



Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Mestrado em Direito e Políticas Públicas

**O ônus da prova no CDC: sua diversidade, a falsa inversão e a redução
de exigências como método de produção e valoração probatórias**

RICARDO ROCHA LEITE

Brasília - DF

2016



Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Mestrado em Direito e Políticas Públicas

O ônus da prova no CDC: sua diversidade, a falsa inversão e a redução de exigências como método de produção e valoração probatórias

RICARDO ROCHA LEITE

Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação em Direito, como requisito parcial para obtenção do título de mestre, sob orientação dos Professores Doutores Leonardo Roscoe Bessa e Héctor Valverde Santana.

Brasília - DF

2016

RESUMO

Este trabalho busca 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). Essa peculiaridade é evidenciada nos casos que envolvem a discussão da responsabilidade civil do fornecedor, seja em decorrência do fato ou do vício do produto e do serviço, seja quando é tratada matéria afeta às práticas comerciais. Tais critérios, que reduzem as exigências de produção da prova pelo consumidor, não excluem a aplicação da regra estática, pois atuam em situações específicas. Sustenta-se que nenhum desses casos reporta-se à inversão do encargo probatório, porquanto o que há, na verdade, é a incidência de uma presunção legal relativa, a imposição de um fato constitutivo ao fornecedor e o reconhecimento, pelo juiz, de algum fato alegado pelo consumidor como verdadeiro. Ainda, o trabalho almeja demonstrar que o magistrado, ao valorar a prova, pode utilizar um juízo de verossimilhança diante da insuficiência do material probatório em determinadas hipóteses, para evitar que, ao final do processo, ainda que permaneça no estado da dúvida, tenha que utilizar a técnica de julgamento do ônus da prova. Este estudo justifica-se pela imprecisão que norteia o instituto do ônus da prova, bem como pelos problemas de ordem prática que são constatados no cotidiano forense. Tem por objetivo propor a utilização de métodos diferenciados, à luz da efetividade do processo, para solução de casos difíceis.

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 pelas contribuições para a elaboração da dissertação.

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

Ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), na pessoa do Desembargador Getúlio de Moraes Oliveira, 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, pelo apoio de sempre e exemplos de trabalho e honestidade.

À minha esposa, Ana Paula, pelo amor, compreensão e contribuição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	5
1.1 A BASE PRINCIPOLÓGICA E CONSTITUCIONAL DO CDC	9
1.1.1 <i>Principiologia do CDC</i>	9
1.1.2 <i>A base constitucional do CDC</i>	14
1.1.3 <i>A defesa do consumidor como direito fundamental</i>	18
1.1.4 <i>A defesa do consumidor na ordem econômica</i>	20
1.2 O CDC COMO NORMA DE ORDEM PÚBLICA	21
1.2.1 <i>A ordem pública</i>	22
1.2.2 <i>A ordem pública jurídica e as normas de ordem pública</i>	23
1.2.2.1 As normas de ordem pública e o direito privado	24
1.2.2.2 A problemática acerca do CDC como norma de ordem pública e o enunciado nº 381 das súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ)	25
1.3 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	30
1.4 DIÁLOGO DAS FONTES	32
CAPÍTULO 2. ASPECTOS PONTUAIS DO ÔNUS DA PROVA.....	35
2.1. A PROVA.....	35
2.2 O ÔNUS DA PROVA	37
2.2.1 <i>Ônus da prova: poder, faculdade, dever ou obrigação</i>	39
2.2.2 <i>Visão constitucional do ônus da prova</i>	41
2.2.2.1 O ônus da prova no processo civil democrático	42
2.3 CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	45
2.3.1 <i>Fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos</i>	48
2.3.2 <i>Flexibilização do ônus da prova pelas partes no CPC</i>	50
2.4 INDÍCIOS, PRESUNÇÕES, MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA OU REGRAS DE EXPERIÊNCIA E VEROSSIMILHANÇA	52
2.4.1 <i>Indícios</i>	52
2.4.2 <i>Presunções</i>	54
2.4.3 <i>Máximas de experiência ou regras de experiência</i>	58
2.4.3.1 <i>Prova prima facie</i>	62
2.4.4 <i>Verossimilhança</i>	64
2.4.4.1 A verdade e a verossimilhança.....	65
2.4.4.2 Verossimilhança e ônus da prova	66
CAPÍTULO 3. O ÔNUS DA PROVA NO CDC	68
3.1 O ÔNUS DA PROVA E OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	68
3.2 OS CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC E A FALSA INVERSÃO	76
3.2.1 <i>O ônus da prova no acidente de consumo</i>	77
3.2.2 <i>Ônus da prova na correção da informação ou comunicação publicitária</i>	80
3.2.3 <i>O ônus da prova nos vícios do produto e do serviço e nos demais casos que envolvam relação de consumo</i>	83
3.2.3.1 <i>Requisitos e efeitos</i>	84
3.3 MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A DECISÃO	88
3.4 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ	90
3.5 A PROVA DO FATO NEGATIVO	93
3.6 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	97
3.6.1 <i>A teoria da distribuição dinâmica e o CDC</i>	103
3.6.2 <i>A teoria da distribuição dinâmica no CPC</i>	106
3.6.2.1 A prova “diabólica” na teoria da distribuição dinâmica	109
3.7 A REDUÇÃO DAS EXIGÊNCIAS DE PROVA NA VALORAÇÃO DA PROVA	113
CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (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. Diante da necessidade dessa maior proteção em um mercado de produção e consumo em massa, foi determinada no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) a elaboração de uma legislação específica cuja interpretação e aplicação deve ser realizada à luz da CF.

A ideia central do Código de Defesa do Consumidor (CDC) é a proteção de um grupo determinado de pessoas, os consumidores. Ao destacar certo grupo da sociedade, o Estado intervém na tentativa de igualar a desigualdade. Ao mesmo tempo que preserva a liberdade dos indivíduos para contratar e sua vinculação ao instrumento contratual para que os pactos sejam respeitados, pode flexibilizar a autonomia da vontade na hipótese que ficar evidenciada uma situação jurídica a qual aponte a necessidade de sua interferência.

A diferenciação desse microsistema é destacada no início da Lei n.8078/1990, ao prever que é uma norma de ordem pública. Essa qualificação norteia sua aplicação e constitui importante mecanismo de maior alcance da justiça distributiva, a qual estava desamparada no direito privado clássico. A igualdade material almejada é vista como uma discriminação positiva e gera uma solidariedade do mercado, porquanto na sociedade atual o risco é um 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 específicos em relação ao Código de Processo Civil (CPC). Ao mesmo tempo, não se pode descurar dos aspectos gerais que são traçados pela legislação processual civil. O diálogo das fontes é uma técnica de interação que deve ser empregada para melhor solução das situações que retratem uma relação de consumo. Especificamente 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.

Discute-se se o ônus da prova é sempre de quem alega. O tratamento específico apresentado pelo CDC problematiza sua aplicação, pois há variações dentro do próprio microsistema. 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 magistrado na solução do caso concreto. Em algumas hipóteses, ele ainda será utilizado.

Dentre as situações específicas 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 dessa disposição legal é discutir se se trata tecnicamente de uma inversão. Além dessa hipótese abordada expressamente pela legislação, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram outros casos que foram denominados de inversão legal do encargo probatório. O trabalho também questiona o conceito empregado.

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 esse tratamento e utiliza preceitos vaticinados na 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 sua aplicação. Essa situação é vivenciada durante a etapa de produção da prova.

