão principal (ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor), esta por sua vez concentrada no terceiro e último capítulo.

O primeiro capítulo versa sobre os principais aspectos da proteção constitucional do consumidor. O autor afirma que o Código de Defesa do Consumidor tem base constitucional, dispondo expressamente sobre a defesa do consumidor como direito fundamental (art. 5º, XXXII, da CF), bem como princípio da ordem econômica (art. 170, V, da CF). Destaca que as normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e enfrenta o intrincado problema da possibilidade ou não do conhecimento de ofício pelo juiz da matéria consumerista, especialmente diante da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, anotando que *o reconhecimento de ofício pelo juiz, sem pedido expresso, da abusividade das cláusulas existentes em contratos bancários ou de*

qualquer outra cláusula abusiva prevista em um contrato que envolva relação de consumo implica violação a essas ga-rantias constitucionais processuais... não é razoável, no processo civil moderno, que o juiz atue co-mo revisor geral de certo negócio jurídico.

A vulnerabilidade do consumidor é referida como princípio estruturante do Direito do Consumidor, contudo não implica em violação do princípio da igualdade, cujo discrimem na hipótese se justifica na medida em que o fornecedor exerce posição de dominação fática nas relações de mercado. A teoria do diálogo das fontes autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da legislação processual extravagante às regras processuais previstas no Código de Defesa do Consumidor.

O segundo capítulo dispõe sobre os aspectos gerais do ônus da prova. Discorre sobre a prova e sua importante função de formação da convicção do julgador no caso concreto. Na sequência, a visão constitucional do ônus da prova é analisada, especialmente a sua repercussão no denominado processo civil democrático, considerado como regra de julgamento e também como regra de conduta das partes. A lei processual brasileira adota o critério estático de distribuição do ônus da prova (art. 373 do CPC) como regra de conduta das partes no processo, pois consubstancia-se no conhecimento prévio



dos litigantes quanto ao ônus da prova, antecedido pelo ônus da afirmação ou ônus da alegação. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é reconhecida pela doutrina e atualmente está prevista expressamente no art. 373, § 1º, do CPC. Finalmente, são estudados os indícios, as presunções, as máximas de experiência e a verossimilhança como mecanismos que reduzem as exigências de prova diante da dificuldade de produzir prova de determinados fatos.

O terceiro capítulo é a reflexão máxima realizada pelo autor como consequência de sua vasta pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Trata-se do enfrentamento dos principais pontos relacionados ao ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, especificamente quanto aos limites da inversão do ônus da prova nas pretensões indenizatórias, os critérios da distribuição do ônus da prova e a falsa inversão, o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova, a possibilidade de redistribuição do ônus da prova de ofício pelo juiz, a prova do fato negativo, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Processo Civil e a redução das exigências na teoria da distribuição na valoração da prova.

O autor tem o mérito de se posicionar em face das intrincadas questões relativas ao ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, apoiado sistematicamente em argumentação lógica-jurídica consistente. Sustenta que a proteção constitucional do consumidor é o ponto de partida para o tratamento processual diverso previsto no Código de Defesa do Consumidor. Não há uma teoria geral da prova no Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual reforça a necessidade de estudos interdisciplinares para a correta aplicação da norma protetiva. Considera que a verdade no processo civil é uma utopia, contudo mediante processos racionais o juiz deve buscar a verdade processual, inclusive com técnicas específicas, a exemplo da adoção da presunção legal relativa da anomalia do produto ou serviço (defeito ou vício) nos casos de responsabilidade civil do fornecedor.

Esclarece que o Código de Defesa do Consumidor não comanda necessariamente a inversão do ônus da prova quando adota a presunção legal ou a imposição da prova do fato constitutivo ao fornecedor. De forma residual, mediante a presença dos requisitos legais (alegação verossímil ou hipossuficiência), o legislador facultou ao juiz isentar o consumidor de provar determinados fatos constitutivos de seu direito (inversão do ônus da prova). Explica a distinção entre a inversão do ônus da prova (CDC) e a distribuição dinâmica do ônus da prova (CPC), sem antes identificar os pontos comuns: hipossuficiência e impossibilidade de imposição de produção de prova *diabólica*.

Propõe atividade proativa do juiz em caso de desigualdade das partes no processo civil. Entretanto, ressalta que a condição de consumidor não conduz necessariamente a tratamento desigual no processo civil, mas somente em casos específicos em que se verificasse a impossibilidade ou dificuldade de provar o fato constitutivo do seu direito. Afasta o ônus da prova objetivo como regra de julgamento, devendo prevalecer o critério da equidade na esfera processual. Considera que as teorias que reduzem as exigências de prova são acolhidas pelo Código de Defesa do Consumidor e, finalmente, sustenta que a redução dos módulos de prova evita o ônus da prova como técnica de julgamento, esta superada no processo civil contemporâneo.

As razões acima indicadas autorizam, com a licença devida, recomendar fortemente a leitura da presente obra jurídica aos estudantes e profissionais do Direito, fornecedores e consumidores, pois todos sairão mais preparados para trilhar o caminho da cidadania plena e a efetivação de relações de consumo mais justas e equilibradas.

Brasília-DF, maio de 2018.

Héctor Valverde Santanna

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).
Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT)

Sumário

PREFÁCIO	10
----------	----

INTRODUÇÃO	18
------------	----

CAPÍTULO 1. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	22
--------------------------------------	----

» 1.1 A base principiológica e constitucional do CDC	26
1.1.1 A principiologia do CDC	26
1.1.2 A base constitucional do CDC	30
1.1.3 A defesa do consumidor como direito fundamental	33
1.1.4 A defesa do consumidor na ordem econômica	35
» 1.2 O CDC como norma de ordem pública	36
1.2.1 A ordem pública	37
1.2.2 A ordem pública jurídica e as normas de ordem pública	38
» 1.3 A vulnerabilidade do consumidor na relação jurídica de consumo	44
» 1.4 O diálogo entre as fontes	46

CAPÍTULO 2. OS ASPECTOS PONTUAIS DO ÔNUS DA PROVA	49
---	----

» 2.1 A prova	49
» 2.2 O ônus da prova	51
2.2.1 O ônus da prova: poder, faculdade, dever ou obrigação.	52
2.2.2 A visão constitucional do ônus da prova	54
» 2.3 Os critérios de distribuição do ônus da prova	58
2.3.1 Os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos	61
2.3.2 A flexibilização do ônus da prova pelas partes no CPC	62

» 2.4 Os indícios, as presunções, as máximas de experiência ou regras de experiência e a verossimilhança	64
2.4.1 Os indícios	64
2.4.2 As presunções	66
2.4.3 As máximas de experiência ou regras de experiência	70
2.4.4 A verossimilhança	75

CAPÍTULO 3. O ÔNUS DA PROVA NO CDC	79
------------------------------------	----

» 3.1 O ônus da prova e os elementos da responsabilidade civil	79
» 3.2 Os critérios de distribuição do ônus da prova no CDC e a falsa inversão	86
3.2.1 O ônus da prova no acidente de consumo	88
3.2.2 O ônus da prova na correção da informação ou da comunicação publicitária	90
3.2.3 O ônus da prova nos vícios do produto e do serviço e nos demais casos que envolvam relação de consumo	93
» 3.3 O momento processual adequado para a decisão	97
» 3.4 A possibilidade de aplicação da redistribuição do ônus da prova de ofício pelo juiz	99
» 3.5 A prova do fato negativo	102
» 3.6 A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova	106
3.6.1 A teoria da distribuição dinâmica e o CDC	111
3.6.2 A teoria da distribuição dinâmica no CPC	113
» 3.7 A redução das exigências probatórias na valoração da prova	120

CONCLUSÃO	127
-----------	-----

REFERÊNCIAS	132
-------------	-----



Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF) prevê a proteção do consumidor como direito fundamental. Ao mesmo tempo, assegura essa proteção no âmbito da ordem econômica, pois a livre iniciativa deve ser compatibilizada com esse direito, conforme os ditames da justiça social. Em virtude da necessidade de maior proteção do consumidor em um mercado de produção e consumo em massa, no qual o fornecedor detém os meios de produção, foi determinado, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que se elaborasse legislação específica para defesa do consumidor, cujas interpretação e aplicação deveriam ser realizadas à luz da CF. Por consequência, foi publicado o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A ideia central do CDC é a proteção de determinado grupo de pessoas, os consumidores. Ao destacar da sociedade este grupo, o Estado intervém na relação jurídica entre os consumidores e os fornecedores na tentativa de igualar a desigualdade existente entre eles, sem, contudo, comprometer a liberdade dos indivíduos para contratar e a vinculação destes ao instrumento contratual, a fim de que os pactos sejam respeitados. Criou-se, portanto, um microsistema legal diferenciado.

A diferenciação desse microsistema legal é destacada no início da Lei 8.078/1990, ao prever que esta Lei constitui norma de ordem pública. Essa qualificação norteia a aplicação da Lei e constitui importante mecanismo de maior alcance da justiça distributiva, a qual estava desamparada no direito privado clássico. A igualdade material almejada pela justiça distributiva é vista como discriminação positiva e gera solidariedade do mercado, porquanto, na sociedade atual, nesse âmbito, o risco é elemento constante, e o princípio do *favor debilis* pode ser aplicado na relação de consumo. É preciso dar especial atenção à parte que está em desvantagem de condições.

Essa visão repercute no processo civil, pois o CDC estabelece mecanismos que lhe são específicos em relação ao Código de Processo Civil (CPC), sem afastar os aspectos gerais traçados pela legislação processual civil. Assim, ocorre o diálogo entre as fontes, técnica de interação que deve ser empregada para solução mais acertada das situações que retratem uma relação de consumo. Particularmente sobre a prova e a distribuição do

seu ônus, são utilizados institutos e conceitos do CPC, tais como os fatos jurídicos que devam ser comprovados pelas partes, as presunções e as máximas de experiência.

Em relação aos fatos jurídicos, discute-se se o ônus da prova é sempre de quem alega, o que é problematizado no CDC, pois há variações dentro desse próprio microsistema legal. Essa situação demonstra que o ônus da prova não é sempre de quem alega, contudo, deve ser observado que o critério estático previsto como regra no artigo 333 do CPC/1973 e mantido no artigo 373 do vigente CPC não pode ser desconsiderado pelo juiz na solução do caso concreto. Em algumas hipóteses, ele ainda será utilizado.

Dentre as variações estabelecidas pelo CDC, há a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova a favor do consumidor, desde que preenchidos os requisitos legais. Outro problema que advém desta variação é discutir se realmente se trata, tecnicamente, de inversão. Além dessa possibilidade abordada expressamente pela legislação, a doutrina e a jurisprudência apresentam outras hipóteses que foram denominadas de inversão legal do encargo probatório. O presente trabalho também questiona a aplicação desse conceito a essas hipóteses.

Com efeito, ao autor compete a prova do fato constitutivo do seu direito, e ao réu, a comprovação de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Esse método de distribuição é preestabelecido pela legislação e constitui a regra no sistema jurídico. A utilização de critérios diferenciados requer situações específicas e justificadas. A relação de consumo, por toda sua principiologia, legitima essa diferenciação e utiliza preceitos constantes da legislação processual civil que reduzem as exigências probatórias. As presunções e as máximas de experiência demonstram essa assertiva, pois atuam como facilitadores processuais à parte que é beneficiada pela aplicação delas, o que ocorre durante a etapa de produção de provas.

Quanto ao aspecto probatório, existe outra discussão sobre a possibilidade de o juiz utilizar a redução de exigências no momento em que irá valorar as provas obtidas no processo, ou seja, se, em razão do insuficiente material probatório, o magistrado pode mitigar a comprovação de algum fato relevante e controverso. Em hipóteses excepcionais, segundo propalado na doutrina e na jurisprudência, poderá ocorrer, por exemplo, a flexibilização do elemento dano ou do nexa causal na ação de responsabilização civil. Essa aplicação, apesar de representar inegável avanço, não pode ser transportada des-

medidamente para o processo a ponto de o juiz, ao aplicar as regras processuais, não observar os filtros que são traçados pela teoria geral da prova e pelo próprio CDC.

O ônus da prova, instituto de direito processual, deve ser analisado em conjunto com o direito material deduzido em juízo. A vetusta visão de que o ônus da prova compete à parte de acordo com a posição jurídica que ocupa no processo está superada há tempos. Cabe ao magistrado realizar a análise dessa posição de modo contextualizado e não se ater somente ao fato de ser a parte autora ou ré. O processo é instrumento para a obtenção do direito material, e seu ideal de efetividade requer necessariamente o olhar panorâmico sobre a relação jurídica. Essa interpretação coordenada das regras processuais à luz do direito material justificou os critérios estabelecidos no CDC e a teoria da distribuição dinâmica.

A propósito, ocorre outra questão problemática acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova, porquanto, segundo sustentado por parcela da doutrina, a referida distribuição é utilizada como critério judicial previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Apesar de a distribuição dinâmica e a inversão do ônus da prova se valerem da discricionariedade do juiz e da ideia de hipossuficiência processual, os institutos são distintos. O critério estabelecido no CDC apresenta peculiaridades justificadas pela noção de se tratar de microsistema específico para a proteção do consumidor.

Em algumas hipóteses, encerrada a instrução processual, esses institutos não são suficientes para a formação de prova plena, e surge a necessidade de mitigação das exigências de prova. Ainda, há casos em que os critérios de distribuição dinâmica e de inversão do ônus da prova não poderão ser utilizados sob pena de se impor a uma das partes encargo probatório muito difícil ou impossível de ser cumprido. Estar-se-á diante da denominada prova “diabólica” (*probatio diabolica* ou *devil's proof*), e a redução de exigências probatórias deverá ser aplicada pelo juiz no momento da valoração da prova. Essa hipótese de prova “diabólica” aponta outro problema: saber qual das partes sofrerá as consequências processuais, se a produção das provas for muito difícil para ambas.

Para solucionar esse imbróglio, surgiram, no direito comparado, métodos que propõem a tentativa de elucidação de casos difíceis por meio de probabilidade, do conjunto de indícios, ou, o mais importante, do juízo de verossimilhança. Desse último método de resolução de conflitos, merecem destaque a verossimilhança preponderante e a redução do módulo de prova. Ambas reconhecem que a verdade real no processo é algo

irrealizável e se concentram na verdade aparente. Essa verdade possível permeia o itinerário da prova no processo desde a produção desta até a sua valoração pelo juiz.

Assim, este estudo tem por escopo identificar e discutir os problemas relacionados ao ônus da prova na relação de consumo. Destaque-se que a aplicação do ônus da prova pelos operadores do direito assume, ainda hoje, contornos imprecisos, e a análise do caso concreto é imprescindível, pois há situações diferenciadas para cada modalidade de responsabilidade civil estabelecida pelo CDC, além de outras hipóteses que surgem em decorrência do aumento quantitativo de demandas e das situações que são geradas pelo alargamento do consumo.

Para tanto, esta dissertação foi organizada em três capítulos. O capítulo 1 trata do aspecto material da proteção do consumidor e busca mostrar a origem da necessidade de se estabelecer tratamento diferenciado para ele, segundo os ideais da liberdade, da igualdade e da justiça, notadamente da justiça distributiva. A base constitucional norteia toda a interpretação do CDC, o qual é reconhecido como norma de ordem pública em razão da vulnerabilidade existente no mercado de consumo. Essa principiologia do direito material é refletida nos aspectos processuais por meio do diálogo entre as fontes e utilizada pelo magistrado na solução dos casos concretos.

No capítulo 2, são utilizados aspectos pontuais do ônus da prova como base conceitual e instrumental, para aplicação no processo civil do qual participam consumidores e fornecedores. Nesse ponto, percebe-se a visão constitucional do encargo probatório sob a perspectiva hodierna de processo democrático, que fomenta a igualdade. São delineados os fatos jurídicos que constituem o objeto de prova na relação jurídico-processual e os instrumentos utilizados para redução das exigências probatórias.

O capítulo 3 apresenta o aprofundamento da discussão sobre os problemas expostos nos capítulos anteriores, almejando diagnosticá-los à luz da legislação específica. É abordada a inter-relação – utilizada pelo CDC para o estabelecimento de critérios diferenciados – entre os elementos da responsabilidade civil e os fatos jurídicos probandos. Demonstra-se a redução das exigências probatórias em situações pontuais que justifiquem a flexibilização do encargo probatório e constata-se que, na atual conjuntura, os critérios existentes não são suficientes para a solução de todos os casos levados à apreciação do Poder Judiciário.

Capítulo 1.

A proteção do consumidor

A Revolução Industrial dos séculos XVIII e XIX desencadeou o modelo de produção em série, segundo a racionalidade econômica da eficiência e da maximização de riquezas. Essa visão do sistema econômico capitalista tinha como motes a diminuição dos custos e o aumento do lucro por meio da mecanização da indústria, bem como a introdução da lógica de mercado de bens de consumo, com o aumento considerável da oferta de produtos e serviços. O modelo, que inicialmente despontou nos chamados países centrais, foi expandido para os países em desenvolvimento com o avanço dos meios de comunicação e o início da era da globalização¹, na chamada Revolução Tecnológica do século XX. A globalização econômica reduziu a soberania dos Estados, e a organização dos blocos econômicos passou a impor nova ordem jurídica, marcada pela existência de múltiplos centros de poder.

A necessidade de proteger o consumidor desse fenômeno da massificação das relações negociais despertou a atenção do legislador a partir da segunda metade do século passado². As proposições mais intervencionistas para a defesa do consumidor começaram a se desenvolver em virtude da desigualdade que avultava nos negócios jurídicos entre consumidores e fornecedores. A visão protecionista do Estado nas relações de consumo deveria ser refletida na legislação por ele regida, e essa salvaguarda se mostrava indis-

pensável na sociedade pós-moderna³, a qual está vinculada ao avanço das relações virtuais, cada vez mais desmaterializadas e dotadas de grande instabilidade⁴.

A sociedade atual demanda comunicação e informação instantâneas, e o consumidor, em uma inversão de valores, passou a ser visto como mercadoria. Exemplo disso é a informação veiculada nos meios de comunicação de que os dados cadastrais dos consumidores são comercializados entre fornecedores.⁵ A sociedade de produtores, que primava pela aquisição de bens duráveis, cedeu espaço à sociedade que cultua o consumo imediato e ostensivo de bens e serviços, além de sua rápida substituição⁶. Essa liquidez do mercado está pautada pela criação de necessidades e aliada à obsolescência programada dos produtos pela indústria.

A ideia do *homo economicus* do Estado liberal, que atrelava o indivíduo à sua racionalidade na tomada de decisões, não se coaduna mais com a realidade atual. De forma significativa, o consumidor age de modo emocional diante das facilidades de crédito e do *marketing* agressivo. A mudança na era hipermoderna para o *animal laborans*⁷ ou

1 Boaventura de Sousa Santos, em apresentação no Fórum Social Mundial em Porto Alegre, conceituou a globalização: "[...] é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival". (SANTOS, Boaventura de Sousa. As tensões da modernidade. *Cidadania e Justiça*, ano 5, n. 10, jan/jun 2011, p.76). Héctor Valverde Santana enumera os seguintes requisitos para a configuração da globalização: "[...] Neste sentido, são considerados requisitos principais do processo de globalização a integração econômica de Estados em blocos regionais, crescente formação e atuação de empresas transnacionais com expressiva dimensão econômica, criação de organismos econômicos internacionais (ex. OMC), desenvolvimento tecnológico e redução dos custos das operações de produção e comércio nas áreas de transporte, comunicação, informação de dados e mobilidade de capitais, intensificação do comércio (transfronteiriço) com simplificação e liberalização das barreiras comerciais em geral e homogeneização dos padrões culturais de consumo [...]" (SANTANA, Héctor Valverde. Globalização econômica e proteção do consumidor: o mundo entre crises e transformações. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 98, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.138).

2 Alberto Pasqualotto aponta o início da proteção do consumidor nos Estados Unidos, à época presidido por John Kennedy: "[...] Embora tenha precedentes remotos, a defesa do consumidor passou a representar uma preocupação legislativa a partir da mensagem do Presidente norte-americano John Kennedy ao Congresso em 1962, quando consagrou direitos fundamentais do consumidor e universalizou o seu conceito, dizendo que 'consumidores somos todos nós'. Aquele pronunciamento despertou a atenção de vários países para a importância do problema, em um mundo em que o tráfico jurídico exigia novos institutos e enfoques. Organismos supranacionais passaram a produzir documentos importantes, estabelecendo diretivas que são recepcionadas pelas legislações modernas". (PASQUALOTTO, Alberto. Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor* v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p. 41).

3 Antônio Junqueira de Azevedo visualiza na pós-modernidade um sistema que denominou "fuga do juiz". Alguns conflitos de interesses passam a ser resolvidos por outros meios, tais como a instituição da arbitragem, as decisões tomadas pelos órgãos de classe nos respectivos grupos sociais, a Justiça Desportiva, dentre outros. Para o autor, a atuação do juiz ficaria reservada a casos extremos. Passou-se do paradigma do juiz como reprodutor da lei ("boca da lei") para o fenômeno da modernidade que denominou "fuga para as cláusulas gerais". Nesse caso, houve a instituição dos conceitos jurídicos indeterminados e a centralidade do sistema no juiz. Na pós-modernidade, o paradigma jurídico passa da figura do juiz para a "centralidade do caso". (AZEVEDO, Antônio Junqueira. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 94. São Paulo: FDU, 1999. p. 8). ("destaque do original").

4 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*, n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 63-64.

5 JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/blogs/jt-seu-bolso/2011/02/05/empresas-vendem-dados-do-consumidor-na-internet/>. Acesso em: 3dez 2015. O juiz da 16ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre, em ação coletiva de consumo ajuizada pelo Ministério Público, condenou o SPC Brasil a pagar danos morais coletivos em decorrência da venda de dados e informações pessoais dos consumidores. Entendeu o Magistrado que houve violação à privacidade dos consumidores, bem como desobediência ao que dispõe o CDC e a Lei 12.414/2011, que trata dos bancos de dados para a formação de histórico de crédito, chamado de cadastro positivo. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processo 001/11401789987. 16ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre. Requerente: Ministério Público. Requerido: Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (SPC Brasil). Juiz de Direito Sílvio Tadeu de Ávila. Porto Alegre, 28 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> Acesso em: 3dez 2015).

6 Segundo Zygmunt Bauman: "Para atender a todas essas necessidades, impulsos, compulsões e vícios, assim como oferecer novos mecanismos de motivação, orientação e monitoramento da conduta humana, a economia consumista tem de se basear no *excesso* e no *desperdício*. A possibilidade de conter e assimilar a massa de inovações que se expande do modelo incessante está ficando cada vez mais reduzida – talvez até nebulosa. Isso porque, para manter em curso a economia consumista, o ritmo de aumento do já enorme volume de novidades tende a ultrapassar qualquer meta estabelecida de acordo com a demanda já registrada". (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 53) ("destaque do original").

7 Utiliza esta expressão Hannah Arendt: "(...) o tempo excedente do *animal laborans* jamais é empregado em algo que não seja o consumo, e quanto maior é o tempo de que ele dispõe, mais ávidos e ardentes são os seus apetites. O fato de que esses apetites se tornam mais sofisticados, de modo que o consumo já não se restringe às necessidades da vida, mas, ao contrário, concentra-se principalmente nas superfluidades da vida, não altera o caráter dessa

*homo novus*⁸ desencadeou a sociedade de consumidores, e os valores morais do mercado cedem cada vez mais espaço para a visão capitalista de que as riquezas devem ser maximizadas e de que tudo está à venda⁹.

A partir da década de 1990, vivenciou-se, no Brasil, a estabilização econômica após um período de hiperinflação em que a população não cogitava a possibilidade de compras a prazo, sem juros¹⁰. O Estado passa a ser o indutor desse crescimento econômico, o qual proporciona a fase de oferta de crédito em massa, sem necessidade de maiores garantias. Há, com essa política governamental expansionista, a ascensão social de milhões de brasileiros e o surgimento da denominada “nova classe média”¹¹.

Diante desse cenário de facilidade de crédito, há o aumento de estratégias de publicidade por parte do mercado com vistas a angariar o máximo possível de clientes e a criar novas demandas, o que culmina no fenômeno do consumismo e da cultura de consumo¹² em substituição ao papel desempenhado pelo trabalho na antiga sociedade de produtores. Ao mesmo tempo em que se melhora o bem-estar social, surge, em contrapartida, o lado negativo dessa opção política: o superendividamento¹³ dos con-

sociedade, mas comporta o grave perigo de que afinal nenhum objeto do mundo esteja a salvo do consumo e da aniquilação por meio do consumo. (ARENDETT, Hannah. *A condição humana*. 12ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 165)

8 MARQUES, Cláudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *studium generale* sobre o consumidor como *homo novus*. *Revista de Direito do Consumidor* v. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 57.

9 Michael Sandel critica a visão atual da difusão da compra e venda de bens e ressalta as dificuldades vivenciadas pelas famílias pobres diante deste cenário que contribui para o aumento da desigualdade social. (SANDEL, Michael J.). *O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 14).

10 Após a realização do ajuste externo (correção dos desequilíbrios no Balanço de Pagamentos), a superação da inflação tornou-se o mote das políticas econômicas brasileiras entre as décadas de 1960 e 1990. Resultados para sua efetiva superação só foram efetivamente obtidos em 1994 com o lançamento do Plano Real.

11 Jessé Souza vê o surgimento não de uma nova classe média, mas de uma “nova classe trabalhadora”. Segundo o entendimento do autor, uma classe social não é determinada pela sua renda: “[...] As classes dominantes – classes média e alta – se definem, antes de tudo, pelo acesso aos dois capitais imateriais que asseguram, por sua vez, todo tipo de acesso privilegiado a literalmente todos os bens (materiais ou ideais) ou recursos escassos em uma sociedade de tipo capitalista moderna. A classe dominante não é aquela de maior número, como a ideologia e a violência simbólica liberal/financeira gostam de induzir a crer, mas sim aquela com acesso privilegiado a tudo que nós todos lutamos para conseguir na vida nas 24 horas que compõem o dia. [...] A nova classe trabalhadora não participa desse jogo da distinção que caracteriza as classes alta e média. Como na reportagem de um número recente da revista *Negócios e Finanças*, que foi pensada como um ‘elogio’ a essa classe, mas que estranha que a classe C não se mude de bairro quando ascende economicamente, ela tem opções e gostos muito diferentes. Ela é ‘comunitária’ e não ‘individualista’, por exemplo, nas suas escolhas [...]” (SOUZA, Jessé. *Os batalhadores brasileiros. Nova classe média ou nova classe trabalhadora?* Belo Horizonte: UFMG 2010. p. 48-49).

12 Zygmunt Bauman vê no consumismo um “atributo da sociedade”. (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 41).

13 Em linhas gerais, o superendividado é o devedor de boa-fé incapaz de pagar suas dívidas com seu patrimônio disponível. Clarissa Costa de Lima, com base na doutrina europeia, apresenta uma distinção entre o superendividamento passivo e ativo: “[...] A primeira categoria corresponde aos consumidores que não contribuíram ativamente para o aparecimento da crise de solvência, ou seja, não conseguiram pagar as dívidas em razão de circunstâncias imprevistas como desemprego, divórcio ou doença. Na segunda categoria, estariam os consumidores que abusa-

sumidores que não são educados financeiramente para o consumo. Assim, formam-se consumidores e não cidadãos¹⁴ engajados no corpo social.

Outra contribuição para consolidar a sociedade de consumo é o chamado empréstimo consignado. Trata-se de contrato de mútuo feneratício que impõe a sua onerosidade mediante a cobrança de juros e outros encargos. Essa modalidade negocial estipula o desconto da prestação diretamente na folha de pagamento ou no benefício previdenciário do tomador do serviço, com longo prazo para quitação da dívida. Inclusive, há casos de oferecimento de crédito ao consumidor com a dispensa de prévia consulta aos bancos de dados de proteção ao crédito.

Embora o CDC aborde a proteção contra a prática da publicidade enganosa e abusiva, a influência das narrativas midiáticas na constituição do estereótipo da sociedade contemporânea culmina no endividamento excessivo dessa emergente classe média, potencialmente mais vulnerável àquelas narrativas, que trata o consumo como verdadeiro fetiche e forma de inclusão social. Essa ingerência assume tal proporção atualmente, que alcança todas as classes sociais, da mais baixa à mais alta, pois o consumismo é um fenômeno universal.

A Economia Comportamental constitui corrente de pensamento que almeja evidenciar os processos cognitivos influenciadores do comportamento humano, observando-o no mundo real. Por meio dessa observação, foi possível identificar que os agentes econômicos apresentam limitações ao exercício da plena racionalidade dos consumidores na tomada de decisão, ou seja, há uma racionalidade limitada. A importância dessa constatação para o estudo do direito do consumidor é evidente, pois, no modelo brasileiro, o consumidor é tido como agente econômico vulnerável¹⁵. É feita a análise do proces-

ram do crédito e consumiram além das possibilidades da sua renda [...]” (LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 34).

14 Na atual conjuntura, o conceito de cidadania não pode ficar restrita àquele indivíduo que está no exercício de seus direitos políticos. José Geraldo Brito Filomeno destaca: ‘A cidadania’ não significa apenas, consoante raiz latina, a qualidade daquele que detém ‘direitos políticos’, mas de quem participa das decisões procurando transformar uma realidade’. (FILOMENO, José Geraldo Brito. Consumidor e cidadania. Agente político e econômico. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor* v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p. 240)

15 Segundo Amanda Flávio de Oliveira e Felipe Moreira dos Santos Ferreira: “[...] Ao confirmar e demonstrar as limitações humanas no processo de tomadas de decisões, cujas conclusões podem ser aplicadas, perfeitamente, ao processo de tomada de decisão de consumo, a Economia Comportamental reforça e explica o princípio, adotado por essas legislações, de vulnerabilidade do consumidor. [...] Propõe-se, com isso, que a Economia Comportamental seja aplicada ao direito do consumidor tanto em seu aspecto *descritivo*, com o fim de entender o comportamento dos consumidores e seus erros sistemáticos cometidos no mercado; como também em seu aspecto *normativo*, com vistas a auxiliar na elaboração de normas e de políticas públicas [...]” (OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão: uma abordagem a partir da Economia Comportamental. *Revista de Direito do Consumidor* n. 81, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.23-24). (“destaque do original”).

so de tomada de decisões pelo consumidor: reconhecimento do problema, busca de informações, formação de um conjunto de considerações, avaliação das alternativas, escolha/compra e processo pré-escolha ou pós-compra.

O consumo e o crédito são duas faces da mesma moeda. Muitas vezes, há a necessidade do crédito para que ocorra o consumo. Com isso, a produção aumenta e a economia é ativada. O endividamento do consumidor, embora seja fator individual, repercute socialmente, pois a elevação do inadimplemento ocasionará a alta das taxas de juros. A concessão desmedida de crédito tem seus perigos. No Brasil, não existe legislação específica para essa situação, como há a recuperação judicial e extrajudicial para a pessoa jurídica. O instituto da insolvência civil, presente no CPC/1973, não era instrumento utilizado rotineiramente¹⁶. Desse modo, diante da existência de todos esses fatores, é inegável a necessidade de se proteger efetivamente o consumidor com uma política intervencionista mais acentuada.

| 1.1 A base principiológica e constitucional do CDC

1.1.1 A principiologia do CDC

Para analisar a essência do CDC, devemos considerar os valores da liberdade, da igualdade e da justiça. É inquestionável que, no estado de coisas atual, o ser humano deva ser livre. Ao mesmo tempo, há necessidade de tratamento igualitário das pessoas, respeitada a singularidade delas. Esses valores não são absolutos. Por sua vez, a justiça, que apresenta inúmeras faces, deve ser analisada, na ótica do CDC, sob o aspecto da justiça distributiva ou justiça atributiva.

Em relação à liberdade, esta é explicada por meio de três itens: os agentes, as restrições ou os limites dos agentes que sejam livres e o motivo pelo qual estão livres ou não¹⁷. Há a possibilidade de se restringir a liberdade do indivíduo excepcionalmente; contudo, essas hipóteses devem ser justificadas. Existem dimensões para a liberdade, e a este estudo interessa o seu recorte em negativa e positiva. O princípio da legalidade previsto como direito e garantia fundamental no artigo 5º, II, da CF pode ser visto, na linguagem jurídica, como liberdade negativa, na medida em que não obriga o indivíduo a fazer alguma coisa

em virtude da ausência de lei, ou seja, abre-se a possibilidade de ele não fazer¹⁸. A liberdade positiva está atrelada à ideia de autonomia e de “uma qualificação da vontade”¹⁹.

A autonomia da vontade, segundo a capacidade de autodeterminação, possui especial relevo na relação contratual de consumo. O CDC, atendendo à diretriz constitucional de valorização da pessoa humana, estabeleceu uma política estatal intervencionista na esfera privada, com vistas à tutela do consumidor²⁰. Essa atuação do Estado na liberdade positiva do consumidor alterou o paradigma do liberalismo—que assegurava às partes a liberdade de contratar e sua vinculação ao contrato, ao redesenhar a nova principiologia da autonomia privada, calcada na visão social do Estado provedor—, o qual se completa na busca da igualdade.

Para a compreensão da igualdade na linguagem política, é necessário responder a duas perguntas: “a) igualdade de quem; e b) igualdade em quê?”²¹. No âmbito jurídico, a igualdade é tratada constitucionalmente, no sentido indeterminado de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º, *caput*), ou seja, há tratamento equânime para todos²². Essa visão generalista da igualdade desencadeia várias incertezas no mundo jurídico, razão pela qual é mais difundida a ideia de que os iguais devem ser tratados de maneira igual, e os desiguais, de maneira desigual. A aspiração por igualdade é vista não como fim em si mesma, mas como marco inicial a partir do qual se passará ao ponto seguinte, de identificar os iguais e os desiguais²³.

18 Norberto Bobbio destaca a liberdade negativa em um viés político: “[...] Por *liberdade negativa*, na linguagem política, entende-se a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos. [...]” (BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2002. p.48). (“destaque do original”).

19 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2002. p.53.

20 Adolfo Mamoru Nishiyama vislumbra na intervenção estatal de proteção consumidor uma liberdade pública em sentido amplo, que se caracteriza por uma prestação positiva por parte do Estado: “[...] O artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, prescreve que ‘o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor’. Verifica-se aqui que a esfera de atuação do Poder Público está no campo das liberdades positivas. O que se exige é uma atuação estatal, e não sua abstenção. O consumidor é reconhecidamente a parte mais vulnerável da relação de consumo, necessitando da proteção do Estado. Somente com a participação do Estado, o direito do consumidor poderá ser efetivado”. (NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 62).

21 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2002. p.12.

22 Hans Kelsen ressalta: “A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres”. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 158).

23 Celso Antônio Bandeira de Mello, partindo desta visão de igualdade, sustenta a necessidade de que seja realizado o seguinte questionamento: “Quem são os iguais e quem são os desiguais?”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 11).

16 O CPC vigente não reproduz o capítulo da insolvência civil existente no CPC/1973.

17 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 247-248.

A juridicidade para o *discrímén* é analisada e justificada de acordo com as peculiaridades de cada caso. Em algumas hipóteses, a própria lei dispensa tratamento desigual a determinadas categorias de pessoas em relação à profissão, ao cargo, ao estado, ao gênero, dentre outros. Nesses casos, o questionamento passa a ser os critérios utilizados para a diferenciação e a racionalidade na tomada de decisão, pois o princípio da igualdade atua como filtro para inibir discriminações injustificadas e arbitrárias²⁴.

A efetivação da igualdade no campo jurídico tem por escopo evitar favorecimentos e perseguições a determinadas pessoas ou a categorias de pessoas. A lei, geral e abstrata, apresenta situações hipotéticas que tendem a ser reproduzidas de imediato e no futuro. Há violação ao princípio da igualdade, quando se trata determinada situação de modo individualizado, com o firme propósito de favorecimento. Entretanto, não se mostra desigual um enunciado normativo que destaque certo grupo da sociedade para, em condições específicas e predeterminadas, atribuir-lhe privilégios na busca da igualdade material, observados os valores vigentes em certo momento histórico.

Apesar de não ser tratada de forma unânime na doutrina constitucional, a igualdade assume dupla dimensão: igualdade perante a lei e igualdade na lei²⁵. A igualdade perante a lei possui direta vinculação com a igualdade formal ou jurídica, prevista de forma genérica no citado artigo 5º, *caput*, da CF²⁶. Essa dimensão detém cunho mais negativo,

de abstenção do Estado. A igualdade na lei apresenta vínculo direto com a igualdade material ou substancial, que atua como critério compensatório de desigualdades²⁷.

No CDC, a igualdade material é justificada pela vulnerabilidade²⁸ do consumidor no mercado de consumo. A CF prevê a proteção do consumidor como direito fundamental e, de forma legítima, assegura tratamento desigual para o sujeito ativo dessa relação jurídica. Nesse plano, a dimensão da igualdade substancial é entendida como a busca da solução justa para o caso concreto – ou seja, vale-se do critério da equidade para situações pontuais –, a qual guarda estreita relação com a igualdade e com a justiça.

A ideia de justiça como equidade²⁹ reflete a concepção genérica de justiça social com base na igualdade existente na teoria clássica do contrato social³⁰ e a existência de dois princípios. O primeiro retrata que “[...] cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas”. O segundo remete a que: “[...] as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo, que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos”³¹.

Apesar das críticas existentes, essa corrente é referencial teórico no desenvolvimento das teorias da justiça. É importante ressaltar o vínculo da ideia de justiça com as de liberdade e igualdade. A igualdade absoluta não se sustenta nos dias atuais: as desigualdades entre os indivíduos existem e devem ser combatidas pelo Estado. Nesse cenário, surge a justiça distributiva como mecanismo para melhor equacionar essas disparidades, notadamente nos países em que estas se mostram mais acentuadas. Como ponto

24 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “[...] as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. E enumera os critérios a serem avaliados: “[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.17, 21-22). (“destaque do original”).

25 Esta dupla dimensão da igualdade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Mandado de Injunção n. 58, cujo acórdão foi relatado pelo Ministro Celso de Mello: “[...] Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios, sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI 58/DF*. Plenário. Requerentes: Aírton de Oliveira e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 14 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81737>. Acesso em: 1 dez 2015).

26 Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda ressalta que do conteúdo da igualdade perante a lei é possível extrair duas funções: “[...] (1) regular a feitura das leis, o direito *in fieri* submetendo-se à exigência de ser igual para todos; (2) quanto ao direito já feito, a) servir, ou de regra de interpretação, no caso da dúvida, ou como preceito que autoriza recorrer-se à analogia, b) se fonte de direito, em si mesmo, preenchendo as lacunas das leis anteriores ou posteriores à sua ação; c) ser regra de direito intemporal e de ordem pública, d) servir de regra de exegese ou interpretação da própria Constituição, e) ser fundamento de outros princípios (e.g., igual acesso aos cargos públicos), só ou em conjunção com outros direitos fundamentais”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 623-624).

27 Jefferson Carús Guedes formulou um conceito de desigualdade: “Desigualdade é diferenciação entre termos comparados [...] Diz-se jurídica a desigualdade que recebe atenção ou consideração do direito, que é identificada pela norma jurídica ou é observada e merece correção”. (GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade. Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 197).