Dai surge outra discussão, se é possível ao juiz utilizar essa redução de exigências no momento em que irá valorar as provas obtidas no processo. Ou seja, se diante 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 nexos causal na ação de responsabilização civil. Essa aplicação, apesar de representar um inegável avanço, não pode ser transportada desmedidamente 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 visão que o ônus da prova trabalha somente com a posição jurídica da parte no processo está superada há tempos. Cabe ao magistrado realizar a análise de forma contextualizada e não se ater somente ao fato de ser a parte autora ou ré. O processo é um instrumento para a obtenção do direito material e seu ideal de efetividade requer necessariamente um olhar panorâmico da relação jurídica. Essa interpretação coordenada das regras processuais à luz do direito material fomentou os critérios estabelecidos no CDC e a teoria da distribuição dinâmica.

A propósito, surge outra questão problemática acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova, porquanto, segundo sustentado por parcela da doutrina, é utilizada como critério judicial previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC. A discussão aborda se os institutos são os mesmos. Apesar de ambos trabalharem com a discricionariedade do juiz e com a ideia de hipossuficiência processual, os institutos são distintos. O critério estabelecido no CDC traz em seu bojo algumas peculiaridades que são justificadas pela própria noção de se tratar de um microssistema específico para a proteção do consumidor.

Em algumas hipóteses, encerrada a instrução processual, esses mecanismos não se mostram suficientes para a formação de uma prova plena e surge a necessidade de mitigação das exigências de prova. Ainda, há casos que esses critérios de presunção fática ou redistribuição do encargo probatório não poderão ser utilizados, sob pena de se impor a uma das partes um encargo probatório muito difícil ou impossível de ser cumprido. Estar-se-á diante da denominada prova diabólica e a redução de exigências probatórias deverá ser aplicada pelo juiz no momento da sua valoração. Essa hipótese aponta outro problema em saber qual das partes sofrerá as consequências processuais se a produção das provas é muito difícil para ambas.

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

verdade possível permeia o itinerário da prova no processo, desde a sua produção até a valoração pelo juiz.

O trabalho tem por escopo identificar e discutir os problemas relacionados ao ônus da prova quando se está diante de uma relação de consumo. A aplicação do ônus da prova assume ainda hoje contornos imprecisos na sua utilização prática pelos operadores do direito 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.

O capítulo 1 trata do aspecto material da proteção do consumidor e busca retratar a origem da necessidade de se estabelecer um tratamento diferenciado 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 diante da vulnerabilidade existente no mercado de consumo. Essa principiologia do direito material reflete nos aspectos processuais por meio do diálogo das fontes e na solução dos casos concretos pelo magistrado.

No capítulo 2, são traçados aspectos pontuais do ônus da prova que atuam como base conceitual e instrumental para aplicação no processo civil em que atuem como partes um consumidor e um fornecedor. Nesse ponto, trabalha-se com a visão constitucional do encargo probatório sob a perspectiva hodierna de um processo civil democrático que fomenta a igualdade. São delineados os fatos jurídicos que constituem o objeto de prova em uma relação processual e os instrumentos utilizados para redução das exigências probatórias.

O capítulo 3 adentra na discussão dos problemas apresentados e almeja diagnosticá-los à luz da legislação específica. É abordada a inter-relação entre os elementos da responsabilidade civil e os fatos jurídicos probandos utilizada pelo CDC para o estabelecimento de critérios diferenciados. Busca-se demonstrar a redução das exigências probatórias em situações pontuais que justifiquem a flexibilização do encargo probatório e a constatação 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 um modelo de produção em série, segundo a racionalidade econômica da eficiência e maximização de riquezas. Essa visão do sistema econômico capitalista tinha como mote a diminuição dos custos e o aumento do lucro por meio da mecanização da indústria e 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, expandiu 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 uma nova ordem jurídica marcada pela existência de múltiplos centros de poder.

A necessidade de proteger o consumidor desse fenômeno da massificação das relações negociais somente despertou a atenção do legislador a partir da segunda metade do século passado². As proposições mais intervencionistas para a defesa do consumidor começaram a desenvolver diante da desigualdade que se avultava nos negócios jurídicos entre consumidores e fornecedores. A visão apresentada pelo Estado deveria refletir na legislação por ele regida e tal salvaguarda mostrava-se indispensável em uma sociedade

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 de Direito do Consumidor*, v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p. 41).

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. A ilação pode ser ilustrada pela informação veiculada nos meios de comunicação que os dados cadastrais dos consumidores são comercializados entre fornecedores.⁵ A sociedade de produtores que primava pela aquisição de bens duráveis cedeu espaço a uma 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 mais se coaduna com a realidade atual. O consumidor moderno age, em grande parte das vezes, de forma emocional diante das

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. Portanto, 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”. Neste 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 Direito da Universidade de São Paulo* v. 94. São Paulo: FDUSP, 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: Zahr, 2008. p. 53) (“destaque do original”).

facilidades de crédito e do *marketing* agressivo. A mudança na era hipermoderna para o *animal laborans*⁷ ou *homo novus*⁸, desencadeou uma sociedade de consumidores e os valores morais do mercado cedem cada vez mais espaço para a visão capitalista da maximização de riquezas e de que tudo está à venda⁹.

A partir da década de 1990, vivenciou-se no país 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 indutor desse crescimento econômico o qual proporciona uma fase de oferta em massa de crédito e sem a necessidade de maiores garantias. Há, com essa política governamental expansionista, a ascensão social de cerca de trinta milhões de brasileiros e o surgimento de uma denominada nova classe média¹¹, segundo dados da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE)¹².

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 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. (ARENDRT, 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*, n.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 pessoais 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 SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS. Brasília, 2013. Disponível em http://www.sae.gov.br/site/?page_id=10700. Acesso em 19 nov 2013.

Diante desse cenário de facilidade do crédito, há o aumento de estratégias de publicidade por parte do mercado, com vistas a angariar o máximo possível de clientes e criar novas demandas, o que culmina no fenômeno do consumismo e da cultura de consumo¹³, em substituição ao papel desempenhado pelo trabalho na passada sociedade de produtores. Ao mesmo tempo em que há uma melhora no bem-estar social, surge, em contrapartida, o lado negativo dessa opção política: o superendividamento¹⁴ dos consumidores que não são educados financeiramente para o consumo, ou seja, formam-se consumidores e não cidadãos¹⁵ engajados no corpo social.

Outra contribuição para a constituição de uma sociedade de consumo é o chamado empréstimo consignado. Trata-se de um contrato de mútuo feneratício que impõe a sua onerosidade e a incidência de juros. Essa modalidade contratual estipula o desconto da prestação diretamente na folha de pagamento ou benefício previdenciário do tomador do serviço, com longo prazo para quitação. 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 da 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 que trata o consumo como verdadeiro fetiche e forma de inclusão social. Essa ingerência assume uma proporção nos dias atuais que alcança todas as classes sociais, da mais baixa à mais alta, pois o consumismo é um fenômeno universal.

¹³ Zygmunt Bauman vê no consumismo um “atributo da sociedade. (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahr, 2008. p. 41).

¹⁴ 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 abusaram 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).

¹⁵ 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.I. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p. 240)

A Economia Comportamental é uma corrente de pensamento, a qual almeja evidenciar os processos cognitivos que influenciam o comportamento humano a partir de sua observação real e concreta. Os agentes econômicos apresentam limitações ao exercício da plena racionalidade, ou seja, há uma racionalidade limitada. A importância para o estudo do direito do consumidor é evidente, pois, no modelo brasileiro, o consumidor é tido como agente econômico vulnerável¹⁶. É feita uma análise do processo de tomada de decisões pelo consumidor: o 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 de uma mesma moeda. Muitas vezes há a necessidade do crédito para que ocorra o consumo. Com isso, a produção aumenta e a economia ativa. O endividamento do consumidor é um fator individual, mas com repercussão social, pois o aumento do inadimplemento ocasionará um aumento das taxas de juros. A concessão de crédito de forma desmedida à pessoa física tem seus perigos. No Brasil, não há uma legislação específica para tal situação, como há a recuperação judicial para a pessoa jurídica. O instituto da insolvência civil, presente no CPC/1973, não era um instrumento utilizado rotineiramente¹⁷. Dessa forma, diante da existência de todos esses fatores, é inegável a necessidade de se proteger o consumidor de forma efetiva e com uma política intervencionista mais acentuada.

1.1 A base principiológica e constitucional do CDC

1.1.1 Principiologia do CDC

¹⁶ 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).

¹⁷ O CPC vigente não reproduz o capítulo da insolvência civil existente no CPC/1973.

Para analisar o âmago do CDC, deve-se perquirir sua justificativa a partir da análise dos valores da liberdade, da igualdade e da justiça. É inquestionável no estado de coisas atual que o ser humano deva ser livre. Ao mesmo tempo, como ser social, há necessidade de um tratamento igualitário em relação aos demais, respeitada sua singularidade. Esses valores não são absolutos. Por sua vez, a justiça, que apresenta inúmeras faces, deve ser analisada na ótica do CDC sob a faceta da justiça distributiva ou justiça atributiva.

Em relação à liberdade, sua explicação ocorre por meio da menção a três itens: os agentes, as restrições ou limites dos agentes que sejam livres e o motivo pelo qual estão livres ou não¹⁸. Há a possibilidade de se restringir a liberdade do indivíduo excepcionalmente, contudo essas hipóteses devem ser justificadas. Existem várias dimensões para a liberdade e para esse estudo interessa o seu recorte em negativa e positiva. O princípio da legalidade previsto como direito e garantia fundamental na CF (artigo 5º, inciso II) pode ser visto na linguagem jurídica como uma liberdade negativa no ponto 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 fazer¹⁹. A liberdade positiva está atrelada à ideia de autonomia e de “uma qualificação da vontade”²⁰.

A autonomia da vontade, segundo a capacidade de autodeterminação, ganha especial relevo em uma relação contratual de consumo. O CDC, atendendo à diretriz constitucional de valorização da pessoa humana, traçou uma política estatal intervencionista na esfera privada, com vistas à tutela do consumidor vulnerável²¹. 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

¹⁸ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 247-248.

¹⁹ 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: Ediouro, 2002. p.48). (“destaque do original”).

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p.53.

²¹ Adolfo Mamoru Nishiyama vislumbra nessa intervenção estatal na proteção do 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).

contrato, ao redesenhar uma nova principiologia da autonomia privada calcada na visão social e que se completa na busca da igualdade.

Para a compreensão da igualdade em uma linguagem política, é necessário responder a duas perguntas: “a) igualdade de quem; e b) igualdade em quê?”²². 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, dispõe sobre um tratamento equânime a todos²³. Essa visão generalista da igualdade desencadeia várias incertezas no mundo jurídico, razão pela qual é mais difundida a ideia aristotélica de igualdade de que os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual, o que se denominou uma visão nominalista da igualdade. A aspiração de igualdade deve ser vista não como um fim em si mesma, mas como marco inicial a partir do qual se passará ao ponto seguinte de identificar os iguais e os desiguais²⁴.

A juridicidade para o *discrímen* 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 outras. Nesses casos, o questionamento passa ser os critérios utilizados para a diferenciação e a racionalidade da tomada de decisão, pois o princípio da igualdade atua como filtro para inibir discriminações injustificadas e arbitrárias²⁵.

²² BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.p.12.

²³ 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).

²⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, partindo desta visão aristotélica de igualdade, sustenta a necessidade de que sejam realizados dois questionamentos: “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).

²⁵ 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

A efetivação da igualdade no campo jurídico tem por escopo evitar favorecimentos e perseguições a determinadas pessoas ou categorias de pessoas. A lei, geral e abstrata, trabalha com situações hipotéticas, cuja tendência é que se reproduzam de imediato e no futuro. Há violação ao princípio da igualdade quando se trata de forma individualizada determinada situação com o firme propósito do favorecimento. Entretanto, não se mostra desigual um enunciado normativo que destaca determinado grupo da sociedade para, em condições específicas e predeterminadas, atribuir privilégios na busca da igualdade material, observados os valores vigentes em determinado 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 lei²⁶. A igualdade perante a lei tem direta vinculação com a igualdade formal ou jurídica, prevista de forma genérica no citado artigo 5º, *caput*, da CF²⁷. Essa dimensão possui um cunho mais negativo, de abstenção do Estado. A igualdade na lei possui vínculo direto com a igualdade material ou substancial, que atua como critério compensatório de desigualdades²⁸.

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”).

²⁶ Esta dupla dimensão da igualdade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do MI 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: Airton 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

²⁷ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda ressalta que do conteúdo da igualdade perante a lei cabem 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 intertemporal 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”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 623-624).

²⁸ 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).

No CDC, a igualdade material é justificada pela vulnerabilidade²⁹ do consumidor no mercado de consumo. A CF prevê a proteção do consumidor como um direito fundamental e, de forma legítima, assegura um 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 equidade³⁰ retrata uma concepção genérica da justiça social com base na igualdade existente na teoria clássica do contrato social³¹ 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 reporta 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”³².

Apesar das críticas existentes, o pensamento é um referencial teórico no desenvolvimento das teorias da justiça. Importante ressaltar o vínculo da ideia de justiça às de liberdade e igualdade. Essa teoria se opõe às teorias do intucionismo e do utilitarismo. A primeira afirmava a pluralidade de princípios de justiça, mas não apontava um método resolutivo nos casos de conflito entre eles, ou seja, não estabelecia

²⁹ 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).

³⁰Essa 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).

³¹ O ideal surge da premissa 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).

³² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.73.

prioridades. A doutrina utilitarista, em uma básica formulação, considerava correto o ato que atingia a felicidade geral³³.

A igualdade absoluta não se sustenta nos dias atuais e as desigualdades entre os indivíduos existem e devem ser combatidas pelo Estado. Diante desse cenário, surge a justiça distributiva como mecanismo para melhor equacionar essa disparidade, notadamente nos países em que ela mostra mais acentuada. Como ponto de início para esta discussão, deve-se partir 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 solidariedade³⁴.

Em uma análise do mercado de consumo, há benefícios e males comuns. Na atual conjuntura, o fornecedor é que dita as regras. Em contrapartida, como critério distributivo³⁵, o CDC acaba por internalizar os riscos dos fornecedores e ampliar sua responsabilidade civil. Com a mesma finalidade, pode-se vislumbrar esse caráter distributivo nos conceitos de consumidores equiparados, pois 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 um mecanismo de justiça distributiva. Todos 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

³³ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso Reis Freira. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 2-3.

³⁴ Michael J. Sandel vislumbra na busca pelo bem comum a necessidade de se reconstruir a virtude cívica e tal 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).

³⁵ 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 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 Consumido.*, v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p. 251).

De forma direta, a CF previu a proteção do consumidor como direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII) e também como princípio geral da atividade econômica (artigo 170, inciso V), pois, nesse caso, o consumo está diretamente 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 a contar 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 a análise da dignidade humana como critério sistemático e interpretativo de todo o ordenamento jurídico. A dignidade humana preexiste ao direito e deve ser vista como um 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 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 vem prevista no artigo 1º, inciso III, da CF, como uma meta política³⁶. Apesar de constar expressamente no texto constitucional, o seu conteúdo carece de definição³⁷. A mudança de paradigma apresentado por essa nova ordem, com a alteração do foco patrimonialista para a base humanista, leva à conclusão que a dignidade humana é o

³⁶ 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).