28 O conceito de vulnerabilidade, de forma geral, “[...] está associado à dificuldade para controlar as forças que moldam o destino pessoal ou para se defender dos efeitos negativos que as mesmas forças produzem sobre o bem-estar; resulta do desencontro ou assincronias entre os desejos de acesso às oportunidades oferecidas pelo Estado, mercado, sociedade, e o sucesso no aproveitamento dessas oportunidades”. (GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade. Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.187).

29 Essa ideia foi abordada de forma inicial por John Rawls: “A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas”. (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.p.4).

30 O ideal surge da premissa de que os indivíduos, na elaboração do contrato social, deveriam se abster de seus preconceitos, posição social, convicções políticas, econômicas, culturais, dentre outras singularidades. (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 166).

31 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.73.

de início para essa discussão, parte-se da premissa de que somente deve ser distribuído ou compartilhado aquilo que é comum, e a busca do que seja esse bem comum repousa na necessidade de se inculcar na sociedade o espírito da solidariedade³².

Ao analisar o mercado de consumo, percebe-se que há benefícios e males comuns. Na atual conjuntura, o fornecedor é quem dita as regras. Em contrapartida, como critério distributivo³³, o CDC internaliza os riscos dos fornecedores e amplia sua responsabilidade civil. Com a mesma finalidade, pode-se vislumbrar esse caráter distributivo nos conceitos de consumidores equiparados, pois o CDC visa alongar a base de proteção ao consumidor. No campo do direito processual civil, o ônus da prova assume pontual diversidade em relação à regra traçada pelo CPC, o que também pode ser visto como mecanismo de justiça distributiva. Esses pontos extraídos da legislação de defesa do consumidor denotam a existência da finalidade de aplicar a justiça distributiva a esse microssistema autônomo.

1.1.2 A base constitucional do CDC

De modo direto, a CF prevê a proteção do consumidor como direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII) e como princípio geral da atividade econômica (artigo 170, inciso V), pois, neste caso, o consumo está atrelado à economia como último estágio do processo produtivo. Além do mais, o ADCT, em seu artigo 48, determinou ao Congresso Nacional a elaboração de um código de defesa do consumidor no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da promulgação da CF, o que foi realizado dois anos depois com o advento da Lei n. 8.078/1990.

Antes de adentrar nos dispositivos constitucionais direcionados especificamente à proteção do consumidor, é importante analisar a dignidade humana como critério sistemático e interpretativo de todo o ordenamento jurídico. A dignidade humana preexiste ao direito

e deve ser vista como valor ligado à moral. Historicamente, ao longo do século XX e, notadamente, após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 previu, logo em seu artigo 1º, a liberdade das pessoas e sua igualdade em termos de dignidade e direitos. A partir de então, a previsão passou a figurar nas legislações de diversos países e, no Brasil, veio a ser consagrada na CF de 5 de outubro de 1988.

A dignidade humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e está prevista no artigo 1º, inciso III, da CF como meta política³⁴. Apesar de constar expressamente no texto constitucional, o seu conteúdo carece de definição³⁵. A mudança de paradigma apresentada por essa nova ordem, com a alteração do foco patrimonialista para a base humanista, leva à conclusão de que a dignidade humana é o centro irradiador de todo o sistema jurídico, ou seja, é cláusula geral de tutela da pessoa humana³⁶.

Malgrado o inegável avanço de instituir um pacto de convivência coletiva baseado nessa visão antropocentrada, a ausência de definição jurídica de dignidade humana implica a necessidade de buscar algumas direções em outras áreas do conhecimento. A sociedade complexa vivenciada nos dias atuais demanda, ao menos, algumas bases para a aplicação do conceito de dignidade humana. Caso contrário, não se atingirá o real objetivo de prioridade da tutela da pessoa humana e correr-se-á o risco de se esvaziar sua força normativa, pois cada ser humano é dotado de individualidade que o difere das demais pessoas³⁷. Essa necessidade ganha contornos ainda mais expressivos em um país como o Brasil, em razão de seu extenso território e da grande desigualdade

32 Michael J. Sandel vislumbra na busca pelo bem comum a necessidade de se reconstruir a virtude cívica e esse objetivo seria primordial até mesmo em relação ao problema da distribuição de renda: “[...] Uma política do bem comum teria como um de seus principais objetivos a reconstrução da infraestrutura da vida cívica. [...] Se nos voltarmos para as consequências cívicas da desigualdade e para as maneiras de revertê-las, podemos encontrar soluções políticas que as discussões sobre a distribuição de renda não encontram. Isso também ajudaria a enfatizar a relação entre a justiça distributiva e o bem comum”. (SANDEL, Michael J.) *Justiça — O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 8ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 328-329).

33 Segundo José Reinaldo de Lima Lopes: “É preciso postular que há algo comum a ser distribuído. Postulo, nesse sentido, que o que há de comum a ser distribuído são os agregados dos ônus e os benefícios do consumo. Se a produção em massa gerou benefícios que durante quase dois séculos foram concentrados e centralizados nas unidades produtivas — com o beneplácito do ordenamento jurídico e de seus intérpretes —, o direito do consumidor pretende interferir nessa tendência. (LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor* v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p. 251).

34 Luís Roberto Barroso vislumbra uma dupla dimensão da dignidade humana: “[...] uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. A primeira dimensão é por si mesmo inviolável, já que o valor intrínseco do indivíduo não é perdido em nenhuma circunstância; a segunda pode sofrer ofensas e violações”. (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 61-62).

35 Ingo Wolfgang Sarlet apresenta o seguinte conceito de dignidade da pessoa humana: “[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73). (“destaque do original”).

36 MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.111.

37 Hannah Arendt, ao tratar da condição humana, assevera: “[...] A pluralidade é a condição da ação humana porque somos todos iguais, isto é, humanos, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá”. (ARENDR, Hannah. *A condição humana*. 12ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p.10).

social. Além do mais, o conceito de dignidade humana varia no tempo e de acordo com os critérios culturais de cada localidade.

A base material da dignidade parte das premissas da igualdade, do respeito à integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade³⁸. A sua efetivação funciona, muitas vezes, como critério de interpretação sistemática, que orienta a ponderação de princípios e a aplicação das regras jurídicas. Outrossim, a dignidade humana possui o papel de atuar como fonte de direitos nos casos em que não há direito específico.

A atipicidade das situações em que há a tutela da dignidade humana é inegável; todavia, deve ser observada a impossibilidade de se aplicar diretamente o postulado sem a necessária vinculação ao direito fundamental respectivo, pois a dignidade humana não é valor absoluto no ordenamento jurídico e não deve ser tratada autonomamente. Pode-se dizer que a dignidade humana não é um direito fundamental em si, senão deveria ser ponderada com os demais direitos fundamentais espalhados pela CF, o que inviabilizaria a ideia do sobreprincípio.

No caso da proteção do consumidor, como há um direito fundamental específico (artigo 5º, inciso XXXII), a dignidade humana funciona simultaneamente como fonte e objetivo da relação jurídica entre o consumidor e o fornecedor, porquanto aquele possui tutela preferencial³⁹. Com base nessa diretriz constitucional, o CDC prevê expressamente, no artigo 4º, *caput*, o respeito à dignidade do consumidor como meta da Política Nacional de Relações de Consumo⁴⁰, com vistas a estabelecer a obediência do Estado e do particular aos direitos dos consumidores no mercado de consumo.

38 Maria Celina Bodin de Moraes destaca quatro postulados: “[...] i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros sujeitos como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado”. (MORAES, Maria Celina Bodin. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.120).

39 Consoante o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes: “Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros”. (MORAES, Maria Celina Bodin. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.119).

40 O CPC prevê expressamente a dignidade da pessoa humana como norma fundamental do processo civil: “Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*, Código de Processo Civil, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 fev 2016.

Embora o CDC preveja expressamente a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como consumidora na relação de consumo, o axioma da dignidade é inerente ao ser humano e deve ser analisado em cotejo com o direito fundamental de proteção do consumidor⁴¹. Relativamente ao consumidor pessoa jurídica, a CF assegura-lhe proteção como princípio conformador da atividade econômica do Estado e da livre iniciativa⁴².

1.1.3 A defesa do consumidor como direito fundamental

A CF visa a ordenar determinada realidade política e social, razão pela qual é possível afirmar que as disposições ali contidas devem manter vínculo de coordenação com a conjuntura social em certo momento histórico. Quanto mais próxima dos aspectos sociais dominantes, maior será a força normativa da constituição⁴³. Nesse contexto de retratar as aspirações políticas, sociais e econômicas, a CF elevou a proteção do consumidor à condição de direito fundamental e reconheceu o que já se sustentava em outros países: na sociedade de consumo, aquele que se posta em situação de desvantagem deve receber tratamento diferenciado.

Ao mesmo tempo em que se assegura a força normativa da Constituição para a salvaguarda dos direitos fundamentais, é importante observar que, nesse núcleo duro, está implícita a vedação ao retrocesso em virtude do avanço, cada vez maior, na produção em série de produtos e serviços. Há necessidade de manter o que foi conquistado e, concomitantemente, de buscar atualizações que se mostrem adequadas a determina-

41 Bruno Miragem entende possível a aplicação do direito fundamental de proteção ao consumidor também à pessoa jurídica em determinada hipótese: “A referência legal à pessoa jurídica como consumidora, nessa perspectiva, só se justifica quando sob a forma de pessoa jurídica estiver presente, de forma imediata, a necessidade do consumo de um ser humano, titular do direito à essa sua dimensão da existência. Nestes casos, embora *juridicamente* se apresentem sob a forma de pessoa jurídica, *faticamente* estão procurando viabilizar a satisfação de necessidades propriamente humanas”. (MIRAGEM, Bruno. *O direito do consumidor como direito fundamental — Consequências jurídicas de um conceito*. *Revista de Direito do Consumidor* n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 124). (“destaque do original”).

42 Este é o entendimento de Cláudia Lima Marques: “Parece-me, pois, que o intérprete e o aplicador da lei, em especial do CDC, devem ter em conta esta valoração constitucional e sua hierarquia implícita: para as pessoas físicas, o direito do consumidor é um direito fundamental, sendo que o cidadão pode exigir proteção do Estado para os seus novos direitos subjetivos tutelares. Trata-se de um privilégio, uma garantia, uma liberdade de origem constitucional, um direito fundamental básico. Para todos os demais agentes econômicos, especialmente para as pessoas jurídicas, o direito do consumidor é apenas um sistema limitador da livre iniciativa do *caput* do art. 170 da CF/1988, sistema orientador da ordem econômica constitucional brasileira [...]”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.399).

43 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p.20.

do contexto fático, tal como vem ocorrendo com o CDC acerca do superendividamento e do comércio eletrônico, dentre outros⁴⁴.

A CF consagrou o consumidor como titular de um direito subjetivo público⁴⁵, e o Estado, como destinatário desse direito fundamental⁴⁶. Ao mesmo tempo, instituiu, no ordenamento jurídico, a visão social do direito privado, pois os contratos, a propriedade e outros institutos passaram a ter como referência a pessoa humana e sua dignidade. É superada a função exclusivamente individual dos negócios jurídicos vivenciada no Estado liberal, a qual primava pela autonomia da vontade e pela ausência de regulação do mercado pelo Estado.

Essa “alteração qualitativa de *status*”⁴⁷ consagra a proteção do consumidor como valor fundante do ordenamento jurídico, e toda interpretação da legislação infraconstitucional deve partir dessa ideologia. A defesa do consumidor vincula a relação do Estado com o particular e com a relação entre os particulares na chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A aplicação da proteção ao consumidor no direito privado ganha contornos cada vez mais ativos como mecanismo redutor das desigualdades, pois o fato de prever o Estado como destinatário direto também vincula os particula-

res.⁴⁸ No caso da relação jurídica de consumo, diante de uma situação de desigualdade do consumidor, a vinculação desse direito fundamental é direta e imediata⁴⁹.

Os direitos fundamentais estão associados a direitos de prestação e a direitos de defesa. Estes resguardam o cidadão da interferência do Estado em sua liberdade, enquanto aqueles impõem ao Estado a incumbência de assegurar meios materiais para sua efetivação, geralmente atrelados aos direitos sociais. Há também uma dimensão negativa nos direitos sociais como forma de não intervenção ilegítima do Estado e do particular nesses direitos⁵⁰. De qualquer forma, a proteção do consumidor é vista como direito fundamental de prestação por parte do Estado.

1.1.4 A defesa do consumidor na ordem econômica

Na atual conjuntura, independentemente do grau de riqueza ou de pobreza financeira do consumidor, na relação jurídica, este irá se submeter ao desejo dos fornecedores. Como exemplo, pode ser mencionada a pessoa que investe sua fortuna em ações: ainda que detenha o controle delas, não deixa de se submeter às regras dos fornecedores do serviço e às do próprio mercado⁵¹.

A ordem econômica assim como a ordem jurídica são parcelas da ordem pública. No sistema capitalista, os mercados almejam o maior lucro possível, razão pela qual de-

44 O Relatório-Geral da Comissão de Juristas de Atualização do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da proibição do retrocesso no capítulo referente aos fundamentos éticos, econômicos e teórico-práticos para a atualização, assim argumentou: “Se o progresso, como ideia-chave da modernidade e do próprio processo civilizatório, exerce uma dominação irresistível – um dogma, até –, nas instituições políticas e no instrumental jurídico que lhe dão suporte, a ponto de considerar, por razões evidentes, uma aberração a mera hipótese de queda nos padrões de renda, emprego e consumo da população (o pecado do declínio), nada mais justo que os controles legislativos e mecanismos de salvaguarda da integridade físico-psíquica e patrimonial do consumidor também se beneficie desse ‘caminhar somente para a frente’”. (BENJAMIN, Herman; MARQUES, Cláudia Lima. Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* n.92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 316).

45 Fábio Konder Comparato, de forma diversa, entende que esta previsão constitucional não criou nenhuma pretensão do particular contra o Estado, mas sim a necessidade de se criar uma política pública direcionada que não se reduza à elaboração de normas. (COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*. v.II. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p. 185-186).

46 O STF reconheceu a força normativa do direito fundamental de proteção do consumidor no julgamento da ADI 2591: “[...] O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078, de 1990, encontra fundamento, portanto, na Constituição, regula ele um princípio constitucional – a defesa do consumidor – e foi editado por expressa determinação constitucional – ADCT, art. 48 – que fixou prazo ao legislador ordinário para a sua elaboração. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 2591. Plenário. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro- CONSIF. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator para o acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 7 de junho de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em: 3 dez 2015

47 Bruno Miragem vislumbra uma “alteração qualitativa de *status*” e prevê um mínimo e um máximo de sua aplicação: “[...] No mínimo, estabelecendo-se como preferenciais em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional. No máximo, determinando providências concretas para sua realização [...]” (“destaque do original”). (MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental – Consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor* n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p.112) (“destaque do original”).

48 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.I. Revista dos Tribunais: 2011. p.261.

49 Ingo Wolfgang vislumbra na eficácia da norma definidora de um direito fundamental a possibilidade de gerar os respectivos efeitos jurídicos. Entende que, na relação jurídica entre particulares que fique evidenciada uma situação desigual, o que ele denomina de poderes privados, há a eficácia direta dos direitos fundamentais: “Se mesmo entre Estados desenvolvidos e que, de fato, assumem (em maior ou menor grau) as feições de um Estado social e democrático de Direito já se aceita – inobstante as ressalvas já referidas – que na relações cunhadas pela desigualdade, o particular mais ‘poderoso’ encontra-se diretamente vinculado aos direitos fundamentais de outro particular (embora ambos sejam titulares de direitos fundamentais), mais ainda tal vinculação deve ser reconhecida na ordem jurídica nacional, onde, quando muito, podemos falar na previsão formal de um Estado Social que, de fato, acabou sendo concretizado apenas para uma diminuta parcela da população [...]”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.I. Revista dos Tribunais: 2011. p. 275).

50 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.18.

51 COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante capítulo do Direito Econômico. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p. 169.

vem ser vistos pelo Estado também como instituições jurídicas, para que ocorra a regularidade e a previsibilidade de comportamentos⁵².

Desse modo, a intervenção estatal na ordem econômica se dá no âmbito da propriedade privada e da liberdade contratual, e o contrato constitui instrumento da política pública econômica⁵³. Não há contradição entre a liberdade de iniciativa e a intervenção do Estado na economia para a proteção do consumidor, pois aquela é direcionada para a empresa e pode ser vista sob a ótica da liberdade de comércio e da liberdade de concorrência⁵⁴. Contudo, não pode mais ser dotada do caráter individualista de outrora, mas sim de interpretação social.

1.2 O CDC como norma de ordem pública

O CDC prevê, no artigo 1º, que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e de interesse social⁵⁵, o que torna esse microsistema uma legislação de maior amplitude e sobreleva o interesse da sociedade em detrimento do interesse particular, ao refletir uma exigência constitucional. Assim, confere-se às normas caráter preferencial⁵⁶, e elas são incluídas no restrito rol das normas ditas de sobredireito: apesar de se encontrarem na mesma hierarquia das leis ordinárias, apresentam estrutura legal diferenciada.

52 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.30.

53 Como assinala Eros Roberto Grau: “[...] Os contratos, então, se transformam em condutos da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se contêm nos limites do Direito Civil: preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social, passam a ser sobre eles apostos”. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.93).

54 Ana Paula Martínez aponta que para se atingir o ideal de soberania do consumidor diante da proteção da concorrência são necessários dois elementos: “(i) existência de opções efetivas de escolha proporcionada pela concorrência; e (ii) possibilidade dos consumidores escolherem livremente entre estas opções”. (MARTÍNEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. *Revista de Direito do Consumidor* n. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.12)

55 Segundo o entendimento de Nelson Nery Jr: “Ser de interesse social (CDC, art. 1º) significa, em termos práticos, que o MP terá participação obrigatória em todas as ações coletivas sobre lides de consumo, encontrando-se legitimado para defender, em Juízo, os direitos individuais homogêneos (CDC, art. 81, parágrafo único, inciso III) do consumidor, pois, como de interesse social *ex lege* (CDC, art. 1º), essa defesa atende a finalidade institucional do MP (CF, art. 127, *caput* – “[...] interesses sociais e individuais indisponíveis”, como autorizado pela CF, art. 129, inciso IX”. (NERY JR. Nelson. Visão sobre a principiologia do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado* ano XXXI n. 114. São Paulo: AASP, 2011. p. 99).

56 Bruno Miragem vislumbra este atributo preferencial da norma de ordem pública e formula um conceito jurídico para este instituto: “O conteúdo do conceito jurídico de difícil definição – ordem pública – vai estar vinculado – e nesse sentido o preceito do art. 1º do CDC – aos princípios superiores que dão forma e substância ao ordenamento. Noutros termos, são o núcleo de interesses essenciais de uma ordem jurídica, que encerram uma série de elementos políticos, sociais, morais e jurídicos, denotativos de uma compreensão de mundo [...]”. (MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental – Consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor* n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 126 e 128). (“destaque do original”).

1.2.1 A ordem pública

A ordem pública carece de definição no ordenamento jurídico. O conceito é subjetivo, fluido e mutável no tempo e no espaço⁵⁷, desse modo, há necessidade de ater-se à situação fática em que o Estado faz prevalecer a vontade da coletividade com fundamento na Constituição e nas leis. A ordem pública é elemento de reação, de duração e de continuidade do Estado⁵⁸, é o “conjunto de regras que protegem os indivíduos e as instituições [...]”⁵⁹.

Etimologicamente, “ordem” vincula-se a relação. A partir desse ponto, podem ser avaliados os seus elementos: “a) a pluralidade e diversidade de entes; b) o fim comum; c) as relações ou vinculações entre aqueles; d) as leis, normas ou critérios que indicam a ordem; e) a fonte dessas regras ordenadoras”⁶⁰. É importante destacar que a ordem pública jurídica integra o conceito de ordem pública, também abarcada pela ordem pública filosófica, econômica, política, moral, dentre outras. O bem comum almejado por essa ordem geral decorre de esforço conjunto, ou seja, da soma dos bens individuais que serão afetados por determinada decisão⁶¹. O conceito de bem comum, assim como o de ordem pública, é permeado de alta carga valorativa.

O bem comum, em uma concepção moderna, dificilmente pauta as ações coletivas. A pequena comunidade, de política homogênea e consensual, é inviável na sociedade complexa e pluralista dos dias atuais. Diante dessa situação, praticamente todas as teorias do bem comum especificam a justiça como um dos bens comuns cruciais, em especial a justiça distributiva, pois seus princípios podem funcionar como pontos de partida nas discussões sobre o bem geral e as políticas públicas⁶². Sob essa ótica, o CDC pode ser visto como instrumento de busca do bem comum.

57 Jacob Dolinger, ao tratar das características da ordem pública, aborda sua relatividade/instabilidade, contemporaneidade e a existência de um fator exógeno. Quanto a este último, assevera que a ordem pública não é inerente a uma norma jurídica específica, pois decorre de uma realidade externa. (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 397-403).

58 HAURIUO, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 18.

59 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, Liberdade e Igualdade*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 381.

60 VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução Susana Elena Dalle Mura. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.192.

61 VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução Susana Elena Dalle Mura. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 195.

62 DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 474.

1.2.2 A ordem pública jurídica e as normas de ordem pública

A ordem jurídica interna necessita que se assegure a determinadas normas o caráter de ordem pública como forma de admitir a intervenção do Estado nas relações entre particulares. A ordem pública também deve ser observada no plano internacional como forma de o Estado brasileiro impedir, em regra, a aplicação de leis estrangeiras ou a execução de sentenças de tribunais de outros países em nosso território. A distinção não implica dizer que há mais de uma ordem pública em determinado Estado, mas sim que existem níveis de aplicação dela dentro dessa unicidade⁶³.

A ordem pública jurídica interna é a sistematização do ordenamento baseada nos princípios ditados pela ordem pública⁶⁴. Com base nessa concepção, os deveres estipulados podem ser exigidos coercitivamente, o que não implica dizer que a lei é a única fonte da ordem pública⁶⁵. O fato de uma norma ser qualificada como de ordem pública não decorre simplesmente da imposição do legislador. Para obter esse atributo, a norma deve contar com determinado cunho ideológico que, previamente, demonstre sua real importância para a sociedade, ou seja, deve ser dotada de função social. Há a clássica dicotomia entre as normas cogentes e as normas dispositivas no que diz respeito à sua imperatividade. Aquelas não admitem intervenção da vontade das partes, ao passo que a estas é permitido dispor, de forma diversa, do que foi firmado previamente em lei⁶⁶.

63 A doutrina brasileira do direito internacional privado diverge sobre a existência desta dicotomia da ordem pública. Neste ponto, vale citar a doutrina de Elmo Pilla Ribeiro, a qual defende a existência da unicidade da ordem pública: "Em realidade, uma coisa é ordem pública no domínio das relações ou situações fácticas de natureza privada, cujos elementos estão em contacto somente com a ordem jurídica do aplicador da lei. Trata-se de um limite posto pelo legislador ao poder de pactuação das partes; e, estando cristalizada em regras de direito positivo (direito cogente), é um conceito de natureza eminentemente legal. Algo totalmente diverso é a ordem pública no sentido do Direito Internacional Privado e que atua na esfera dos fatos em cujo bojo exista pelo menos um elemento estrangeiro, cuja regulação constitui objeto daquela disciplina jurídica [...]". (RIBEIRO, Elmo Pilla. *O princípio da ordem pública em Direito Internacional Privado*. Porto Alegre: [s.ed.], 1966. p. 73-74).

64 Carlos Young Tolomei destaca a importância da positividade da ordem pública: "[...] que a ordem pública só pode alcançar os resultados exigidos pela comunidade se for garantida pela ordem pública positiva. Do contrário, um sistema de ação não positivado poderia gerar total insegurança, pois são as inafastáveis regras sociais que disciplinam o comportamento individual, compatibilizando-o com as expectativas do grupo[...]". (TOLOMEI, Carlos Young Tolomei. *A Proteção do Direito Adquirido sob o Prisma Civil-Constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005. p. 225).

65 VICO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução Susana Elena Dalle Mura. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.202.

66 Maria Helena Diniz define as normas de ordem pública como "[...] as que ordenam ou proíbem alguma coisa (obrigação de fazer ou não fazer) de modo absoluto. As que determinam, em certas circunstâncias, a ação, a abstenção ou o estado das pessoas, sem admitir qualquer alternativa, vinculando o destinatário a um único esquema de conduta. [...] A imperatividade absoluta de algumas normas é motivada pela convicção de que determinadas relações ou estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos para a sociedade. As normas impositivas tutelam interesses fundamentais, diretamente ligados ao bem comum, por isso são também chamadas de 'ordem pública[...]'". (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e a Aplicação do Direito*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.409).

1.2.2.1 As normas de ordem pública e o direito privado

As normas "[...] não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos"⁶⁷. Não há, necessariamente, relação de interdependência entre o dispositivo e a norma, pois esta pode existir sem aquele, tal como ocorre com o princípio da segurança jurídica. As chamadas leis de ordem pública podem ser de direito público ou de direito privado⁶⁸. Atualmente, a comunicação entre as esferas do direito público e do direito privado é fenômeno inevitável, e a vetusta separação do direito em ramos assume somenos importância. Os paradigmas que a embasavam sofreram mudanças, e o direito privado moderno e a autonomia da vontade não mais convivem com a desigualdade entre as partes, pois o caráter distributivo desponta, notadamente, nas normas que evidenciam assuntos sensíveis ao interesse público⁶⁹.

A ordem pública jurídica é construída basicamente pela interpretação dos fundamentos e objetivos da CF. Hodiernamente, a interpretação do direito privado à luz dos valores constitucionais e por meio da aplicação direta de seus princípios constitui diretriz que deve ser observada pelos operadores do direito⁷⁰. No direito do consumidor, a proteção deste decorre de mandamento constitucional, e toda a disciplina infraconstitucional deve partir dessa previsão como direito fundamental, com vistas à adequação do caso concreto a essa particularidade.

67 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.30-31.

68 Além do CDC, há leis de ordem pública no direito de família e também em outros temas relacionados ao direito privado.

69 LORENZETTI, Ricardo Luis. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. *Revista de Direito do Consumidor* n.68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.214. O mesmo entendimento é apresentado por Vicente Ráo: "[...] Ora, para se alcançar esse resultado, preciso é recorrer-se a uma força superior a todos, ou seja, à força do Estado; e se esta força intervém nas relações privadas, o direito privado não pode deixar de ceder o passo às regras do direito público. A publicização é, pois, o meio de tornar social o direito". (RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. v. I. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 221).

70 Ressalta Gustavo Tepedino que há uma alteração qualitativa da autonomia privada: "[...] Para o hipossuficiente, com efeito, a igualdade formal mostra-se cruel, sendo-lhe motivo de submissão ao domínio da parte preponderante. Daí voltar-se a ordem pública para a investigação das singularidades da pessoa humana. O alvo de atenção do legislador não é mais o sujeito de direito mas os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes e assim por diante. O homem em seu próprio contexto irá avocar e determinar a normativa mais condizente com suas necessidades existenciais [...]". (TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *Revista de Direito do Estado* n.7. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 77-78).

No âmbito desse microsistema protetivo, prevalece que as normas de ordem pública detêm a marca da inderrogabilidade pela vontade das partes⁷¹. A limitação da vontade das partes confirma a incidência do interesse público impregnado nas normas de ordem pública. No âmbito processual, é defendido por parte da doutrina consumerista que, por se tratar de norma de ordem pública, o juiz deve analisar de ofício a abusividade das cláusulas contratuais, sem pedido expresso do consumidor.

1.2.2.2 A problemática acerca do CDC como norma de ordem pública e o Enunciado n. 381 das súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

O Enunciado n. 381 das súmulas do STJ assim dispõe: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”⁷². A orientação da jurisprudência decorreu do julgamento de incidente de recurso repetitivo no ano de 2008, que reconheceu, dentre outras coisas, a vedação aos juízes do Primeiro e do Segundo Grau de julgarem, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas contratuais nos contratos bancários⁷³. Essa discussão foi reavivada após o julgamento do Recurso Especial n. 541.153/RS e dos Embargos em Recurso Especial n. 702.524/RS, que atrelavam a impossibilidade de análise da abusividade das cláusulas contratuais em Segundo Grau de Jurisdição devido à extensão do efeito devolutivo da apelação que abrange somente a matéria impugnada, segundo o princípio recursal do *tantum devolutum quantum appellatum*⁷⁴. Portanto, houve maior abrangência no enunciado da súmula.

Posteriormente, no julgamento do REsp 1.465.832/RS, o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino submeteu a matéria à apreciação pelo regime dos recursos repetitivos e propôs nova redação: “Na declaração de nulidade de cláusula abusiva, prevista no art. 51

do CDC, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, não podendo ser reconhecida de ofício em segundo grau de jurisdição”⁷⁵. O recurso, cuja decisão retrocitada foi proferida em setembro de 2015. Contudo, a sessão do dia 22/03/2017, a Segunda Seção, vencido este Relator, acolheu questão de ordem suscitada pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva para retirada do caráter repetitivo e desafetação do julgamento do recurso especial à Terceira Turma.

A maioria da doutrina especializada critica o Enunciado em vigor sob o argumento de que a proteção do consumidor é direito fundamental e se sobrepõe às normas de caráter processual. O Estado-juiz deve intervir no negócio jurídico diante de cláusulas contratuais abusivas em desfavor do consumidor. Além do mais, o CDC, por se tratar de norma de ordem pública, impõe ao julgador o dever de apreciar de ofício qualquer cláusula contratual que vá de encontro a essa proteção constitucional. Esse microsistema, ao estipular os direitos básicos do consumidor, ainda o resguarda das cláusulas abusivas (artigo 6º, inciso IV) e prevê a nulidade destas de pleno direito (artigo 51)⁷⁶.

Sem adentrar na discussão processual acerca da impossibilidade de análise da abusividade das cláusulas contratuais em Segundo Grau de Jurisdição, importa, para este trabalho, a crítica à possibilidade de o julgador reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais no processo civil, que envolvam relação de consumo. A viga mestra da teoria das nulidades está fundada na ofensa ao sentido teleológico da norma, de que não há nulidade sem efetivo prejuízo⁷⁷. O ordenamento jurídico preza pela convalidação dos negócios jurídicos, razão pela qual não se pode admitir que a desigualdade existente justifique o reconhecimento de ofício de uma cláusula abusiva sem pedido expresso do consumidor.

75 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Brasília, 2015. Disponível em: https://www.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=51882822&num_registro=201401635625&data=20150915&formato=PDF. Acesso em: 7 dez. 2015.

76 TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do STJ. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.II. Revista dos Tribunais: 2011, p. 171-172. Acerca da nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais consideradas abusivas, sustentam José Alcebiades de Oliveira Junior e Mauro Borba: “Cláusulas abusivas, a teor do art. 51 do CDC, são nulas de pleno direito (i.e. nulidade absoluta) matéria não afeta à exclusiva iniciativa das partes, mas sim conhecível de ofício pelo juiz a qualquer momento e em grau de jurisdição (art. 168, parágrafo único, do CC/2002). A justificativa para vedar o conhecimento de ofício da nulidade absoluta *in casu*, sob o argumento de que tal matéria seria de iniciativa das partes confronta com todo o sistema das nulidades do direito pátrio”. (OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de; BORBA, Mauro. Novas reflexões sobre a impossibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, de cláusulas nulas em contratos bancários. *Revista de Direito do Consumidor* n. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 142).

77 Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes apresentam a seguinte ponderação: “[...] deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades do processo penal*, 11ed. São Paulo: RT, 2009, p. 26-27). Embora a obra trate das nulidades no processo penal, o entendimento é também aplicável ao processo civil.

A parte autora, ao formular sua petição inicial, deve apresentar, dentre outros requisitos, os fatos e os fundamentos jurídicos de sua pretensão, além do pedido, que deve ser certo e determinado. Inclusive, o artigo 330, § 2º, do CPC prevê a necessidade, sob pena de inépcia, de o autor discriminar, na petição inicial, as obrigações contratuais que pretende controverter⁷⁸. A finalidade do pedido no processo é fixar o objeto litigioso na etapa postulatória, instaurar a relação processual e invocar o provimento judicial. Em regra, o julgador fica vinculado aos limites do pedido, ou seja, a sentença deve ser congruente com o que foi postulado pela parte. A ressalva a essa correlação entre o pedido e a sentença pode ser observada, por exemplo, nos pedidos implícitos, tais como os juros e as prestações periódicas vencidas após a propositura da ação.

O pedido pode ser visto como desdobramento das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no plano infraconstitucional. O devido processo legal é a base das demais garantias processuais e subdivide-se em formal – direcionado à regularidade procedimental –, e material ou substancial – assegurador de um processo justo e adequado às partes com a observância dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A norma fundamental processual do contraditório e da ampla defesa é compreendida, em suma, como a ciência dos atos processuais e da audiência bilateral pelo juiz, com vistas à possibilidade de as partes influenciarem a formação do convencimento dele⁷⁹. Ao mesmo tempo em que se concede à parte adversa a informação da prática de determinado ato processual, confere-se a ela a possibilidade de reagir e evita-se surpreendê-la. O CPC idealiza a previsibilidade dos atos processuais com o escopo de preservar a segurança jurídica que envolve as relações processuais.

O reconhecimento de ofício pelo juiz, sem pedido expresso, da abusividade das cláusulas existentes em contratos bancários ou de qualquer outra cláusula abusiva prevista

em um contrato que envolva relação de consumo implica violação a essas garantias constitucionais processuais. No aparente conflito entre a proteção do consumidor e as garantias fundamentais processuais, não se vislumbra violação àquela, quando não há sequer pedido do consumidor para que determinada cláusula contratual seja analisada pela autoridade judicial⁸⁰. Não é razoável, no processo civil moderno, que o juiz atue como revisor geral de certo negócio jurídico.

Os modelos tradicionais de processo dispositivo e inquisitivo⁸¹ não são incompatíveis e devem ser aplicados, na atual conjuntura, simultaneamente. A cooperação⁸² como modelo processual constitui visão mais coerente com a diretriz da boa-fé⁸³ que deve imperar nas relações negociais. Há a necessidade de compartilhamento do trabalho entre o juiz e as partes, ou seja, cada ator assume determinada responsabilidade pela atividade processual. Em um sistema jurídico que prima pela razoável duração do processo, o magistrado deve observar a simetria na condução deste, pois o processo avulta como mecanismo eficiente para o aperfeiçoamento da realidade e para a adequação a ela⁸⁴. Esse ideal de auxílio tem por finalidade evitar a surpresa e preservar o contraditório. A boa-fé subjetiva cede espaço para a boa-fé objetiva, que pauta o padrão de comportamento dos integrantes da relação processual.

78 Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: [...] §2º. Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito. (BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 15 ago. 2016).

79 Assinalam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: "Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis. O contraditório não admite exceções: mesmo nos casos de urgência em que o juiz, para evitar o *periculum in mora*, prevê *inaudita altera parte* (CPC, artigos 929, 932, 937 e 813 ss), o demandado poderá desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo. Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem" (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.66)

80 Ruitemberg Nunes Pereira, ao analisar a tese fundamental de Peter Häberle da denominada sociedade aberta dos intérpretes da constituição no contexto do devido processo legal, concluiu: "Desse modo, tanto as normas voltadas para o âmbito processual (normas-princípio do contraditório, da inadmissibilidade em juízo de provas obtidas por meio ilícito, do juiz natural, da assistência técnica, da universalidade da jurisdição, do mandado de segurança, do *habeas corpus* etc) estão dotadas de caráter material (são direitos fundamentais), quanto as normas gerais definidoras de direitos não-ligados ao processo estão imbuídas do elemento procedimental, pela abertura suscetível de concretização hermenêutica e da observância da garantia universal do conteúdo essencial dos direitos fundamentais". (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 275).

81 Fredie Didier Jr. apresentou uma distinção entre os modelos dispositivo e inquisitivo: "Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que está respeitando o denominado *princípio – dispositivo*; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o *princípio inquisitivo* o processo será. (DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel(org). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 215).

82 O CPC prevê expressamente a colaboração como uma norma fundamental do processo civil: "Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". (BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 9 dez. 2015)

83 A boa-fé processual também é prevista no CPC como norma fundamental do processo civil: "Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. (BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 9 dez. 2015).

84 De forma diversa, o juiz, ao proferir a decisão, assume uma posição assimétrica, pois impõe o seu comando que não depende da não concordância das partes. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.98)

Assim, deve ser respeitada a igualdade e a paridade de armas⁸⁵ entre as partes no curso do processo, o que não prejudica a desigualdade existente na relação jurídica material entre consumidor e fornecedor, pois o que se almeja é a igualdade de oportunidades processuais de participação. O juiz, caso venha a reconhecer de ofício, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas contratuais na relação processual entre consumidor e fornecedor, violará a igualdade processual e, por conseguinte, o contraditório pleno ou substancial. A violação à cooperação e à igualdade implica a violação do contraditório.

A moderna visão do processo não está em consonância com o entendimento de que o juiz venha a reconhecer de ofício cláusula contratual abusiva no contrato de consumo, sem pedido expresso. É inegável que a proteção constitucional do consumidor e o reconhecimento do CDC como norma de ordem pública revelam que se está diante de relação jurídica diferenciada. Nesse ponto, vale destacar que o reconhecimento de ofício de determinada matéria pelo juiz não prescinde da oitiva da outra parte. O juiz, ao agir de ofício, suscita ponto não arguido pelas partes, mas que não dispensa o contraditório⁸⁶.

A visão protetiva não pode ser aplicada desmedidamente, sob pena de violação a direitos fundamentais também expressamente previstos na CF. O CDC, no âmbito processual, prevê mecanismos processuais específicos com a finalidade de igualar essa relação jurídica, e o ônus da prova é um deles, razão pela qual não é possível dispensar o pedido da parte autora para a revisão ou a nulidade de cláusulas contratuais que considere abusivas com a justificativa de prévia hipossuficiência.

1.3 A vulnerabilidade do consumidor na relação jurídica de consumo

A vulnerabilidade do consumidor é expressamente reconhecida pelo CDC (artigo 4º, inciso I), e esse estado da pessoa foi a causa da elaboração da Lei n. 8078/1990. A fra-

queza do consumidor no mercado de consumo concede-lhe instrumentos para melhor defender-se⁸⁷, e o artigo retrocitado pode ser interpretado como norma-objetivo, pois define os resultados que devem ser alcançados⁸⁸. São admitidos, inclusive, os consumidores hipervulneráveis⁸⁹, aqueles que se encontram em situação ainda mais frágil no mercado de consumo, tais como o idoso, a criança, o analfabeto, o superendividado, o turista, dentre outros.

É importante ressaltar que a vulnerabilidade difere da hipossuficiência. A vulnerabilidade é analisada sob a ótica material, ou seja, da relação jurídica de consumo. A hipossuficiência é de ordem processual e, para o seu reconhecimento, depende da análise do caso concreto pelo magistrado. É possível que, em certa hipótese, o consumidor seja vulnerável, mas não hipossuficiente, pois detém meios de comprovar determinado fato ou determinados fatos no processo, o que não condiz com a hipossuficiência.