³⁷ 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”).

centro irradiador de todo o sistema jurídico, ou seja, é uma cláusula geral de tutela da pessoa humana³⁸.

Malgrado o inegável avanço de instituir um pacto de convivência coletiva baseado nessa visão antropocentrista, a ausência de definição jurídica implica na necessidade de se buscar alguns direcionamentos em outras áreas do conhecimento. A sociedade altamente complexa vivenciada nos dias atuais demanda ao menos algumas bases para a sua aplicação. Caso contrário, não se atingirá o seu real objetivo de prioridade da tutela da pessoa humana e correrá o risco de esvaziar sua força normativa, pois cada ser humano é dotado de individualidades que o difere das demais pessoas³⁹. Essa necessidade ganha contornos ainda mais expressivos em um país como o Brasil diante de sua extensa área territorial e com grande desigualdade social. Além do mais, sua aplicação varia no tempo e de acordo com os critérios culturais de cada localidade

A base material da dignidade parte das premissas da igualdade, respeito à integridade psicofísica, liberdade e solidariedade⁴⁰. A sua efetivação funciona muitas vezes como um critério de interpretação sistemática, orientando 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 um direito específico. Como exemplo, pode ser mencionado o direito de não produzir prova contra si mesmo, cujo significado pode ser extraído da dignidade⁴¹.

A atipicidade das situações em que há a tutela da dignidade humana é inegável, todavia deve ser observada a impossibilidade de aplicar diretamente tal postulado sem a necessária vinculação ao direito fundamental respectivo, pois não é um valor absoluto

³⁸ 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.

³⁹ 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”. (ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 12ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p.10).

⁴⁰ 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) mercedores 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).

⁴¹ 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.66.

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 tem uma tutela preferencial⁴². Com base nessa diretriz constitucional, o CDC previu expressamente no artigo 4º, *caput*, o respeito à dignidade do consumidor como uma meta da Política Nacional de Relações de Consumo⁴³, com vistas a estabelecer uma obediência do Estado e do particular aos direitos dos consumidores no mercado de consumo.

Embora o CDC preveja expressamente a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como consumidora em uma relação de consumo, o axioma da dignidade é inerente à pessoa humana e deve ser analisado em cotejo com o direito fundamental de proteção do consumidor pessoa física⁴⁴. Relativamente ao consumidor pessoa jurídica, a CF assegura-lhe proteção como princípio conformador da atividade econômica do

⁴² 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).

⁴³ 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.

⁴⁴ 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”).

Estado e da livre iniciativa⁴⁵. Nesse caso, são tutelados também o consumidor pessoa física e o próprio mercado.

1.1.3 A defesa do consumidor como direito fundamental.

A CF visa ordenar uma determinada realidade política e social, razão pela qual é possível afirmar que as disposições ali contidas devam manter um vínculo de coordenação com a conjuntura social em determinado momento histórico. Quanto mais próxima dos aspectos sociais dominantes, maior será a força normativa de uma determinada Constituição⁴⁶. 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: em uma sociedade de consumo, aquele que se posta em uma situação de desvantagem deve receber um 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, porquanto há o avanço cada vez maior na produção em série de produtos e serviços. Há a necessidade de manutenção do que foi conquistado e concomitantemente buscar atualizações que se mostrem adequadas a determinado contexto fático, tal como vem ocorrendo com o CDC acerca do superendividamento, do comércio eletrônico, dentre outras⁴⁷.

⁴⁵ 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).

⁴⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p.20.

⁴⁷ 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

A CF consagrou o consumidor como titular de um direito subjetivo público⁴⁸ e o Estado como destinatário desse direito fundamental⁴⁹. Ao mesmo tempo, instituiu no ordenamento jurídico uma 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*”⁵⁰ consagra a proteção do consumidor como um 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 a particular e a relação entre os particulares na chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A sua aplicação 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 particulares.⁵¹ No caso

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).

⁴⁸ 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 reduz 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).

⁴⁹ 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

⁵⁰ 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”).

⁵¹ 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.

da relação jurídica de consumo, diante de uma situação de desigualdade do consumidor, a vinculação desse direito fundamental é direta e imediata⁵².

Os direitos fundamentais estão associados a direitos de prestação e a direitos de defesa. Esses resguardam o cidadão contra a 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 ou de defesa nos direitos sociais como forma de uma não intervenção ilegítima do Estado e do particular nesses direitos⁵³. De qualquer forma, a proteção do consumidor é vista como um direito fundamental de prestação por parte do Estado.

1.1.4 A defesa do consumidor na ordem econômica

O sistema baseado no “consumidor-rei” não mais se coaduna com o regime de produção em massa, cujos produtores controlam os bens de produção. Na atual conjuntura, independe o grau de riqueza ou pobreza financeira do consumidor, pois em uma relação jurídica irá se submeter ao desejo dos fornecedores. Como exemplo, pode ser mencionada a pessoa que investe sua fortuna em ações, porquanto, ainda que detenha o controle, não deixa de se submeter às regras dos fornecedores do serviço e do próprio mercado⁵⁴.

Na CF, o Estado é visto como agente regulador ao definir um modelo econômico de dirigismo contratual que não pode ser ignorado pelos atores políticos⁵⁵. A ordem

⁵² 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).

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Fábio Konder Comparato, em artigo publicado antes da elaboração do CDC, mencionou duas orientações existentes no direito comparado sobre o dirigismo contratual: “[...] Existe, de um lado, toda

econômica, assim como a ordem jurídica, são parcelas da ordem pública. No sistema capitalista, os mercados almejam o maior lucro possível, razão pela qual devem ser vistos pelo Estado também como instituições jurídicas, para que ocorra a regularidade e previsibilidade de comportamentos⁵⁶.

Esta intervenção estatal se dá no âmbito da propriedade privada e da liberdade contratual, sendo o contrato um instrumento da política pública econômica⁵⁷. 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 liberdade de concorrência⁵⁸. Contudo, não pode mais ser dotada do caráter individualista de outrora, mas com uma 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 social⁵⁹, o que torna esse microsistema uma legislação de maior amplitude e sobreleva o interesse da sociedade em detrimento do

uma série de sistemas jurídicos em que a lei fixa, de modo taxativo disposições de ordem pública regendo os contratos em série, nos quais uma das partes é um empresário e a outra um consumidor privado. De outro lado há sistemas de direito em que a lei se limita a editar o princípio da vedação das cláusulas contratuais não-equitativas, deixando à Justiça ou à própria Administração Pública o encargo de declarar, em cada caso, se se está ou não diante de uma cláusula desse tipo”. (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.175).

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.30.

⁵⁷ 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”. ⁵⁷ (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.93).

⁵⁸ Ana Paula Martinez 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”. (MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. *Revista de Direito do Consumidor n. 52*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.12)

⁵⁹ 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).

particular ao refletir uma exigência constitucional. Confere-se às normas um caráter preferencial⁶⁰ e sua inclusão no restrito rol das normas ditas de sobredireito. Apesar de se encontrarem na mesma hierarquia das leis ordinárias, apresentam uma estrutura legal diferenciada.

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 espaço⁶¹, daí a necessidade de se ater à situação fática em que o Estado faz prevalecer a vontade da coletividade com fundamento na Constituição e nas leis. A ordem pública é um elemento de reação, de duração e de continuidade do Estado⁶², é um “conjunto de regras que protegem os indivíduos e as instituições [...]”⁶³.

Etimologicamente, “ordem” vincula-se a relação. A partir desse ponto, podem ser avaliados seus elementos segundo a seguinte concepção: “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”⁶⁴. 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 um esforço conjunto, ou seja, da soma dos bens individuais que serão afetados por determinada decisão⁶⁵. O

⁶⁰ 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”).

⁶¹ 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).

⁶² HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação*. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 18.

⁶³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, Liberdade e Igualdade*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 381.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

conceito de bem comum, assim como o de ordem pública, é permeado de alta carga valorativa.

O bem comum em uma concepção moderna apresenta dificuldade para guiar as ações coletivas. A pequena comunidade, com uma unidade política homogênea e consensual, é inviável na sociedade complexa e pluralista vivenciada nos 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 políticas públicas entre os membros de uma ordem política⁶⁶. Sob esta ótica, o CDC pode ser visto como um instrumento da busca do bem comum.

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 do Estado brasileiro impedir a aplicação de leis estrangeiras ou a execução de sentenças de tribunais de outros países. A distinção não implica em dizer que há mais de uma ordem pública em um determinado Estado, mas níveis de aplicação dentro dessa unicidade⁶⁷.

A ordem pública jurídica interna é a sistematização do ordenamento baseada nos princípios ditados pela ordem pública⁶⁸. A partir desse título, os deveres estipulados

⁶⁶ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 474.

⁶⁷ 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 pôsto 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).

⁶⁸ Carlos Young Tolomei destaca a importância da posituação 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).

podem ser exigidos coercitivamente, mas não implica em dizer que a lei é a única fonte da ordem pública⁶⁹. O fato de uma norma ser qualificada como de ordem pública não decorre simplesmente da imposição do legislador. Para obter esse atributo, deve contar com um cunho ideológico que previamente já 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 essas é permitido dispor de forma diversa da previamente estabelecida em lei⁷⁰.

1.2.2.1 As normas de ordem pública e o direito privado

Em sentido amplo, as leis são, aproximadamente, um sinônimo das normas jurídicas. Em uma interpretação mais restrita, somente são leis aquelas elaboradas pelo Poder Constituinte e pelo Poder Legislativo⁷¹. As normas “[...] não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos”⁷². Não há necessariamente uma relação de interdependência entre o dispositivo e a norma, pois essa 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 privado⁷³. Atualmente, a comunicação entre as esferas do direito público e do direito privado é um 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

⁶⁹ 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.202.

⁷⁰ 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).

⁷¹ TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.111.

⁷² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.30-31.

⁷³ Além do CDC, há leis de ordem pública no direito de família e também em outros ramos do direito privado.

entre as partes e o caráter distributivo desponta notadamente nas normas que evidenciam assuntos sensíveis ao interesse público⁷⁴.

A ordem pública jurídica é construída basicamente a partir da interpretação dos fundamentos e objetivos da CF. Hodiernamente, a interpretação do direito privado à luz dos valores constitucionais e através da aplicação direta de seus princípios é uma diretriz que deve ser observada pelos operadores do direito⁷⁵. No direito do consumidor, sua proteção decorre de mandamento constitucional e toda a disciplina infraconstitucional deva partir dessa previsão como direito fundamental, com vistas à adequação do caso concreto a essa particularidade.

No âmbito desse microsistema protetivo, prevalece que as normas de ordem pública detêm a marca da inderrogabilidade pela vontade das partes diante dos efeitos de caráter geral em detrimento dos interesses individuais⁷⁶. 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 uma 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 nº 381 das súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

⁷⁴ 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).

⁷⁵ 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).

⁷⁶Há certa mitigação desta inderrogabilidade na convenção coletiva de consumo, porquanto as entidades representativas dos consumidores possuem certa disponibilidade em relação aos interesses dos filiados no que diz respeito às condições relativas a preço, qualidade, quantidade, garantia dos produtos e serviços, além de reclamação e composição de conflitos (artigo 107 do CDC).

O enunciado assim dispõe: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”⁷⁷. A orientação da jurisprudência decorreu do julgamento do incidente de recurso repetitivo no ano de 2008, que reconheceu, dentre outras coisas, a vedação aos juízes de primeiro e de segundo graus julgarem, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas contratuais nos contratos bancários⁷⁸. Essa discussão foi reavivada após o julgamento do Recurso Especial nº. 541.153/RS e dos Embargos em Recurso Especial nº.702.524/RS, que atrelavam a impossibilidade de análise da abusividade das cláusulas contratuais em segundo grau de jurisdição diante da extensão do efeito devolutivo da apelação que abrange somente a matéria impugnada, segundo o princípio recursal do *tantum devolutum quantum appellatum*⁷⁹. Portanto, houve uma maior abrangência no enunciado da súmula.

Posteriormente, o STJ, 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”⁸⁰. O recurso, cuja decisão retrocitada foi proferida em setembro de 2015, até o momento não foi julgado pela Segunda Seção desse Tribunal Superior.

A maioria da doutrina especializada critica o enunciado em vigor, sob o argumento de que a proteção do consumidor é um 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 uma norma de ordem pública, impõe ao julgador o dever de apreciar de

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=381&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 7 dez 2015.

⁷⁸ Tal matéria foi rediscutida no julgamento do REsp 1.061.530/RS diante da nova composição da 2ª Seção deste Tribunal. Levado o tema à análise, o entendimento foi mantido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Segunda Seção. Recorrente: Unibanco União dos Bancos Brasileiros. Recorrido: Rosemari dos Santos Sanches. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 10 de março de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4382151&num_registro=200801199924&data=20090310&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 7 dez 2015).

⁷⁹ Art. 1013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. (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).

⁸⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Brasília, 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=51882822&num_registro=201401635625&data=20150915&formato=PDF. Acesso em: 7 dez 2015.

ofício qualquer cláusula contratual que vá de encontro a esta proteção constitucional. Ainda, esse microsistema, ao estipular os direitos básicos do consumidor, o resguarda das cláusulas abusivas (artigo 6º, inciso IV) e prevê sua nulidade de pleno direito (artigo 51)⁸¹.

Sem adentrar na discussão processual acerca da impossibilidade de análise da abusividade das cláusulas contratuais em segundo grau de jurisdição, importa para esse trabalho é a crítica à possibilidade do julgador reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais no processo civil que envolva uma relação de consumo. A vigamestra da teoria das nulidades está fundada na ofensa ao sentido teleológico da norma, pois sem prejuízo a essa finalidade não há se falar em nulidade⁸². 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.

A parte autora, ao formular sua petição inicial, deve apresentar, dentre outros requisitos, os fatos e fundamentos jurídicos de sua pretensão, além do pedido, que deve ser certo e determinado. A finalidade do pedido no processo é fixar o objeto litigioso na etapa postulatória, instaurar uma relação processual e invocar um 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 sentença pode ser observada, por exemplo, nos pedidos implícitos, tais como os juros e as prestações periódicas vencidas após a propositura da ação.

⁸¹ 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).

⁸² 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.

O pedido pode ser visto como um desdobramento das garantias constitucionais do devido do 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 e material ou substancial. Com relação ao primeiro, sua ideia está direcionada à regularidade procedimental. O segundo visa assegurar 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 a audiência bilateral pelo juiz, com vistas à possibilidade das partes influenciarem na formação do seu convencimento⁸³. Ao tempo em que é concedida a informação à parte adversa da prática de determinado ato processual, confere-lhe a possibilidade de reagir e evita-lhe a surpresa. 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 judicial⁸⁴. Não é razoável no processo civil moderno que o juiz atue como revisor geral de um negócio jurídico.