A vulnerabilidade divide-se em quatro espécies: técnica, jurídica, fática e informacional⁹⁰. A vulnerabilidade técnica do consumidor está atrelada à ausência de conhecimentos técnicos específicos da relação de consumo; a vulnerabilidade jurídica decorre da superioridade do fornecedor pelo fato de atuar como litigante habitual, o que implica a existência de corpo jurídico permanente e especializado em orientá-lo; a vulnerabilidade fática está vinculada ao aspecto econômico e, por fim, a vulnerabilidade informativa diz respeito ao “déficit informacional” do consumidor⁹¹.

87 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 74.

88 GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor* v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 165.

89 MAMORU, Adolfo. DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 19. No julgamento do REsp 586.316/MG, o Ministro Antônio Herman V. Benjamin reconheceu a existência dos hipervulneráveis: "(...) O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas(...)". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 586316/MG. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público Estado de Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 17 de abril de 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2893505&num_registro=200301612085&data=20090319&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 março 2015).

90 Segundo Leonardo Roscoe Bessa, a vulnerabilidade não se restringe à desigualdade econômica das partes: "[...] Abrange outros aspectos, como a carência de informações sobre os bens e produtos cada vez mais complexos, a existência de manobras entre empresários para fraudar a livre concorrência e impor ao consumidor produtos caros e sem a qualidade desejada, a utilização de sofisticados procedimentos de marketing que, antes de informar, criam a necessidade de consumir". (BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 42).

91 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 323-324.

85 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 178. O CPC também prevê a igualdade como norma fundamental do processo civil: "Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório". (BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 9 dez. 2015).

86 O artigo 10 do CPC prevê: "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". (BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 21 fev. 2016).

O direito à informação⁹² é direito básico do consumidor, previsto expressamente no CDC (artigo 6º, inciso III) e decorre da boa-fé objetiva. O progresso tecnológico tornou a informação bem jurídico que deve ser tutelado pelo direito, pois aquele que a detém possui discernimento para tomar decisões mais consentâneas com a sua vontade. Todavia, o indivíduo que não a possui, ou a possui de modo insuficiente, está fadado a praticar condutas que podem vir a não coincidir com o seu real intento. No mercado de consumo, o direito à informação tem por escopo permitir ao consumidor o consumo consciente, reflexivo, de determinado produto ou serviço. Atualmente, discute-se não somente a falta de informação, mas também o seu excesso, o que, em certas situações, pode mostrar-se prejudicial ao consumidor.

O direito do consumidor à informação adequada implica o dever do fornecedor de prestá-la. Essa informação deve atender ao seu aspecto formal e material, pois o seu conteúdo deve mostrar-se compreensível⁹³. Embora o conceito de consumidor-padrão no CDC se valha do aspecto econômico “destinatário final”, é na questão técnica do produto ou do serviço que, na maioria das vezes, está a sua vulnerabilidade. Esse aspecto técnico guarda estreita relação com a falta de informação. É possível afirmar que a não observância do dever de informar é a grande questão da vulnerabilidade na relação de consumo.

| 1.4 O diálogo entre as fontes

O instituto do diálogo entre as fontes formula nova solução ao aparente conflito de leis no tempo e busca harmonia e coordenação entre as normas existentes no ordenamen-

to jurídico em verdadeira cláusula de abertura⁹⁴. São três os tipos de diálogos possíveis: a) aplicação simultânea do CDC e de outra lei (diálogo sistemático de coerência); b) aplicação coordenada dessas duas leis (diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais) e c) diálogo de influências recíprocas (diálogo de coordenação e de adaptação sistemática).

O diálogo entre as fontes é um método de interpretação das normas existentes no ordenamento jurídico, em complemento aos critérios cronológico, de especialidade e hierárquico traçados pela Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro (LINDB), pois estas se mostram insuficientes em virtude da variedade de leis existentes na pós-modernidade. A inflação legislativa dos dias atuais torna inevitável o diálogo entre as diversas fontes normativas sob pena de se inviabilizar a função social do direito impregnada nos valores constitucionais e a visão unitária e sistemática do ordenamento jurídico. Essa interpretação não implica a ausência de revogação das leis, mas a busca de maior compatibilização destas com a CF.

O CDC reconhece esse método sistemático de interpretação no artigo 7º, *caput*, ao dispor sobre a compatibilidade dos direitos ali previstos com os outros existentes em diversas fontes normativas no plano interno ou no internacional. A singularidade desse método é partir da premissa de que é possível a aplicação conjunta de normas provenientes de fontes normativas diversas ao mesmo caso. Tem como base a unidade do ordenamento jurídico⁹⁵, e esse papel dialógico é atribuído ao juiz na solução do caso concreto⁹⁶.

92 Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho define o direito à informação: “um sub-ramo do direito civil, com assento constitucional, que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, sua voz ou sua imagem, à coisa, a serviço ou produto, para um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas, de modo a poder influir no comportamento humano e a contribuir na sua capacidade de discernimento e de escolha, tanto para assuntos de interesse público como para assuntos de interesse privado, mas com expressão coletiva” (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. *A informação como bem de consumo*. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.II. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p. 554).

93 A 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal reconheceu este duplo aspecto do dever de informação pelo fornecedor: “DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR DE INTERNET. CONSUMIDOR NÃO INFORMADO ADEQUADAMENTE. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1 - A controvérsia deve ser solucionada sob o prisma do sistema jurídico autônomo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), que por sua vez regulamenta o direito fundamental de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal). 2 - Fixadas as normas e princípios que regulam o caso concreto, a pretensão do recorrente deve ser amparada com base no princípio da informação adequada, art. 6º, III, e art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, bem como no art. 6º, VI, também do Código de Defesa do Consumidor. 3 - O fornecedor tem o dever de informar qualificado, em que não basta o mero cumprimento formal do oferecimento de informações, mas o dever substancial de que o consumidor efetivamente as compreenda [...]”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 20110112144678AC). 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Recorrente: Marcelo de Lima. Recorrido: Terra Networks Brasil S/A. Relator Héctor Valverde Santana. Brasília, 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 10 dez 2015).

94 Cláudia Lima Marques define o diálogo entre as fontes: “[...]no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada de plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como o Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor) que, como afirma o mestre Heidelberg, tem campos e aplicação convergentes, mas não totalmente coincidentes ou iguais)” (MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erick Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 19-20).

95 Consoante o entendimento de Bruno Miragem: “O diálogo de fontes é método de interpretação sistemática do direito. E busca responder a dois problemas: a) primeiro, a identificação de um critério para identificação do conflito de leis; b) segundo, a oferta de critérios para a solução do conflito. Da mesma forma, como é próprio de qualquer método de interpretação sistemática, organiza e coordena fontes no sentido de identificação e preenchimento de lacunas”. (MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In MARQUES, Cláudia Lima (coord). *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 80).

96 Ressaltou o Ministro Herman Benjamin do Superior Tribunal de Justiça, no voto proferido no Recurso Especial nº. 911.802 que questionava a cobrança pela consumidora da chamada “assinatura básica” de telefonia fixa, sobre a necessidade de “[...] esforço de coordenação normativa do juiz pós-moderno, confrontando no seu cotidiano com sua avassaladora e complexa pluralidade de fontes heterogêneas e de filiação ético-política, o chamado ‘diálogo das fontes’ [...]”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 911802/RS*. Primeira Seção. Recorrente: Brasil Telecom S/A. Recorrido: Camila Mendes Soares. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 24 de outubro de 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3402517&num_registro=200602724586&data=20080901&tipo=3&formato=PDF> Acesso em: 13 dez 2015).

O julgamento proferido pelo STF na ADI 2591, a qual tinha como objeto a análise da constitucionalidade do enquadramento dos serviços bancários no regime do CDC, significou não somente a adequação desses serviços à relação jurídica de consumo, mas também representou o reconhecimento da plena constitucionalidade desse microsistema: “é uma decisão que se constituirá em uma pedra fundamental do direito privado”⁹⁷. Foi reconhecida a necessidade do diálogo entre as diversas fontes normativas. No âmbito do STJ, também há a utilização desse método hermenêutico, embora a expressão não seja utilizada em todos os julgados relativos ao tema⁹⁸.

É importante destacar, para este estudo, o diálogo sistemático de coerência entre as fontes, pois o CPC traça a teoria geral da prova, o que não é feito pelo CDC. Não se pode descurar dessa análise e do conhecimento da regra de distribuição do ônus prevista no CPC, para, a partir de então, constatar o objeto e a medida em que esses critérios podem ser alterados. Portanto, o CPC é a base conceitual e instrumental das demandas judiciais que envolvam relações de consumo e somente não será aplicado, quando houver situação excepcional prevista no CDC.

97 MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591). In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*. v.11 Revista dos Tribunais: 2011. p. 56.

98 BESSA, Leonardo Roscoe. Diálogo das fontes no direito do consumidor: a visão do STJ. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.188.

Capítulo 2. Os aspectos pontuais do ônus da prova

| 2.1 A prova

A prova é uma constante em diversas áreas do conhecimento⁹⁹. No campo jurídico, tradicionalmente, é empregada em três dimensões: como atividade, meio e resultado¹⁰⁰. A primeira dimensão compreende a ação de provar de acordo com os critérios de distribuição do ônus da prova. A segunda retrata os instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico para se provar determinado fato, tais como os meios de prova testemunhal, documental ou pericial. A prova como resultado tem por escopo a formação do convencimento judicial: “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”¹⁰¹.

O conhecimento de determinado fato pelo juiz pode ocorrer de forma direta ou indireta¹⁰². De acordo com essa concepção, encontram-se o objeto de prova e os meios de prova. Aquele constitui as alegações das partes em relação aos fatos controversos, relevantes e determinados existentes no processo, cujo núcleo é o denominado *thema probandum*¹⁰³ ou fato probando. Os meios de prova são os listados na legislação processual e os necessários para o deslinde da causa. Além das provas típicas, há as provas atípicas, as quais não estão especificamente previstas em lei.

99 ECHANDÍA, Hernado Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 4ed. Medellín: Dike, 1993. p.9.

100 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. V.1. 5ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p.1-2.

101 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.3. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 109.

102 Francesco Carnelutti explica a distinção da seguinte forma: “A diferença entre os dois tipos de prova fundamenta-se na coincidência ou na divergência do fato a provar (objeto da prova) e do fato percebido pelo juiz (objeto da percepção da prova); precisamente, a prova indireta apresenta a separação entre o objeto da prova e o objeto da percepção: o fato submetido à percepção do juiz não serve senão de meio para o seu conhecimento”. Acerca da prova indireta, ilustra por meio do caso de compra e venda de um cavalo que o autor almeja a condenação do demandado ao pagamento do preço do semovente. O juiz não pode perceber diretamente do fato e se valerá de documentos e testemunhas. Diversamente ocorre na inspeção judicial, pois nesse caso a prova é direta. (CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005. p.82-83).

103 Eduardo Cambi define *thema probandum*: “[...]como o conjunto de fatores juridicamente relevantes, cuja existência ou inexistência deve ser provada no curso da instrução probatória”. (CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 295).

O direito à prova encontra limites que devem ser justificados, de forma racional, pelo legislador e pelo juiz. A restrição é amparada pelo princípio da proporcionalidade, que fomenta o juízo da admissibilidade da prova com vistas à proteção de outros valores. Nesse ramo, amoldam-se as provas ilícitas, previstas expressamente na CF como inadmissíveis no processo (artigo 5º, LVI), que não podem integrar a esfera de convencimento do julgador. Há também o juízo lógico da relevância e pertinência, direcionado à economia e à celeridade processual no raciocínio desenvolvido pelo juiz que entende pela desnecessidade da produção de determinado meio de prova¹⁰⁴.

O contato do juiz com a prova ocorre em três momentos processuais: no da determinação ou admissibilidade da prova, no da realização da prova e no da valoração da prova¹⁰⁵. O segundo momento, de produção da prova, tem por finalidade a reconstrução histórica¹⁰⁶ da afirmação dos fatos apresentados pelas partes, observados critérios metodológicos previstos na legislação processual. Ao proferir a sentença, o juiz utiliza discurso justificativo de sua decisão, o qual possibilita o controle das partes sobre a racionalidade empregada. Nesse ponto, com base nos meios de prova produzidos no processo, o magistrado explicitará a valoração conferida ao conjunto probatório que embasou sua convicção.

O estudo da valoração das provas no ordenamento jurídico remonta à existência de três principais sistemas: o da prova legal ou tarifada, em que a lei já reconhece, de forma apriorística, o valor de cada meio de prova segundo critérios próprios; o do livre convencimento puro, que confere ao julgador ampla liberdade para apreciar e valorar a prova sem a necessidade de motivação e, por fim, o do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, adotado pela legislação processual, que também assegura ao juiz a liberdade de apreciar e de valorar a prova, porém, com a necessidade de expor as razões do seu convencimento.

104 José Carlos Barbosa Moreira destaca que o juízo de relevância precede a questão da valoração da prova: "Al rechazar una iniciativa de la parte del juez tiene el deber de justificar la negativa, declarando el motivo por que la prueba requerida es, en su opinión, inútil. Eso implica un juicio de relevancia obviamente distinto del juicio sobre la fuerza persuasiva de la prueba y previo a éste; es intuitivo que, si la diligencia no llega a realizarse, porque el órgano judicial no la estima relevante, queda *ipso facto* excluída la cuestión de su valoración. En el juicio de relevancia, el juez tiene que raciocinar admitiendo, hipotéticamente, que sean veraces las alegaciones de la parte y, en tal supuesto, si la diligencia es capaz de producir un resultado útil para la respectiva demostración. El rechazo de la petición será obligatoriamente justificado". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Prueba y motivación de la sentencia. Temas de Derecho Procesual .oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 112).

105 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo* n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 179.

106 Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, de modo diverso, entendem que a prova não tem por finalidade a reconstrução dos fatos, pois se trata de um ideal inatingível, mas sim "[...] prestar como peça de argumentação no diálogo judicial[...]". Esses autores partem da premissa de um agir comunicativo das partes: "A prova, então, assume a condição de um meio retórico, regulado pela lei, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 53-54). ("destaque do original").

O CPC estabelece, no artigo 371, que "o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento"¹⁰⁷. A redação vigente suprimiu a expressão "livremente", prevista no CPC/1973, e alguns doutrinadores passaram a sustentar a extinção do sistema do livre convencimento motivado¹⁰⁸. Contudo, entende-se de forma diversa, pois não há qualquer alusão de retorno aos sistemas da tarifação legal e do livre convencimento puro. Ao contrário, a prova tarifada continua excepcional em nosso ordenamento jurídico, conforme prevê o artigo 406 do CPC¹⁰⁹. Além do mais, a Exposição de Motivos do CPC de 2015 ressaltou que "[...] o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e nesse sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código [...]"¹¹⁰.

| 2.2 O ônus da prova

No ônus da prova, utiliza-se a ideia de distribuição de riscos e de autorresponsabilidade¹¹¹ das partes. A doutrina, comumente, divide o ônus da prova em objetivo e subjetivo¹¹². Este é analisado sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção da prova; aquele é visto como regra de julgamento para ser aplicada pelo juiz no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente, com vistas a afastar o *non liquet*. O ônus da prova é, ao mesmo tempo, regra de conduta das partes e regra de julgamento¹¹³ e, neste caso, está calcado no estado de dúvida cognoscitiva do julgador.

107 BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 21 dez. 2015

108 Dentre eles, Lênio Luiz Streck assevera: "O novo Código não compactua com presunções, mesmo que venham como epítetos como 'racional', etc. Trata-se de uma opção paradigmática feita pelo legislador. A decisão judicial exige exercício prático, senso de dever, capacidade de se adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias pré-compreensões, garantia de coparticipação dos destinatários da decisão no processo deliberativo, aprendizado institucional e debate público. [...] O que o legislador do novo CPC quer é que as decisões judiciais sejam ditadas segundo o direito e não conforme o pensar individual dos julgadores". (STRECK, Lênio Luiz. *As provas e o Novo CPC: A Extinção do Poder do Livre Convencimento*. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Willam Santos (coord). *Direito Probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 111)

109 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em: <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>. Acesso em: 22 jan 2016.

110 BRASIL. CPC (2015). *Novo Código de Processo Civil Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília: Senado Federal, 2015. p.19.

111 Segundo o entendimento de Carlos Furno: "[...] Y resulta que 'principio dispositivo', em su quintaesencia, significa 'principio de responsabilidad' (o de autoreponsabilidad) de las partes, en el sentido de que cada una de ellas ha de sufrir las consecuencias de lo que afirma o no afirma, de lo que niegue o admita, de lo que pruebe o no pruebe, de lo que diga o calle, en resumen: de su conducta procesal". (FURNO, Carlos. *Teoría de la prueba legal*. Trad. Sérgio Gonzalez Collado. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954. p. 71-72).

112 Eduardo Boaventura Pacífico apresenta a distinção: "[...] ora se servirá do vocábulo *prova* na acepção de *realização da prova* (subjetivo), ora no sentido e *resultado obtido na convicção do juiz*, mediante o emprego dos meios probatórios (objetivo)". (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.23). ("destaque do original").

113 CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 40.

O ônus da prova, em sua acepção subjetiva, é um ônus imperfeito, porquanto nem sempre a ausência de produção da prova pela parte a coloca em situação de desvantagem processual. O juiz, como destinatário da prova, pode determinar a produção de certo meio de prova no curso do processo. Além do mais, segundo o princípio da aquisição ou comunhão da prova, a prova produzida pela outra parte pode beneficiar a parte que não a produziu. É indiferente a proveniência da prova, se da parte a quem competia o ônus de produzi-la ou da parte adversária¹¹⁴.

O ônus da prova objetivo tem caráter consequencial. Se uma afirmação relevante da parte não for suficientemente demonstrada, o magistrado proferirá sentença de acordo com o critério da distribuição do ônus da prova previamente estabelecido pelo legislador para o caso concreto. Todavia, a regra deve ser aplicada de forma residual, pois o processo civil moderno assegura iniciativa probatória ao juiz, para sanar eventual lacuna no material probatório produzido pelas partes. Essa postura é salutar para melhor elucidação dos fatos, diante da possível insuficiência dos meios de prova produzidos durante a instrução processual¹¹⁵.

O ônus da prova possui autonomia conceitual¹¹⁶ e está vinculado à ideia de carga ou encargo atribuído a determinada parte para que dele possa se desincumbir. Caso a parte que esteja sobre a incidência desse encargo não o cumpra, sofrerá consequências por, possivelmente, não obter sua pretensão, ou se encontrará em estado que não desejava. Nessa perspectiva, o ônus atua como instituto motivador da parte que o possui, para que, caso seja cumprido, ela obtenha situação favorável ao seu interesse¹¹⁷. Ao mesmo tempo, o efeito jurídico gerado pelo descumprimento do encargo não implica o reconhecimento do direito da parte adversária, mas sim uma situação jurídica de desvantagem à parte que não se desincumbiu do referido ônus.

2.2.1 O ônus da prova: poder, faculdade, dever ou obrigação.

A distinção entre as situações jurídicas de poder, faculdade, dever ou obrigação decorre da propalada autonomia do ônus da prova. As relações jurídicas travadas no processo são múltiplas e podem ser ativas ou passivas. As partes que figuram na relação proces-

114 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo* n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 181.

115 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual Civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 79.

116 ECHANDÍA, Hernado Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 4ed. Medellín: Dike, 1993. p.394.

117 DINAMARCO, Cândido Rangel. Ônus de contestar e o efeito da revelia. *Revista de Processo* n.41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 187.

sual possuem poderes e deveres da mesma forma que os demais atores processuais, tais como o juiz, o representante do Ministério Público e os advogados. As relações jurídicas ativas se relacionam com as noções de direito subjetivo, poder e faculdade. Ao revés, as relações jurídicas passivas estão ligadas à problemática do dever¹¹⁸, que, em sentido amplo, engloba a sujeição, a obrigação e o ônus¹¹⁹.

O direito subjetivo consiste na proteção de certo interesse cujo exercício pelo titular caracteriza uma faculdade. A liberdade “indica o campo em que a pessoa não está sujeita ao querer alheio” e “a possibilidade de realização no campo da liberdade se chama faculdade”¹²⁰. O poder é assegurado mediante o direito subjetivo respectivo e tem como contraface a sujeição, que é a “necessidade de obedecer”¹²¹. O ônus e a obrigação, apesar de caracterizarem certa pressão psicológica para que o indivíduo cumpra o comando previsto na norma, apresentam traços distintos.

A principal diferença entre eles “diz respeito à consequência do descumprimento do comando legal: *ilícito* na obrigação e *lícito* no ônus”¹²². O inadimplemento de determinada obrigação ocasiona a sanção correspondente pelo descumprimento. No ônus, a parte age segundo seus interesses e não há a prática de conduta ilícita¹²³. Pode ser vislumbrada a diferença entre o ônus e os deveres¹²⁴ processuais em sentido estrito, atrelados à regra de comportamento das partes, pois, nesses casos, a legislação, previamente, esti-

118 CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Vol. I. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista (trad). Campinas: Servanda, 1999. p.364-365.

119 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Vol. I. Trad. Hiltomar Matins Oliveira. São Paulo: Classic-Book, 2000. p. 120.

120 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Vol. I. Trad. Hiltomar Matins Oliveira. São Paulo: Classic-Book, 2000. p. 116-117.

121 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Vol. I. Trad. Hiltomar Matins Oliveira. São Paulo: Classic-Book, 2000. p. 114.

122 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 41 (destaque do original)

123 Segundo Hernando Devis Echandía: “[...] En la carga, el sujeto se encuentra en abosulta liberada para esoger su conducta y ejecutar o no el acto que la norma completa, no obstante que su inobservancia puede acarrearle consecuencias desfavorables. De suerte que puede decidirse por soportar éstas, pues ninguna persona (ni el juez en las cargas processales) puede exigirle su cumplimiento y, menos aún, obligarlo coercitivamente a ello, de lo cual se deduce que la inobservancia de la carga es perfectamente lícita, por estar autorizada en la ley. En este punto, quizás el más importante, concuerdan Goldschmidt, Kisch, Micheli, Carnelutti, Rocco, Couture, Eisner, Sentís Meleno, Silva Melero, Brunetti y muchos más. En la obligación, en cambio, el sujeto passivo se encuentra submetido a una sujeción jurídica, a un *vinculum juris* y a una típica coacción que le quitan su libertad de conducta (en la práctica puede decidirse a no cumplir y soportar los efectos respectos, pero se le puede exigir coercitivamente), y existe otro sujeto (acreedor, o el Estado cuando se trata de obligaciones de derecho público) que puede exigirle la ejecución (o no ejecución) de lacto; por esta razón su incumplimiento es un ilícito, puesto que implica violación de la ley”. (ECHANDÍA, Hernado Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 4ed. Medellín: Dike, 1993. p.416).

124 Moacyr Amaral Santos afirma: “Não se trata de um dever jurídico. Mesmo porque não existe um direito que lhe seja correlato, nem propriamente qualquer sanção pelo não cumprimento. Trata-se apenas de dever no sentido de interesse, de necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. V.1. 5ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p.92-93).

pula o cometimento de ilícito processual na hipótese de sua inobservância. De modo diverso ocorre no ônus, porquanto há prévio conhecimento pela parte da consequência que advirá, se não se desincumbir dele a contento, mas não a estipulação de um ilícito¹²⁵.

O ônus é classificado por Francesco Carnelutti no campo das relações jurídicas passivas. No entanto, a maioria da doutrina processualista vislumbra, no ônus, uma posição jurídica ativa. Antônio Gian Micheli entende que o ônus está ligado à ideia de poder, pois a lei atribui a condição necessária para a obtenção de determinado efeito jurídico que lhe seja favorável¹²⁶. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart também sustentam que se trata de poder, mas têm o entendimento de que o poder oriundo do ônus difere do derivado do direito subjetivo, porque é atingido pelo exercício voluntário daquele que o possui, razão pela qual mais se assemelha a uma faculdade¹²⁷.

2.2.2 A visão constitucional do ônus da prova

O acesso à justiça e o direito de ação não devem ser vistos como algo abstrato. O acesso do indivíduo à jurisdição constitui a busca pela tutela jurisdicional efetiva que lhe propicie os meios necessários para demonstrar sua pretensão. Os obstáculos sociais e econômicos existentes no Brasil, ainda que dificultem o direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, não podem inviabilizá-lo. A CF, ao assegurar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, garante que não há condicionante para esse exercício, ressalvadas as questões pertinentes previstas na legislação infraconstitucional, tais como os pressupostos processuais e as condições da ação.

O direito à prova é visto como desdobramento do amplo acesso à jurisdição. De nada adianta a implementação das ondas renovatórias do processo no que diz respeito à gratuidade de justiça, se, em juízo, as partes não dispuserem do instrumental necessário para a consecução do seu objetivo. O direito à prova também decorre do contraditório e

da ampla defesa, consectários do devido processo legal, pois são previstos, no artigo 5º, LV, da CF, os meios e os recursos inerentes ao processo.

Esse entendimento vai ao encontro da visão participativa e colaborativa do processo, que lhe confere perfil democrático condizente com a CF¹²⁸. No entanto, o direito à prova, visto como direito subjetivo público, não tem por escopo tornar o processo um instrumento ao alvedrio das partes, pois ainda subsiste o controle pelo magistrado da relevância e da pertinência da admissibilidade dos meios de prova. Da mesma forma que os demais direitos existentes em nosso ordenamento jurídico, o direito à prova não é absoluto e deve ser ponderado no caso concreto, de acordo com os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade¹²⁹.

A dimensão constitucional da prova repercute no seu ônus e nos critérios de distribuição. A CF estabeleceu a proteção do consumidor como direito fundamental e, nesse sentido, é possível asseverar que as peculiaridades previstas no CDC acerca da distribuição do ônus da prova buscam assegurar o tratamento diferenciado ao consumidor, o que reverbera na esfera processual, quando se está diante da relação de consumo. Esse tratamento objetiva adequar o procedimento ao efetivo exercício do direito material do consumidor¹³⁰.

2.2.2.1 O ônus da prova no processo civil democrático

A democracia surgiu na Grécia Antiga, e sua perenidade não implica identidade de seu conceito no decorrer do tempo. Em sua origem, buscava ser o governo do povo e para o povo, com base na ideia de liberdade. Desde o seu advento, a democracia sempre foi alvo

128 O CPC dispõe no artigo 1º: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código". (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 22 jan. 2016). Consoante o entendimento de Hernando Devis Echandía: "[...] La obligación del juez a decretar, practicar y tener en cuenta las pruebas pedidas por las partes, emana del derecho subjetivo que las Constituciones les otorgan a éstas para ser oídas al ser juzgadas (Const. Colombiana, art. 26) y que está comprendido en los derechos de acción y de contradicción". (ECHANDEA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 4ed. Medellín: Dike, 1993. p.40).

129 CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 46.

130 Robson Renault Godinho destaca: "Parece-nos, pois, que a distribuição do ônus da prova é uma questão constitucional, sendo que a remissão sistemática do regime jurídico do ônus da prova para o direito processual legalmente estabelecido pode, porém, suscitar sérias interrogações em domínios tão sensíveis em um Estado de Direito democrático-constitucional como é o do regime de direitos liberdades e garantias. Nessa medida, o legislador infraconstitucional não é livre para a ampla restrição da inversão do ônus da prova, podendo-se falar em limites constitucionais materiais no caso de a distribuição do ônus frustrar a fruição de um direito fundamental". (CODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 4ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p.325).

das mais variadas críticas, que buscavam aferir se era o melhor ou o pior dos regimes. Os contrários ao regime dessa época sustentavam que, em um sistema no qual todos mandassem, ninguém obedeceria. Também existiam aqueles que viam na democracia não um sistema do governo de todos, mas restrito ao aspecto da participação de todos.

Atualmente, a democracia direta funciona somente como registro histórico. A democracia moderna necessita de representantes, embora o povo continue sendo o principal propulsor do governo. No Brasil, apesar da já consagrada inviabilidade da democracia direta, o sistema representativo está em processo de permanente transformação. Nesse ponto, a ausência do denominado mandato imperativo não é vista como degradação do sistema, mas como algo que respeita a autonomia do representante no exercício do seu mister.

A democracia é multifacetada e deve acompanhar os anseios sociais na busca por liberdade e por menor desigualdade entre os cidadãos. A constante transformação da democracia é algo natural em decorrência das suas promessas não cumpridas¹³¹. No que tange às decisões para serem tomadas, o regime democrático funciona de acordo com o sistema da maioria. As decisões são coletivas e vinculatórias para todo o grupo e, para tanto, deve ser assegurada a participação dos cidadãos e a existência de regras de procedimento. Ao mesmo tempo, nos dias atuais, torna-se inviável a figura do cidadão total, pois é materialmente impossível a participação em todas as tomadas de decisões¹³².

Ao analisar a relação entre a democracia e os sistemas econômicos, é possível constatar que o capitalismo e o socialismo podem ser estabelecidos em regimes democráticos ou autocráticos. Em estados capitalistas, o princípio democrático se realiza em diferentes graus: função legislativa em alto grau; função administrativa em médio grau e função judicial em baixo grau. A regra do direito preceitua que as funções administrativas e judiciárias devem ser, o máximo possível, determinadas por normas gerais de direito, a fim de se evitar a arbitrariedade¹³³.

131 Norberto Bobbio apresenta um conceito de democracia: “[...]entende-se conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”. (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 30).

132 Segundo Bobbio: “O cidadão total e o Estado total são duas faces da mesma moeda: consideradas uma vez do ponto de vista do povo e outra vez do ponto de vista do príncipe, têm em comum o mesmo princípio: que tudo é política, ou seja, a redução de todos os interesses humanos aos interesses da polis, a politização integral do homem, a resolução do homem no cidadão, a completa eliminação da esfera privada na esfera pública, e assim por diante”. (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.55).

133 KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 269.

O conceito de guardiania destaca que o governo deve ser confiado a uma minoria de pessoas, especialmente qualificada em razão de suas virtudes, a qual seria os guardiães. Segundo a visão de guardiania, alguns homens são superiores aos outros em conhecimento da arte e da ciência política. A forma mais comum de solução não democrática é o Judiciário, que possui a autoridade final, e seus integrantes são vistos como quase guardiães¹³⁴. Essa visão democrática, ainda que em menor escala do que nos demais Poderes, ressoa no Poder Judiciário, afeta a aplicação do direito e, por conseguinte, o processo civil.

Assim, surgem novas propostas aos modelos de processo garantista ou adversarial, vinculado ao princípio dispositivo, e de processo autoritário, atrelado ao princípio inquisitivo. Como alternativas, há o processo civil cooperativo, baseado na boa-fé processual, e o processo civil democrático, centrado na ideia de que o processo deve se abrir para novos desafios e novos conteúdos¹³⁵. Com relação a esse último modelo, “a necessidade de se criar um sistema processual democrático para um Estado Democrático é inegável”¹³⁶.

A evolução do Estado liberal para o Estado social impõe a releitura dos institutos processuais à luz da mudança dos paradigmas da sociedade, que se torna cada vez mais complexa. As técnicas processuais almejam simplificar os procedimentos e ampliar a atuação do magistrado, notadamente no campo probatório¹³⁷. Os atores sociais e processuais atuam com mais abrangência, assim como as demandas encontram-se, cada vez mais, dotadas de macroconflituosidade, razão pela qual o sistema jurídico processual deve ser interpretado por meio do viés constitucional, com a aplicação dos direitos fundamentais.

A socialização processual, que atua como critério compensatório das desigualdades entre as partes, é compatível com o modelo democrático de processo, que deve ser analisado mediante “perspectiva interpretativa que poderá, caso aplicada, garantir que todos os cidadãos possam participar ativamente de todas as esferas jurídicas em que pos-

134 DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 306.

135 GUEDES, Jefferson Carús. Direito Processual Social Atual – Entre o Ativismo Judicial e o Garantismo Processual. *Revista Brasileira de Direito Processual* n. 82. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.67.

136 CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*. v. 32. 153. São Paulo: 2007. p. 33.

137 NUNES, Dierle José Coelho. Uma breve provocação aos processualistas: o processualismo constitucional democrático. *40 anos da teoria geral do processo no Brasil. Passado, presente e futuro*. In: ZUFELATO, Camilo, YARSELL, Flávio Luiz (org). São Paulo: Malheiros, 2013. p.219.

suam interesse, em um dimensionamento espaço-temporal adequado¹³⁸. Esse modelo interpretativo encontra ressonância no caráter dialógico do princípio do contraditório, visto como a possibilidade de as partes influenciarem na formação do convencimento do julgador¹³⁹. O modelo democrático não exclui o modelo colaborativo previsto no CPC, pois ambos confluem para a melhor efetividade do processo.

O ônus da prova, nessa perspectiva do processo democrático, converge para sua situação jurídica ativa de poder/faculdade. Os ideais da democracia são representados pela liberdade e pela igualdade. Da mesma forma, o direito à prova conduz a certa liberdade de provar, e o seu não exercício repercute no ônus. A desvantagem suportada pela parte que não provou, ainda que isso lhe acarrete consequência processual, se situa na sua esfera de liberdade. Desse modo, como o processo democrático não se coaduna com atos de coerção, o ônus da prova, nessa perspectiva, encontra-se em consonância com o Estado Democrático de Direito e com a CF¹⁴⁰.

2.3 Os critérios de distribuição do ônus da prova

Em regra, vigora, no processo civil, o critério estático (artigo 333 do CPC/1973 e artigo 373 do CPC vigente)¹⁴¹. Cabe à parte autora demonstrar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Esse comando é dirigido ao juiz no caso de, encerrada a fase instrutória, ainda restar a dúvida¹⁴². É possível afirmar, também, que é direcionado às partes, ou seja, é regra de conduta, pois detém o condão de informar, previamente, a quem compete o ônus da prova. A racionalidade da norma é que a parte deve provar aquele fato que lhe benefi-

cia e não o fato prejudicial. No âmbito penal, é assegurado ao acusado o direito de não autoincriminação, ou seja, de não produzir prova de fato relevante contra si. O artigo 379 do CPC também prevê a proteção desse direito¹⁴³.

O ônus da prova é antecedido pelo ônus da afirmação ou ônus da alegação. Primeiro, a parte deve alegar e, posteriormente, comprovar o fato. A afirmação de um fato feita pelo autor e a resistência do réu tornam os fatos controvertidos e constituem o objeto de prova. Esses fatos relevantes fixam os contornos de atuação do juiz no processo e delimitam o provimento judicial que será prolatado. Mesmo nos fatos notórios, que prescindem de prova, não há dispensa de sua afirmação, porquanto a parte visa obter determinado efeito da ocorrência deles. Da mesma forma, ocorre com os fatos confessados pela outra parte, incontroversos e em cujo favor milita alguma presunção legal de existência ou veracidade.

As principais teorias acerca dos critérios de distribuição do ônus da prova estão embasadas em três pontos: o primeiro está ligado à natureza dos fatos que fundamentam a pretensão das partes (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos); o segundo está alicerçado nos pressupostos de fato que embasam a norma jurídica, cabendo a cada parte provar aquilo que lhe é favorável, e, por fim, o terceiro ponto se reporta à posição da parte em relação ao efeito jurídico desejado.

Giuseppe Chiovenda, sob a perspectiva da aplicação do ônus da prova, vislumbra, na sua repartição, um princípio de justiça distributiva e menciona o critério do interesse. Se o autor não provar os fatos que afirma, o réu não tem necessidade de provar coisa alguma¹⁴⁴. O fato constitutivo parte da normalidade de uma condição específica, “o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos”¹⁴⁵. Em relação ao réu, “deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem para os fatos constitutivos, falta que os impede de produzirem o efeito que lhes é natural”¹⁴⁶.

Francesco Carnelutti assevera que a função do ônus da prova é embasada na “determinação dos fatos controvertidos desconhecidos para o juiz”¹⁴⁷. Destaca o risco suportado

138 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p.176

139 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 227. No mesmo sentido, Eduardo Cambi: “A democracia se revela na preocupação que o direito processual deve ter em tratar isonomicamente cada uma das partes, dando todas as oportunidades possíveis para que possam influir no convencimento do juiz. (CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 100).

140 Consoante o entendimento de Camila Mattos Paolinelli: “[...] A simples existência do ônus não gera um correlato dever à faculdade/dever de provar. A visão de dever, de vínculo de sujeição, repete-se, a partir de Fazzalari, é incompatível com a noção democrática de processo[...]”. (PAOLINELLI, Camilla Matos. *O Ônus da Prova no Processo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 37).

141 A regra foi mantida, *mutadis mutandis*, no CPC vigente: “Art.373. 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, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 28 mar. 2015).

142 Leonardo Greco denomina como “[...] regras de fechamento do sistema probatório, apenas aplicáveis em caso de dúvida [...]”. (GRECO, Leonardo. *A teoria geral do processo e a prova*. In: ZUFELATO, Camilo; Yarshell, Flávio Luiz (Org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p.571).

143 “Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I- comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado”. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 13 jan. 2016).

144 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil v.2*. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 448

145 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil v.2*. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 451.

146 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil v.2*. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 451.

147 CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005. p.48.

pela parte no caso da falta ou da insuficiência da prova e acrescenta que o interesse na demonstração da prova é bilateral, pois, uma vez afirmado o fato, cada parte quer provar sua existência ou inexistência. E conclui: “quem propõe uma pretensão em julgamento, deve provar os fatos que a sustentam; e quem opõe por sua parte uma exceção, deve provar os fatos de que resulta [...]”¹⁴⁸.

Leo Rosenberg destaca os aspectos de direito material necessários à distribuição do ônus da prova. A cada parte compete comprovar os fatos que se amoldam às normas jurídicas que lhe são favoráveis, ou seja, é um critério de autobenefício. Parte da natureza dos fatos alegados pelas partes e destaca que o ônus da afirmação e da prova serão distribuídos segundo as características definidas na disposição legal em que se enquadrem¹⁴⁹.

Gian Antonio Micheli ressalta a necessidade do julgamento pelo juiz em qualquer hipótese, mesmo na ausência ou na obscuridade da lei e nas hipóteses em que os elementos fáticos necessários à formação de seu convencimento sejam insuficientes. Com essa interpretação, vislumbrou, em primeira análise, o ônus da prova como regra de julgamento e destacou esse aspecto processual de sua aplicação. Apesar de não se descurar da importância do direito material na formulação dos critérios de distribuição do ônus da prova, destacou a importância do critério processual da posição jurídica ocupada pelas partes¹⁵⁰.

À luz dessas teorias sobre a distribuição do ônus da prova, é possível inferir a importância delas e sua compatibilidade com a legislação processual civil brasileira, que adotou como regra o caráter distributivo do ônus da prova em observância à natureza dos fatos e à posição jurídica ocupada pelas partes. Todavia, esse critério não é suficiente para a resolução de todos os casos¹⁵¹. Em complemento, surgiram outras

teorias, dentre elas a chamada teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, reconhecida pela doutrina processualista e prevista expressamente no CPC. Devido à sua relação com um dos critérios de distribuição do ônus da prova adotado pelo CDC, será abordada no capítulo seguinte.

2.3.1 Os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos

A classificação dos fatos necessários à repartição do ônus da prova foi feita pelo legislador por meio de quatro critérios. Devem ser vistos como fatos jurídicos, porquanto suas existências, no mundo fático, amoldam-se à descrição de uma regra jurídica. Essa visão reporta-se à concepção de que os fatos que constituem objeto de prova estão circunscritos ao processo de aplicação do direito material. Há também a visão processual, que pontua a necessidade de se observar a posição jurídica da parte em relação à pretensão deduzida em juízo.