⁸³ 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)

⁸⁴ 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

Os modelos tradicionais de processo dispositivo e inquisitivo⁸⁵ não são incompatíveis e podem ser aplicados simultaneamente na atual conjuntura. A cooperação⁸⁶ no processo civil é uma visão mais coerente com a diretriz da boa-fé⁸⁷ que deve imperar nas relações negociais. Há a necessidade do compartilhamento do trabalho entre o juiz e as partes, ou seja, cada ator assume uma responsabilidade pela atividade processual. Em um sistema jurídico que prima pela razoável duração do processo, o magistrado deve observar uma simetria na sua condução, pois avulta como mecanismo eficiente para o aperfeiçoamento e adequação à realidade⁸⁸. Esse ideal de auxílio tem por finalidade evitar a surpresa e preservar o contraditório. A boa-fé subjetiva, que até então imperava no processo, cede espaço para a boa-fé objetiva, que traça um padrão de comportamento para os integrantes da relação processual.

Deve ser respeitada a igualdade e a paridade de armas⁸⁹ entre as partes no curso do processo. Esse direito não prejudica a desigualdade existente na relação jurídica 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 a abusividade de cláusulas contratuais em uma relação processual entre consumidor e

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).

⁸⁵ 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).

⁸⁶ 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)

⁸⁷ 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).

⁸⁸ 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)

⁸⁹ 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).

fornecedor, violará a igualdade processual e, por conseguinte, o contraditório pleno ou substancial⁹⁰. A violação à cooperação e à igualdade implica na violação do contraditório.

A moderna visão do processo não está em consonância com o entendimento que o juiz venha a reconhecer de ofício cláusula contratual abusiva em um contrato de consumo, sem pedido expresso. É inegável que a proteção constitucional do consumidor e reconhecimento do CDC como norma de ordem pública revelam que se está diante de uma relação jurídica diferenciada. Contudo, essa 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 nulidade de cláusulas contratuais que considere abusivas com a justificativa de uma 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 o objetivo da elaboração da Lei n.8078/1990. A fraqueza do consumidor no mercado de consumo concede-lhe instrumentos para melhor defender-se⁹¹ e o artigo retrocitado pode ser interpretado como uma norma-objetivo, pois define os resultados a serem alcançados⁹². São admitidos, inclusive, os consumidores hipervulneráveis⁹³, aqueles que se encontram em

⁹⁰ 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).

⁹¹ 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.

⁹² 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.

⁹³ 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

uma situação ainda mais específica 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 denota sua hipossuficiência.

A vulnerabilidade divide-se em quatro espécies: técnica, jurídica, fática e informacional⁹⁴. A vulnerabilidade técnica do consumidor está atrelada à ausência de conhecimentos técnicos específicos na relação de consumo; a vulnerabilidade jurídica decorre da superioridade do fornecedor pelo fato de atuar como litigante habitual, o que implica na existência de um corpo jurídico permanente e especializado; a vulnerabilidade fática está vinculada ao aspecto econômico e, por fim, a vulnerabilidade informativa diz respeito ao “déficit informacional” do consumidor⁹⁵.

O direito à informação⁹⁶ é um direito básico do consumidor previsto expressamente no CDC (artigo. 6º, inciso III) e decorre da boa-fé objetiva. O progresso

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&n_um_registro=200301612085&data=20090319&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 março 2015).

⁹⁴ 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).

⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 323-324.

⁹⁶ 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

tecnológico tornou a informação um bem jurídico a 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 um consumo consciente, reflexivo, de determinado produto ou serviço.

O direito do consumidor a uma informação adequada implica o dever do fornecedor de prestá-la. Essa informação deve atender ao seu aspecto formal e material, pois, além do fornecedor prestá-la, o consumidor deve compreender o seu conteúdo⁹⁷. Embora o conceito de consumidor padrão no CDC se valha do aspecto econômico “destinatário final”, é na questão técnica do produto ou serviço que na maioria das vezes está a vulnerabilidade do consumidor. Essa modalidade de vulnerabilidade 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 em uma relação de consumo.

1.4 Diálogo das fontes

O instituto apresenta uma nova solução diante do aparente conflito de leis no tempo e busca harmonia e coordenação entre as normas existentes no ordenamento

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).

⁹⁷ 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. *20110112144678ACJ*. 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).

jurídico em uma verdadeira cláusula de abertura⁹⁸. São três os tipos de diálogos possíveis: a) aplicação simultânea de duas leis (diálogo sistemático de coerência); b) aplicação coordenada das 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 das fontes é um método de interpretação das normas existentes no ordenamento jurídico em complemento aos critérios cronológico, da especialidade e hierárquico traçados pela Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro (LINDB), pois se mostram insuficientes diante do pluralismo existente 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 uma busca de seu maior alcance na compatibilização 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 internacional. A singularidade desse método é partir da premissa que é possível a aplicação conjunta de normas provenientes de fontes normativas diversas ao mesmo caso. Tem como base a unidade do

⁹⁸ Cláudia Lima Marques define o diálogo das 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).

ordenamento jurídico⁹⁹ e esse papel dialógico é atribuído ao juiz na solução do caso concreto¹⁰⁰.

O julgamento proferido pelo STF na ADI 2591, a qual tinha como objeto a análise da constitucionalidade do enquadramento dos serviços bancários ao regime do CDC, significou não somente a adequação de tais serviços a uma relação jurídica de consumo, mas, além disso, representou o reconhecimento da plena constitucionalidade desse microsistema: “é uma decisão que se constituirá em uma pedra fundamental do direito privado”¹⁰¹, pois 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 a esse tema¹⁰².

É importante destacar para este estudo o diálogo sistemático de coerência, 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 em que medida 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.

⁹⁹ 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 mouve: 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).

¹⁰⁰ 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).

¹⁰¹ 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.II Revista dos Tribunais: 2011. p. 56.

¹⁰² 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. Aspectos pontuais do ônus da prova

2.1. A prova

A prova é uma constante em diversas áreas do conhecimento¹⁰³. No campo jurídico, tradicionalmente, é empregada em três dimensões: como atividade, meio e resultado¹⁰⁴. A primeira variação 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”¹⁰⁵.

O conhecimento de determinado fato pelo juiz pode ocorrer de forma direta ou indireta¹⁰⁶. Dentro dessa 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*¹⁰⁷ 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.

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

¹⁰³ ECHANDÍA, Hernado Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I*. 4ed. Medellín: Dike, 1993. p.9.

¹⁰⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. V.1. 5ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p.1-2.

¹⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.3. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 109.

¹⁰⁶ 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).

¹⁰⁷ 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).

que fomenta o juízo de sua admissibilidade, 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) e que não podem integrar a esfera de convencimento do julgador. Há também o juízo lógico da relevância e pertinência, direcionado à economia e celeridade processuais no raciocínio desenvolvido pelo juiz que entende pela desnecessidade da produção de determinado meio de prova¹⁰⁸.

O contato do juiz com a prova ocorre em três momentos processuais: o da determinação ou admissibilidade da prova, o da realização da prova e o da valoração da prova¹⁰⁹. O segundo momento, de produção da prova, tem por finalidade a reconstrução histórica¹¹⁰ da afirmação dos fatos apresentados pelas partes, observados critérios metodológicos previstos na legislação processual. Ao proferir a sentença, o juiz utiliza um discurso justificativo de sua decisão, o qual possibilita o controle das partes acerca da racionalidade empregada. Nesse ponto, com base nos meios de prova produzidos no processo, o magistrado explicitará a valoração 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

¹⁰⁸ 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 relevância 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 Processual :oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 112).

¹⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo n. 35*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 179.

¹¹⁰ 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[...]”. Tais 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”).

juiz a liberdade de apreciar e valorar a prova, porém com a necessidade de expor as razões do seu convencimento.

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”¹¹¹. A redação vigente suprimiu a expressão “livremente” prevista no CPC/1973 e alguns doutrinadores passaram a sustentar a extinção do sistema do livre convencimento motivado¹¹². Contudo, entende-se de forma diversa, pois não há qualquer alusão ao retorno aos sistemas da tarifação legal ou do livre convencimento puro. Ao contrário, a prova tarifada continua excepcional em nosso sistema, conforme prevê o artigo 406 do CPC¹¹³. Além do mais, sua Exposição de Motivos ressaltou que “[...] o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e nesse sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código [...]”¹¹⁴.

2.2 O ônus da prova

O ônus da prova trabalha com a ideia de distribuição de riscos e de autorresponsabilidade¹¹⁵ das partes. A doutrina comumente divide o ônus da prova em

¹¹¹ 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 dez. 2015

¹¹² 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, 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. p. 111)

¹¹³ 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.

¹¹⁴ BRASIL. CPC (2015). *Novo Código de Processo Civil Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília: Senado Federal, 2015. p.19.

¹¹⁵ Segundo o entendimento de Carlos Furno: “[...] Y resulta que ‘principio dispositivo’, em su quintaesencia, significa ‘principio de responsabilidad’ (o de autoresponsabilidad) de las partes, en el sentido de que cada una de ellas ha de sufrir las consecuencias de lo que afirme o no afirme, 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).

objetivo e subjetivo¹¹⁶. Esse é analisado sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção da prova, aquele é visto como uma regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no caso da 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 julgamento¹¹⁷, e, nesse caso, está calcada no estado de dúvida cognoscitiva do julgador.

Trata-se de um ônus imperfeito. Nem sempre a ausência de produção da prova pela parte a coloca em uma 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 adveio da parte a quem competia o ônus de produzi-la ou da parte adversária¹¹⁸.

O ônus da prova objetivo tem caráter consequencialista. 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 na busca de 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 processual¹¹⁹.

O ônus da prova possui autonomia conceitual¹²⁰ e está vinculado à ideia de uma carga, um encargo, atribuído à determinada parte para que dele possa se desincumbir. Caso a parte que esteja sobre a incidência desse peso não o cumpra, sofrerá uma consequência pela possível não obtenção de sua pretensão, ou se encontrará em estado

¹¹⁶ Luiz 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”).

¹¹⁷ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 40.

¹¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo n.35*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 181.

¹¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual Civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 79.

¹²⁰ ECHANDÍA, Hernado Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I*. 4ed. Medellín: Dike, 1993. p.394.

que não desejava. Nessa perspectiva, o ônus atua como um instituto motivador da parte que o possui para que obtenha uma situação favorável ao seu interesse¹²¹. Ao mesmo tempo, o efeito jurídico gerado pelo descumprimento não implica no reconhecimento do direito da parte adversária, mas sim em uma situação jurídica de desvantagem à parte que não se desincumbiu.

2.2.1. Ônus da prova: poder, faculdade, dever ou obrigação.

A distinção entre essas situações jurídicas 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 processual possuem poderes e deveres, da mesma forma que os demais atores processuais, tais como o juiz, o representante do Ministério Público, os advogados e os terceiros intervenientes. As relações jurídicas ativas possuem relação com as noções de direito subjetivo, poder e faculdade. Ao revés, as relações jurídicas passivas estão ligadas à problemática do dever¹²², que, em sentido amplo, engloba a sujeição, a obrigação e o ônus¹²³.

O direito subjetivo consiste na proteção de um 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”¹²⁴. O poder é assegurado mediante o direito subjetivo respectivo e tem como contraface a sujeição, que é a “necessidade de obedecer”¹²⁵. O ônus e a obrigação, apesar de caracterizarem uma certa pressão psicológica para que o indivíduo cumpra o comando previsto na norma, apresentam traços distintivos.

¹²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Ônus de contestar e o efeito da revelia. *Revista de Processo* n.41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 187.

¹²² CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil. Vol. I*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista (trad). Campinas: Servanda, 1999. p.364-365.

¹²³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil. Vol. I*. Trad. Hiltomar Matins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000. p. 120.

¹²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil. Vol. I*. Trad. Hiltomar Matins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000. p. 116-117.

¹²⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil. Vol. I*. Trad. Hiltomar Matins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000. p. 114.

A principal diferença “diz respeito à consequência do descumprimento do comando legal: *ilícito* na obrigação e *lícito* no ônus”¹²⁶. O inadimplemento de uma obrigação ocasiona a sanção correspondente pelo descumprimento. No ônus, a parte age segundo seus interesses e não há a prática de conduta ilícita¹²⁷. Pode ser vislumbrada a diferença entre o ônus e os deveres¹²⁸ processuais em sentido estrito, atrelados à regra de comportamento das partes, pois nesses casos a legislação previamente estipula o cometimento de ilícito processual no caso de sua inobservância. De forma diversa ocorre no ônus, porquanto há prévio conhecimento pela parte da consequência caso não se desincumba a contento, mas não a estipulação de um ilícito¹²⁹.

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 favorável¹³⁰. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart também sustentam que se trata de um poder, mas têm o entendimento de que o poder oriundo do ônus difere do derivado de um direito subjetivo, porquanto é atingido com o

¹²⁶ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 41.

¹²⁷ Segundo Hernando Devís Echandía: “[...] En la carga, el sujeto se encuentra en abosulta liberad 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, quinzás 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 uma sujeción jurídica, a um *vinculum juris* y a uma 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 incumplimento 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).

¹²⁸ 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).

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 177-178.

¹³⁰ MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989. p. 85.

exercício voluntário daquele que o possui, razão pela qual mais se assemelha a uma faculdade¹³¹.

2.2.2 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 é permeado pela busca de uma tutela jurisdicional efetiva que lhe propicie os meios necessários para a demonstração de sua pretensão. Os obstáculos sociais e econômicos existentes no Brasil, ainda que dificultem, não podem inviabilizar o direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF. Ao assegurar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, não há a utilização de condicionante para esse exercício, ressalvadas as questões processuais pertinentes previstas na legislação infraconstitucional, tais como as condições da ação.

O direito à prova é visto como um desdobramento do amplo acesso à jurisdição, De nada adianta a implementação das ondas renovatórias do processo no que diz respeito à gratuidade de justiça e dispensa de advogado em determinadas causas, se, em juízo, as partes não dispõem 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, ao prever o artigo 5º, o inciso LV, da CF, os meios e recursos a ele inerentes.

Esse entendimento vai ao encontro da visão participativa e colaborativa do processo que lhe confere perfil democrático condizente com a CF¹³². No entanto, o

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 178. O mesmo entendimento é apresentado por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “O ônus, portanto, é uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 171).

¹³² 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”. (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I*. 4ed. Medellín: Dike, 1993. p.40).

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 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 a proporcionalidade¹³³.

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, que reverbera na esfera processual quando se está diante de uma relação de consumo. Esse tratamento tem por escopo adequar o procedimento ao efetivo exercício do direito material do consumidor¹³⁴.

2.2.2.1 O ônus da prova no processo civil democrático

A democracia surgiu na Grécia Antiga e sua perenidade não implica em uma identidade de conceito. 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 das mais variadas críticas que buscavam aferir se era o melhor ou pior dos regimes. Dentre os contrários ao regime dessa época, sustentavam que em um sistema em que todos mandassem ninguém obedecia. Também existiam aqueles que viam na democracia não um sistema do governo de todos, mas que se atinha ao aspecto da participação.

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 de uma

¹³³ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 46.

¹³⁴ Robson Renault Godinho destaca: “Parece-nos, pois, que a distribuição do ônus da prova é uma questão constitucional, sendo que a ‘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”. (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. p.325).

democracia direta, o sistema representativo está em processo de permanente transformação. Nesse ponto, a ausência do denominado mandato imperativo não é vista como uma degradação do sistema, mas algo que respeita a autonomia do representante no exercício do seu mister.