Nessa acepção de junção do direito processual com o material para a distribuição do ônus da prova, os fatos constitutivos são o “conjunto de fatos que compõe o suporte fático suficiente para a formação do fato jurídico, descrito pelo autor na petição inicial, com fundamento na situação jurídica cuja titularidade é pleiteada”¹⁵². O fato impeditivo, em primeiro momento, torna incontroversa a existência do fato constitutivo para, em seguida, impedir a sua plena aplicação. Analisado sob a ótica do fato jurídico, o fato impeditivo ratifica a existência do fato constitutivo, mas obstrui a sua validade e/ou eficácia¹⁵³.

O fato impeditivo se opõe ao efeito do fato constitutivo. Por isso, devem ser provados os seus pressupostos pelo réu que não deseja uma situação desfavorável¹⁵⁴. É possível afirmar que são fatos impeditivos os vícios do consentimento em ação judicial que tenha como pretensão o cumprimento de cláusula contratual do negócio jurídico. Por outro lado, na ação anulatória de negócio jurídico, sob o fundamento do vício do consentimento, o fato impeditivo da situação acima torna-se constitutivo nessa hipótese, porquanto cabe àquele que o alega comprovar sua existência.

Da mesma forma, os fatos modificativos têm como pressuposto o fato constitutivo afirmado pelo autor. Contudo, a modificação não atinge a validade ou a eficácia do fato, mas “a amplitude ou pertinência subjetiva dos efeitos pleiteados pelo autor, em virtude

148 CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005. p.257.

149 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956. p.91.

150 Nessa integração entre o direito substancial e processual: “[...] Se ha observado, sin embargo, que desde el punto de vista procesal, es necesario tener presente no tanto la abstracta hipótesis legal, cuanto más bien la concrete pretensión, de lo que resulta también evidente que la posición ocupada por las partes em juicio debe ser valorada de acuerdo con el efecto jurídico pedido por dicha parte” (MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989. p. 437).

151 Robson Renault Godinho, ao abordar a distribuição do ônus da prova sob a perspectiva constitucional, assevera: “Com efeito, as regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente que se vale o juiz para, diante de um quadro de carência probatória acerca de fato ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada no processo. Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável de lhe ser negada a tutela dos direitos”. (GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova e a Constituição*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord). *Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 294). O mesmo entendimento é apresentado por Gustavo Badaró: “O critério, adotado pelo Código de Processo Civil, fundado no direito material, não satisfaz plenamente. Tem grande utilidade como regra geral, mas não é isento de críticas”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 253).

152 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.140.

153 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.148

154 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956. p.121.

da ocorrência de fato posterior ao constitutivo”¹⁵⁵. Essa alteração pode se dar em relação aos sujeitos da relação jurídica ou ao seu conteúdo. Exemplos desses fatos são encontrados nas cessões de crédito e nas assunções de dívida, modalidades de transmissão das obrigações que alteram os sujeitos da relação obrigacional.

Os fatos extintivos se contrapõem aos fatos constitutivos e rompem o nexo entre o direito e seu titular, pois são aptos a “promover a incidência de regras jurídicas ou cláusulas negociais que possibilitam a extinção, objetiva ou subjetiva, da situação jurídica cuja titularidade é pleiteada pelo autor”¹⁵⁶. Dessa forma, para contextualizar e ilustrar a incidência desses fatos, se o autor pleitear o pagamento de certa dívida, e o réu se opuser à pretensão, alegando que houve o parcelamento e somente lhe pode ser exigida a parcela correspondente, o fato alegado pelo réu é modificativo; se o réu alegar o pagamento, o fato é extintivo e, se o réu formular defesa indireta de mérito com fundamento na exceção do contrato não cumprido, o fato apresentado é impeditivo¹⁵⁷.

2.3.2 A flexibilização do ônus da prova pelas partes no CPC

A flexibilização do procedimento às especificidades do caso concreto é apontada pela moderna doutrina processual civil como possível solução ao entrave burocrático que, em alguns casos, é desencadeado pelo prévio rito estabelecido pelo legislador¹⁵⁸. Não se nega a necessária previsibilidade dos atos processuais, a segurança jurídica e a efetividade que são geradas, quando estes são estabelecidos de modo antecipado. No entanto, em situações pontuais, a adaptabilidade pode existir sob o ponto de vista das partes ou do direito material discutido em juízo, porquanto o processo é instrumento para a obtenção desse direito. O próprio legislador pode conferir a faculdade de variação procedimental ao juiz, tal como ocorre no caso previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, que prevê a denominada inversão do ônus da prova¹⁵⁹.

155 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.155.

156 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.163.

157 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 181

158 Marcelo Pacheco Machado doutrina neste sentido “[...] a ideia aqui defendida de flexibilidade de meios tem íntima relação com o princípio da adaptabilidade, por meio do qual o procedimento deve ser adaptar às necessidades dos casos concretos”. (MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 70).

159 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na teoria geral do processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHHELL, Flávio Luiz (org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 308.

É importante ressaltar que a CF atribui competência privativa à União para legislar sobre processo (artigo 22, inciso I), mas não sobre procedimento, cuja competência é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (artigo 24, inciso XI). A distinção tem por finalidade respeitar as peculiaridades regionais e culturais existentes em nosso País e adequar o procedimento à realidade vivenciada por certa unidade da federação. É possível que algum Estado e o Distrito Federal estabeleçam, por exemplo, expedientes forenses distintos¹⁶⁰.

No que diz respeito especificamente à distribuição do ônus da prova, essa flexibilização já era defendida pela doutrina¹⁶¹. O CPC, atento à nova ordem democrática do processo civil, ao mesmo tempo em que concede maiores poderes instrutórios ao juiz, reforça a disponibilidade das partes capazes para o procedimento, pois lhes assegura maior dinamismo dos direitos que admitem autocomposição, possibilitando-lhes convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres¹⁶².

O CPC prevê a possibilidade de haver negócios jurídicos processuais antes ou no curso do processo. Da mesma forma que os negócios jurídicos previstos no Código Civil (CC), os negócios jurídicos processuais devem obedecer aos requisitos de validade do objeto lícito, das partes capazes e da forma prescrita ou não defesa em lei. O artigo 190, parágrafo único, do CPC, ressalva o controle da validade dessas convenções pelo juiz e a recusa em aplicá-las “somente nos casos de nulidade ou de

160 De acordo com a teoria geral do processo: “[...] O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os sujeitos. O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca dele, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção do processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28ed. Malheiros: São Paulo, 2012, p.309).

161 Paulo Rogério Zanetti, assim como outros doutrinadores, defendia a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Brasil por meio de uma interpretação sistemática: “[...] podemos entender como correta a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova pelos tribunais nacionais, quer por sua conformidade com os princípios processuais civis declinados no texto constitucional, quer por sua harmonia com a legislação processual civil em vigor, notadamente com seu art. 130, com parágrafo único, II, do art. 333 e com o art. 339, não havendo, em nosso sentir, qualquer necessidade de alteração legislativa para esse fim”. (ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 155)

162 O artigo 190 do CPC dispõe: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou no curso do processo”. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 jan. 2016).

inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”¹⁶³

O CDC estabelece algumas peculiaridades na distribuição do ônus prova. Como sistema jurídico protetivo, essas especificidades estão previstas em favor do consumidor, e o artigo 51, que trata das cláusulas abusivas, dispõe, no inciso VI, a nulidade de pleno direito da convenção que estabeleça a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor. Em que pese o avanço representado pela possibilidade dos negócios jurídicos processuais, os acordos estipulados por partes que se encontrem sob a égide de aplicação do CDC, ainda que se trate de pessoas capazes e de objeto lícito, não poderão estipular a impossibilidade de intervenção do juiz no caso concreto, quando o critério for *ope iudicis*, ou impuser ao consumidor fatos que caibam ao fornecedor comprovar. Tais hipóteses malferem a previsão legal de validade do negócio jurídico.

2.4 Os indícios, as presunções, as máximas de experiência ou regras de experiência e a verossimilhança

A dificuldade na produção de prova de determinados fatos levou o legislador a prever mecanismos que atenuam o rigor da obtenção da prova de forma direta. Esses mecanismos repercutem na distribuição do ônus da prova, seja em decorrência da própria lei que, já no seu comando, estipula alteração na carga probatória, seja na faculdade concedida ao juiz. Dessa forma, é possível afirmar que, nos indícios, nas presunções, nas máximas de experiência e na verossimilhança, há redução das exigências de prova.

2.4.1 Os indícios

O CPC/1939, ao tratar das provas, abordou especificamente as presunções e os indícios (artigos 251 a 253)¹⁶⁴. O Código de Processo Penal (CPP) apresenta a seguinte definição de indício no artigo 239: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que,

tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”¹⁶⁵. O Código de Processo Penal Militar (CPPM), em seu artigo 382, também apresentou um conceito sobre indício: “(...) é a circunstância ou fato conhecido e provado, de que se induz a existência de outra circunstância ou fato, de que não se tem prova”¹⁶⁶.

O indício deve ser visto como fato conhecido e secundário que, pelo emprego do raciocínio indutivo-dedutivo, indica outro fato constituinte do objeto de prova. Esse itinerário mental percorrido pelo juiz pode resultar na ocorrência de presunção, pois, por meio de um fato provado, indiretamente se chega a outro fato¹⁶⁷. O reconhecimento de um indício não necessita que se esteja diante de fato provado. Ele também pode ser inferido mediante fatos que prescindam de prova¹⁶⁸; no entanto, deve ser um fato conhecido pelo ônus da afirmação.

A natureza jurídica dos indícios é discutida pela doutrina processual. No processo penal, os indícios constituem meio de prova. Contudo, há divergência sobre sua natureza no processo civil. Hernando Devis Echandía, autor de clássico tratado sobre a prova judicial, discorreu a respeito do indício como meio de prova. Segundo o autor, é veículo que subministra ao juiz argumentos probatórios para formar seu convencimento sobre fato que investiga¹⁶⁹. De modo diverso, José Carlos Barbosa Moreira ressalta que o indício não é meio de prova, mas sim fato provado por intermédio de meio de prova, que se

165 BRASIL. Decreto-Lei 3289, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 13 jan. 2016. O Código de Processo Penal Militar, em seu art. 382, também apresentou um conceito “Indício é a circunstância ou fato conhecido e provado, de que se induz a existência de outra circunstância ou fato, de que não se tem prova”. (BRASIL. Decreto-Lei n. 1002, de 21 outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm. Acesso em: 13 jan 2016.

166 BRASIL. Decreto-Lei 1002, de 21 de outubro de 1969. Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm. Acesso em: 13 jan 2016.

167 Érico de Pina Cabral, utilizando o raciocínio silogístico, situa o indício da seguinte forma: “[...] No silogismo das presunções, o indício constitui a premissa menor que induz por ilação (faz presumir) a existência de outro fato, do qual não se tem conhecimento direto. Como, por exemplo, na hipótese do consumidor que reclama do mau funcionamento do aparelho celular adquirido junto ao fornecedor. Os arranhões e pequenas fraturas no seu revestimento são indícios de que o problema do vício de qualidade foi causado por exclusiva ação do consumidor (queda do aparelho)”. (CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008. p. 268).

168 Héctor Eduardo Leguisamón destaca: “El concepto de indicio ha quedado suficientemente claro, pero considero que no sólo revisten tal carácter los hechos debidamente probados – al decir de Alsina -, sino también los hechos reconocidos y los admitidos, como, asimismo, los afirmados por aquel a quien perjudican, los hechos notorios, evidentes, etcétera, por cuanto indudablemente están incorporados al proceso y sometidos al conocimiento del magistrado, e inclusive no constituyen objeto de proba (*thema probandum*), toda vez que no son hechos controvertidos, pero que de igual manera corresponden ser valorados por el juez[...] Negarles el carácter de indicios a los hechos reconocidos, admitidos, afirmados, notorios, evidentes, etcétera, es como negar su existencia misma, por cuanto carecerían de todo efecto jurídico”. (LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Las presunciones judiciales y los indicios*. 2ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006. p. 73-74)

169 ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II. 4ed. Medellín: Dike, 1993. p.604.

situa dentro da etapa percorrida pelo juiz para a formação do seu convencimento por meio de outro fato¹⁷⁰.

A doutrina converge sobre a distinção entre o indício e a presunção, apesar de reconhecer que a linha divisória entre os institutos é tênue. A presunção funda-se no reconhecimento de fato desconhecido no processo, que pode ser obtido pelo indício. Apesar da relação de causalidade existente entre o indício e a presunção, o fato provado mediante indício não possui vínculo direto com o *thema probandum*. O indício é, pois, pressuposto da presunção, porque, a partir do reconhecimento da ocorrência dele, é possível a dedução do fato principal relevante¹⁷¹.

2.4.2 As presunções

A presunção é a ilação, ou o processo lógico de raciocínio, que se obtém de fato conhecido e secundário, geralmente um indício, para se provar a existência de fato desconhecido.¹⁷² As presunções são políticas processuais empregadas para facilitar a produção de determinada prova, pois parte-se da premissa de que é mais difícil provar a ocorrência do fato do que a sua não ocorrência. Ao mesmo tempo, tem por escopo, em algumas hipóteses, diminuir a atividade do juiz na apreciação e na valoração das questões fáticas pertinentes, ao substituí-la por critério já previamente estabelecido na lei. As presunções são divididas pela doutrina em legais, que são subdivididas em relativas e absolutas, e judiciais ou simples.

As presunções diferem-se das chamadas ficções jurídicas, pois estas são criadas pelo legislador sem o juízo de probabilidade presente naquelas. As ficções jurídicas contrariam até mesmo a própria verdade material de um fato e a normalidade desempenha-

da pela relação lógica gerada na presunção¹⁷³. No âmbito do direito penal, ao tratar do concurso de crimes, nas modalidades do crime formal e do crime continuado, o indivíduo pratica dois ou mais crimes, mas o cálculo da sua pena é fixado com base em crime único. Nesse caso, não há de se falar em qualquer critério de probabilidade no emprego dessa técnica legislativa, ao contrário do que ocorre na presunção. No âmbito do direito civil, é mencionada a atribuição de personalidade às pessoas jurídicas como forma de ficção legal.

O CC, no artigo 212, inciso IV, repete a redação do artigo 136, inciso V, do CC/1916 e trata a presunção como meio de prova, pois é listada juntamente com a confissão, o documento, a testemunha e a perícia. Esse enquadramento é criticado pela doutrina¹⁷⁴ sob o argumento de que a presunção é “um processo de elaboração mental”¹⁷⁵ e o que é provado é o fato-base que, por dedução lógica, faz chegar à presunção. O argumento utilizado para excluir a presunção do rol dos meios de prova é o mesmo utilizado para excluir os indícios.

Quanto às presunções legais, a maioria da doutrina processual entende que a diferença entre a presunção absoluta e a presunção relativa está no fato de que a presunção legal absoluta não admite prova em contrário. Na verdade, o que as difere é a relevância e a utilidade da produção da prova em sentido contrário. Na presunção absoluta, a produção de determinado meio de prova em nada influenciará a formação da convicção do juiz¹⁷⁶. Exemplo pode ser extraído da usucapião de bem imóvel prevista no artigo 1238 do CC. Essa modalidade de aquisição da propriedade requer o critério objetivo do prazo de quinze anos bem como o *animus domini* do possuidor, sem a necessidade de justo título e boa-fé¹⁷⁷.

170 Consoante o entendimento do autor, o indício é: “[...] ao mesmo tempo, ponto de chegada e novo ponto de partida: o órgão judicial vem a conhecê-lo com base no documento ou no testemunho, e vale-se dele, em um segundo passo, para a formar a presunção. [...] O indício, para resumir, é ponto de partida em confronto com a presunção, e é ponto de chegada em confronto com a prova documental ou testemunhal. Tanto basta, ao nosso ver, para que seja impróprio colocá-lo no mesmo nível destas”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual Civil: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977. p.58-59).

171 CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 361.

172 Segundo Michelle Taruffo: “[...] la presunción resulta de una inferencia formulada por el juez, que llega a una conclusión sobre el hecho a probar (el ‘hecho ignorado’) partiendo de un hecho ya conocido o probado (el ‘hecho conocido’), que sirve de premisa para un razonamiento, a menudo baseado em maxima de experiencia”. (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p.471).

173 Leo Rosenberg vislumbra na ficção um meio de simplificar a técnica legislativa e “[...] son preceptos jurídicos que transfieren la consecuencia jurídica determinada para el estado de cosas *a* al estado de cosas *b*, equiparando el estado *b* al estado *a*, al decir, por ejemplo, que *b* es considerado como *a*”. (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956. p.191).

174 A classificação é rechaçada por José Carlos Barbosa Moreira: “Parece bastante claro que tal presunção não constitui, a rigor, meio de prova, ao menos no sentido de que se dá a semelhante locução quando se afirma que é meio de prova, *v.g.*, um documento ou o depoimento de uma testemunha. O processo mental que, a partir da afirmação do fato *x*, permite ao juiz concluir pela afirmação também do fato *y*, não se afigura assimilável à atividade de instrução, em que se visa a colher elementos para a formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio ‘se ocorreu *x*, deve ter ocorrido *y*’, nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente. A atividade probatória realizou-se antes, e terá produzido frutos na medida em que permitiu estabelecer-se a ocorrência do fato *x*”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual Civil: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 57) (“destaque do original”).

175 CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 360.

176 MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual Civil: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977. p.55.

177 CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 367.

Com isso, é possível inferir que a hipótese transcende o direito processual e repercute diretamente na esfera do direito material, pois dispensa dois requisitos previstos na legislação civil que, sequer, precisam ser provados no processo. Essa modalidade de usucapião é equiparada a outra, que exige outros requisitos, para aquisição da propriedade imóvel. A equiparação do ponto de vista da eficácia do instituto é tratada por José Carlos Barbosa Moreira: “[...] a lei imprime ao esquema a+b a mesma eficácia que teria o esquema a+b+c ou a+b+c+d, e assim por diante. Em uma palavra: atribui efeitos iguais a diferentes esquemas de fato”¹⁷⁸.

Nas presunções legais relativas, apesar da ocorrência do fato secundário, é possível a produção da prova de que o fato principal objeto de prova não ocorreu. Nesse caso, como a própria nomenclatura já evidencia, a presunção tem relativa eficácia, pois ela vigora enquanto não desconstituída por prova em sentido contrário. A parte que é beneficiada está dispensada da comprovação do fato principal que é objeto de prova, mas não do fato secundário que desencadeia sua ocorrência. O artigo 374, inciso IV, do CPC, dispõe sobre a dispensa de prova do fato cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

Exemplo dessa modalidade de presunção é extraído do artigo 322 do CC: “quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”¹⁷⁹. Na espécie, que trata do instituto das obrigações no direito civil, a presunção da quitação da dívida atua em favor do devedor, porquanto a normalidade é que o credor não aceite receber o valor de determinada parcela, se as anteriores não estiverem adimplidas. Portanto, se o fato for alegado e provado pelo devedor, ao credor compete desconstituir essa presunção.

A presunção legal relativa independe da posição jurídica assumida pela parte no processo, ou seja, ela pode beneficiar o autor ou o réu, dependendo do caso. Na previsão legal acima descrita, o legislador tornou o fato extintivo do pagamento da última parcela um fato constitutivo do direito do devedor e transferiu ao credor o ônus de desconstituí-lo. Parte da doutrina reporta a presunção relativa como espécie de inversão legal do ônus da prova. Essa discussão será analisada, de modo mais detalhado, no capítulo seguinte.

Hernando Devis Echandía, valendo-se do raciocínio lógico empregado pelo silogismo, assevera que, nas presunções legais, o julgador pode utilizar tão somente o critério da conclusão. No caso, a premissa maior, a qual é constituída pela regra geral contida na norma jurídica, e a premissa menor, que é o princípio da identidade que serve de base à norma, são dispensáveis. Exemplifica por meio da presunção de paternidade oriunda da concepção do filho na constância do casamento¹⁸⁰.

As presunções simples ou judiciais, também conhecidas por presunções *hominis*, são aquelas em que o raciocínio é empregado pelo órgão judicial com base naquilo que ordinariamente acontece¹⁸¹. Eduardo Cambi aponta a existência de três fases para a sua consolidação: “[...] i) a colheita dos indícios; ii) a dedução das presunções e iii) a apreciação (valoração) dessas presunções”¹⁸². Com base nesse conceito, é possível verificar a estreita relação existente entre as presunções judiciais, as regras ordinárias de experiência e a verossimilhança. Não pode ser tratada como presunção simples a chamada *presumpum de presumpum* (presunção da presunção, presunção de segundo grau ou presunção secundária), pois, nesse caso, o juiz já não parte de fato certo, mas sim de fato incerto ou presumido¹⁸³.

180 ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. 4ed.* Medellín: Dike, 1993. p. 699. No direito brasileiro, a presunção encontra-se no artigo 1597, incisos I e II, do CC: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento”. (BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 14 jan. 2016).

181 Francisco Rosito destaca a distinção entre as presunções legais e as presunções simples: “Ambas comportam estrutura própria e perseguem diferentes valores. As presunções legais dizem respeito ao direito material, conquanto se conectem à teoria da prova. Porém não chegam a proporcionar elementos de prova, senão dispensam de prova aqueles em cujo benefício funcionam, dando por certos determinados fatos. Por serem previstas na lei, as presunções legais possuem um número mais restrito. Já as presunções simples dizem respeito ao direito probatório, visto que atuam no procedimento indutivo e na prova indireta. Por sua natureza, as presunções simples são potencialmente ilimitadas, dados que são vinculadas aos fatos humanos”. (ROSITO, Francisco. *Direito Probatório. As máximas de experiência em juízo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 95)

182 CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 377.

183 Essa modalidade de presunção está baseada em um indício de segundo grau. Sua utilização é rechaçada pela maioria da doutrina processual, pois para o reconhecimento do indício há a necessidade de um fato certo. Danilo Knijnik exemplifica: “[...] se uma testemunha afirma ter visto alguém danificando um objeto, bastará ao juiz concluir, por força da credibilidade do depoente, que foi a pessoa mencionada que danificou o objeto; se, porém, a testemunha afirmar que viu alguém deixando o local do dano, portando um instrumento contudente, será necessária uma ‘inferência de segundo grau’: o juiz emprestará credibilidade à testemunha, tomará por verdade o que ela diz (primeira inferência) e considerará que, por ter sido visto o objeto cortante, a pessoa indicada foi quem danificou o bem (segunda inferência)”. (KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.59).

178 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova. Temas de Direito Processual Civil: primeira série.* São Paulo: Saraiva, 1977. p.64.

179 BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 14 jan. 2016

2.4.3 As máximas de experiência ou regras de experiência

Os estudos acerca das máximas de experiência despontaram na Alemanha, e Friedrich Stein formulou um conceito¹⁸⁴ sobre o instituto. A problemática que fomentou o início das discussões sobre as regras de experiência tratava da proibição de o juiz invocar, em suas razões de decidir, conhecimentos extraprocessuais e atrelados ao seu conhecimento privado dos fatos¹⁸⁵. Desde então, era analisada a inviabilidade de valer-se de critérios pessoais para julgar, mas, ao mesmo tempo, era reconhecida a impossibilidade de o magistrado, no exercício da função judicante, abster-se completamente dos valores que foram assimilados ao longo de sua vida e que integram sua identidade.

As máximas de experiência não são meios de prova e atuam como juízo de probabilidade daquilo que acontece de forma corriqueira, com generalidade e abstração¹⁸⁶. O magistrado formula um raciocínio dedutivo a partir de fatos que acontecem, de forma repetida, no contexto em que vive¹⁸⁷. As regras de experiência estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro e são divididas em comuns e técnicas. Estas integram diretamente o conhecimento científico acerca de determinado fato. Interessam, para este estudo, as regras de experiência ditas comuns, pois, mais adiante, será demonstrada sua aplicabilidade no CDC.

No campo probatório, as regras de experiência atuam como instrumento de apuração dos fatos e auxiliam o magistrado na formação das presunções simples. Érico de Pina Cabral assevera que “[...] as regras da experiência formam a premissa maior e, conju-

gada com a premissa menor, formada pelo fato-base ou indício, tem-se uma conclusão denominada presunção judicial *praesumptiones hominis*¹⁸⁸. Esse juízo que advém da subsunção do indício ou fato-base à regra geral de experiência deve ser feito com cautela pelo juiz, pois, caso incida em erro nessa etapa, sua conclusão também estará equivocada. Como se trata de presunção judicial, a produção de prova em sentido contrário pode afastar a sua incidência.

As máximas de experiência, no âmbito da prova, atuam na valoração desta pelo juiz e são inseridas no raciocínio do magistrado para a elaboração de sua decisão. A situação retrata um juízo de avaliação que é realizado com respaldo no livre convencimento motivado. Pode o juiz, no caso concreto, com base no conhecimento angariado durante todo o exercício de sua atividade, atribuir maior valor probatório a determinado documento em detrimento de outro, ou mais credibilidade a um depoimento de testemunha do que a um depoimento pessoal¹⁸⁹.

Nesse contexto de valoração da prova, vale o registro histórico que consta na Bíblia Sagrada sobre o Rei Salomão, o qual recebeu de Deus o dom da sabedoria para julgar seu povo. Em determinado episódio, intitulado A Sentença de Salomão, duas mulheres que moravam na mesma casa e tiveram filhos em um intervalo de três dias se apresentaram ao rei com versões contraditórias. Um dos filhos havia falecido, e ambas alegavam que o filho vivo era seu. Diante dessa situação, o rei ordenou que lhe trouxessem uma espada para dividir o filho vivo ao meio, e uma delas consentiu que o filho fosse entregue à outra para não ser morto. O rei concluiu que essa seria a verdadeira mãe, pois o sentimento materno visa à proteção de sua prole, há o desejo de que o filho não morra. O acontecimento ilustra a utilização das máximas de experiência para solução do caso concreto¹⁹⁰.

Assim, as regras de experiência, além de serem utilizadas nessa seara probatória e de permearem os meios de prova, podem ser usadas na interpretação das normas jurídicas e dos conceitos jurídicos indeterminados. A tendência das normas jurídicas é se tornarem cada vez mais abertas, pois não conseguem acompanhar todas as situações fáticas vivenciadas no meio social. Ciente da situação, o legislador tem atribuído maior liberdade interpretativa ao juiz no momento em que é realizada a subsunção do fato à

184 “Son deficiones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretender tener validez para otros nuevos”. (STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2ed. Trad. Andrés de Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999. p. 27)

185 Adroaldo Furtado Fabrício cita o exemplo do magistrado que, antes de julgar uma demanda que envolvia acidente automobilístico, comparece sozinho ao local para melhor compreensão da dinâmica do fato. Neste caso, não lhe era lícito fazê-lo, salvo sob a forma de inspeção judicial e sob as garantias do contraditório. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. *Revista Forense* v.376. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p.3).

186 Segundo José Carlos Barbosa Moreira, as máximas de experiência: “[...] refletem o reiterado passar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro”. (MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Forense* v.261. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.13). João Batista Lopes ressalta “[...] que as máximas de experiência não conferem certeza lógica, não valem como postulados científicos, mas são marcadas pela relatividade”. (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 69).

187 Danilo Knijnik assevera que as máximas de experiência estão presentes em todos os juízos de fato elaborados pelo magistrado dentro do processo: “Com efeito, se está em causa a prova judicial de um fato, está em causa uma máxima de experiência. Ela é onipresente [...]”. (KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.68).

188 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008. p. 296.

189 João Batista Lopes cita o seguinte exemplo: “Assim, ao colher o depoimento pessoal das partes e das testemunhas, o juiz, observando suas reações, poderá, baseado no *id quod plerumque accidit*, extrair conclusões importantes para o deslinde da causa”. (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 70).

190 BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJNIK, Danilo (coord). *Prova Judiciária. Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 181.

norma¹⁹¹. O CDC, no artigo 6º, inciso VIII, prevê, como critério judicial, a utilização das regras de experiência como instrumento de fixação dos conceitos jurídicos indeterminados da verossimilhança e da hipossuficiência.

As regras de experiência, ainda que imbricadas com o senso comum, devem ser justificadas. Há a necessidade de que elas sejam relatadas e demonstradas na motivação da decisão judicial, segundo os critérios da idoneidade e da oportunidade de sua utilização¹⁹². Esse mecanismo é imprescindível para o regular controle das partes¹⁹³, notadamente da parte que se encontra em situação desfavorável, pois somente com o correto identificar da argumentação racional empregada pelo juiz é que o argumento¹⁹⁴ poderá ser desconstituído.

As máximas de experiência, da mesma maneira que os fatos notórios, integram o conhecimento privado do juiz, porquanto são obtidas pelos conhecimentos adquiridos por ele fora do processo. Apesar de serem espécies do mesmo gênero, apresentam pontos distintos. Os fatos notórios são acontecimentos singulares que guardam pertinência direta com o *thema probandum* e não dependem de prova, porque geralmente são conhecidos (artigo 374, inciso I, do CPC)¹⁹⁵. As regras de experiência são acontecimentos semelhantes que vão se repetindo no cotidiano e passam a integrar determinado contexto social. Os fatos notórios, pela dicção legal, não dispensam o ônus da afirmação ao contrário das máximas de experiência, cujos fatos não necessitam de alegação pelas partes¹⁹⁶.

191 MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Forense* v.261. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.15.

192 MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHAT, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P.151.

193 O STF manifestou sobre a possibilidade de controle das máximas de experiência: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. 1. A jurisprudência do STF admite a reparação do chamado estético ou morfológico. 2. As máximas de experiência integram-se na norma jurídica e a completam na apreciação do recurso extraordinário. RE 75675/SP. Primeira Turma. Recorrente: Odair de Andrade. Recorrida: Viação Coringa S/A. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. Brasília/DF, 17 de junho de 1974. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=171296> Acesso em: 28 jan 2016.

194 Juan Montero Aroca destaca a necessidade da motivação da decisão quando o juiz faz uso das máximas de experiência: "Hemos llegado a donde pretendíamos: las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que éste debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba. Esas máximas no pueden estar codificadas, pero si hán de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados". (AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996. p.343).

195 José Carlos Barbosa Moreira formula os seguintes exemplos: "[...] o de que certa data se comemora a independência do país, o de que determinada cidade é sede do governo, o de que em tal ocasião a estrutura política nacional foi modificada por força de um movimento revolucionário [...]". (MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Forense* v.261. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.13).

196 Juan Montero Aroca apresenta esta distinção: "[...] Las maximas son conceptos abstractos que ni siquiera precisian ser afirmadas por las partes para que el juez llegue a formar su convicción, mientras que los hechos notorios son siempre hechos concretos y por lo mismo están necesitados de afirmación [...]". (AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996. p.57).

O conhecimento do fato notório é difundido no meio social em que vive o juiz e, ainda que não tenha conhecimento direto, a informação lhe é acessível, porque independe de conhecimento técnico especializado. A notoriedade do fato pode ficar circunscrita a determinada localidade. Em um país multicultural como o Brasil, a regionalidade de um fato não afasta o seu enquadramento como notório¹⁹⁷, e as máximas de experiência podem incidir no caso de algum conhecimento técnico que prescindida da produção de prova pericial.

As máximas de experiência vêm previstas no artigo 375 do CPC. O imbróglgio do que existia no artigo 335 do CPC/1973 era que, logo no início da sua redação, emergia o entendimento de que sua aplicação ficava restrita à falta de normas jurídicas particulares, o que evidenciava certa semelhança com as demais hipóteses integrativas da norma jurídica (a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito). O obstáculo era criticado, pois os institutos não se excluem, ou seja, não há impedimento para a utilização das regras de experiência na hipótese em que exista norma aplicável ao caso.¹⁹⁸ Nesse ponto, o CPC vigente suprimiu o requisito da falta de norma¹⁹⁹.

A Lei n. 9099/1995, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, abarca a hipótese de o juiz valorar as regras de experiência, sem que, para isso, tenha de incorrer na existência de uma lacuna legal (artigo 5º). Por fim, o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, também não prevê a necessidade de ausência de normas particulares, pois, conforme já mencionado, as regras de experiência atuam na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados.

197 Adroaldo Furtado Fabrício exemplifica uma possível implicação processual da regionalidade do fato notório: "Pode suceder que a notoriedade do fato exista, mas restrinja-se ao âmbito local, de tal sorte que, conquanto admitida corretamente pelo juiz de primeiro grau, não se alargue ao lugar da sede do órgão recursal. Em tal hipótese, poderá tornar-se necessária a conversão do julgamento em diligência para a produção da prova respectiva (a saber, prova da notoriedade ou prova do próprio fato). Note-se, entretanto, que esse não será o caso quando a parte em cujo desfavor se afirma o fato não tenha impugnado sua notoriedade na primeira oportunidade que se lhe seja aberto de fazê-lo: sendo assim, ter-se-á tomado incontroverso o ponto, razão por si suficiente para a dispensa da prova (art. 334, III, do CPC). (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. *Revista Forense* v.376. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5).

198 José Carlos Barbosa Moreira preleciona: "[...] Bem consideradas as coisas, não é exato que o juiz somente recorra a uma 'regra de experiência' quando falte norma jurídica aplicável à espécie; nem, por conseguinte, que aquela funcione (necessariamente) como sucedâneo desta. A utilização da 'regra da experiência' não exclui a aplicação de norma jurídica para a solução do litígio: uma e outra têm aplicação concorrente [...]". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual Civil: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 70).

199 "Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial". (BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lto2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 14 jan. 2016).

2.4.3.1 A prova *prima facie*

A prova *prima facie*, prova de primeira aparência ou prova por verossimilhança, está relacionada às regras de experiência, pois são a sua fonte. Atua também como modulador da exigência de prova, notadamente quando se evidencia dificuldade na prova do nexo de causalidade²⁰⁰. O instituto foi desenvolvido para aplicação nos casos em que o autor da demanda enfrentava sérias dificuldades para demonstrar a culpa nas ações indenizatórias. Por exemplo, era mencionado o caso da ruína de um edifício que ocasiona dano ao transeunte que passa pelo local. Nessa hipótese, o magistrado extrai a culpa do proprietário do edifício ou do construtor com base nas máximas de experiência²⁰¹.

A prova *prima facie* “consiste na formação do convencimento do juiz através dos princípios práticos da vida e da experiência daquilo que geralmente acontece *id quod plerumque accidit*”²⁰². São apresentadas três condições para sua admissibilidade: “a) a dificuldade da prova do fato; b) a facilidade da prova contrária; c) a possibilidade de julgar por verossimilhança, por meio das máximas de experiência”²⁰³. A parte beneficiada por sua aplicação deve comprovar a verossimilhança do fato para que caiba à outra parte provar a sua não ocorrência.

Há certa controvérsia sobre a categorização da prova *prima facie* no ordenamento jurídico. Michele Taruffo critica o instituto, pois seu conceito é dotado de ambiguidades com difícil utilização no âmbito da teoria da prova²⁰⁴. Moacyr Amaral Santos destaca a diferença sobre o ponto de partida, contudo enquadra a prova de primeira aparência como modalidade de presunção judicial²⁰⁵. Eduardo Cambi sustenta que não há diferença entre os institutos. A prova de primeira aparência é vista como resultado de uma presunção, e não há como suprimir a ideia de que o raciocínio do magistrado não se vale de

um fato conhecido. Cita o mesmo exemplo da ruína de determinado tijolo proveniente de obra em construção que venha a causar dano a certa pessoa. A demonstração desse elemento da responsabilidade civil é um indício que pode ocasionar uma presunção e, conseqüentemente, uma prova *prima facie*²⁰⁶.

Francisco Rosito, valendo-se dos ensinamentos de Gennaro Roberto Pistolese, destaca a distinção entre a prova *prima facie* e a presunção simples. Na primeira, a fonte utilizada são as máximas de experiência, que conduzem ao reconhecimento da existência de um fato desconhecido e, na segunda, o juiz forma sua convicção por meio dos indícios²⁰⁷. Na prova *prima facie*, não há fato certo, e o resultado é obtido diretamente das regras de experiência. O raciocínio lógico do juiz é diverso nos institutos. A presunção judicial e a prova *prima facie* são métodos de prova concatenados para o desenvolvimento do raciocínio do magistrado, baseados em juízo de probabilidade. No campo do direito do consumidor, há quem sustente que o CDC acatou expressamente a prova *prima facie* no artigo 6º, inciso VIII²⁰⁸.

2.4.4 A verossimilhança

A verossimilhança está relacionada com as máximas de experiência e é a qualidade do que é verossímil, ou seja, daquilo que se apresenta como verdadeiro²⁰⁹. Verossímil é o que possui semelhança com a verdade. Apesar do conceito singelo, esse instituto detém multifuncionalidade em nosso sistema jurídico, pois é utilizado em momentos distintos no processo²¹⁰. No campo probatório, funciona na distribuição do ônus da prova e no momento de constatação dos fatos por meio da valoração da prova. Nesse primeiro momento, conforme já mencionado, o CDC prevê a possibilidade de o juiz admitir algum fato alegado pelo consumidor como verdadeiro no processo. Em um segundo momento, é utilizado valorando a prova, seja de forma provisória nas tutelas de urgência²¹¹, seja de forma definitiva na sentença de mérito.

200 Segundo Leo Rosenberg: “[...] para probar le nexo causal, es suficiente que la parte cargada con la prueba muestra una tal coincidencia exterior de hechos, que según el rumbo normal de las cosas, conocido gracias a la experiencia, se justifica la conclusión (aunque ésta como conclusión *a posteriori* no fuera simple muy segura) de que los hechos se encuentran entre ellos en relación de causa y efecto; la otra parte debe entonces mostrar, por vía de contraprueba, que el efecto producido no puede atribuirse a esos hechos como causa”. (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJA, 1956. p. 167).

201 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. V. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 501-502. O CC trata a hipótese da responsabilidade por dano infecto no caso de ruína de edifício no artigo 937. O CC/1916 previa esta responsabilidade no artigo 1528 e a doutrina tratava como hipótese de culpa presumida. Atualmente, há discussão se o dispositivo, que repetiu a redação anterior, retrata hipótese de culpa presumida ou de responsabilidade objetiva.

202 SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. *As provas no cível*. Forense: Rio de Janeiro, 2002 p.74.

203 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. V. São Paulo: Max Limonad, 1968, p.515.

204 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p. 513.

205 “[...] Em verdade, a presunção terá por fonte um indício concreto: a prova *prima facie* tem lugar exatamente porque, na falta desse indício, o juiz serve de experiência da vida para dela extrair a presunção, isto é, formar seu convencimento [...]” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. V. São Paulo: Max Limonad, 1968, p.505).

206 CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 385-386.

207 ROSITO, Francisco. *Direito Probatório. As máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 114.

208 SANTOS, Ernane Fidélis dos. O ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor n. 47*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 2003. p. 272.

209 Michelle Taruffo assevera que o significado de verossimilhança “[...] equivale substancialmente al de ‘normalidad’, en la medida que se considera ‘verossímil’ aquello que se corresponde com el funcionamiento normal de las cosas, es decir, al *id plerumque accidit* o las denominadas máximas de experiencia” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p.505).

210 FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 109.

211 O CPC trata da tutela provisória nos artigos 294 a 311 e a divide em tutela de urgência e tutela de evidência. Os requisitos para a concessão da tutela de urgência vêm previstos artigo 300: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado

2.4.4.1 A verdade e a verossimilhança

Por intermédio da prova, busca-se a verdade dos fatos. As normas jurídicas são aplicadas mediante juízo de subsunção; ou seja, há uma relação teleológica, instrumental, entre a prova e a verdade. Segundo a clássica definição de Carl Joseph Anton Mittermaier, “a verdade é a concordância entre o fato real e a ideia que dele forma o espírito”²¹². O estado do conhecimento norteia a doutrina processual atual, pois almeja a correspondência entre o fato ocorrido no mundo físico e o comprovado no processo. Todavia, no processo, atuam partes que fornecem sua interpretação e descrição sobre os fatos. Nesse cenário, inicia-se um imbróglgio acerca da verdade, pois seu conhecimento pode estar certo ou errado²¹³.

Piero Calamandrei, em clássica obra que retrata os problemas da justiça, ressalta que há três dimensões da verdade no processo e que esta poderá mostrar-se diferente de acordo com o ângulo de quem a observa. Ilustra essa assertiva com o exemplo da exposição de famoso quadro em certa galeria em Londres. O indivíduo retratado é exposto em três poses diferentes: “no centro da tela é visto de frente, nos dois lados é retratado de perfil, olhando para a figura central”²¹⁴. Comparativamente ao processo, a verdade de perfil é apresentada pelos advogados, enquanto o juiz, situado no centro, encara a verdade de frente.

A situação já evidenciava, à época, a problemática da verdade no processo. O critério reconstrutivo dos fatos vem influenciado pelas pessoas que a eles assistiram. A inter-

útil do processo”. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 21 jan. 2016).

212 MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. 5ed. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 2008. p. 79. Vitor de Paula Ramos, no mesmo sentido, destaca essa abordagem correspondente da verdade e assevera que “dizer que algo é verdadeiro é dizer que corresponde à realidade”. (RAMOS, Vitor de Paula. Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao dever de provar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.24).

213 Habermas, ao rever seu conceito discursivo de verdade, propõe: “[...] Resta-nos assim a tarefa de explicar por que os participantes de uma discussão sentem-se autorizados—e supostamente o são de fato—a aceitar como verdadeira uma proposição controversa, bastando para isso que tenham, em condições quase ideais, esgotado todas as razões disponíveis a favor e contra essa proposição e assim estabelecido a aceitabilidade racional desta”. (HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.60-61).

214 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.122. O autor cita outro exemplo com base na arte da pintura: “Ponham dois pintores de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade?” (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 125). Essa percepção da realidade é reproduzida no processo: “[...] Quando uma testemunha afirma ‘vi um rapaz loiro correndo’, é preciso saber o que a testemunha entende por ‘rapaz’ e por ‘loiro’. Para uma senhora de 70 anos, provavelmente um homem de 30 será considerado um rapaz. Para uma menina de 15 anos, alguém de 30 anos não será provavelmente descrito como um ‘rapaz’. Da mesma forma, o conceito de loiro para uma indígena, talvez seja diferente do que o de alguém que vive na Noruega”. (RAMOS, Vitor de Paula. Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao dever de provar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.27).

pretação, sua representação e aplicação estão acrescidas de subjetividade. Os atores processuais são seres humanos, falíveis e dotados de individualidade. Em virtude dessa compreensão, foi realizada a releitura da verdade apresentada no processo. Inicialmente, despontou a distinção entre as formas como os processos civil e penal buscavam a verdade. Esse lidava com a verdade material ou real, e aquele, com a verdade formal sob o argumento de que os bens juridicamente protegidos são distintos. Posteriormente, ficou constatado que a verdade no processo, concebida como ideal, é um mito, uma utopia. Contudo, isso não desnatura a importância da verdade para o processo, o qual continua conduzido para buscá-la e almeja uma decisão justa.

O alcance da decisão judicial apresenta resultado que se assemelha à verdade, pois nem sempre é possível admitir a certeza fática da forma como a verdade é reproduzida no processo. O que ocorre, nesses casos, é uma verdade aproximativa, baseada na convicção do juiz. Surge a ideia da verdade processual que se subdivide em verdade fática e verdade jurídica. Esta é comprovada pela interpretação dos enunciados normativos que qualificam o fato; aquela, pela prova de sua ocorrência²¹⁵. Acerca dessa verdade processual, assinala Luigi Ferrajoli “[...] que também pode ser concebida com uma verdade aproximada a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência. Esse ideal permanece apenas como um ideal [...]”²¹⁶.

Diante da verdade inatingível, exsurge a verossimilhança como a aparência dessa verdade, a verdade relativa, que está situada em um nível entre a ausência de conhecimento, ou ignorância, e a verdade vista como certeza. O juiz, ao reconhecer um fato como verossímil, atesta esse caráter representativo da verdade como possível no processo e forma sua convicção com base nas provas produzidas, sem que isso represente, necessariamente, ter encontrado a verdade.

2.4.4.2 A verossimilhança e o ônus da prova

Há casos em que a produção da prova é limitada, e o juiz deve se contentar com o juízo de probabilidade ou de verossimilhança. Nas tutelas provisórias, há a limitação pelo legislador da produção da prova, e a decisão é baseada na convicção do provável, ou

215 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

216 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.

seja, há uma cognição sumária²¹⁷. Além dessa hipótese inicial, o juiz pode valer-se da verossimilhança em cotejo com as regras de experiência, para alterar o critério estático do ônus da prova. Ainda, surge a verossimilhança como critério decisório.

Pode o juiz, em razão do limitado material probatório, utilizar o critério da verossimilhança preponderante como hipótese excepcional²¹⁸. Além dessa teoria que tem por escopo a redução das exigências de prova, surgiram outras. Vale destacar a teoria apresentada pelo processualista alemão Gerhard Walter, que assegura a possibilidade de flexibilização ou de variação do que denominou “módulo de prova” em virtude das especificidades do direito material discutido no caso concreto²¹⁹.

Portanto, acrescenta-se à regra do ônus da prova e à sua possibilidade de redistribuição, por presunção legal ou judicial, outro método de resolução dos conflitos, baseado na dificuldade de produção da prova e nas características do direito material em discussão. Esses métodos serão cotejados à luz do CDC no capítulo seguinte, pois haverá situações em que os facilitadores processuais previstos nesse microsistema não poderão ser aplicados segundo a efetividade do processo.

217 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Prova*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 88.

218 Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart aduzem que essa teoria não é imune às críticas e formulam o seguinte questionamento: “[...] é certo pensar que a verossimilhança preponderante é um estado de dúvida, que assim impede a formação da convicção judicial e deve conduzir à rejeição do pedido, ou esse grau de probabilidade, ainda que mínimo, significa que, na realidade, o juiz superou a dúvida para concluir que o autor tem razão?”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Prova*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.91).

219 Consoante o entendimento do autor: “[...] El módulo de la prueba del procedimiento de cada caso a la realización tiene que responder a esos factores influyentes y, por lo tanto, ser variable”. (WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 173-174).

Capítulo 3. O ônus da prova no CDC

O ônus da prova no CDC apresenta tratamento diferenciado daquele que lhe é conferido na legislação processual civil. Esse microsistema autônomo trabalha, em vários pontos, com a redução das exigências de prova por meio de presunções, máximas de experiência, verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor. Além dessas hipóteses, não se pode negar a existência de outros mecanismos que visam tornar ainda mais excepcional a aplicação da regra de julgamento, caso, encerrada a instrução, o juiz ainda permaneça no estado da dúvida.

| 3.1 O ônus da prova e os elementos da responsabilidade civil

O CDC estabelece sistema próprio para a responsabilidade civil do fornecedor. Não há qualquer distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, ao contrário do sistema dualista utilizado no direito civil. No âmbito da teoria geral da responsabilidade civil, ao analisar a sua modalidade subjetiva, são estabelecidos como pressupostos a conduta culposa ou a dolosa, o nexo de causalidade e o dano. O entendimento é baseado nos elementos do ato ilícito, previstos na combinação dos artigos 186 e 927 do CC. Podem ser traçados como elementos da responsabilidade civil tradicional o ato, o dano, o nexo causal, o nexo de imputação e a ilicitude.²²⁰

O ato abrange o fato, que pode ser decorrente de terceiro, de animais ou das coisas, bem como da conduta comissiva ou omissiva do agente. O dano está atrelado à ideia de lesão a determinado bem jurídico material ou imaterial. O nexo causal é o liame necessário entre o ato e o dano, ao passo que a ilicitude é a contrariedade ao direito. Nesse ponto, vale ressaltar que, em certas situações, a ilicitude do fato pode ser excluída (artigo 188 do CC) da mesma forma que os atos lícitos podem gerar o dever de indenizar (artigos 929 e 930 do CC). O chamado nexo de imputação “é o vínculo que se estabelece

220 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.108..

entre determinado fato e sua atribuição a uma certa pessoa. A imputação pode ser de-
litual (culpa *lato sensu*) ou objetiva (risco ou sacrifício)²²¹.

A responsabilidade civil contemporânea está permeada pela incerteza devido à dupla ex-
pansão dos meios lesivos: a primeira decorre da evolução tecnológica, e a segunda, dos
interesses lesados com a normatividade dos princípios. Com base nesse entendimento,
surge a “erosão dos filtros tradicionais da reparação”²²². A visão liberal da responsabilidade
subjéctiva cede espaço à visão social decorrente dos conflitos do capitalismo industrial, e
surge, na França, a teoria do risco-proveito, que visava amparar as vítimas dos riscos criados
pelas atividades praticadas pelas empresas cujo lucro não fosse repartido socialmente²²³.

Nessa evolução da responsabilidade subjéctiva para a responsabilidade objetiva, com a
intenção de mitigar as exigências probatórias, foi desenvolvida a ideia de culpa presu-
mida. Posteriormente, houve o surgimento da mencionada teoria do risco, a qual, nas
hipóteses previstas em lei, prescinde da valoração do comportamento do causador do
dano²²⁴. A teoria tem como fundamento a solidariedade social e a justiça distributiva.
A partir de então, o foco da responsabilidade civil passou a ser a vítima, pois, nessa con-
juntura de produção em massa de bens e serviços, a relação de poder estabelecida a
colocou em situação de desvantagem.

A culpa presumida não tem grande repercussão nas relações de consumo, porquanto
a regra, nesse microsistema, é a responsabilidade objetiva. É importante ponderar a
ressalva prevista no artigo 14, § 4º, do CDC, a qual prevê a necessidade da prova da culpa
na responsabilização pessoal dos profissionais liberais. Deve-se separar a obrigação de
meio da obrigação de resultado. Nesta, há a aplicação da culpa presumida²²⁵. De modo

diverso, quando se trata de obrigação de meio, cabe ao consumidor demonstrar, além
da conduta, do nexa causal e do dano, a culpa do fornecedor do serviço²²⁶.

Com relação ao dano, houve a expansão desse elemento da responsabilidade civil tanto
no aspecto quantitativo (indenizações por dano moral, acesso ao Judiciário por meio
dos juizados especiais e das ações coletivas) quanto no aspecto qualitativo (interesses
existenciais da pessoa humana e interesses transindividuais). Surgem os novos danos,
pois as hipóteses de violação de direitos não apresentam tipicidade fechada. Nesse
contexto, despontou o chamado dano presumido ou *in re ipsa*, que, segundo propalado
por parte da doutrina e pelos julgados do STJ, prescinde de comprovação e decorre da
própria violação do ato em si²²⁷.

Acerca do dano moral, consoante esse entendimento, são utilizados, em alguns casos,
métodos que reduzem as exigências de prova devido à dificuldade de sua comprova-
ção. O dano moral consiste na violação de direitos da personalidade²²⁸, e devem ser
desconsideradas, para esse fim, as situações de mero mal-estar decorrentes das vicissi-
tudes do cotidiano, tais como algum aborrecimento diuturno ou um episódio isolado
e passageiro, pois nem toda alteração anímica do sujeito configura o dano moral. A
sanção imposta pelo juiz corresponde a uma indenização com as finalidades de com-
pensar a vítima, de punir o causador do dano e de prevenir a prática de novos atos²²⁹.

A expressão dano moral *in re ipsa* decorre da identificação do prejuízo como consequ-
ência lógica da alteração de estado da vítima, a qual resultou da violação de um ou de
mais direitos da personalidade. Conforme divulgado pela jurisprudência, essa hipótese
de dano presumido surge da dificuldade de provar algo que possui elevada carga sub-
jéctiva. Todavia, a premissa da qual se parte para a afirmação dessa hipótese de dano é
equivocada. Os sentimentos anímicos da vítima, tais como dor, tristeza ou humilhação,
não constituem suporte para a ocorrência do dano moral, pois estão relacionados à

221 SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 23ªed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.109.

222 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.11.

223 TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade no Direito Privado: da culpa ao risco. *Revista de Direito do Consumidor* n. 55. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.162.

224 MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto (os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.96.

225 A responsabilidade permanece subjéctiva, mas há entendimento pela aplicação da culpa presumida. A constatação é extraída do seguinte trecho do julgado oriundo do STJ: “[...] Assim, nas obrigações de resultado, como na cirurgia plástica embelezadora, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjéctiva, mas transfere para o médico o ônus de demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1180815/MG. Terceira Turma. Recorrente: Fernanda de Souza Panta. Recorrido: Carlos Fernando Hudson Nascimento. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de agosto de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11574863&num_registro=201000255310&data=20100826&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 26 jan 2016). Portanto, neste caso há uma redistribuição do ônus da prova em desfavor do profissional liberal, pois previamente tem conhecimento que compete a ele comprovar que não há agiu com culpa ou dolo.

226 SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.365-366.

227 Caso corriqueiro de aplicação do instituto no direito do consumidor ocorre nas demandas judiciais que envolvam inscrição indevida do nome do consumidor nos bancos de dados. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Agravo em Recurso Especial. *AgRg no AREsp 538092/ SP*. Terceira Turma. Agravante: TIM CELULAR S/A. Agravado: JOÃO VICENTE SAXIGUCHE LOPES. Rel(a) Min. Nancy Andrighi. Brasília, 21 de agosto de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401355858&dt_publicacao=29/08/2014. Acesso: 27 de março de 2015).

228 Adriano de Cupis entende que a denominação direitos da personalidade deve ser reservada aos direitos essenciais, pois são “[...] direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal”. (DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 24).

229 SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.133.

consequência deste e atuam como circunstâncias que devem ser valoradas pelo juiz na fixação do valor indenizatório.

Se houve a inscrição indevida pelo fornecedor do nome do consumidor nos bancos de dados, o dano decorreu da conduta comissiva do agente, que atingiu a honra e a privacidade da vítima²³⁰. Não é utilizada a presunção judicial para a dispensa de comprovação do dano moral, pois este é aferido pelo ato que violou algum direito da personalidade. Na relação de consumo que envolva ação judicial baseada nessa hipótese de ocorrência do dano moral, deve o consumidor demonstrar o apontamento do seu nome nos bancos de dados e o vínculo com o agente causador²³¹.

Nos danos patrimoniais, em algumas hipóteses, também há necessidade de redução das exigências probatórias em virtude do insuficiente material probatório para obtenção da prova plena. O dano patrimonial atinge bens materiais da vítima e, classicamente, visa ao retorno ao estado anterior, observada a teoria da diferença²³². É desmembrado em dano emergente e lucros cessantes. Em linhas gerais, aquele corresponde à imediata diminuição do patrimônio da vítima, e estes consistem na perda de determinada expectativa de lucro ou de ganho provável.

Os danos patrimoniais não são hipotéticos e devem ser efetivamente demonstrados no caso concreto. No entanto, há situações excepcionais em que o juiz utiliza o método de redução probatória como técnica de julgamento, por haver dificuldade de se obter prova robusta do valor indenizatório. Nesses casos, a utilização desse método não tem por escopo afastar a comprovação do prejuízo da vítima, mas somente flexibilizar a prova do seu

valor exato. Essa solução aparece para evitar o julgamento pela regra do critério estático, quando se está diante de relação de direito material que requer tratamento específico.

No caso do dano emergente, o método é utilizado, por exemplo, no extravio de bagagem do consumidor, em contrato de transporte celebrado com o fornecedor. Na situação concreta, não há controvérsia sobre a perda dos bens da vítima, contudo, há dificuldade na produção da prova de quais os bens estavam com ela naquele momento. Valer-se o juiz da regra de julgamento do ônus da prova e julgar improcedente o pedido, mesmo comprovado o prejuízo, ainda que de forma imprecisa, não é razoável em um microsistema jurídico que assegura a integral reparação de danos ao consumidor²³³.

Da mesma forma ocorre nos lucros cessantes, na hipótese de atraso do fornecedor na entrega do imóvel, decorrente de contrato de compra e venda que estipule prazo determinado. Ao consumidor compete a prova da existência do negócio jurídico e do prazo certo para entrega do bem pelo fornecedor. Caso o fornecedor não demonstre a existência de alguma excludente de responsabilidade que afaste a mora, com o consequente rompimento do nexo de causalidade, os lucros cessantes pela ausência de fruição do bem são presumidos²³⁴. Nesses casos, o julgador utiliza o juízo de verossimilhança para formar sua convicção. O mecanismo está direcionado à racionalização do senso comum²³⁵ e busca a solução mais adequada para o caso concreto à luz do direito material.

230 BESSA, Leonardo Roscoe. *O Consumidor e os Bancos de Dados de Proteção ao Crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.130.

231 Héctor Valverde Santana explicita seu raciocínio acerca do tema: "Finalmente, cumpre registrar que a presunção judicial ou simples (*praesumptio hominis*) e a característica *in re ipsa* do prejuízo moral são realidades jurídicas distintas, cada qual atuando em sua peculiar esfera. A presunção é um processo mental, um raciocínio lógico que o juiz desenvolve partindo do conhecimento do ato violador dos direitos da personalidade (fato conhecido) para inferir a verdade de que houve uma alteração psíquico-emocional da vítima (fato probando ou *thema probandum*). Presume-se que a violação dos direitos da personalidade enseja uma alteração na esfera subjetiva do consumidor, que por sua vez deve obter do sistema jurídico uma resposta adequada. Por outro lado, a característica *in re ipsa* do dano moral reside na identificação de um prejuízo (reparável) como consequência natural daquela alteração subjetiva. Não se confunde a presunção do *thema probandum* com a dispensa de prova (*in re ipsa*) do prejuízo moral". (SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 214).

232 Segundo Maria Celina Bodin de Moraes: "Tradicionalmente, define-se o dano patrimonial como a diferença entre o que se tem e o que se teria, não fosse o evento danoso. A assim chamada 'Teoria da Diferença', devida à reelaboração de Friedrich MOMMSEN, converteu o dano em uma dimensão matemática e, portanto, objetiva e facilmente calculável". (MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.143).

233 Julgado oriundo da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal: "[...] No que atine ao valor dos danos materiais, seria excessivo exigir da consumidora prova exata do que continha em sua mala para haver direito à indenização. Ainda que não haja prova cabal dos valores dos bens extraviados na bagagem da consumidora, deve o juiz considerar as regras da experiência, para fixar o valor razoável da indenização. Desse modo, estará garantido o ressarcimento do dano material causado à consumidora (obstando a irresponsabilidade do fornecedor) e, por outro lado, evita-se a condenação da parte requerida em valor além do devido. Para fixação do valor dos danos materiais, o magistrado deverá se valer dos elementos constantes dos autos, do princípio da razoabilidade e das regras de experiência comum (art. 5º da Lei n. 9.099/1995)". (BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Recurso Inominado. 20120111287858AC). 3ª Turma. Recorrente: Webjet Linhas Aéreas S/A. Recorrido: Neide Reis de Andrade. Rel. Héctor Valverde Santana. Brasília/DF, 23 jul. 2013. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 25 jan 2016).

234 A fim de ilustrar tal entendimento, que está sedimentado no STJ, vale transcrever parte do acórdão: "[...] Ora, com a inexecução do contrato pela recorrente, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas, é mais do que óbvio terem os recorridos sofrido lucros cessantes a título de alugueres que poderia que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada, pois esta seria a situação econômica em que se encontraríamos se a prestação da recorrente tivesse sido tempestivamente cumprida. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do Código de Processo Civil). Portanto, consideram-se provados os lucros cessantes na sua existência (*in debetatur*). (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 644984/RJ). 3ª Turma. Recorrente: Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções. Recorridos: Carlos Alberto da Silva e cônjuge. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília/DF, 16 de agosto de 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1918362&num_registro=200400556558&data=20050905&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 26 jan 2016).

235 Michele Taruffo, apesar de externar resistência à utilização do recurso do senso comum e às máximas de experiência no atual contexto multicultural de incertezas, formulou uma concepção geral: "[...] o senso comum é um conjunto de conhecimento e critérios de julgamento, de raciocínio e de interpretação, que presumam geral ou preponderantemente compartilhados em dado ambiente social ou em certo momento histórico [...]" (TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*. v.355. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 107).

Na seara do nexo de causalidade, o conceito de relação causal é revestido de aspecto filosófico e apresenta dificuldades de ordem prática, pois, muitas vezes, o evento está cercado de condições que se multiplicam e que podem conduzir ao indesejável regresso ao infinito. Possui dupla função na responsabilidade civil: no primeiro momento, atua na determinação de a quem deve ser atribuído o evento danoso e, no segundo momento, serve como instrumento para constatar a extensão do dano²³⁶.

A matéria não recebeu o devido tratamento legislativo, pois há somente um dispositivo no CC que aborda o tema (artigo 403). A teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou da *conditio sine qua non*, influenciou a legislação penal brasileira e é tratada no artigo 13, *caput*, do Código Penal (CP). Para fim de imputação penal, a causa deve ser eficiente para a produção do resultado, ou seja, a consequência não teria ocorrido, se não houvesse aquela causa comissiva ou omissiva. De forma diametralmente oposta, o § 1º desse dispositivo, que trata da superveniência de causa independente, adotou a teoria da causalidade adequada²³⁷.

A doutrina civilista entende que a teoria da *conditio sine qua non* é muito abrangente no que diz respeito aos seus efeitos e não é adotada no direito civil. Na esfera penal, há o obstáculo da tipicidade, pois somente pode ser responsabilizado, na cadeia causal, quem praticou conduta penalmente relevante. A teoria da causalidade adequada “examina a adequação da causa em função da possibilidade e probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer, à luz da experiência comum”²³⁸ e trabalha com o juízo prognóstico de que determinada causa venha a ocasionar determinado resultado²³⁹.

A teoria do dano direto e imediato incrementa o elemento da necessidade. No conjunto de causas, as chamadas concausas, somente ensejarão o dever de indenizar aquelas necessárias ao surgimento do dano. Com base nessa teoria, é irrelevante a proximidade entre a causa direta e o dano. O que importa é a causa como consequên-

cia necessária do dano. Essa teoria foi adotada pela maioria da doutrina no Brasil²⁴⁰, contudo, não é suficiente para a resolução de todos os problemas práticos vivenciados no cotidiano forense.

O CDC, como microsistema, não traça uma teoria geral da responsabilidade civil, razão pela qual, em virtude do diálogo entre as fontes, vale-se dos institutos presentes no CC. Há situações em que é muito difícil exigir da vítima prova plena da relação de causalidade, o que culmina na sua mitigação em situações excepcionais. As hipóteses são evidenciadas, também, quando se está diante de relação de consumo, o que tem ocasionado discussão acerca da flexibilização desse elemento da responsabilidade civil²⁴¹.

A dificuldade na produção da prova do nexo causal remonta há algum tempo. Na Itália, ficou conhecido o “Caso dos Biscoitos Saiwa”. Um casal alegou danos à saúde pela ingestão de biscoitos estragados, fabricados pela indústria Saiwa e adquiridos em determinado estabelecimento comercial. O juiz julgou improcedente o pedido, mas a Corte de Cassação italiana deu provimento ao recurso, sob o argumento de que, no caso, incidia a presunção de culpa do fabricante²⁴². No direito português, da mesma forma que ocorre no direito italiano, a responsabilidade do fornecedor prescinde da prova da culpa.

No Brasil, conforme já ressaltado, o CDC adotou como regra a responsabilidade objetiva. Não há necessidade da prova da culpa, mas deve ser comprovado o nexo de causalidade. Ainda assim, a problemática acerca da sua comprovação subsiste, e surge a

240 Caso emblemático acerca da aplicação desta teoria foi julgado pelo STF no ano de 1992. Tratava-se de dois evadidos de uma penitenciária estadual que praticaram, com outros indivíduos, os crimes de quadrilha e roubo. A ação foi ajuizada pelas vítimas contra o Estado do Paraná e à época os Ministros que participaram do julgamento entenderam pela ausência de responsabilidade, pois não ficou comprovado o nexo causal direto e imediato. Vale transcrever parte da ementa do acórdão: “[...] Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e da causalidade adequada”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 130.764/PR. Primeira Turma. Recorrentes: Estado do Paraná e Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: H. Kaminski e Cia. Ltda e outros. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 12 de maio de 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>. Acesso em: 28 jan 2016.

241 Segundo Gisela Sampaio da Cruz: “Nesse contexto, o conceito de nexo causal é também flexibilizado, com vistas a permitir a efetivação do princípio da reparação integral. Em face dos princípios constitucionais, não é mais possível exigir da vítima, diante de certas circunstâncias, a prova cabal e absoluta da relação da causalidade. Assim, embora o nexo causal constitua, tal qual o dano, um dos elementos da responsabilidade civil, exige-se, com fundamento na nova ordem constitucional, que em certas situações o liame causal seja até presumido. Esse é o grande problema do nexo causal na atualidade”. (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 17-18).

242 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade Civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.36-37.

236 CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.22.

237 CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.41.

238 CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.64.

239 A teoria da causalidade adequada diferencia-se da teoria da equivalência dos antecedentes causais, pois naquela “[...] o processo hipotético de eliminação não é suficiente para que se determine a existência de uma relação de causalidade. É necessário que o julgador, em sua análise, retroaja mentalmente até o momento da ação ou da omissão para estabelecer se esta era ou não adequada para produzir o dano. Realiza-se, assim, uma ‘prognose póstuma’, já que o julgador se coloca no momento da ação, como se o resultado não tivesse ocorrido, a fim de determinar sua probabilidade”. (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.66-67).

necessidade, mais uma vez, de o magistrado se valer do juízo de verossimilhança sobre o nexo de causalidade e, de certa forma, mitigar a teoria do dano direto e imediato, pois não há como obter comprovação plena da necessidade entre a causa e o resultado. As situações estão mais ligadas ao acidente de consumo²⁴³, e surge a chamada causalidade alternativa, que será abordada mais adiante.

| 3.2 Os critérios de distribuição do ônus da prova no CDC e a falsa inversão

Além das situações acima elencadas, que são empregadas na valoração da prova pelo juiz, o CDC estabelece hipóteses de aplicação de presunções na produção da prova. As presunções existentes na legislação consumerista são as legais relativas e as simples. Não há, nesse microsistema, hipótese de presunção legal absoluta. Acerca do direito material, a responsabilidade do fornecedor é baseada no vício ou no fato do produto ou do serviço. Em torno dessas modalidades é que gravita o sistema de responsabilidade civil do CDC, o que não afasta a incidência da teoria geral da responsabilidade civil em outras situações que se enquadrem na relação jurídica de consumo, pois é direito básico do consumidor a reparação integral dos danos²⁴⁴.

O CDC traça critérios distintos de distribuição do ônus da prova em relação ao fato e vício do produto ou do serviço bem como quanto à publicidade e vai ao encontro do entendimento que vislumbra, no ônus da prova, vínculo com o direito material discutido em juízo. Surge, nesse cenário, a denominada inversão do ônus da prova. Deve ser ressaltado que tal método não se opõe ao critério estático estabelecido como regra na legislação processual civil, pois é aplicado a situações específicas. O critério de alteração do paradig-

ma pode ser convencional, quando decorre de acordo entre as partes antes ou no curso do processo; legal, quando aprioristicamente previsto em lei; e judicial, hipótese em que cabe ao juiz, no caso concreto, verificar o preenchimento dos requisitos legais. Com base nesse entendimento, o CDC prevê hipóteses de inversão legal e judicial do ônus da prova.

A inversão legal está prevista nos chamados acidentes de consumo (artigos 12 e 14 do CDC) e, também, quando se trata das práticas comerciais (artigo 38). Por outro lado, a judicial é prevista como direito básico do consumidor no artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Essa hipótese ocorre no curso do processo, a critério do juiz, observados os requisitos legais. Não obstante a grande utilização dessa terminologia, entende-se que não há, em nenhuma das situações acima elencadas, qualquer inversão quanto ao critério estático.

O primeiro ponto para análise da ocorrência da inversão legal é a utilização do modelo do critério estático. Se o legislador atribui ao fornecedor o ônus de comprovar algum fato constitutivo, haveria mudança de posição sob a ótica da atribuição da regra geral. Contudo, a estipulação é prévia, e não haveria propriamente inversão, mas tão somente modificação por critérios de política legislativa. Se ocorre no curso do processo e não no seu início, há redistribuição ou distribuição diferenciada do encargo probatório para aquele caso concreto.

Do ponto de vista conceitual, a inversão é conceito relativo, que remete à ideia da mudança de posição jurídica bilateral, ou seja, ao fornecedor caberia a prova do fato constitutivo e ao consumidor, a prova do fato modificativo, impeditivo ou extintivo²⁴⁵. Nessa visão, não haveria, no CDC, nenhuma hipótese desse instituto, seja legal, seja judicial. As alterações do ônus da prova expressamente previstas têm o intuito de reconhecer a ocorrência de algum fato constitutivo do direito do autor ou de transferir a prova desse fato constitutivo ao fornecedor²⁴⁶.

243 Luiz Gastão Paes de Barros Leães utiliza o modelo norte-americano e sustenta a possibilidade de aplicação no direito brasileiro: "No caso *Drummond v. General Motors Corp.* (CCH 1966 Product Liability Rep. 5611 Super. Ct. Los Angeles, Cal. 1966), por exemplo, um dos diversos casos que, entre 1964 e 1966, tramitaram nos Tribunais, versando a falta de segurança que caracterizava o *Convair rollover* modelo 1960/1963, houve o depoimento de 41 pessoas, a maioria de peritos, exibiram-se 240 planos, mapas e fotografias, além de se construir uma maquete do local do acidente e rolar filmes técnicos comprobatórios do modelo automobilístico. Muitas vezes, porém, sequer essa dispendiosa parafernália é suficiente, pois o produto defeituoso é destruído, ou simplesmente consumido. Nesse caso, a tendência da jurisprudência norte-americana tem sido a de que, sempre que existam indícios de que a *causa provável* do dano é um defeito de fábrica, o juiz deduz desse nexo da simples existência do evento danoso, cabendo ao fabricante a prova liberatória (*in cases where proof is naturally lacking, would shift the burden of going forward to the defendant, especially when he is a manufacturer*). (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 166).

244 A situação da indevida inscrição do nome do consumidor nos bancos de dados não se enquadra na responsabilidade do fornecedor pelo vício ou pelo fato do serviço, contudo é assegurada indenização ao consumidor com base na teoria geral da responsabilidade civil e na reparação integral do dano.

245 No Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva, a inversão "é a ação de inverter ou mudar uma coisa em outra". (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 29ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.776). Segundo Sérgio Cruz Arenhart: "[...] A inversão conduziria a que se imputasse ao réu a prova do fato constitutivo do direito do autor (em verdade a ausência deste), e ainda ao autor a prova da ausência de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos da pretensão por ele mesmo deduzida. Obviamente, não é isso que ocorre. Em verdade, o que a legislação autoriza é a distribuição diferenciada do ônus da prova, de modo a facilitar a defesa do consumidor em juízo, atribuindo ao fornecedor o ônus da prova de fatos que, normalmente, não lhe competiriam". (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 285-286).

246 Juan Montero Aroca entende que a expressão inversão do ônus da prova carece de técnica. Segundo o autor: "En sentido muy amplio pareciera hacer relevancia a todos los casos en que existe una norma que establece una distribución de la carga de la prueba diferente de la fijada en la norma general [...]". (AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996. p.74).

3.2.1 O ônus da prova no acidente de consumo

A responsabilidade civil decorrente de um fato do produto ou do serviço dispensa a comprovação do elemento culpa. É importante abordar o conceito criado pela doutrina de acidente de consumo, que está voltado para a proteção da incolumidade físico-psíquica do consumidor. Trata-se da tutela da saúde e da segurança do consumidor, cujos defeitos de concepção, produção ou informação atuam em desconformidade com a legítima expectativa. Em regra, o defeito ocorre nos produtos ou nos serviços de periculosidade adquirida, que são aqueles que, por falha na produção ou na comercialização, tornaram-se defeituosos. Contudo, não há obstáculo para a ocorrência de defeito em produto ou em serviço com periculosidade inerente, pois pode advir da ausência de uma informação adequada²⁴⁷.

Os elementos da responsabilidade civil que devem ser comprovados pelo consumidor na hipótese de acidente de consumo são o nexo de causalidade e o dano²⁴⁸, pois, em relação ao defeito, há a presunção legal relativa de sua ocorrência²⁴⁹. Destarte, o fornecedor do produto ou do serviço (somente não será responsabilizado, se comprovar que não colocou o produto no mercado de consumo; que o defeito alegado inexistia, ou, ainda, que o fato é exclusivo de terceiro ou da vítima (art. 12, § 3º, e art. 14, § 3º)²⁵⁰. Além dessas hipóteses expressamente previstas no CDC, a doutrina e os julgados do

Superior Tribunal de Justiça têm admitido outras, tais como a prescrição, o caso fortuito e a força maior.²⁵¹

Ainda controversa no direito brasileiro, discute-se a possibilidade da excludente dos chamados riscos do desenvolvimento.²⁵² A aplicação desse instituto foi discutida nos casos de produtos livremente comercializados, em virtude do que, posteriormente, foram constatados efeitos colaterais em decorrência de alguma particularidade da pessoa ou do próprio medicamento. Podem ser citados os exemplos do anticolesterol que acarretou a cegueira em algumas pessoas e da substância talidomida, que, ingerida por gestantes, acarretou o nascimento de crianças fisicamente deformadas²⁵³. Nesses casos, o reconhecimento da aplicação desse instituto implica a mitigação do nexo de causalidade.

No Brasil, a questão que trata da responsabilidade civil das empresas de tabaco pela morte ou por sequelas em fumantes é discutida nos tribunais, pois, na maioria das vezes, há uma cadeia causal extensa. Predomina, nos julgados, a exclusão da responsabilidade dos fornecedores sob vários argumentos, tais como a prescrição quinquenal do artigo 27 do CDC, a ausência de ilicitude do objeto, a inexistência de defeito, a culpa exclusiva da vítima e a ausência da prova do nexo causal. No entanto, é possível, em tese, discutir excepcionalmente a prova do nexo causal mediante presunções, “devendo o Juiz valorar o grau de regularidade estatística que um certo efeito apresenta em relação a uma determinada concausa”²⁵⁴. Além do mais, há doenças que são ocasionadas pelo uso do cigarro e que, no caso concreto, podem vir a demonstrar um juízo de probabilidade acerca do nexo causal entre o seu uso e o dano²⁵⁵.

247 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade Civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 97-98.

248 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade Civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 92. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino entende que há a necessidade de um quarto pressuposto: o nexo de imputação. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.119).

249 Esta presunção legal é tratada por parte da doutrina e alguns julgados do STJ como uma inversão legal do ônus da prova. Este é o entendimento de Paulo de Tarso Sanseverino. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.356). Caso julgado pelo STJ que aborda a distinção entre as espécies de inversão do ônus da prova previstas no CDC e trata a hipótese de acidente de consumo como inversão legal do ônus da prova. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp* 1.306.167- RS. Quarta Turma. Recorrente: Carmem Lúcia Vicente Níquel. Recorrido: Renault do Brasil S/A. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 3 dezembro 2013. Disponível em: https://www2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101702624&dt_publicacao=05/03/2014 Acesso em: 28 março 2015). Érico Pina Cabral vislumbra uma inversão legal indireta (CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor*. São Paulo: Método, 2008. p. 340).

250 Com relação à culpa exclusiva da vítima, os julgados do Superior Tribunal de Justiça têm admitido a discussão da culpa concorrente na ação fundada na responsabilidade civil do fornecedor decorrente de acidente de consumo. O julgado pioneiro neste sentido foi da lavra do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar no ano de 2001. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp* 287.849/SP. Quarta Turma. Recorrentes: Agência de Viagens CVC Tur Ltda e Big Valley Hotel Fazenda Ltda. Recorrido: Renato Esteves Versolatto. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 17 abril 2001. Disponível em: https://www2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200001194216&dt_publicacao=13/08/2001 Acesso em: 28 março 2015).

251 Embora não conste expressamente no CDC, os julgados do STJ reconhecem o caso fortuito e a força maior como excludentes da responsabilidade em uma relação de consumo. Vale transcrever parte do voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito proferido no REsp 330.523: “[...] Como assentado em precedente da Corte, o fato do art. 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade ao fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas [...]”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp* 33052/SP. Terceira Turma. Recorrente: Sociedade Beneficente Israelita Brasileira – Hospital Albert Einstein. Recorrido: Paulo de Tarso Torres Leite Soares. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 11 dez 2001. Disponível em https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=85601&num_registro=20010090552&xdata=20020325&formato=PDF Acesso em: 24 mai 2015).

252 Consoante o conceito de Marcelo Junqueira Calixto, os riscos do desenvolvimento: “[...] são aqueles que não são conhecidos quando o produto é colocado no mercado, vindo a ser descobertos quando somente após a utilização do produto no mercado e diante dos avanços científicos” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil pelo fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 176).

253 CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil pelo fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.178.

254 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade Civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.93.

255 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Dano moral. Cigarros. Causas mortais que podem originar: ‘enfisema pulmonar’, ‘arritmia cardíaca’ e ‘câncer pulmonar, entre outras. Nexo causal comprovado, face ao consumo do cigarro e o evento morte. Princípio da boa-fé objetiva que se aplica ao CCv/16, incidência do

A teoria da causalidade alternativa também tem por finalidade amenizar a prova do nexo causal. Surge em situações de responsabilidade coletiva ou de grupos dos quais não é possível destacar o agente causador e, assim, parte-se para a responsabilidade solidária de todos os integrantes. No âmbito da relação de consumo que retrate um fato do produto ou do serviço, a responsabilidade é solidária em decorrência de lei. No entanto, há quem sustente que o CDC adotou essa teoria, de forma implícita, na excludente de responsabilidade do fabricante que demonstra não ter colocado o produto no mercado, porquanto envolve a inexistência de nexo causal, e os possíveis produtores somente não serão solidariamente responsáveis, se comprovarem esse fato negativo²⁵⁶.

Dessa forma, na hipótese de acidente de consumo, compete ao consumidor a prova do dano e do nexo de causalidade²⁵⁷. O defeito, que é fato constitutivo do direito do autor, decorre da presunção legal relativa. Não se trata propriamente de inversão, pois o fato constitutivo do direito não é atribuído ao fornecedor. Da mesma forma, essa determinação legal é prévia e retrata uma presunção estabelecida em lei, em que não há qualquer modificação do critério de distribuição do ônus da prova, mas tão somente a dispensa de o consumidor comprovar um fato que, em regra, lhe é imposto.

3.2.2 O ônus da prova na correção da informação ou da comunicação publicitária

O artigo 38 do CDC atribui o ônus da prova da veracidade da informação ou da comunicação publicitária e a correção destas ao fornecedor. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu artigo 8º, define a publicidade e a propaganda como “atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover

instituições, conceitos ou ideias”²⁵⁸. A publicidade e a propaganda são institutos distintos, pois aquela possui fim comercial, e essa, desiderato mais ideológico.

O dispositivo previsto no CDC utilizou como parâmetro o texto original que resultou na Diretiva 84/450 da Comunidade Econômica Europeia (CEE): “sempre que o anunciante fizer uma afirmação factual, o ônus da prova de que sua informação é correta fica a seu encargo (artigo 6º)”²⁵⁹. Juan Montero Aroca citou o art. 29 da Lei espanhola 34/1998, já alterado, que estabelecia a possibilidade de o juiz requerer de ofício ao anunciante as provas relativas à exatidão do conteúdo do material publicitário. Se o resultado dessa produção probatória fosse insuficiente, seria considerado inexato na sentença. Segundo entendimento desse autor, essa norma, assim como outras citadas, não trata de inversão do ônus da prova, mas de regras legais especiais, estabelecidas devido à impossibilidade de produção da prova, caso fosse adotada a regra geral²⁶⁰.

O CDC institui princípios específicos para o regular desempenho dessa atividade de persuasão para o consumo. Dentre eles, vale citar a fácil e imediata identificação da publicidade e a vinculação do fornecedor àquilo que foi ofertado. É possível inferir que ambos decorrem do direito básico do consumidor à informação clara e adequada, pois a publicidade é técnica de incremento da informação para estimular a aquisição de produtos ou de serviços pelos consumidores. O privilégio de deter essa informação atribui ao fornecedor o ônus de comprovar a adequação e a correção da publicidade que veiculou²⁶¹.

De acordo com a redação do dispositivo, é possível constatar que cabe ao consumidor tão somente o ônus da afirmação de que a informação ou a comunicação publicitária são inverídicas ou incorretas, para que recaia sobre o fornecedor o ônus da comprovação da prova contrária. Nesse caso, o fato constitutivo do direito não é presumido da forma como ocorre no fato do produto ou do serviço. A carga não é atribuída ao autor, pois o legislador, previamente, já distribuiu o ônus ao fornecedor. Não cabe a ele, for-

Código de Defesa do Consumidor (arts. 6º, incisos I, III, IV, VI e VIII, e 12, par. 1º) e art. 159 do CCv/16, na modalidade omissão na ação. Aplicação do art. 335 do CPC: ‘Regras de experiência comum’. Indenização devida. PRECEDENTE: Apelação Cível n. 70000144626, Redator para o acórdão Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. em 29.10.03, 9ª. Câmara Cível). APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. *Apelação Cível 70007090798*. Nona Câmara Cível. Recorrentes: Tania Regina dos Santos Pinto e outros. Recorrido: Souza Cruz S/A. Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 29 jan 2016.

256 GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos - inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.151.

257 De forma diversa, Carlos Roberto Barbosa Moreira entende que há certo abrandamento da comprovação do nexo de causalidade pelo consumidor. “[...] Quais os efeitos da inversão, quando determinada pelo juiz? Como, no sistema do Código, a regra é a da responsabilidade *objetiva* (arts. 12 e 14), a inversão funcionará para aliviar o consumidor do ônus do nexo de causalidade, transferindo-se ao fornecedor o ônus de provar a ocorrência de causa diversa daquela apontada como geradora do dano [...]” (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. O Processo Civil no Código do Consumidor. *Revista de Processo*. v. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.138).

258 CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). *Código*. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 31 jan 2016.

259 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.372.

260 AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996. p.75.

261 Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci: “É evidente que o consumidor, em muitas hipóteses, não tem acesso às informações sobre as quais recairia todo o seu esforço para a prova dos fatos alegados. Ora, informação, na conjuntura social moderna, é sinônimo de poder. Daí porque, por simples questão de lógica é que o autor fica, em princípio, dispensado de provar, carreado-se tal ônus ao produtor, que é quem possui o monopólio dos dados atinentes ao processo de informação”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). Código de Defesa do Consumidor e Processo Civil. Aspectos polêmicos. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.191).

necedor, comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, mas sim fato constitutivo, pois, caso demonstrada a veracidade e a correção da informação publicitária, terá se desincumbido, a contento, de seu ônus.

O CDC utiliza conceitos distintos para a publicidade enganosa e a abusiva. A primeira emprega o mesmo critério do vício do consentimento do erro sobre o objeto previsto no CC (artigo 139, II). O fornecedor utiliza-se de ardil capaz de induzir o consumidor a acreditar nas características de determinado produto ou serviço. Nessa hipótese, há quem entenda que o consumidor deve comprovar a aquisição do produto ou do serviço e, caso a prova seja de difícil produção, o juiz poderá utilizar o facilitador processual previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC²⁶².

Não há qualquer distinção da publicidade, quando tratada sob a ótica do ônus da prova. Além do mais, o CDC equipara ao consumidor aquele que é exposto a essa prática (artigo 29), ou seja, nesse conceito, este é visto como um sujeito potencial. Exigir a comprovação de fato constitutivo do seu direito, quando a própria lei não exige, é realizar interpretação desfavorável, o que vai de encontro à principiologia desse sistema protetivo. A publicidade abusiva atenta contra valores éticos da sociedade e revela comportamentos que induzem o consumidor à possível prática de atos contrários às suas saúde e segurança. Nesse caso, o consumidor também não necessita demonstrar a aquisição do produto ou do serviço, pois basta a exposição à prática da publicidade.

É utilizada a terminologia inversão legal do ônus da prova para essa modalidade diferenciada de distribuição do ônus da prova. Mais uma vez, entende-se de maneira diversa. Apesar de essa hipótese atribuir o encargo probatório do fato constitutivo ao fornecedor, o que retrata alteração do critério estático estabelecido como regra, a estipulação é realizada de forma prévia e sem a atribuição de qualquer carga ao consumidor acerca da prova, pois basta-lhe o ônus da afirmação. A alteração da carga probatória para o fornecedor ocorre somente quando ele figura no polo passivo da ação. Caso seja o autor de uma ação com o objetivo de comprovar a veracidade de sua publicidade, o que é possível, seguirá a regra de comprovar o fato constitutivo do seu alegado direito²⁶³.

3.2.3 O ônus da prova nos vícios do produto e do serviço e nos demais casos que envolvam relação de consumo

As hipóteses de vícios do produto ou do serviço estão previstas, respectivamente, nos artigos 18 e 20 do CDC. Os vícios podem ser de qualidade ou de quantidade. Os primeiros encontram-se em desconformidade com a informação prestada e, na segunda espécie, há diversidade do peso ou da medida. Nos vícios de qualidade, há disparidade do produto ou do serviço quanto ao que foi ofertado, e a legítima expectativa do consumidor, a redução do valor daquele ou a informação prestada não se mostrou clara e adequada²⁶⁴. Em regra, nessas hipóteses, deve ser observado o critério estático do ônus da prova previsto no artigo 373 do CPC. Além das hipóteses de vício, essa garantia processual conferida ao consumidor pode também ocorrer em outros casos, desde que não relacionados a acidente de consumo ou a matéria afeta à publicidade²⁶⁵.

Essa impossibilidade decorre, no acidente de consumo, da incidência de presunção legal, pois o legislador já se antecipou e entendeu pela dificuldade de o consumidor provar o defeito do produto ou do serviço. Não faz sentido o juiz realizar juízo de probabilidade sobre o que já foi previamente dispensado de prova. Na publicidade, o ônus da prova do fato constitutivo, a veracidade e a correção da comunicação publicitária são atribuídos ao fornecedor. Não há como se defender a possibilidade de aplicação do critério judicial, quando o CDC já abordou a distribuição de modo mais favorável ao consumidor.

Em determinados casos, com vistas à ampliação do acesso dos consumidores à justiça, notadamente no aspecto da dificuldade na produção da prova²⁶⁶, o CDC assecurou

pre do fornecedor. A lei não inverte o ônus: atribui-lhe ao fornecedor. É bem verdade que, antes da vigência do Código do Consumidor, o fornecedor não tinha esse encargo: era o consumidor-autor quem devia provar a enganiosidade, como fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, I). O legislador 'inverteu' a ordem anterior e atribuiu ao fornecedor encargo novo. Isso não é, tecnicamente, caso de inversão processual (legal ou judicial) do ônus da prova. Trata-se apenas de uma alteração da diretriz política adotada pelo direito positivo. É posição política do legislador, é atividade pré-processual e, de um certo modo, pré-jurídica". (GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* n.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.p.39-40).

264 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). Os vícios dos produtos e o Código de Defesa do Consumidor. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.349.

265 Conforme já apontado, entende-se que a indevida inscrição do nome do consumidor nos bancos de dados não configura hipótese nem de fato e nem de vício do serviço. Além do mais, não se vislumbra a existência de qualquer informação ou comunicação publicitária na hipótese. Contudo, nada impede que o juiz, no caso concreto, aplique o disposto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Ainda, há na legislação específica dos planos de saúde, Lei n.9656/1998, um caso específico de atribuição do ônus da prova de fato constitutivo ao fornecedor prevista no artigo11.

266 Luis Alberto Reichelt vislumbra uma menor exigência probatória em relação ao consumidor: "[...] A facilitação do acesso à Justiça, em tal contexto, tem como pano de fundo a inserção das relações de consumo no universo da sociedade de massa, de modo a reconhecer que a situação individual de injustiça narrada pelo consumidor nos autos não rara, mas sim, apenas mais um dentre as diversas situações que infelizmente se repetem no cotidiano.

262 Este é o entendimento de André Bonelli Rebouças: "[...] Neste caso, regra geral, o consumidor deverá demonstrar que adquiriu determinado produto que, todavia, não corresponde em suas características ou quantidades ao que fora divulgado pela peça promocional, ou pelo rótulo, bula, embalagem, etc. Isto basta para que sua pretensão reparatória possa ser apreciada, uma vez que o elemento causador do dano é a desconformidade entre o divulgado e aquilo que o produto/serviço realmente oferece àquele que o consumiu ou adquiriu". (REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.104).

263 Nesse sentido, Antônio Gidi: "Não nos afigura de boa técnica processual considerar essa norma como uma inversão legal do ônus da prova. Não há nenhuma possibilidade de inversão a ser operada pelo juiz ou pela lei: o ônus é sem-

como direito básico a inversão do ônus da prova pelo juiz, desde que observados os requisitos previstos no artigo 6º, inciso VIII, do CDC. É um critério *ope iudicis* utilizado em razão das circunstâncias existentes no caso concreto. Não detém aplicabilidade imediata e indiscriminada, porquanto a própria legislação estabelece filtros que devem ser observados pelo magistrado. A sua ocorrência não implica a procedência dos pedidos formulados pelo consumidor.

3.2.3.1 Os requisitos e os efeitos

O CDC prevê a necessidade da verossimilhança ou da hipossuficiência do consumidor segundo as regras ordinárias de experiência do juiz, razão pela qual, por disposição legal, os critérios são alternativos. Há posicionamento contrário a essa orientação legal, sob o argumento de que, com a alternatividade dos requisitos, bastaria ao consumidor comprovar sua hipossuficiência, sem que sua alegação fosse dotada de qualquer verossimilhança.²⁶⁷ Todavia, prevalece o entendimento de que a interpretação do dispositivo deve ser realizada de forma literal, ou seja, basta a presença de um dos requisitos. Ao mesmo tempo, não se pode admitir a alegação diante de fato inverossímil²⁶⁸. As regras de experiência atuam como filtro desse requisito da verossimilhança e, nesse contexto, mostra-se contraditório o juiz admitir a prova de fato enganoso.

A verossimilhança relaciona-se com a ideia da aparência de verdade do fato alegado. Conforme já abordado, utiliza-se, no processo, a verdade possível, pois, quando se busca a reconstrução histórica dos fatos, o que há é um juízo provável, que incide na alega-

ção que a parte faz sobre determinado fato e se distingue do juízo de previsibilidade, porquanto esse se refere às futuras consequências do fato²⁶⁹. A verossimilhança está vinculada ao conceito de máximas de experiência e independe de qualquer elemento de prova. A sua análise é realizada com base no critério judicial que dispensa a produção de prova pelo consumidor²⁷⁰.

Na hipossuficiência, é considerada a situação do consumidor no processo, restrita ao aspecto econômico, pois, na maioria das vezes, está embasada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes, ou seja, na falta de conhecimento do consumidor sobre determinado produto ou serviço²⁷¹. A sua finalidade é tornar mais acessível ao consumidor a defesa dos seus direitos. A hipossuficiência é tratada no CDC sob o ponto de vista processual e é aferível, no caso concreto, pelo juiz²⁷². Na hipótese de o consumidor alegar mais de um fato que constitua objeto de prova, é possível o magistrado reconhecer a hipossuficiência em relação a somente algum ou alguns deles²⁷³.

Caso o juiz, segundo as regras ordinárias de experiência, entenda que os fatos específicos alegados pelo consumidor preenchem os requisitos legais, aqueles serão reconhecidos como verdadeiros. Ao dispensar a prova do fato constitutivo pelo consumidor, este é colocado em situação de vantagem processual. Não há de se falar em inversão, pois o que existe é a isenção do ônus da prova de fato constitutivo pelo juiz, sem que ocorra alteração dos critérios de distribuição quanto ao fornecedor, ao qual continua competindo a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor²⁷⁴.

269 CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. V.3 Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973. p.326.

270 Piero Calamandrei destaca esta autossuficiência da verossimilhança nas máximas de experiência: “[...] el juicio de verosimilitud no aguarda a las representaciones probatorias del hecho a probar: se basa, antes de la indagación en concreto, en una máxima de experiencia que atañe a la frecuencia con que en la realidad se producen hechos del tipo del alegado”. (CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. V.3 Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973. p.328).

271 Julgado do ST) reconheceu a hipossuficiência técnica do consumidor no caso que alegava a existência de saques indevidos em sua conta bancária. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp* 915.599/SP Terceira Turma. Recorrente: Cláudia Baquero. Recorrido: Banco Itaú S/A. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 21 de agosto de 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4191958&num_registro=200602750210&data=20080905&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 1º fev 2016).

272 Consoante o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni: “[...] Por hipossuficiência, aqui, deve-se entender a impossibilidade de prova – ou de esclarecimento da relação de causalidade – trazida ao consumidor pela violação de uma norma que lhe dá proteção, por parte do fabricante ou do fornecedor [...]”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). *Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 266).

273 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 193-194. No mesmo sentido, Carlos Roberto Barbosa Moreira. (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. *Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P.191).

274 Segundo Luiz Guilherme Marinoni “Essa convicção de verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova, e assim, em princípio, seria distinta da inversão do ônus da prova. Mas o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor alude expressamente à possibilidade de inversão do ônus da prova

Em tais casos, o *standard* de prova a ser considerado para fins de formação do convencimento do juiz (verossimilhança) é menos exigente que no padrão adotado pelo Código de Processo Civil [...]”. (REICHEL, Luis Alberto. Tutela jurisdicional do consumidor, adequação do processo e acesso à justiça. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez 2012. 178).

267 Segundo Antônio Gidi: “Temos, portanto, que, para que a inversão do ônus da prova seja autorizada, tanto a afirmação precisa ser verossímil quanto o consumidor precisa ser hipossuficiente”. (GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* n.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.p.34). Carlos Roberto Barbosa Moreira entendia que: “A verossimilhança se relaciona com a presença de indícios favoráveis ao consumidor, e, segundo penso, deve estar *sempre* presente, a despeito de o legislador ter empregado conjunção alternativa “ou”: o que se pretendeu, no entanto, foi permitir a inversão do ônus da prova ainda que o consumidor não seja hipossuficiente, resultado ao qual não se poderia chegar se se tivesse usado a conjunção aditiva “e”. Pouco razoável seria, no entanto, inverter o ônus da prova na ausência de qualquer tipo de verossimilhança nas afirmações do consumidor, apenas em razão de sua hipossuficiência”. (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. O Processo Civil no Código do Consumidor. *Revista de Processo*. VOL. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.138). Posteriormente, o autor alterou seu posicionamento para admitir a alternatividade dos requisitos. (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. *Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.183).

268 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor*. São Paulo: Método, 2008. p. 375.

Demonstrada a ausência de inversão do ônus da prova, surge a discussão sobre seu enquadramento como presunção simples ou prova *prima facie*. André Luis Mota Novakoski entende que se trata de presunção simples, pois, a partir dos fatos alegados pelo consumidor, o magistrado, por meio de um juízo de verossimilhança, chega à presunção de sua ocorrência e da consequente desnecessidade de produção da prova. Essa presunção é relativa e subsiste até o momento da sentença, caso não seja constituída pelo fornecedor²⁷⁵.

Conforme já adiantado no capítulo anterior, há o entendimento de que essa redução de exigência de prova em favor do consumidor é uma prova *prima facie*²⁷⁶, que não constitui verdadeiramente uma prova, mas um método de prova. O juiz, ao utilizar as máximas de experiência para a formação de seu convencimento acerca de certo fato alegado pelo consumidor, obtém não uma presunção, porquanto o que há é uma prova de primeira aparência. Apesar dos efeitos se equipararem, os institutos são diversos. Na prova *prima facie*, o juiz não parte de um indício, como ocorre na presunção, mas das máximas de experiência.

Com base nesse entendimento, é possível inferir que o CDC, no artigo 6º, inciso VIII, elegeu as máximas de experiência como fonte para formar a convicção do julgador. Há um fato conhecido e alegado pelo consumidor, que, dotado de verossimilhança ou hipossuficiência, aliado às regras de experiência como critério interpretativo desses conceitos, permite ao juiz entender que esse fato está provado. Esse método reduz a exigência da prova de um ou de mais fatos constitutivos do direito do autor devido à sua dificuldade de produção²⁷⁷.

quando a alegação for verossímil. Na verdade, quando esse código mistura verossimilhança com inversão do ônus da prova, está querendo dizer que basta a verossimilhança preponderante, embora chame a técnica da verossimilhança preponderante de inversão do ônus da prova". (in MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). *Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 266).

275 O entendimento do autor é assim explicitado: "Se não há, propriamente, inversão do ônus da prova, evidencia-se que o mecanismo do art. 6º, VIII, do CDC é, na verdade, uma dispensa dos encargos probatórios pelo consumidor, pois o que acontece efetivamente é que o juiz passa a presumir que os fatos ocorreram conforme suas alegações, desde que preenchidas determinadas condições (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor), cuja existência deverá ser investigada pelo magistrado a partir da análise do fato ou conjunto de fatos em que se apóia caso submetido ao seu exame. Presumindo o magistrado que os fatos ocorreram de acordo com a versão narrada pelo consumidor na inicial, abre-se espaço para a aplicação do art. 334, IV, do CPC, segundo o qual independem a prova dos fatos em cujo favor milita presunção de existência ou de veracidade". (NOVAKOSKI, André Luis Mota. A distribuição do ônus probatório nas lides de consumo: a falsa inversão do ônus da prova no art. 6º, VIII, do CDC. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 37. Rio de Janeiro: 2006. p.12).

276 SANTOS, Ernane Fidélis dos. O ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 2003. p. 272.

277 Segundo o entendimento de Eduardo Cambi: "A prova *prima facie* se justifica na medida em que se pretende dar condições a que um litigante possa demonstrar as suas alegações, quando está diante de sérias dificuldades para

Esse critério é expressamente reconhecido pelo CDC como hipótese de inversão do ônus da prova, diferentemente das outras duas hipóteses que decorrem de criação doutrinária e jurisprudencial. O microsistema nos conduz à interpretação de que a terminologia utilizada reporta à ocorrência do acontecimento no curso do processo. No entanto, entende-se que não se pode falar em inversão, quando não há, sequer, a redistribuição do ônus da prova pelo juiz durante o trâmite processual, mas somente a admissão de alguns fatos controversos como verdadeiros.

| 3.3 O momento processual adequado para a decisão

O CDC não prevê determinado momento processual para a decisão proferida pelo juiz, caso entenda existirem os requisitos legais. Em virtude da omissão legislativa, a doutrina e os julgados do STJ começaram a externar basicamente dois posicionamentos. O primeiro entendimento trata o momento adequado como regra de procedimento ou de instrução, e cabe ao magistrado aplicar o instituto na decisão saneadora. O segundo assevera que o momento propício é regra de julgamento, pois, encerrada a instrução, se o magistrado ainda permanecer no estado de dúvida, deveria aplicar esse critério na sentença.

O segundo posicionamento vislumbra, nessa hipótese diferenciada de distribuição dos critérios do ônus da prova, uma regra destinada somente ao juiz. Caso o material probatório não seja suficiente para sanar a dúvida do magistrado, este decide qual parte sofrerá a consequência processual. O entendimento ressalta que não há de se falar em surpresa da parte contrária, pois lhe foi oportunizada, durante a instrução, a possibilidade de produzir a prova que entendesse necessária à formação do convencimento do julgador²⁷⁸.

comprovar os fatos em que se baseiam as suas razões. Com isso, evita-se ser a pretensão desse litigante rejeitada por falta de provas, quando a demonstração das alegações é difícil ou praticamente impossível, enquanto a prova contrária poderia ser mais facilmente produzida. Além disso, os fatos que estão englobados pela prova *prima facie* são somente aqueles os quais ocorrem normalmente e que, por isso, tornam possíveis a produção de prova contrária. Com efeito, sendo o fato verossímil e a prova contrária mais fácil de ser produzida, a rejeição da pretensão por falta de provas consagraria uma injustiça". (CAMBI, Eduardo. *A prova civil. Relevância e Admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 383).

278 É o entendimento de Cecília Matos: "Após a valoração da prova e antes de iniciar seu julgamento, o juiz constata que está na dúvida e, a despeito da atividade probatória desenvolvida pelas partes no processo, por ele eventualmente complementada, o julgador deverá decidir quem sofrerá a desvantagem de sua dúvida. E essa análise – qual seja, a quem caberá o ônus objetivo – somente será feita após a instrução. Antes, no instante da valoração, o julgador analisará o cabimento ao caso concreto suas regras de experiência". (MATOS, Cecília. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1993. p.211-212).

O primeiro entendimento baseia-se nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois o fornecedor não pode ser surpreendido, na sentença, com a decisão judicial que reconheça a existência do fato constitutivo do direito do autor. Em que pese a utilização das máximas de experiência prescindir da prévia advertência às partes, o ônus da prova deve ser analisado sob a ótica de todos os atores processuais e não somente sob a do magistrado. Ainda que não ocorra verdadeiramente uma alteração dos critérios de distribuição do ônus da prova, o fornecedor tem a garantia da prévia ciência antes que seja proferida a sentença. Entender de forma contrária subverteria o instituto, que tem a função de reequilibrar a relação jurídico-processual.

Não há de se falar que essa decisão judicial possa ser proferida no momento em que o juiz recebe a petição inicial. Nesse momento processual, o juiz não sabe, sequer, os fatos que serão controvertidos pelo réu e que constituirão objeto de prova. Se o fornecedor, na ação proposta pelo consumidor, não contesta fato relevante, este é, em regra, presumido como verdadeiro em razão do ônus da impugnação especificada dos fatos (artigo 341 do CPC). Foi sedimentada, no STJ, a aplicação da regra de instrução, pois evita possível surpresa ao fornecedor litigante²⁷⁹. O CPC prevê, na decisão judicial de saneamento e organização do processo, dentre outras hipóteses, a definição da distribuição do ônus da prova (artigo 357, inciso III). Portanto, nesse momento, o juiz analisa os fatos controvertidos e decide se algum ou alguns dos fatos alegados pelo autor serão reconhecidos como verdadeiros.

O tema ganha repercussão somente nesse caso, pois, nas hipóteses de acidente de consumo ou nos casos que envolvam publicidade enganosa ou abusiva, as partes têm prévio conhecimento dos critérios probatórios adotados. Não há necessidade de advertência do juiz na decisão de saneamento e organização do processo sobre a incidência dos critérios legais para essas hipóteses específicas, nem se pode discutir a violação a

qualquer garantia processual, quando se adota a distribuição do ônus da prova expressamente prevista em lei.

| 3.4 A possibilidade de aplicação da redistribuição do ônus da prova de ofício pelo juiz

Sedimentado o entendimento acerca do momento processual adequado para a decisão que aplica o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, há também a discussão sobre a possibilidade de o juiz aplicar o instituto de ofício, sem a necessidade de alegação das partes. No Estado liberal, os juízes deveriam reproduzir o que constava na lei e não lhes era concedido nenhum poder interpretativo. Os direitos fundamentais não eram considerados como obrigação jurídica positiva do Estado e todos eram iguais perante a lei, somente no aspecto formal. Com o advento do Estado social, a partir do século XX, ficou evidenciado que os direitos subjetivos necessitavam ser complementados pelos direitos sociais, e o cidadão carecia de condições materiais mínimas de sobrevivência, que deveriam ser supridas pelo ente estatal.

A CF estabeleceu vários direitos, contudo a impossibilidade de cumprimento pelo Estado de todos os seus deveres gerou uma explosão de litigiosidade, o que ampliou a visibilidade da magistratura. O Poder Judiciário passou a ser acionado para a concretização dos direitos fundamentais. Esse denominado neoconstitucionalismo²⁸⁰ teve como uma de suas consequências a expansão da jurisdição constitucional. A partir de então, os juízes são constantemente provocados e não podem se descurar de seu mister de decidir a lide (artigo 140 do CPC).

Não se deve olvidar da necessária análise econômica desses direitos, pois eles têm um custo. Os direitos sociais, normalmente, têm custo elevado, e o juiz deve analisar o impacto econômico de suas decisões, pois os recursos são escassos e sua aplicação deve ocorrer de forma racional e efetiva. O protagonismo judicial representa um avanço nes-

279 A Segunda Seção do STJ adotou esse entendimento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp* 802832/MG. Segunda Seção. Recorrente: Ana Maria Guimarães Cruz. Recorrido: Tecar Minas Automóveis e Serviços Ltda. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 13 abr 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12462542&num_registro=200502038653&data=20110921&tipo=5&formato=PDF Acesso em 24 mai 2015). Voltaire de Lima Moraes também explicitou esse entendimento: "Em sendo assim, o momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova dar-se-á por ocasião do saneamento do processo, quando, inexistosa a audiência de conciliação, o juiz tiver fixado os pontos controvertidos, aí sim, em seguimento, decidirá as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento ou não da inversão do ônus da prova (art. 331, §2º, do CPC), ficando dessa forma cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquele que recebeu o encargo de provar". (MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v. VI. Revista dos Tribunais: 2011. p.583-584).

280 Segundo Daniel Sarmento: "No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de Poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar das concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitam a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência". (SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Ciotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013. p.80-81).

sa sociedade de risco, mas, ao mesmo tempo, requer do magistrado cautela na análise de todas essas demandas. É necessária a visão prospectiva das externalidades, de acordo com a conjuntura social.

Essa expansão da importância política do Poder Judiciário desencadeou o denominado ativismo judicial. A expressão tem origem nos Estados Unidos, e sua utilização era dotada de carga negativa, pois os conservadores, à época, reagiram a essa intervenção judicial e passaram a ideia de algo inadequado. No Brasil, há críticos e adeptos dessa maior intervenção do Poder Judiciário: “[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes”²⁸¹.

Os críticos vislumbram uma crise do sistema representativo, porquanto deslocariam a autoridade para a figura do juiz e haveria a manifestação do autoritarismo. Todavia, esse entendimento também pode denotar uma visão mais progressista do exercício do poder contramajoritário pelo Poder Judiciário. Nessa seara, o Judiciário atua invalidando atos dos demais Poderes, que afrontam a CF. Além do mais, a visão favorável ao ativismo vai de encontro a essa alegada crise de representatividade. O juiz, caso provocado, atuaria assegurando direitos que ainda não foram implementados pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo.

Atualmente, qualquer sistema jurídico tem, em seus princípios estruturais, uma atividade interpretativa que deve ser desempenhada pelo juiz. A CF possui inegável componente normativo e se mostra inevitável a intervenção judicial para dar sentido aos princípios constitucionais, porquanto há enunciados que são abertos e indeterminados. Contudo, essa interpretação tem limites, razão pela qual o ativismo não poderá ser atributo sem raias ou fronteiras. Os excessos devem ser objeto de controle pelas partes de acordo com os instrumentos processuais disponíveis para cada caso.

Os modelos processuais refletem os valores políticos, econômicos, sociais e culturais do momento em que são elaborados. A tendência em vários países é o incremento dos poderes do juiz na direção do processo. Somente a contínua edição de normas não resolve o objetivo da tutela jurisdicional efetiva. Essa propensão não está somente ligada aos

regimes ditos garantistas. Há registro histórico de Estados autoritários cujas legislações atribuíam amplos poderes ao juiz para a produção da prova²⁸².

Mauro Cappelletti, ao tratar das iniciativas probatórias do juiz, cita três sistemas de direito processual. No primeiro, há a visão individualista, da qual decorre que tudo se deve à iniciativa das partes. O segundo sistema, de inspiração mais publicista, atribui maiores poderes ao juiz de impulsionar o processo e de intervir no objeto de prova que, antes, era submetido à vontade exclusiva das partes. Por fim, o terceiro sistema é de cunho social e de desprivatização, o qual afeta a estrutura formal do processo. Esse jurista italiano concluiu, à época, que todos os sistemas tinham suas vantagens e defeitos²⁸³.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva decorre da garantia constitucional do devido processo legal. Nesse contexto, o juiz, como ator processual, não pode mais se conformar com a posição passiva²⁸⁴. A proposta reflete no ônus da prova e exige do magistrado a postura proativa, sem que isso afete a garantia da imparcialidade²⁸⁵. O processo, hoje, não pode ser pensado fora da vida social de relações desiguais entre as pessoas e é de acordo com essa perspectiva que se desenvolve a atividade do juiz e o exercício de seus poderes²⁸⁶.

A Exposição de Motivos do CPC prevê a existência de cinco objetivos que orientaram os trabalhos da Comissão. Dentre eles, merecem destaque, nesse momento, os dois primeiros: “1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia com a Cons-

282 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. *Temas de Direito Processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.93.

283 CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidade y las pruebas em el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972. p. 130-131.

284 José Carlos Barbosa Moreira ressalta que “[...] a transição do liberalismo individualista para o Estado social de direito assinala-se por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Esse desenvolvimento, projetado no plano processual, traduz o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquetipo do observador distante e impassível da luta entre as partes[...]”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Função Social do Processo Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e Instrução do Processo. *Revista de Processo* v. 37, 1985, p. 145).

285 Esse é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque: “Ademais, quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, o resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 116).

286 Jefferson Carús Guedes ressalta essa posição do Direito Processual Social: “Os tempos já são outros, mas as desigualdades se mantêm, tendo se tornado *desigualdades complexas e multidimensionais*. São variadas as suas desigualdades e elas são capazes de influenciar no processo. Na tese antes indicada, classificamos as desigualdades em várias categorias, que superam a exclusividade da desigualdade econômica, tida ainda com a categoria mais importante a merecer atenção e proteção social, mas não a única”. (GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual Social Atual – Entre o Ativismo Judicial e o Garantismo Processual*. *Revista Brasileira de Direito Processual*. n. 82. Belo Horizonte: 2013. p.69-70).

281 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013. p.233.

tituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa [...]”.²⁸⁷ Do primeiro objetivo é possível inferir a necessária harmonia que deve existir entre a lei ordinária e a CF. Com relação ao segundo, está presente a visão do processo como instrumento incluído no contexto social em que produzirá o seu resultado. É nítida a maior liberdade conferida ao juiz no que diz respeito aos seus poderes instrutórios na busca da melhor solução do litígio.

O CPC intensificou os poderes do juiz com o protagonismo gerencial do processo na tentativa de obter uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva. A democratização do processo civil contribuiu com o ideal do processo colaborativo e dialético. Essa visão social e democrática do processo civil das garantias repercute na iniciativa probatória do juiz²⁸⁸, a qual deve ser conjugada com a relação material existente entre as partes, pois o CDC se utiliza de todo esse ideal da legislação processual civil, e sua mudança de paradigma também afeta o microsistema em que está inserido.

A figura do juiz gestor do processo também está voltada ao restabelecimento da igualdade substancial entre as partes. Caso o magistrado verifique a presença dos requisitos legais exigidos, pode reconhecer de ofício a veracidade dos fatos alegados pelo consumidor. A aplicação de ofício da alteração do encargo probatório não pode ocorrer de forma indiscriminada e deve ser embasada em circunstâncias objetivas. Situação diversa é aquela sobre o reconhecimento das cláusulas contratuais abusivas sem pedido do consumidor, pois, nesse caso, o juiz não atua gerenciando o processo na produção da prova, o que culmina por violar a previsibilidade dos atos processuais assegurada no CPC.

3.5 A prova do fato negativo

O CPC/1939, ao contrário do CPC/1973 e do CPC vigente, previa a existência dos fatos negativos em matéria de ônus da prova: “Art. 209. § 1º Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a esse incumbirá o ônus da prova”²⁸⁹. Hoje, não prevalece mais esse critério, pois o réu, em regra, tem de comprovar os fatos impeditivos, modificativos

e extintivos do direito do autor. Embora seja comumente utilizada a terminologia prova negativa, a prova é o meio processual para se comprovar o fato. Portanto, a prova não é negativa, mas sim o fato alegado pela parte.

Na fase atual do processo, não é mais admitida a máxima de que os fatos negativos não precisam ou não podem ser provados (*negativa non sunt probanda*). Quando alegado um fato negativo, a parte adversa pode comprová-lo por meio de um fato positivo que lhe guarde correspondência²⁹⁰. Se o autor alega fato definido positivamente, e o réu se contrapõe a esse fato, alegando que ele não ocorreu, está-se diante da necessidade de provar um fato negativo, pois o fato torna-se controverso e constitui objeto de prova. Deve ser feita a diferenciação entre negativa absoluta ou indefinida e relativa ou definida. A primeira é a afirmação da inexistência de certo fato, indefinida no tempo e no espaço; enquanto a segunda retrata que o fato não existiu de forma determinada, ou seja, em um contexto definido.

Em julgado do STJ, a Ministra Nancy Andrighi abordou a possibilidade de comprovação dos fatos relativamente negativos.²⁹¹ Por outro lado, na negativa absoluta, é, em regra, inviável a produção de qualquer meio de prova. Por exemplo, se a pessoa diz que nunca foi a determinado lugar, é extremamente difícil para a parte contrária comprovar que essa pessoa esteve em tal lugar em algum momento de sua vida²⁹². É uma característi-

290 Michele Taruffo destaca a possibilidade da prova dos fatos negativos mediante a utilização do mecanismo lógico do álubi: “[...] Entonces, la prueba del hecho negativo puede ofrecerse únicamente mediante el mecanismo lógico de la coartada, es decir, mediante la prueba de un hecho distinto, incompatible con la existencia del hecho que se niega. Si la ausencia de Ticio del lugar L en el momento T no puede ser demostrada directamente, podrá ser probada indirectamente demostrado que Ticio en ese mismo momento estaba en el lugar P. A los efectos de la prueba, pues, el hecho negativo no es más que la consecuencia lógica de la demostración de un hecho positivo incompatible con la existencia del hecho negado”. (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p. 140)

291 Vale transcrever parte do acórdão que tratou da hipótese de fato do serviço em decorrência de furto de uma bolsa de pessoa idosa no interior de estabelecimento comercial: “[...] O argumento de que seria uma prova impossível, razão pela qual o ônus da prova não foi invertido, não merece prosperar, eis que, atualmente, a máxima de que as negativas são isentas de prova não é verdadeira, porquanto dizem respeito tão somente as negativas indefinidas, ou seja, não abarcam as negativas relativas, suscetíveis de prova. (...) Frise-se ainda que, caso se considere a prova negativa como impossível de ser produzida, o próprio art. 14, §3º, I, do CDC, por prever uma hipótese de prova negativa, não teria razão de existir, já que dispõe que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste[...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1.050.554/RJ. Terceira Turma. Recorrente: Terezinha Perez da Conceição. Recorrido: Carrefour Comércio e Indústria Ltda. Rel(a) Min. Nancy Andrighi. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/> Acesso em: 28 março 2015)

292 Michele Taruffo reconhece a dificuldade da prova do fato negativo indeterminado, mas propõe uma solução recorrendo a um mecanismo distinto: “[...] Se trata, essencialmente, de dar la vuelta al problema para plantearlo em términos de un hecho positivo incompatible con el hecho negativo (obsérvese que éste no es el mecanismo de la coartada, sino su contrario). En resumen: se puede probar la falseadad del hecho identificado negativamente si se demuestra que, en realidad, el hecho negado se ha producido o si se demuestra un hecho positivo incompatible con la negación. Es falso que Ticio nunca haya estado en el lugar L si se demuestra que una vez estubo allí; es falso que Ticio no sea propietario de terreno alguno en ningún lugar si se demuestra que es propietario de um terreno en lugar L, etcétera”. (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p. 141).

ca do fato probando a sua determinação e há distinção entre a situação fática de uma pessoa alegar que nunca foi àquele lugar e a daquela que alega não ter estado naquele lugar em determinado dia e horário. Nesse caso, há uma determinação temporal, e o fato é relativamente negativo, o que torna possível a produção da prova mediante um fato positivo, ou seja, que a pessoa esteve no local na data e horário alegados.

As proposições negativas, em regra, não afastam o ônus da prova de quem as alega, seja autor, seja réu. Na ação declaratória negativa, compete ao autor comprovar os fatos negativos alegados. O extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná (TAPR) julgou demanda em que o autor buscava o cancelamento do protesto decorrente de uma duplicata aceita pelo sacado. Nesse caso, a alegada inexistência de relação jurídica dependeria da comprovação pelo autor de algum fato impeditivo, extintivo ou modificativo, e caberia ao requerido demonstrar a higidez do negócio jurídico celebrado²⁹³.

Em algumas hipóteses, a comprovação do fato negativo é complexa²⁹⁴. Na relação de consumo, a problemática acerca do fato negativo ganha repercussão, quando o juiz pode reconhecer como verdadeiro o fato alegado pelo consumidor em virtude da dificuldade de sua comprovação. Ao mesmo tempo, essa decisão não pode implicar uma prova muito difícil de ser provada pelo fornecedor, pois o ordenamento jurídico repudia a chamada prova odiosa ou “diabólica”. O entendimento implicará a necessidade de redução das exigências na valoração da prova pelo juiz, tema que será abordado posteriormente.

Conforme já ressaltado neste trabalho, esse facilitador processual deixado a critério do magistrado não possui aplicação automática nas relações processuais em que se esteja

diante de um consumidor no polo ativo e de um fornecedor de produtos ou de serviços no polo passivo. A situação ganha contornos mais criteriosos nos fatos negativos, pois reconhecer os fatos alegados pelo consumidor e determinar que o fornecedor se desincumba do ônus de demonstrar que a situação não ocorreu pode desencadear a produção de prova extremamente difícil.

Em um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul (TJRS), entendeu-se pela inexistência de verossimilhança na alegação do consumidor sobre a constatação de uma aranha no interior da lata de cerveja e reconheceu-se a dificuldade de o fornecedor comprovar o fato negativo, que o inseto não estava, nem poderia estar, dentro da lata. A situação se enquadra em vício do produto, e o critério do ônus da prova que deve ser utilizado é o judicial. Concluiu o julgador: “Diante disso, muito embora não se possa excluir a possibilidade de vício do produto, não há prova suficiente de que ele realmente tenha ocorrido²⁹⁵”.

Acerca do vício do serviço, há julgado oriundo da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. O consumidor alegou que foi encerrado, sem requerimento, o contrato de prestação de serviços de energia elétrica que mantinha com a concessionária do serviço público. Entendeu o julgador que o reconhecimento da alegação como verdadeira implicaria a necessidade de a parte ré comprovar que não houve essa solicitação. Segundo o julgado, o consumidor não juntou nenhum documento que demonstrasse a verossimilhança de sua alegação, ao menos um protocolo de atendimento²⁹⁶.

293 BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Apelação Cível. DUPLICATA - TITULO ACEITO - LIIDE PRETENDENDO A DECLARACAO DE INEXISTENCIA DO DEBITO - CUMULACAO COM CANCELAMENTO DE PROTESTO E INDENIZACAO POR PERDAS E DANOS - PROVA A INCUMBENCIA DA AUTORA - ENCARGO NAO CUMPRIDO - SENTENCA JULGANDO IMPROCEDENTE A DEMANDA - DECISAO ACERTADA - VERBA HONORARIA BEM ARBITRADA - RECURSOS NAO PROVIDOS. 1- Em ação declaratória de inexistência de obrigação cambiária, de natureza, portanto, negativa, incumbe a autora comprovar fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da ré de cobrar ou protestar a duplicata, vale dizer, o descumprimento do contrato pela mesma. 2- Julgada improcedente a demanda, os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte vencedora devem ser fixados nos termos do artigo 20, parágrafo 4, do CPC, sob quantia certa ou sob percentagem sobre o valor da causa, observando-se a importância que mais se coadune com as hipóteses previstas nas alienas do parágrafo terceiro do referido artigo, levando-se em conta ainda, o que seria, em tese, arbitrado em favor do autor se fosse o mesmo vencedor. 3- Mantem-se o valor arbitrado pelo julgador monocrático quando o mesmo observou os parâmetros pertinentes a espécie. 094234-9. Sétima Câmara Cível. Recorrente: Fast Construções Cíveis Ltda. Recorrido: Kiyoshi Ishitani. Rel. Ronaldo Juarez Moro. Curitiba, 18 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 4 fev 2016.

294 Segundo Hernando Devis Echandiá: “Por conseguinte, cuando una norma legal imponga la prueba de un hecho negativo a quien persiga los efectos jurídicos consagrados en ella, debe interpretarse en el sentido de que tal exigencia se limita a los casos en que no se trate de una negación indefinida, pues, como hemos visto (cfr., núm. 46, punto f), puede existir o no esta condición, según que en la práctica haya o no verdadera imposibilidad para probarla, lo cual debe ser apreciado por el juez con criterio riguroso”. (ECHANDIÁ, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomos I. 4ed. Medellín: Dike, 1993. p. 508).

295 No caso em exame, o Juiz integrante da Terceira Turma Recursal Cível ponderou sobre as máximas de experiência: “[...] A alegação, por si só, não possui grau seguro de verossimilhança, já que a possibilidade disso ocorrer é estrita: (a) ou ocorreu durante o processo produtivo, de modo que outros problemas idênticos (com aranhas) já teriam a oportunidade de tornarem-se públicos (o que se desconhece), ou (b) teria ocorrido posteriormente. Mas essa segunda hipótese é impossível, diante da natureza da própria embalagem, que é hermeticamente fechada a pressão e selada. O inseto não poderia entrar sozinho na embalagem. Não decorre das regras da experiência comum, portanto, que aranhas sejam encontradas em latas de cerveja [...]”. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. VÍCIO DO PRODUTO. LATA DE CERVEJA. ARANHA ALEGADAMENTE ENCONTRADA EM SEU INTERIOR. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INVERSÃO DO ÔNUS VINCULADO À EXISTÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA. IMPOSSÍVEL IMPOR À FORNECEDORA A PROVA DE FATO NEGATIVO. RECURSO PROVIDO. 71005904982. 3ª Turma Recursal. Recorrente: AMBEV. Recorrido: Adão Rogério Coutinho de Ávila. Rel. Cleber Augusto Toniai. Porto Alegre, 28 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 5 fev 2016.

296 BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Recurso Inominado. JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. CEB. A AUTORA NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS PROBATÓRIO DE QUE SOLICITOU O ENCERRAMENTO DO CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ANTES DE 08/02/2013. INDEVIDA A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO APLICADO PELO JUÍZO A QUO. IMPOSSIBILIDADE DA EMPRESA RÉ EM COMPROVAR AÇÃO NEGATIVA, QUAL SEJA, DE QUE O AUTOR NÃO SOLICITOU O ENCERRAMENTO DO CONTRATO. AO CONTRÁRIO DO ENTENDIMENTO DO JUÍZ MONOCRÁTICO, CABERIA À AUTORA A PROVA POSITIVA DE SUA AÇÃO, OU SEJA, DE QUE TERIA EFETUADO O PEDIDO DE CANCELAMENTO, DEVENDO APRESENTAR A SOLICITAÇÃO POR ESCRITO OU POR TESTEMUNHAS, E-MAILS OU, NO MÍNIMO, O NÚMERO DE PROTOCOLO DE ATENDIMENTO. O QUE NÃO É POSSÍVEL OU IMAGINÁVEL É QUE O JUÍZ INVERTA O ÔNUS DA PROVA ESPERANDO QUE A EMPRESA RÉ COMPROVE QUE A AUTORA NÃO SOLICITOU O ENCERRAMENTO. PROVA IMPOSSÍVEL DE SER REALIZADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS FOR-

Portanto, a comprovação de fato negativo por qualquer das partes é possível, mas, em certos casos, pode-se mostrar complexa. Essa dificuldade denota o vínculo que se mantém entre o fato negativo e a denominada prova “diabólica”. É importante ressaltar que a impossibilidade da produção da prova de tal fato não conduz necessariamente à prova “diabólica”, pois há casos em que são possíveis suas comprovações. O CPC prevê expressamente a impossibilidade de se atribuir o encargo dessa prova à parte, e cabe ao juiz a análise de acordo com as peculiaridades do caso.

3.6 A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

Em regra, as clássicas obras sobre o ônus da prova defendiam o critério rígido como a melhor forma de distribuir os encargos probatórios no processo. A justificativa apresentada fundava-se na necessária segurança jurídica como medida de previsibilidade do direito²⁹⁷. Também se vislumbrava, à época, uma situação de incerteza gerada pela ampliação dos poderes do juiz, ao lhe ser atribuída a possibilidade de redistribuir os ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto, razão pela qual o ônus era visto de forma objetiva, como regra de julgamento²⁹⁸.

Giuseppe Chiovenda destacava o critério da oportunidade na produção da prova e sinalizava a dificuldade da formulação de um critério geral do ônus da prova. Consoante o entendimento desse jurista italiano: “[...] Não é possível dizer *a priori* que a repartição da prova seja rigorosamente lógica e justa²⁹⁹. Destoou, de forma mais significativa, desse método estanque, o jurista e filósofo inglês Jeremy Bentham: com visão utilitarista, argumentava que “a solução prática do caso deveria observar o máximo de utilidade e bem-estar para as pessoas afetadas.”³⁰⁰

Essa teoria foi, de certo modo, resgatada no final do século XX por juristas argentinos, sob a direção de Jorge W. Peyrano³⁰¹. Estes se valeram da teoria da situação jurídica processual de James Goldschmidt, na qual se vislumbrava, no processo, a existência de uma relação jurídica e a consideração dinâmica do direito³⁰². A aplicação dessa teoria é indicada para os casos em que o critério legal ou estático não funciona adequadamente, e busca-se a análise pelo juiz de cada processo posto à sua apreciação.

Segundo a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, independe a posição jurídica ocupada pela parte (autor ou réu) bem como a natureza do fato objeto de prova (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo). Não impera a máxima probatória de que o ônus compete a quem alega, pois a sua finalidade é impor este à parte que tem melhores condições de produzir a prova. A citada teoria atua como complemento para melhor alcance da efetividade e da justiça possível para as partes litigantes.³⁰³

A estipulação apriorística pelo legislador dos critérios de distribuição do ônus da prova não considera todas as particularidades e as especificidades dos casos levados à apreciação do Poder Judiciário. Esse critério prévio, em algumas hipóteses, pode vir a se dissociar da visão constitucional do processo como instrumento que almeja o resultado efetivo. Para a obtenção da tutela jurisdicional possivelmente mais justa, há o incremento dos poderes instrutórios do juiz na tentativa de evitar que permaneça no estado da dúvida após o encerramento da instrução processual.

A visão estática do ônus probatório é objeto de críticas há tempos, pois não considera a aptidão da parte acerca do ônus que lhe é imposto em determinado caso. A distribuição dinâmica do ônus da prova teve pioneira discussão nos casos de res-

MULADOS EM DESFAVOR DA RÉ CEB. 20130110700145AC). 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal Recorrente: CEB Distribuição S/A. Recorrido: Ludmila Araújo do Bonfim. Relator: Flávio Fernando Almeida da Fonseca. Brasília, 23 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> Acesso em: 16 fev 2016.

297 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJA, 1956. p. 59.

298 MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989. p. 96-97.

299 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.2. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 448.

300 Segundo o autor: “La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la puede aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos (BENTHAM, Jeremías. *Tratado de la pruebas judiciales* v.2. Buenos Aires: EJA, 1971. p.149).

301 José Batista Lopes destaca: “Em verdade, o que Peyrano fez foi um *aggiornamento* da posição de Bentham, na medida em que procura demonstrar a insuficiência do critério estático e invariável (atribuição ao autor do ônus de demonstrar os fatos constitutivos e ao réu, os extintivos, impeditivos e modificativos). O autor argentino preocupa-se predominantemente com a possibilidade de injustiças, se mantido o rigor das regras legais sobre o ônus da prova”. (LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* n. 204. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 236).

302 PEYRANO, Jorge W.; CHIAPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas” In: PEYRANO, Jorge W. (dir). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p.13.

303 Jorge W. Peyrano apresenta duas conclusões: a primeira relacionada à efetiva colaboração das partes na formação do convencimento judicial, o chamado princípio da solidariedade; e a segunda conclusão, que retrata seu caráter excepcional, pois somente deve ser aplicada se as regras legais não se mostrarem suficientes para a resolução do caso. (PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (dir). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p.20-21). Ainda sobre a incidência excepcional da teoria, Inés Lépori White: “[...] esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que se trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía impedido de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad”. (WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (dir). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p.60).

ponsabilidade profissional, notadamente na hipótese de responsabilidade médica. O primeiro caso que evidenciou a insuficiência do critério estático como regra na distribuição do ônus da prova foi uma ação indenizatória ajuizada por certo paciente sob o argumento de que a cirurgia realizada pelo médico fora mal sucedida. Segundo essa teoria, a prova do fato constitutivo da lesão cirúrgica seria mais facilmente produzida pelo médico, o qual possuía condições técnicas mais favoráveis para sua obtenção. A visão solidarista e de justiça distributiva do processo como instrumento de poder é encampada por essa teoria³⁰⁴.

Posteriormente, houve a expansão da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova na jurisprudência argentina para demandas que envolviam a simulação de negócios jurídicos, lides bancárias e securitárias bem como direito de família e serviços de telefonia. Acerca desse último, Héctor E. Leguisamón destacou julgado que envolvia cobrança em excesso. O magistrado que julgou a demanda concluiu pela maior facilidade na produção da prova pelo fornecedor, porquanto possuía os mecanismos técnicos necessários para melhor demonstrar a cobrança do serviço³⁰⁵.

A teoria foi abarcada pelo Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, inicialmente desenvolvido por juristas brasileiros, com a intenção de sistematizar a defesa dos interesses e dos direitos transindividuais³⁰⁶. O Projeto repercutiu as últimas tendências do processo civil moderno e, em seu Capítulo III, sobre as regras processuais aplicáveis de modo geral aos processos coletivos, tratou, no artigo 12, da prova por estatística ou amostragem, da distribuição dinâmica do ônus da prova e da possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção de provas,

observado o contraditório³⁰⁷. No plano legislativo brasileiro, havia o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo na mesma linha do Código Modelo da Ibero-América³⁰⁸.

No Brasil, logo surgiram entusiastas dessa teoria. Dentre eles, Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, que apresentou os seguintes requisitos para a configuração: “[...] a) o caso em sua concretude; b) a ‘natureza’ do fato a provar, imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo”.³⁰⁹ O dispositivo legal que prevê como regra o critério estático não pode ser analisado isoladamente, mas em conjunto com as demais regras e princípios processuais. A teoria é uma nova ferramenta para a melhor solução do caso concreto e compatível com o sistema da persuasão racional³¹⁰.

Wilson Alves de Souza também defende a interpretação sistemática dos dispositivos legais e ressalta que a teoria das cargas probatórias dinâmicas aplica vários princípios, tais como o da igualdade, o da boa-fé, o da solidariedade, o da colaboração com o órgão judicial e o do devido processo legal³¹¹. O dispositivo que reconhece a nulidade da convenção entre as partes, a qual distribui, de maneira diversa, o ônus da prova, por tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, utiliza os mesmos fundamentos para a aplicação da teoria, quais sejam, coibir que a parte se valha de sua superioridade técnica ou econômica em detrimento da outra e combater o desequilíbrio processual que gere prejuízo para uma das partes³¹².

A jurisprudência nacional trilhou o mesmo caminho. O julgado pioneiro, da lavra do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar, foi proferido no ano de 1996. O caso versava sobre responsabilidade civil médica. Entendeu o Ministro sobre a aplicabilidade da teoria dinâmica da prova no caso da culpa médica “[...] segundo a qual cabe ao profissional esclarecer

304 Inés Lépori White ressalta a utilização da equidade pela teoria da distribuição dinâmica da prova: “Pues bien, yo me pregunto: ¿es acaso posible garantizar el derecho de defensa sin asegurar antes la justicia? ¿Qué garantía de defensa tiene la parte que queda a merced de la contraria porque no está al alcance de sus posibilidades materiales la prueba del caso, como en una mala praxis médica o un acto simulado? La justicia aplicada al caso concreto, es decir, la equidad, resulta entonces, a mi entender, el principal fundamento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”. (WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.(dir). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p.66).

305 LEGUISAMÓN, Héctor E. La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.(dir). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p.122.

306 Consta na Exposição de Motivos: “Incumbidos pela Presidência do Instituto de preparar uma proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antônio Gidi apresentaram o resultado de seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevidéu, em outubro de 2002, onde a proposta foi transformada em anteprojeto”. (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. V.II. 10ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.339)

307 A distribuição dinâmica do ônus da prova consta no artigo 12, §1º: “O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, às custas da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo do Fundo dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos. (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. V.II. 10ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.349).

308 CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p.115.

309 DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios In *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p.798.

310 DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios In *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p.804-805.

311 SOUZA, Wilson Alves de. Ônus da prova—considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA vol. VI*. Salvador: UFBA, 1999. p. 254.

312 ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.144.

sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica³¹³. Posteriormente, houve a ampliação dos temas sujeitos à sua aplicação, inclusive para temas relativos à exibição de documentos referentes a contratos bancários celebrados entre o consumidor e a instituição financeira³¹⁴.

Apesar do grande destaque dessa teoria na doutrina e na jurisprudência brasileiras³¹⁵, há críticas a esse entendimento. Dentre elas, vale ressaltar a que não vislumbra um defeito na passividade da parte, nem que a ideia colaborativa culminaria em benefício concedido a uma parte em detrimento do possível prejuízo da outra. Os críticos estão embasados na questão objetiva do ônus da prova, que decorre da falta de prova, e entendem que não há espaço para maior subjetividade do juiz. Segundo os críticos à aplicação dessa teoria, a inovação é menos útil e revolucionária do que se imaginava, pois o direito brasileiro possui mecanismos específicos para a investigação de fatos relevantes³¹⁶.

3.6.1 A teoria da distribuição dinâmica e o CDC

O advento do CDC fomentou a discussão sobre a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Ao estabelecer um critério judicial como facilitador processual, o legislador teve por escopo reconhecer a dificuldade do consumidor, em algumas hipóteses, de comprovar os fatos constitutivos do seu direito. Este desiderato, em linhas gerais, tem certa correspondência com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no que diz respeito à hipossuficiência³¹⁷. Contudo, o microsistema do CDC diferencia-se em outros aspectos que serão doravante explicitados.

O ponto de contato entre os institutos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e da inversão do ônus da prova é a hipossuficiência processual que, no CDC, é somente um dos critérios que deve ser valorado pelo juiz no caso concreto. Conforme já abordado ao longo deste trabalho, o magistrado também pode se valer da verossimilhança, um juízo de probabilidade. A ideia da impossibilidade ou da dificuldade na produção da prova trazida pela distribuição dinâmica se assemelha ao conceito de hipossuficiência do CDC, que, como visto, está localizada no plano processual. Essa hipossuficiência pode ser vislumbrada, por exemplo, no caso de uma gravação de voz de contato telefônico realizado entre consumidor e fornecedor. Como a gravação geralmente é mantida em poder deste, aquele é considerado hipossuficiente para a obtenção do documento.

Os dois critérios atuam como facilitadores processuais à parte hipossuficiente. Ambos são métodos judiciais de análise dos fatos e do conjunto probatório. Nesses casos, o juiz se vale das regras de experiência para analisar os requisitos no caso concreto. Não há sentido em reconhecer uma parte como hipossuficiente no processo, se não forem utilizadas as máximas de experiência, pois se trata de critério judicial de reconhecimento

313 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 69.309/SC*. Quarta Turma. Recorrente: Clínica Neurológica e Neurocirúrgica de Joinville e outro. Recorrido: Getúlio Raphael Bittencourt Machado. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 18 junho 1996. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500333414&dt_publicacao=26/08/1996. Acesso em: 6 abril 2015

314 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agrava de instrumento. *NECÓCIO JURÍDICO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. INICIAL DESACOMPANHADA DOS CONTRATOS. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA CARGA PROBATÓRIA*. Deixando o autor de trazer aos autos os contratos objetos da ação revisional, pode, o juiz, determinar que a instituição financeira os forneça, invertendo-se o ônus da prova, sem que tenha de extinguir o feito por ausência de pressuposto de constituição. Aplicabilidade, "in casu", da teoria da carga probatória dinâmica, segundo a qual há de se atribuir o ônus de provar aquele que se encontra no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, se encontra em melhores condições de alcançá-la ao destinatário da prova. Agravo de instrumento desprovido. 70000004028. Segunda Câmara Cível. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravado: Jaqueline Silva Dadalt. Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre: 13 de outubro de 1999. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versoa=&sv_ersao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70000004028&num_processo=70000004028&codEmenta=187718&temIntTeor=false. Acesso em: 8 fev 2016. Posteriormente, será aborda a questão relativa à exibição de documentos, pois houve alteração no NCPC.

315 O posicionamento de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é evidenciado em julgados do STJ. Vale destacar: "[...] Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias de cada caso". (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 12870/SP* Terceira Turma. Recorrentes: Transbrasil Linhas Aéreas, General Electric Capital Corporation, Nas Holdings LLC e Aerpac Ireland Limited. Recorridos: os mesmos. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 22 de outubro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32052895&num_registro=201102426968&data=20131028&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 11 fev 2016.

316 Segundo Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa: "[...] entendemos ser possível demonstrar que o instituto que se pretende importar não tem utilidade que se lhe atribui, vez que já existem em nosso direito processual mecanismos aptos para contornar ou afastar as dificuldades práticas à aquisição de determinada fonte de prova pelo processo, inclusive nas situações que imprópriamente têm sido apontadas como justificadoras da distribuição dinâmica do ônus da prova". (YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). *Processo de Conhecimento—Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.478). Vitor de Paula Ramos também apresenta críticas a esta teoria: "Em conclusão, a dinamização do 'ônus' da prova, além de causar problemas de segurança jurídica, mormente no aspecto da calculabilidade, não apresenta ganhos reais; isso porque as partes, com ou sem dinamização, sem um dever de provas, acabam levando aos autos somente as provas que lhe favorecem. Assim, a dinamização não promove a maior completez do material probatório, não parecendo vantajosa a sua adoção

pelo novo CPC. (RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios no Novo CPC brasileiro. In: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). *Processo de Conhecimento—Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. p.201).

317 Neste sentido, Pedro Henrique Nogueira: "Ademais, a ideia subjacente à inversão judicial do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, ao menos na hipótese de 'hipossuficiência', coincide com um dos propósitos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova: evitar a prova diabólica e permitir que o juiz, no caso concreto, possa conferir a carga probatória quanto a determinados fatos discutidos no litígio a quem se encontra no processo, segundo as circunstâncias próprias da situação concreta, em melhores condições de provar o fato controvertido". (NOGUEIRA, Pedro Henrique. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. *Revista Dialética de Direito Processual* n.75. São Paulo: Dialética, 2009. p.109). Marcelo Pacheco Machado também ressalta esta finalidade comum aos institutos: "[...] Quer-se evitar, em ambos os casos, que dificuldades econômicas ou conjunturais de uma das partes, em produzir determinada espécie de prova, façam com que esta receba sentença de mérito desfavorável. O valor que se visa a atingir é, nitidamente, o de maior justiça na decisão judicial". (MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* n.208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.304)

da prova de um fato pelo consumidor, no caso do CDC, ou da imposição do ônus da prova à parte que tem melhores condições de produzi-la, no caso da teoria da distribuição dinâmica prevista no CPC.

O CDC é expresso, ao reconhecer a possibilidade de utilização desse critério somente em favor do consumidor. Infere-se também que a utilização do critério é viável, quando o consumidor for o autor no processo. Não é admissível a utilização quando o consumidor for réu, pois ao fornecedor seria imposta a prova do fato constitutivo e, ao mesmo tempo, a demonstração de ausência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, o que representa uma prova impossível de ser obtida, ou seja, uma prova “diabólica”³¹⁸.

Para o reconhecimento da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, independe-se da posição processual da parte. A imposição ao consumidor da prova de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo que caiba ao fornecedor, com base na hipossuficiência desse, constituiria subversão do sistema, além de incompatibilidade com a aplicação simultânea dos institutos. Aplica-se o critério previsto no CDC na hipótese de relação de consumo e presentes os requisitos legais. Caso se trate de relação não abarcada por esse microsistema, o juiz analisa a possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica, se a regra estática for insuficiente para melhor elucidação dos fatos.

Consoante exposto anteriormente, o critério previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, não trata propriamente da inversão do ônus da prova. Essa técnica possibilita que o juiz, verificados os requisitos legais, reconheça a existência do fato constitutivo alegado pelo consumidor e o considere como provado. A partir do momento em que o juiz profira a decisão, o processo seguirá o seu fluxo e, a partir de então, o fornecedor correrá o risco processual, se não ficar comprovado o respectivo fato impeditivo, modificativo ou extintivo que lhe foi incumbido.

Caso o magistrado não reconheça a existência dos requisitos legais, é mantida a regra do critério estático, e ao autor competirá a prova do fato constitutivo durante a instrução processual. Se não se desincumbir de seu encargo probatório, incidirá a regra de julgamento com a observância de qual das partes assumiu maior risco de decisão desfavorável, ou seja, encerrada a instrução processual, como é vedado o pronunciamento do *non liquet* pelo juiz, este deverá julgar o pedido mesmo em estado de dúvida³¹⁹.

318 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 292.

319 Cecília Matos aponta que a “[...] a grande questão sobre o ônus da prova não é o que se prova ou quem prova, mas quem sofre as consequências pela falta da prova”. (MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Justitia* n. 57. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), 1995. p.96.

Não há de se falar na aplicação da genuína teoria da distribuição dinâmica no CDC. É incompatível do ponto de vista processual impor os institutos simultaneamente. Se o juiz não reconhece que o fato é dotado de verossimilhança ou que a prova é de difícil obtenção pelo consumidor, mantém-se o critério estático. Caso as regras de experiência demonstrem a necessidade de reconhecimento do fato como provado, o magistrado deve utilizar um juízo de identificação do réu que possua melhores condições de produzir a prova. Nessa hipótese, se assim não o fizer, estar-se-ia diante da prova “diabólica”, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Além do mais, se a relação jurídica estabelecida entre as partes se amoldar a uma relação de consumo, deve ser aplicado o microsistema autônomo do CDC. Desde o início, o magistrado tem conhecimento do direito material discutido em juízo. Na distribuição dinâmica, a análise é mais complexa, pois o juiz deve examinar as características do direito material discutido e dos sujeitos envolvidos, para aferir qual das partes possui maior facilidade na produção da prova. Em ambos os casos, há maior grau de subjetividade, mas, na distribuição dinâmica, este é ainda mais acentuado, pois lhe cabe maior grau de adaptação às peculiaridades do caso concreto³²⁰.

3.6.2 A teoria da distribuição dinâmica no CPC

As reformas realizadas no processo civil brasileiro denotam os rumos que se pretende seguir, quais sejam, os vínculos do processo com a Constituição e a finalidade deste de concretizar as promessas constitucionais; os propósitos de tornar a marcha processual mais célere com a simplificação da prática dos atos e a necessária ampliação dos pode-

320 Eduardo Cambi também distingue os institutos, porém utiliza os seguintes argumentos: “Com efeito, na distribuição dinâmica do ônus da prova, não há uma verdadeira inversão, porque só se poderia falar m inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica, que se dá no caso concreto. O magistrado continua sendo o gestor da prova, agora com poderes ainda maiores, porquanto, ao invés de partir do modelo clássico (CPC-73, art. 333), para depois inverter o *onus probandi* (CDC, art. 6º, VIII), cabe verificar, no caso concreto, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir esse ônus entre as partes (NCPC, art. 373, §1º).” (CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCPC. In: MACÉDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). *Processo de Conhecimento – Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. p.437). No mesmo sentido, o entendimento de Suzana Santi Cremasco: “A adoção da carga dinâmica, exatamente porque tem incidência nos casos em que o regramento estático é insuficiente ou inadequado – e, por essa razão, deve ser anteriormente afastado – pressupõe a ausência, para a sua incidência, de uma distribuição prévia e arraigada do encargo entre as partes. Ao pressupor esta situação e ao prever que a repartição do encargo deverá se dar em momento posterior à instauração da lide, não há sentido em se falar em inversão [...]” (CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 75)

res do juiz, “quer no plano da ‘direção formal’, quer (embora com menos intensidade) no da ‘direção material’ do processo³²¹.

O CPC visa propiciar condições para que o juiz profira decisão o mais próximo possível da realidade fática. Esse mecanismo aumenta os poderes do juiz na formação do material probatório e, também, repercute na divisão de trabalho no processo. A visão solidária externada pela teoria dinâmica do ônus da prova vai ao encontro da ideia de boa-fé processual e da cooperação entre os sujeitos do processo, previstas como normas fundamentais processuais (artigos 5º e 6º, respectivamente)³²².

A busca da verdade provável é tarefa conjunta de todos os atores processuais e tornar possível a dinamicidade do ônus da prova está em consonância com a visão de processo democrático, participativo e colaborativo, pois o órgão judicial auxiliará na formação do material probatório mediante a constatação de algumas condicionantes³²³. O CPC reproduz o ideal da teoria da distribuição dinâmica e mantém a regra do critério estático. Possibilita ao magistrado, valendo-se das regras de experiência, o deslocamento do ônus probatório à parte que possui melhores condições de comprovar os fatos controvertidos.

A previsão consta no artigo 373, §1º, do CPC³²⁴, e as hipóteses são as seguintes: nos casos previstos em lei; diante das peculiaridades da causa no que tange à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo e à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. É possível inferir do dispositivo a intenção do legislador de também abarcar o ônus da prova subjetivo para induzir o comportamento das partes à atividade probatória. Essa teoria está embasada em três argumentos fundamentais: “i) pressupõe

uma visão cooperatária e publicista do processo civil; ii) busca promover a igualdade, em sentido material, das partes; iii) fundamenta-se nos deveres de lealdade e de colaboração das partes no processo civil³²⁵.

Acerca da primeira hipótese legal, é possível discutir os casos de exibição de documentos. O CPC/1973 previa como dever a exibição pela parte do documento que estivesse sob seu poder, o que foi mantido pelo CPC vigente (artigo 396)³²⁶. O ônus difere do dever, e alguns julgados se valiam dessa hipótese de exibição de documentos para aplicar a teoria da distribuição dinâmica. O artigo 400, parágrafo único, do CPC³²⁷ retoma o entendimento de que o não cumprimento desse dever implica a possibilidade de o juiz adotar medidas efetivas para que o documento seja exibido, ao contrário do que prevê o Enunciado n. 372 das súmulas do STJ, o qual veda a imposição de multa em procedimento de exibição de documentos³²⁸.

Com base nesse entendimento, não se vislumbra utilidade na aplicação da teoria da distribuição dinâmica nos casos de exibição de documentos, pois esta foi mantida no CPC vigente como dever processual da parte que detém o documento. Além do mais, foi retomada a possibilidade de o juiz aplicar medidas coercitivas para a obtenção do documento, em desfavor da parte ou de terceiro (artigo 403, parágrafo único, CPC)³²⁹, o que se mostra mais efetivo do ponto de vista processual. O descumprimento do ônus não acarreta sanção à parte. Ao contrário, o descumprimento do dever gera a possibilidade de o magistrado aplicar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

321 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista de Processo* n. 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.138.

322 José Barbosa Moreira tratou da importância da colaboração no processo: “[...] Com o atuar de modelo mais intenso não estará o órgão judicial, necessariamente, relegando os litigantes a posição passiva. Não se trata, é evidentiíssimo, de competição ou disputa em que cada participante se tenha de preocupar em passar à frente do outro e em evitar que o outro lhe passe à frente. Ninguém preconiza o absurdo de cercear-se a iniciativa das partes, para deixar-se tudo, ou quase tudo, por conta do juiz. Como já tivemos ocasião de dizer alhures, o lema processo ‘social’ não é a contraposição entre juiz e partes, e menos ainda o da opressão destas por aquele: apenas pode ser o da colaboração entre um e outras”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 50).

323 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 137.

324 Art. 373. §1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 dez. 2015).

325 CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCPC. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). *Processo de Conhecimento – Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 445.

326 Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 dez. 2015).

327 Art. 400. Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 dez. 2015).

328 Enunciado 372 das súmulas do STJ: “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=191>. Acesso em: 17 abr 2016.

329 Art. 403. Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 dez. 2015).

Segundo a doutrina originária, a dinamização da prova é regra de julgamento, ou seja, não haveria necessidade do conhecimento prévio das partes acerca de sua aplicação pelo juiz³³⁰. Contudo, o CPC tem por escopo assegurar, ao máximo, o contraditório às partes, inclusive em matérias de ordem pública³³¹. É o que se tem denominado de contraditório substancial. Assim, o artigo 357, inciso III, que trata da fase de saneamento e organização do processo, prevê que o juiz deverá definir a distribuição do ônus da prova, observado o artigo 373³³². O enunciado permite concluir que o CPC adotou expressamente a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e a tratou como regra de instrução ou procedimento.

Além do mais, é possível a aplicação desse instituto nos processos pendentes na data da entrada em vigor do CPC, desde que não encerrada a instrução processual. O momento de sua aplicação é na fase de organização e saneamento do processo, o que expressamente prevê o artigo 1046, que trata das Disposições Finais e Transitórias³³³. Uma interpretação *a contrario sensu* corrobora essa assertiva, pois o artigo 1054³³⁴ ressalva a aplicação do instituto somente nos processos iniciados após a vigência do CPC e nos casos específicos da coisa julgada³³⁵.

De acordo com essa visão de incremento dos poderes instrutórios do juiz, é possível a aplicação dessa teoria de ofício, a qual pode ocorrer em relação a um ou a mais fatos controvertidos no processo. O recurso cabível para impugnar decisão que modifique o critério estático do ônus da prova é o agravo de instrumento, conforme disposto no

art. 1015, inciso XI, do CPC³³⁶. A decisão judicial não pode gerar a impossibilidade da produção da prova para ambas as partes, sob pena de configurar o que implicitamente é vedado pelo ordenamento jurídico, a prova “diabólica”.

3.6.2.1 A prova “diabólica” na teoria da distribuição dinâmica

A prova muito difícil ou impossível de ser comprovada é denominada prova “diabólica” ou odiosa e, normalmente, está associada à atribuição da prova de fato negativo. O artigo 373, § 2º, do CPC, prevê: “A decisão prevista no § 1º desse artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”³³⁷. A situação contempla certo limite à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois essa pressupõe a situação de desigualdade³³⁸. A dosagem que deve ser feita pelo juiz na tentativa de reequilibrar as partes tem de ser criteriosa, pois não é possível inverter a desigualdade³³⁹.

A distribuição dinâmica tem espaço, quando a regra estática ocasione a produção da prova “diabólica” em desfavor de uma das partes, o que inviabiliza o acesso útil à justiça.³⁴⁰ O limite material da distribuição dinâmica do ônus da prova é verificado na alteração do encargo probatório que cria prova “diabólica” reversa, ou seja, o deslocamento do ônus da prova é inviável, por se tratar de fato excessivamente difícil ou impossível de ser comprovado pela outra parte³⁴¹. Inclusive, essa situação pode ser evidenciada posteriormente, em decorrência de fato ou circunstância superveniente que venha a alterar o panorama até então traçado no processo³⁴².

A prova “diabólica” pode ocorrer de forma unilateral, ou seja, o fato é impossível ou extremamente difícil de ser comprovado por uma das partes, mas viável para outra. Nesse caso, cabe ao juiz distribuir dinamicamente o ônus, para que o fato seja comprovado

330 PEYRANO, Jorge W. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas” In: PEYRANO, Jorge W. (dir). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 22-23.

331 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 dez. 2015).

332 Art. 357. III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 dez. 2015).

333 Art. 1046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 dez. 2015).

334 Art. 1054. O disposto no art. 503, §1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 dez. 2015).

335 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). *Processo de Conhecimento – Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 487-488.

336 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º. (BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 dez. 2015).

337 BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 dez. 2015).

338 BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W. (dir). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p.104.

339 FABRICIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor* v.7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.31-32.

340 KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.179.

341 KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.188.

342 CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p.92-93.

por aquela parte que tem melhores condições de fazê-lo. O problema surge, quando a prova é bilateralmente “diabólica”, ou seja, a prova do fato é impossível ou extremamente difícil para ambas as partes. Nessa hipótese, não há de se falar na possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova.³⁴³

Alexandre Freitas Câmara cita o caso da prova “diabólica” unilateral na hipótese de doenças preexistentes nos contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde que são regulados pela Lei n. 9656/1998. Os casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário relatam a situação do segurado que contrata a seguradora do plano de saúde e, posteriormente, tem a cobertura securitária negada sob o argumento de que a lesão ou a doença preexistiam à celebração do contrato. De modo específico, o artigo 11 da citada Lei prevê a possibilidade de a seguradora negar a cobertura nos primeiros vinte e quatro meses, o que é denominado período de carência, desde que comprove que o segurado tinha prévio conhecimento da doença ou da lesão.

Segundo o autor, a situação cria prova impossível para a parte que teria o ônus de produzi-la. Refuta o entendimento do STJ de que a operadora teria de efetuar exames prévios para verificar a ocorrência de alguma lesão ou doença preexistente³⁴⁴: “[...] em primeiro lugar, tal exame não existe, já que não é possível realizar-se uma análise capaz de afirmar, com absoluta certeza, que uma pessoa não sofre de doença nenhuma”. E prossegue com outro argumento: “[...] em segundo lugar, mesmo que tal exame fosse possível, seu custo seria altíssimo e, por certo, repassado para o consumidor”.³⁴⁵ O ônus atribuído à seguradora consiste na produção da prova de que o consumidor tinha conhecimento prévio da doença ou da lesão.

Alexandre Freitas Câmara sustenta, ao final, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ao consumidor, para que ele comprove o momento em que tomou conhecimento da doença. A seguradora demonstraria o exame normalmente feito para o diagnóstico da doença que acomete o consumidor, e este demonstraria quando fez o exame. O citado autor ressalta a necessidade do alerta prévio às partes, e esse critério, no caso concreto, aumentaria a probabilidade de que o processo venha a alcançar um resultado justo e de que diminuam os níveis de erro na decisão³⁴⁶.

Todavia, não se vislumbra, nessa hipótese, a unilateralidade na prova “diabólica”, pois também é excessivamente difícil ao consumidor comprovar o fato constitutivo do seu direito, qual seja, o de que não possuía prévio conhecimento da doença ou da lesão. Mais uma vez, o legislador utilizou a presunção legal relativa de que o consumidor não tinha prévio conhecimento da doença preexistente, pois entendeu que a prova do fato negativo lhe era mais difícil e atribuiu à seguradora desconstituir essa presunção por meio de um fato extintivo³⁴⁷. Conforme já tratado, não é possível a aplicação da teoria da distribuição dinâmica em desfavor do consumidor.

A situação da prova bilateralmente “diabólica” é discutida na hipótese da utilização do critério judicial previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC e ganha contornos ainda mais complexos quando se está diante da prova de fatos negativos, apesar de não existir vínculo de necessariedade entre eles. Consoante já exposto, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova difere do critério do CDC. Contudo, essa discussão da prova “diabólica” bilateral é comum a todo o ordenamento jurídico.

343 Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “Haverá casos, porém, em que a modificação do ônus da prova é mais fácil para uma parte do que para a outra ou de que a sua produção seja difícil ou impossível para uma ou para a outra. Nesses casos, em que a produção da prova é árdua às duas partes, não é possível aplicar-se a modificação do regime do ônus da prova, mesmo porque ela implicaria simplesmente transferência de uma situação insuperável, de uma parte para outra”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 268).

344 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. SEGURO DE VIDA. DOENÇA PREEXISTENTE. EXAMES PRÉVIOS. AUSÊNCIA. INOPONIBILIDADE. Conforme entendimento pacificado dessa Corte, a seguradora, ao receber o pagamento do prêmio e concretizar o seguro, sem exigir exames prévios, responde pelo risco assumido, não podendo esquivar-se do pagamento da indenização, sob a alegação de doença preexistente, salvo se comprove a deliberada má-fé do segurado. *REsp 777.974/MG*. Recorrente: Fernando Antônio Portella Júnior e outros. Recorrido: Caixa Seguradora S/A. Rel. Min. Castro Filho. Brasília, 9 de maio e 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2354898&num_registro=200501459520&data=20070312&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 11 fev 2016.

345 CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 31. São Paulo: Dialética, 2005. p. 13

346 CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 31. São Paulo: Dialética, 2005. p.17.

347 Na jurisprudência, prevalece a interpretação que o ônus da prova cabe à seguradora, conforme expressa previsão legal. Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 CPC). DEMANDA POSTULADO CUMPRIMENTO DE OBIRGAÇÃO DE FAZER (COBERTURA FINANCEIRA DE TRATAMENTO MÉDICO) CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. Cobertura financeira do tratamento médico de doenças preexistentes à data do contrato de plano de saúde (artigo 11 da Lei 9656/98). 1.1 Exclusão da cobertura vedada após o decurso do prazo de vinte e quatro meses da vigência do pacto. Ônus da prova da operadora acerca do conhecimento prévio pelo usuário. 1.2. No caso, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto-probatório dos autos, concluíram que a operadora não logrou demonstrar o conhecimento. Incidência da Súmula 7/STJ a obstar o processamento do apelo extremo no ponto [...]” *AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 605.760/SP* Quarta Turma. Agravante: Centro Transmontano de São Paulo. Agravado: Leide Gomes dos Santos. Rel. Min. Marco Buzzi. Brasília, 12 de maio de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47907684&num_registro=201402769973&data=20150518&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 11 fev 2016.

Um caso concreto que envolvia a prova “diabólica” bilateral foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Um casal propôs ação indenizatória contra a fabricante de preservativos, requerendo danos morais e materiais. Argumentaram que, na utilização do produto, houve o seu rompimento, o que gerou a gravidez da segunda requerente, fato totalmente inesperado. Acrescentaram que não foi possível a realização de perícia no produto. O fato relatado retrata vício do produto, e o juiz julgou improcedentes os pedidos.

Foi interposto recurso dessa decisão, e o Desembargador Relator, Carlos Roberto Gonçalves, utilizou as regras de experiência. Asseverou que é comum o uso incorreto de preservativos e utilizou dados probabilísticos para formar sua convicção acerca do caso: “[...] é de sabença comum que a eficácia de preservativo não é de cem por cento. Vale insistir que, entre inúmeros estudos sobre eficácia do preservativo, o mais pessimista aponta para uma eficácia mediana de 70% em situações corriqueiras [...]”³⁴⁸. O magistrado utilizou o juízo de probabilidade não para a produção da prova, como ocorre no critério judicial previsto no CDC, mas para a valoração dela, o que vai ao encontro da doutrina que reconhece a redução das exigências de prova em situações específicas.

3.7 A redução das exigências probatórias na valoração da prova

A legislação, em hipóteses pontuais, flexibiliza os critérios de distribuição do ônus da prova por meio de presunções, regras de experiência, verossimilhança, hipossuficiência ou distribuição dinâmica do ônus da prova. Estas atuam, no primeiro momento, como facilitadores processuais na produção do material probatório que irá formar a convicção do julgador. Surgem situações em que esses métodos não apontam soluções satisfatórias, pois o processo civil moderno busca ao máximo evitar que seja aplicado o ônus da prova como técnica de julgamento.

O CDC e a teoria da distribuição dinâmica disponibilizam ao magistrado instrumentos para melhor adequar o ônus da prova às peculiaridades do caso concreto. São aplicados

no momento da distribuição do encargo probatório pelo juiz e, como visto, devem ser utilizados durante a fase de saneamento e organização do processo. Em hipóteses excepcionais, não poderão ser adotados, e o magistrado chegará ao final da instrução sem obter uma prova plena. Nesses casos, como critério de valoração da prova, foram desenvolvidos métodos, no direito comparado, que reduzem as exigências ou módulos de prova.

A verdade real é mito no processo, pois o que se tem é a verdade provável. Há tempos, a doutrina já ressalta a inviabilidade da verdade real ou material e se contenta com o juízo de verossimilhança. Não há distinção ontológica entre a prova direta e a indireta, ou seja, não há hierarquia entre as provas em nosso ordenamento jurídico, pois o indício é meio de prova no processo penal, e a legislação civil consagrou a presunção como meio de prova, apesar de todas as divergências doutrinárias. Essas previsões corroboram a assertiva de que a verdade real no processo é algo inatingível. Ao mesmo tempo, deve ser observado que a prova indireta demanda mais prudência do magistrado.

Nesse cenário, surgem os chamados modelos de constatação. Há dois modelos fundamentais e um terceiro intermediário: o juízo da preponderância de provas, da prova clara e convincente e da prova além da dúvida razoável. No sistema penal, vigora o último sistema, enquanto, no processo civil, vigora, em regra, o primeiro. Contudo, há situações no processo civil em que se exige probabilidade maior, uma prova clara e convincente. São as hipóteses, por exemplo, de destituição de pátrio poder e de improbidade administrativa³⁴⁹.

Algumas técnicas foram desenvolvidas pelo direito comparado e encontram ressonância em julgados no Brasil. A frieza da técnica de julgamento despertou a necessidade do estabelecimento de outras técnicas para formação do convencimento do julgador. As situações são excepcionais, pois a regra é a utilização do critério estático, caso o magistrado chegue ao final do processo ainda com dúvida, e o julgamento desfavorável recaia sobre a parte que não se desincumbiu do seu encargo probatório. Michele Taruffo, ao tratar da verdade, da verossimilhança e da probabilidade, menciona o critério da probabilidade quantitativa, por meio da qual se utiliza certo nível de incerteza diante da complexidade da produção da prova³⁵⁰.

348 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. INDENIZAÇÃO – Danos materiais e morais – Rompimento de preservativo durante a relação sexual, ocasionando gravidez indesejada – Ação julgada improcedente, com revogação dos benefícios de assistência judiciária concedidos aos autores – Inexistência de prova de defeito do preservativo – Recurso provido em parte apenas para restabelecer a gratuidade judiciária revogada. *Apelação Cível 141.590.4/5-00*. 3ª Câmara de Direito Privado. Recorrentes: Sérgio Henrique Bovolenta Borrego e sua mulher. Recorrido: Indústria Nacional de Artefatos de Látex Ltda. Des. Rel. Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo, 13 de agosto de 2003. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=2322245&cdForo=0&vlCaptcha=yefjfv>. Acesso em 11 fev 2016.

349 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.37-39.

350 Segundo o autor: “[...] Esto es, se dice que esta determinación, si no puede fundamentarse en alguna verdad ‘absoluta’, al menos puede conseguir un sustituto aceptable, constituido por alguna verdad ‘probable’”. (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p.191)

Julgado do STJ utilizou esse critério probabilístico na análise que envolvia a teoria da perda de uma chance que, por si só, apresenta, em seu conceito, a ideia de probabilidade. Há doutrina que sustenta dever ser superior a cinquenta por cento³⁵¹ o percentual necessário para a caracterização da probabilidade da oportunidade. O caso concreto versava sobre um participante de programa televisivo cujo objetivo era acertar questões de conhecimentos variados. Ao final, se acertasse a última pergunta, o participante embolsaria o valor correspondente a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro. A última pergunta não tinha resposta correta dentre os quatro itens disponíveis, o que motivou o participante a ingressar em juízo, sob o fundamento da perda da chance de obter o montante.

É importante destacar que o participante optou por não responder à pergunta e saiu do programa com a quantia em barras de ouro equivalente a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Em Primeiro e Segundo graus de Jurisdição, seu pedido foi julgado procedente, e a requerida foi condenada a pagar a quantia correspondente ao prêmio total. Contudo, no STJ, o Ministro Relator utilizou como regra de julgamento a probabilidade matemática, aliada às máximas de experiência, e reformou em parte a decisão, para condenar a empresa ao pagamento da quantia correspondente a um quarto do valor máximo, o equivalente a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais)³⁵².

Outro método utilizado para valoração da prova é a chamada constelação de indícios, ou o conjunto de indícios sobre o mesmo fato, que guarda relação com as presunções judiciais; contudo, difere-se destas por tratar de um único fato. Há doutrina que sustenta sua aplicabilidade no direito brasileiro e, mais especificamente, no direito do consumidor, nas demandas que reproduzam denúncias anteriormente feitas ao Instituto de Defesa do Consumidor (PROCON) e que abordem a prática de atos abusivos pelos

fornecedores. Nessa situação, o número de reclamações aponta a existência de indícios que, de forma conjunta com outros fatores, podem subsidiar o julgador com uma constelação de indícios para valoração da prova³⁵³.

Segundo Piero Calamandrei, todo juízo de verdade se reduz logicamente a juízo de verossimilhança, o qual está dotado de multifuncionalidade no processo civil. Esse jurista italiano destaca a atuação do juízo de verossimilhança como critério de valoração da prova e também como instrumento para atenuar a rigidez das regras de distribuição do ônus da prova. Propôs um método que permite ao juiz a prévia valoração comparativa da verossimilhança das afirmações das partes³⁵⁴. Esse método, denominado de verossimilhança preponderante, representa menor grau de probabilidade, sem redistribuir o encargo probatório.

Há jurisprudência no Brasil que abarca esse método. Julgado pelo STJ, o caso versava sobre acidente de veículo em decorrência da quebra da roda dianteira esquerda. Em que pese a impossibilidade de realização de prova pericial, a Ministra Relatora formou sua convicção baseada na verossimilhança dos fatos, diante da situação excepcional. Destacou que a montadora do veículo, em momento posterior ao evento, passou a substituir as rodas utilizadas nos demais veículos do mesmo modelo, inclusive se valendo do instituto do *recall*. Na informação repassada aos consumidores, a montadora destacou que, em situações extremas, as rodas poderiam apresentar fissuras internas.³⁵⁵

351 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.79.

352 Consta no acórdão: "Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. [...] A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 – cento e vinte e cinco mil reais – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma 'probabilidade matemática' de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da requerida". (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. *REsp* 788.459/BA. Quarta Turma. Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda. Recorrida: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 8 de novembro de 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2119427&num_registro=200501724109&data=20060313&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 12 fev 2016).

353 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 207. Há julgado do TJDF que se reporta a este método. BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FATO NEGATIVO. PROVA DIABÓLICA. FEIXE DE INDÍCIOS. O ônus da prova é de quem alega um fato ou apresenta documento no processo. No entanto, quando o autor necessita demonstrar um fato negativo, tem-se caso típico da chamada prova diabólica, ou seja, a prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, a qual coloca a parte em uma situação desigual, uma vez ser o fato ou documento posto em questão difícil ou impossível de se provar. Não se pode exigir o impossível, o irrazoável na produção da prova. Resta evidente que um indício, isoladamente, é insuficiente para comprovar supostas alegações. No entanto, diversos documentos, em situações diferentes, mas convergindo para o mesmo fato, caracterizam claro feixe convergente de indícios, capazes de ratificar as alegações da parte. 20050110244076APC. 6ª Turma. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Antônio Dantas Pereira. Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito. Brasília, 15 de setembro de 2010. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 12 fev 2016.

354 CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil v. III*. Buenos Aires: EJE, 1973. p. 337.

355 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ÔNUS DA PROVA. TEORIA DA VEROSSIMILHANÇA PREPONDERANTE. COMPATIBILIDADE NA HIPÓTESE ESPECÍFICA DOS AUTOS, COM O ORDENAMENTO PROCESSUAL VIGENTE. CONVICÇÃO DO JULGADOR. LIVRE APRECIACÃO DA PROVA. PERSUASÃO RACIONAL. ARTIGOS ANALISADOS: 212, IV, DO CC; 126, 131, 273, 333, 436 E 461 CPC. [...] 6. A teoria da verossimilhança preponderante, desenvolvida pelo direito comparado e que propaga a ideia de que a parte que ostentar condição mais verossimil em relação à outra, deve ser beneficiada pelo resultado do julgamento, é compatível com o ordenamento jurídico-processual brasileiro, desde que invocada para servir de lastro à superação do estado de dúvida do julgador. É imprescindível, todavia, que a decisão esteja amparada em elementos de prova constantes dos autos (ainda que indiciários). Em contrapartida, permanecendo a incerteza do juiz, deve-se decidir com base na regra do ônus da prova. *REsp* 1.320.295/RS. Terceira Turma. Recorrente: Fiat Automóveis S.A. Recorrido: Mauro Miguel Thiesen. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 15 de outubro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31891156&num_registro=201101684320

A teoria da constelação de indícios difere da verossimilhança preponderante no ponto de partida. Esta se atém mais às alegações do autor, enquanto aquela se utiliza de indícios apurados no processo³⁵⁶. Em consequência, é possível inferir pelos dados colhidos que o julgado mais se assemelha à aplicação da teoria da constelação de indícios, pois, na fundamentação, foram utilizados fatos conhecidos para formar a convicção da julgadora. Gerhard Walter ressalta a possibilidade da utilização da teoria da verossimilhança preponderante nos casos em que a verificação da causalidade é muito complexa, pois, no caso em comento, a aplicação do módulo normal de prova poderia vir a tornar a decisão injusta³⁵⁷.

A nosso ver, a mais paradigmática das soluções foi a apresentada pelo processualista alemão Gerhard Walter. Segundo o autor, com base nos modelos de constatação, é possível inferir que há tratamento diferenciado em relação ao processo civil e ao processo penal³⁵⁸. Nesse contexto da diversidade de tratamento, o autor propõe o que nominou de “redução dos módulos de prova”. Alguns grupos de casos distanciam-se mais da verdade possível por diversos motivos, e não se pode falar em um modo unitário para valoração da prova. Essa situação não implica a redução, de forma indiscriminada, do módulo da prova, pois, na maioria dos casos, o critério normal é o mais adequado³⁵⁹. É justificada pela ausência de sujeição a regras rígidas sobre a apreciação da prova, mas que, por outro lado, deve ser fundamentada pelo juiz para o controle das partes.

A melhor interpretação considera a intenção do legislador, ao criar a norma processual e o respectivo direito material, ou seja, o direito processual tem como paradigma a matéria subjacente, ou, mais propriamente, a relação de direito material. Dentre os grupos de casos que podem ser abarcados, encontram-se as enfermidades profissionais e os acidentes

de trabalho, as lesões pré-natais, os casos que envolvem seguros, a proteção do trabalhador contra sua dispensa e, por último, os casos que envolvam responsabilidade objetiva.

O ponto nevrálgico da responsabilidade é a prova da causalidade. Ao se desenvolver a ideia do risco e perigo no direito material, esse entendimento deve ser transplantado para o processo – por conseguinte, para o ônus da prova – e facilitar a prova do nexo causal³⁶⁰. Os casos devem possuir dificuldade para a produção da prova e, ao mesmo tempo, o direito material há de revelar que essas dificuldades não devem ser suportadas pela vítima. Esse critério é excepcional no sistema jurídico.

A teoria vem ganhando repercussão no direito do consumidor, pois a eventual violação de dever por parte do fornecedor emerge de lei protetiva do consumidor. Gerhard Walter cita vários exemplos, dentre eles, o de certo clube recreativo que não possuía cerca divisória na piscina para demarcar as partes destinadas aos nadadores iniciados e aos principiantes. Uma pessoa que não sabia nadar morreu afogada na parte funda, e a causa da morte poderia ser afogamento ou colapso circulatório. Evidenciada a impossibilidade de comprovação dos fatos, é possível a conclusão de que o réu assumiu o risco pela não elucidação dos fatos, ao violar seu dever de prevenção de danos³⁶¹.

Esse juízo de verossimilhança, da mesma forma que ocorre nos demais casos, destaca a impossibilidade de determinado grau unitário de cognição, pois não se pode exigir a mesma prova em todas as situações, notadamente nos casos em que há leis protetivas de determinados grupos, embasadas em direitos fundamentais³⁶². A situação é acentuada nas hipóteses em que os critérios expressamente previstos pelo ordenamento

&data=20131129&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 12 fev 2016. Também há julgado oriundo do TJPR. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. PELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ATROPELAMENTO - CRIANÇA COLHIDA NO ACOSTAMENTO DA VIA - LESÕES NA PERNA E PÉ ESQUERDOS PERMANENTE - PENSÃO MENSAL FIXADA - REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA - PROVA PERICIAL QUE COMPETIA À PARTE RÉ - APLICAÇÃO DA TEORIA DA VEROSSIMILHANÇA PREPONDERANTE - DIREITO DA PARTE AUTORA RECONHECIDO - RECURSO - APELAÇÃO - NEGA PROVIMENTO. 9ª Câmara Cível. Recorrentes: Manacá Transportes Ltda e outros. Recorrido: Vitor Israel de Oliveira Macedo (representado). Rel. Des. Sérgio Luiz Patitucci. Curitiba, 12 de março de 2015. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/fjurisprudencia/fj/11866582/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1315732-7>. Acesso em: 12 fev 2016.

356 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 208

357 Segundo o autor: “Por eso, para ayudar a que el derecho material se realice también en la práctica, en los casos de causalidad hipotética en sentido estricto (causalidad sobrepasante, causa de reserva) en los cuales se admite que damnificador invoque la causa de reserva, cuando tenga que probar un suceso causal hipotético, el módulo de prueba tendrá que reducirse a una verosimilitud preponderante”. (WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la pueba*. Bogotá: Temis, 1985. p.220).

358 WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la pueba*. Bogotá: Temis, 1985. p.173.

359 WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la pueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 176.

360 A redução do módulo de prova nessa hipótese é assim justificada: “[...] Crear un peligro obliga a indemnizar, aun cuando solo sea preponderantemente verosímil que ese peligro se haya tornado en un daño, siempre que no sea posible lograr un mayor esclarecimiento del problema”. (WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la pueba*. Bogotá: Temis, 1985. p.258)

361 Assim conclui o autor: “La infracción a un deber empeoró también aquí típicamente y de un modo sensible la posición probatoria. El riesgo de la inesclarecibilidad tiene que ser suportado aquí plenamente por el infractor, o sea que es él quien tiene que soportar la carga de la prueba de que la falta de valado no fu la causa del accidente fatal. Si el bañero hubiese cumplido con su deber, el bañista no se habría ahogado porque habia respetado la valla. O se habria ahogado, por no respetarla, o habria muerto de um colapso circulatório. Pero em estos dos últimos casos, el bañero no seria responsable. La inesclarecibilidad es aqui una consecuencia típica de la violación del deber, consecuencia que por justicia tiene que suportar el incumplidor. (WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la pueba*. Bogotá: Temis, 1985.p. 277-278).

362 Vicente Higinio Neto sintetiza a teoria de Gerhard Walter: “Logo, conclui-se que a teoria da redução do módulo da prova defende que a solidez de cada prova e o ônus de provar os fatos são cambiantes e dependem das condições de aporte dessas provas aos autos, levando-se em conta a real capacidade de prova de cada parte, em especial da vítima de acidentes e de erros médicos, do trabalhador, do consumidor, do hipossuficiente e de todas as partes que já recebem uma especial proteção legal, não se exigindo delas um encargo probatório que dificulte a defesa de seus direitos em juízo de forma fácil e eficaz”. (HIGINIO NETO, Vicente. *Ônus da prova. Teoria da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas*. Curitiba: Juruá, 2010. p.109).

jurídico se mostram insuficientes para a obtenção de prova plena³⁶³. Além do mais, a aplicação da técnica de julgamento do ônus da prova deve ser vista como *ultima ratio*.

Essa teoria é objeto de análise pela jurisprudência brasileira. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), há variedade de julgados que tratam do tema e o aplicam nas hipóteses de dificuldade para produção de prova. O entendimento é comumente aplicado nos casos que envolvem furto de veículo ou de pertences que estavam em seu interior, quando estacionado em estabelecimento comercial³⁶⁴. A utilização desses critérios tem respaldo no processo civil brasileiro pelo sistema do convencimento motivado, que foi mantido no CPC vigente.

A visão do processo à luz da CF conclama o magistrado a julgamento o mais próximo da realidade possível, na busca de sua efetividade como instrumento para satisfação do direito material. Notadamente nos casos de relação de consumo por vício do produto ou do serviço ou de outras hipóteses que não recebam tratamento específico pelo microsistema, ou por outra legislação, como se dá na Lei n. 9658/1998, é possível a aplicação desses métodos na valoração da prova, quando se está diante de prova “diabólica” bilateral, e os demais mecanismos existentes não são suficientes para a resolução do conflito.

363 José Carlos Barbosa Moreira externava este entendimento: “[...] Deve o juiz exigir sempre o mesmo grau de luminosidade, para admitir como verdadeiro um fato, ou convém que se satisfaça, em certas situações, com demonstração menos categórica do que reclamaria alhures? Segundo entendimento autorizado, nem todas as matérias comportam, no particular, tratamento idêntico: com relação a algumas será razoável, ou até imperioso, que se adote critério mais liberal para a aceitação da prova como bastante. [...] Tem-se entendido, p.ex., que em ação de responsabilidade civil, proposta pelo consumidor em face do produtor, a quem se imputa negligência ou imperícia na fabricação do produto, ou pelo paciente em face do médico, a quem se atribui grosseiro erro profissional, não seria justo, sob pena de frustrar-se a aplicação do direito material, exigir prova absolutamente limpa e inequívoca da relação de causalidade entre o comportamento do réu e o dano de que se queixa o autor”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo* n.53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.128). Luiz Guilherme Marinoni também ressalta essa possibilidade: “A exigência de convencimento varia conforme a situação de direito material e, por isso, não se pode exigir um convencimento judicial unitário para todas as situações concretas. Como o convencimento varia de acordo com o direito material, a regra do ônus da prova também não pode ser vista sempre do mesmo modo, sem considerar a dificuldade de convicção própria ao caso concreto. (MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord). *Provas. Aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009. p.257).

364 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESTACIONAMENTO. FURTO DE VEÍCULO. TEORIA DA REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA. PARADIGMA DE VEROSSIMILHANÇA. DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. SÚMULA 130 DO STJ. RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO. DEVER DE ARCAR COM OS DANOS MATERIAIS ADVINDOS. SENTENÇA QUE RECONHECEU O DEVER DE INDENIZAR, MAS LIMITOU A INDENIZAÇÃO EM 50%. DIREITO À INTEGRALIDADE DO VALOR DO VEÍCULO. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. RECURSO PROVIDO. *Recurso Inominado 71002480184*. Terceira Turma Recursal Cível. Recorrente: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Recorrido: Nivaldo Leme do Prado. Rel. Eduardo Kraemer. Porto Alegre, 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 14 fev 2016.

CONCLUSÃO

A proteção do consumidor, prevista como direito fundamental na CF, é o ponto de início para toda a interpretação da relação jurídica de consumo. A constatação constitucional da necessidade de tratamento diverso para o consumidor irradia seus efeitos no CDC. O diálogo entre as fontes demonstra a abertura desse microsistema, o qual abarca as legislações civil, processual, administrativa e penal, além da tutela coletiva. Por se tratar de norma de ordem pública, é cogente e interessa mais diretamente à sociedade como um todo do que aos particulares.

A questão probatória vai ao encontro dessa visão protecionista. O ônus da prova necessita de estudos aprofundados em virtude da interdisciplinaridade dos institutos, pois não há uma teoria geral da prova no CDC. Ao mesmo tempo, o aumento quantitativo e a diversidade de temas nas lides de consumo requerem dos operadores do direito análise sistemática e, ao mesmo tempo, específica. Os instrumentos colocados à disposição do consumidor no âmbito do processo civil se têm mostrado efetivos, mas em situações excepcionais, o magistrado chegará à constatação de que os critérios não são suficientes.

A responsabilidade civil no CDC corrobora o princípio da reparação integral da vítima, previsto como direito básico do consumidor. Apesar de compartimentada em vício do produto ou do serviço e fato do produto ou do serviço, esse sistema, em regra, dispensa a prova da culpa e, em casos determinados, mitiga a prova plena do dano e do nexo de causalidade, porquanto leva em consideração o direito material discutido. O processo civil moderno é instrumento que busca o máximo de efetividade para satisfação desse direito.

A verdade no processo civil é uma utopia. A epistemologia adotada é que as partes esgotem as razões disponíveis para demonstração dos fatos, e o juiz utilize um critério racional para formação da verdade processual, a qual é externada na decisão. O sistema jurídico, em casos específicos, utiliza métodos que têm por escopo facilitar a produção da prova de algum ou de alguns fatos jurídico-processuais. Ao reconhecer essa dificuldade de reconstrução histórica, o CDC utiliza presunções, verossimilhança, hipossuficiência e máximas de experiência como forma de melhor formatar o acesso à jurisdição. A utilização de normas jurídicas com essa finalidade evidencia o intento de igualar uma situação desigual.

O tema do ônus da prova está ligado à busca da verdade e, também, à constatação de que o que há, de fato, é um juízo de verossimilhança das alegações. O CDC ora utiliza a presunção legal, ora a imposição da prova de fato constitutivo ao fornecedor e, ainda, reconhece como verdadeiro o ônus da afirmação do consumidor. Nesse último caso, o critério é judicial e está condicionado ao preenchimento de requisitos legais. Esses instrumentos atuam no momento de produção das provas em juízo e ocorrem em hipóteses pontuais. Em nenhuma delas há, verdadeiramente, uma inversão do encargo probatório, e a utilização desta terminologia, apesar de corriqueira, não retrata a melhor técnica processual.

Conforme exposto ao longo deste trabalho, o CDC utiliza, no caso do fato do produto ou do serviço, uma presunção legal relativa do defeito. De antemão, o fornecedor sabe que não será aplicado o paradigma do critério estático, pois a prova do defeito que, em regra, competiria ao autor da ação, é reconhecida como existente, e o fornecedor tem o encargo de desconstituir essa norma jurídica que vincula certas premissas a determinadas consequências, sob pena de se instalar situação desfavorável a ele no processo.

Acerca do ônus da prova na correção da comunicação ou da informação publicitária, o legislador previamente optou por impor ao fornecedor a prova de um fato constitutivo do direito, consistente na veracidade da informação divulgada. Nesse caso, também não há qualquer inversão, pois a situação das partes é aprioristicamente estipulada em lei. Além do mais, o ônus atribuído ao consumidor é somente a alegação de que a comunicação ou a informação publicitária veiculada é inverídica.

O CDC ainda prevê mais um critério específico na distribuição do ônus da prova. De forma residual, ou seja, nas situações que não se enquadrem nas duas hipóteses acima tratadas, o legislador facultou ao juiz, de acordo com as regras de experiência, isentar o consumidor da prova de algum ou de alguns fatos constitutivos do seu direito, desde que demonstrada a hipossuficiência ou a verossimilhança do alegado. A legislação retrata expressamente essa modalidade como inversão do encargo probatório.

O modelo utilizado é o critério estático, previsto como regra na legislação processual civil. A hipótese judicial é verificada no curso do processo, o que remete à ideia de redistribuição do ônus. Contudo, não se trata de inversão, nem de redistribuição, pois, no caso concreto, o juiz, reconhecendo os requisitos legais, reputa como verdadeiros os fatos controvertidos alegados pelo consumidor e, a partir de então, ele está desincumbido do seu ônus, passando ao fornecedor o risco pela não produção de alguma prova

que venha a desconstituir a pretensão do autor. Entende-se que há a formação de uma prova *prima facie* em favor do autor da ação.

Essa última hipótese difere da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no CPC. Há dois pontos comuns, quais sejam, o requisito da hipossuficiência para sua configuração e a impossibilidade da imposição da prova “diabólica” de forma bilateral. Nesse caso, os critérios previstos no CDC e no CPC não podem ser aplicados e, disso, resulta a problemática na valoração das provas, pois normalmente o juiz estará diante de um quadro de insuficiência probatória e não pode se escusar do dever de julgar a lide e de exercer a jurisdição.

É necessária a releitura do ônus da prova à luz da visão constitucional, democrática, publicista e social do processo. A teoria clássica prevê a atuação subsidiária do juiz na fase instrutória. Caso alguma das partes não comprove os fatos que lhe compete, sofrerá a consequência processual por essa omissão. Hodiernamente, há necessidade de interpretação equilibrada dos princípios inquisitivo e dispositivo, representada pela ampliação dos poderes do juiz na busca de um conjunto probatório mais robusto, que venha a embasar uma decisão mais próxima da realidade.

Essa proatividade do magistrado não afeta sua equidistância das partes, pois tem por escopo impedir que uma das partes vença o processo, porque é economicamente mais aquinhoadada, ou porque detém informações técnicas mais precisas. A afirmação decorre do fato de que a aplicação de algum facilitador processual não implica necessariamente a vitória da parte que teve esse benefício. À parte adversa é conferida a possibilidade de demonstrar o contrário. É importante ressaltar que o magistrado somente deverá interferir nos casos em que fique demonstrada situação processual de desigualdade, da mesma forma que o legislador assim o fez, ao estabelecer algumas hipóteses específicas, tal como nas presunções legais e na responsabilidade objetiva.

A solução tradicional presente no direito romano expressava-se no princípio *da mihi factum, dabo tibi ius*. Segundo essa máxima, a parte deveria apresentar os fatos ao juiz, e ele lhe concederia o direito. Esse entendimento não mais subsiste de forma plena. A experiência demonstrou que a eficiência do trabalho desenvolvido pelos participantes do processo, algumas vezes, não é suficiente. O princípio dispositivo, em sua concepção clássica, relativiza além do desejável a busca da verdade possível pelo juiz. Ao mesmo tempo, os poderes do magistrado não são indeterminados e não é possível abandonar

o nexo entre o direito material e o direito processual. Deve ser assegurada a previsibilidade dos procedimentos em conformidade com a garantia da segurança jurídica.

As situações que justificam tratamento diferenciado são pontuais. Caso o juiz constate, no momento de valoração da prova, que a alegação do consumidor não é dotada de qualquer verossimilhança segundo as máximas de experiência, não deve acolher o seu pedido. Diferente de parte da doutrina, não se vislumbra a presunção legal relativa de vulnerabilidade do consumidor, porquanto não há previsão legal genérica nesse sentido, mas somente em casos específicos dentro do próprio sistema protetivo. Caso fosse acolhida essa presunção, o consumidor, em todos os casos submetidos ao Poder Judiciário, estaria isento de comprovar algum fato constitutivo, o que não condiz com a realidade.

O livre convencimento motivado do juiz não acabou no ordenamento jurídico. Enclausurar o sistema com a constituição de estândares probatórios e com a criação de obstáculos para a utilização das regras de experiência vai de encontro às tendências externadas pelo processo civil moderno. O incremento dos poderes do juiz está em voga, seja na interpretação das normas nas cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, seja no contexto processual da produção e valoração probatórias.

No âmbito de valoração da prova, o ônus da prova objetivo como regra de julgamento deve ser evitado ao máximo, em observância ao critério da equidade, que deve imperar no processo. A insuficiência do material probatório e a impossibilidade de sua produção por ambas as partes conduzem à necessidade de resolução do caso concreto mediante juízos de verossimilhança. A prova plena deve ser atenuada, dependendo do direito material deduzido em juízo, e o magistrado deve aceitar a prova possível e reduzir o seu módulo.

As teorias que reduzem as exigências de prova são aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, conforme demonstrado ao longo deste trabalho. Nos casos da prova bilateralmente “diabólica”, o direito fundamental de proteção ao consumidor e a responsabilidade objetiva do fornecedor prevista como regra no microssistema devem ser sopesados pelo magistrado na análise do caso concreto. Essas hipóteses se restringem ao critério judicial previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, pois, nos casos de presunção legal, o legislador já se encarregou previamente de impor a determinada parte o encargo da prova.

O critério mais apropriado para resolução dessas questões que envolvam a aplicação do CDC é o da redução dos módulos de prova, pois este instituto é analisado à luz do direito material respectivo, em especial, nos casos em que há leis protetoras de determinadas categorias. Nesse contexto, o juiz reduz a exigência de prova e julga com base na verossimilhança. A finalidade da redução dos módulos de prova é evitar ao máximo o ônus da prova como técnica de julgamento, porquanto se trata de regra que não mais condiz com a doutrina processual civil contemporânea.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Os vícios dos produtos e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ARENDETT, Hannah. *A condição humana*. 12ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. *Revista da Faculdade Direito da Universidade de São Paulo* v. 94. São Paulo: FDUSP, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJIK, Danilo (coord). *Prova Judiciária. Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W.(dir). *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo.** In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Herman; MARQUES, Cláudia Lima. Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* n.92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de la pruebas judiciales* v.II. Buenos Aires: EJE, 1971.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Diálogo das fontes no direito do consumidor: a visão do STJ.** In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O Consumidor e os Bancos de Dados de Proteção ao Crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2002.

_____. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor*. São Paulo: Método, 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Estudios sobre el proceso civil*. v.III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil pelo fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*. v. 32. São Paulo: 2007

_____. **Doenças Preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução.** *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 31. São Paulo: Dialética, 2005.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil* v.3 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A prova civil. Relevância e Admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exe-gese do art. 373, §§1º e 2º do NCPC.** In: MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). *Processo de Conhecimento – Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidade y las pruebas em el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *Instituições do Processo Civil*. v. I. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista (trad). Campinas: Servanda, 1999.

_____. *Sistema de Direito Processual Civil*. v.I. Trad. Hiltomar Matins Oliveira. São Paulo: Classic-Book, 2000.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. A informação como bem de consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II e III. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.II. Revista dos Tribunais: 2011

_____. **A proteção do consumidor**. Importante capítulo do Direito Econômico. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLAGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v. IV. Revista dos Tribunais: 2011.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel Carbonell (org). *Direitos, deveres e garantias fundamentais* Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Ônus de contestar e o efeito da revelia. *Revista de Processo* n. 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e a Aplicação do Direito*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. 9.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomos I e II*. 4ed. Medellín: Dike, 1993.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. *Revista Forense* v.376. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz**. *Revista de Direito do Consumidor* v.7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Consumidor e cidadania. Agente político e econômico. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FURNO, Carlos. *Teoría de la prueba legal*. Trad. Sérgio Gonzalez Collado. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na teoria geral do processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em: <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>. Acesso em: 22 jan 2016.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* n.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos - inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 4ed. Salvador: Juspodivm, 2010

_____. **A distribuição do ônus da prova e a Constituição.** In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord). *Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório.* São Paulo: Método, 2009.

GOMES, Rogério Zuel. Questões processuais em lides de consumo. *Revista de Direito do Consumidor.* n.69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 17ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. In: ZUFELATO, Camilo; Yarshell, Flávio Luiz (Org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro* São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.* v. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades do processo penal.* 11ed. São Paulo: RT, 2009.

GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade. Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Direito Processual Social Atual – Entre o Ativismo Judicial e o Garantismo Processual.** *Revista Brasileira de Direito Processual* n. 82. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade.* Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HAURIUO, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação.* Porto Alegre: Fabris, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HIGINO NETO, Vicente. *Ônus da prova. Teoria da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas.* Curitiba: Juruá, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Trad. João Baptista Machado. 7ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006

_____. *A democracia.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto.* São Paulo: Saraiva, 1987.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Las presunciones judiciales y los indicios.* 2ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006.

_____. *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas.* In: PEYRANO, Jorge W.(dir). *Cargas probatorias dinámicas.* Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil.* 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no Novo Código de Processo Civil.** *Revista de Processo* n.204. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011

LORENZETTI, Ricardo Luis. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. *Revista de Direito do Consumidor* n.68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo.* São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil.** *Revista de Processo* n.208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAMORU, Adolfo. DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor.* n. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil.* São Paulo: RT, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Coord). *Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório.* São Paulo: Método, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Prova.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto (os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

____ **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*. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

____ **O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591).** In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.II. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

____ **O “diálogo das fontes com método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erick Jayme.** Cláudia Lima Marques (coord). *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. *Revista de Direito do Consumidor* n. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATOS, Cecília. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1993.

____ **O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.** *Revista Justitia* n.57. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989.

MIRAGEM, Bruno. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental – Consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor* n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

____ **Eppur si mouve: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro.** Cláudia Lima Marques (coord). *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. 5ed. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 2008

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

____ **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.VI. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. O Processo Civil no Código do Consumidor. *Revista de Processo*. v. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

____ **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor.** *Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo* v. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

____ **A Função Social do Processo Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e Instrução do Processo.** *Revista de Processo* v. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

____ **As presunções e a prova.** *Temas de Direito Processual Civil: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

____ **Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados.** *Revista Forense*. v. 261. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

____ **Prueba y motivación de la sentencia.** *Temas de Direito Processual: oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

____ **Julgamento e ônus da prova.** *Temas de Direito Processual Civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

____ **O Neoprivatismo no Processo Civil.** *Temas de Direito Processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista de Processo* n.78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo.** *Temas de Direito Processual: quarta Série.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Alguns problemas atuais da prova civil.** *Revista de Processo* n.53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

NERY JR. Nelson. Visão sobre a principiologia do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado* ano XXXI n. 114. São Paulo: AASP, 2011.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. *Revista Dialética de Direito Processual* v.75. São Paulo: Dialética, 2009

NOVAKOSKI, André Luís Mota. A Distribuição do Ônus Probatório nas Lides de Consumo: a Falsa Inversão do Ônus da Prova no art. 6º, VIII, do CDC. *Revista Dialética de Direito Processual* n.37. São Paulo: Dialética, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. Uma breve provocação aos processualistas: o processualismo constitucional democrático. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil. Passado, presente e futuro.* São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão: uma abordagem a partir da Economia Comportamental. *Revista de Direito do Consumidor* n.81, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; BORBA, Mauro. Novas reflexões sobre a impossibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, de cláusulas nulas em contratos bancários. *Revista de Direito do Consumidor* n. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova.* 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAOLINELLI, Camila Mattos. *O Ônus da Prova no Processo Democrático.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PASQUALOTO, Alberto. Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEYRANO, Jorge W. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas” In: PEYRANO, Jorge W.(dir). *Cargas probatorias dinámicas.* Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

QUIJANO, Jairo Parra. *Racionalidad e ideología en la pruebas de oficio.* Bogotá: Temis, 2004.

RAMOS, Vitor de Paula. Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao dever de provar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Ônus e deveres probatórios no Novo CPC brasileiro.** In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). *Processo de Conhecimento – Provas.* Salvador: Juspodivm, 2015.

RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos.* v. I. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REICHEL, Luis Alberto. Tutela jurisdicional do consumidor, adequação do processo e acesso à justiça. *Revista de Direito do Consumidor.* v. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RIBEIRO, Elmo Pilla. *O princípio da ordem pública em Direito Internacional Privado.* Porto Alegre: [S.ed], 1966.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade Civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente.* São Paulo: Forense Universitária, 2003.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* Buenos Aires: EJE, 1956.

ROSITO, Francisco. *Direito Probatório. As máximas de experiência em juízo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. *Justiça – O que é fazer a coisa certa.* Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 8ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Globalização econômica e proteção do consumidor: o mundo entre crises e transformações.** *Revista de Direito do Consumidor*. v.98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. As tensões da modernidade. *Revista Cidadania e Justiça*, v.5, n.10. Rio de Janeiro: JC, 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. O ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. v.I. 5ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. v. V. São Paulo: Max Limonad, 1968.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARMENTO, Daniel. O Neconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 29ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012

SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. *As provas no cível*. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

SOUZA, Jessé. *Os batalhadores brasileiros. Nova classe média ou nova classe trabalhadora?* Belo Horizonte: UFMG 2010.

SOUZA, Wilson Alves de. Ônus da prova –considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA* v. VI. Salvador: UFBA, 1999. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2ed. Trad. Andrés de Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. As provas e o Novo CPC: A Extinção do Poder do Livre Convencimento. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Willam Santos (coord). *Direito Probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.

_____. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz.** *Revista Forense*. v.355. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade no Direito Privado: da culpa ao risco. *Revista de Direito do Consumidor* n. 55. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *RDE – Revista de Direito do Estado* n.7. Rio de Janeiro: Renovar, jul-set 2007.

TOLOMEI, Carlos Young Tolomei, *A Proteção do Direito Adquirido sob o Prisma Civil-Constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do STJ. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.II. Revista dos Tribunais: 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Código de Defesa do Consumidor e Processo Civil. Aspectos polêmicos In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor*, v.VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução Susana Elena Dalle Mura. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la pueba*. Bogotá: Temis, 1985.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.(dir). *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). *Processo de Conhecimento – Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.



Escola de Formação Judiciária

TJDFT