A democracia é multifacetada e deve acompanhar os anseios sociais na busca da liberdade e de uma menor desigualdade. A constante transformação da democracia é algo natural em decorrência das suas promessas não cumpridas¹³⁵. No que tange às decisões a 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 materialmente impossível a participação em todas as tomadas de decisões¹³⁶.

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 evitando a arbitrariedade¹³⁷.

O conceito de guardiania destaca que o governo deve ser confiado a uma minoria de pessoas especialmente qualificadas em razão de suas virtudes, que seriam os guardiães. Segundo a visão da guardiania, alguns homens são superiores aos outros em seu 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

¹³⁵ 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).

¹³⁶ 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).

¹³⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 269.

como quase guardiães¹³⁸. Essa visão democrática, ainda que em menor escala que nos demais Poderes, ressoa no Poder Judiciário, afeta a aplicação do direito e, por conseguinte, o processo civil.

Surgem novas propostas aos modelos de processo garantista ou adversarial, vinculado ao princípio dispositivo, e o 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 conteúdos¹³⁹. Com relação a esse último modelo, “a necessidade de se criar um sistema processual democrático para um Estado Democrático é inegável”¹⁴⁰.

A evolução do Estado liberal para o Estado social impõe uma releitura dos institutos processuais à luz da mudança dos paradigmas da sociedade que se torna cada vez mais complexa. As técnicas processuais almejam a simplificação dos procedimentos e o aumento de atuação do magistrado, notadamente no campo probatório¹⁴¹. Os atores sociais e processuais estão mais abrangentes, assim como as demandas cada vez mais dotadas de macroconflituosidade, razão pela qual o sistema jurídico processual deve ser interpretado através de um viés constitucional e de 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 através de uma “perspectiva interpretativa que poderá, caso aplicada, garantir que todos os cidadãos possam participar ativamente de todas as esferas jurídicas em que possuam interesse, em um dimensionamento espaço-temporal adequado”¹⁴². Esse modelo interpretativo encontra ressonância no caráter dialógico do princípio do contraditório, visto como a possibilidade das partes de influenciar na formação do

¹³⁸ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 306.

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*. v. 32. . 153. São Paulo: 2007. p. 33.

¹⁴¹ 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; YARSHELL, Flávio Luiz (org). São Paulo: Malheiros, 2013. p.219.

¹⁴² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p.176

convencimento do julgador¹⁴³. 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. De igual forma, o direito à prova conduz a uma liberdade de provar e o seu não exercício repercute no ônus. A desvantagem suportada pela parte que não provou, ainda que lhe acarrete uma consequência processual, situa-se na sua esfera de liberdade. Dessa forma, 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 a CF¹⁴⁴.

2.3 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)¹⁴⁵. 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 dúvida¹⁴⁶. É possível afirmar, também, que é direcionada às partes, ou seja, é uma regra de conduta, porquanto tem 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 beneficia e não o fato prejudicial. No âmbito penal, é assegurado ao acusado o direito de

¹⁴³ 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).

¹⁴⁴ 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).

¹⁴⁵ 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).

¹⁴⁶ 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).

não-autoincriminação, ou seja, de não produzir prova de fato relevante contra si. O artigo 379 do CPC também prevê a proteção desse direito¹⁴⁷.

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 a ser prolatado. Mesmo nos fatos notórios, que prescindem de prova, não há dispensa de sua afirmação, porquanto a parte visa obter uma consequência advinda da sua ocorrência. Da mesma forma, os fatos confessados pela outra parte, incontroversos e em cujo favor milite 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); a segunda teoria está alicerçada nos pressupostos de fato que embasam a norma jurídica, cabendo a cada parte provar aquilo que lhe é favorável e, por fim, a terceira teoria se reporta à posição da parte em relação ao efeito jurídico desejado.

Giuseppe Chiovenda, sob o ponto de vista 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 alguma¹⁴⁸. 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”¹⁴⁹. Em relação ao réu, “deve provar os fatos

¹⁴⁷ “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).

¹⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil* v.2. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 448

¹⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil* v.2. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 451.

impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem para os fatos constitutivos, falta que impede a esses produzir o efeito que lhes é natural”¹⁵⁰.

Francesco Carnelutti assevera que a função do ônus da prova se embasa na “determinação dos fatos controvertidos desconhecidos para o juiz”¹⁵¹. Destaca o risco a ser suportado pela parte no caso da falta ou insuficiência da prova e acrescenta que o interesse na demonstração da prova é bilateral, pois uma vez afirmado o fato, cada parte possui o interesse de 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 [...]”¹⁵².

Leo Rosenberg destaca os aspectos de direito material que são necessários na 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 que se enquadram¹⁵³.

Gian Antonio Micheli ressalta a necessidade do julgamento pelo juiz em qualquer hipótese, mesmo na ausência ou obscuridade da lei e nas hipóteses em que os elementos fáticos necessários à formação de seu convencimento são insuficientes. Com essa interpretação, vislumbrou em uma primeira análise o ônus da prova como regra de julgamento e destacou esse aspecto processual de sua aplicação. Apesar de não se descuidar 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 partes¹⁵⁴.

À luz dessas teorias, é possível inferir sua importância e compatibilidade com a legislação processual civil brasileira que adotou, como regra, o caráter distributivo do

¹⁵⁰ CHIOVENDA, Guisepe. *Instituições de Direito Processual Civil v.2*. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 451.

¹⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005. p.48.

¹⁵² CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005. p.257.

¹⁵³ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956. p.91.

¹⁵⁴ 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 en 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).

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 casos¹⁵⁵. 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. Diante da sua relação com um dos critérios de distribuição do ônus da prova adotado pelo CDC, será abordada no capítulo seguinte.

2.3.1. Fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos

O legislador utilizou a classificação dos fatos em quatro critérios para a repartição do ônus da prova. 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 que os fatos que constituem objeto de prova estão circunscritos ao processo de aplicação do direito material. Há também a visão processual, a qual 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 e 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”¹⁵⁶. O fato impeditivo, em um 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

¹⁵⁵ 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).

¹⁵⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.140.

impeditivo ratifica a existência do fato constitutivo, mas obstrui a sua validade e/ou eficácia¹⁵⁷.

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 desfavorável¹⁵⁸. 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, em uma ação anulatória de negócio jurídico, sob o fundamento do vício do consentimento, passa-se a fato constitutivo, porquanto cabe àquele que 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 eficácia do fato, mas “a amplitude ou pertinência subjetiva dos efeitos pleiteados pelo autor, em virtude da ocorrência de fato posterior ao constitutivo”¹⁵⁹. 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 nexos 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”¹⁶⁰. Dessa forma, para contextualizar e ilustrar a incidência desses fatos, se o autor pleiteia o pagamento de uma dívida e o réu se opõe à pretensão alegando que houve o parcelamento e somente pode ser-lhe exigida a parcela correspondente, o fato alegado pelo réu é modificativo; se o réu alega o pagamento, o fato é extintivo e se o réu formula uma defesa indireta de mérito com fundamento na exceção do contrato não cumprido, o fato trazido é impeditivo¹⁶¹.

¹⁵⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.148

¹⁵⁸ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956. p.121.

¹⁵⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.155.

¹⁶⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.163.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 181

2.3.2 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 uma possível solução ao entrave burocrático que, em alguns casos, é desencadeado pelo prévio rito estabelecido pelo legislador¹⁶². Não se nega a necessária previsibilidade dos atos processuais, a segurança jurídica e a efetividade que são geradas quando estabelecidos de forma antecipada. 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 um instrumento para a obtenção desse direito. O próprio legislador pode conferir tal 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 prova¹⁶³.

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, 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 determinada unidade da federação. É possível que determinado Estado e o Distrito Federal estabeleçam, por exemplo, expedientes forenses distintos¹⁶⁴.

No que diz respeito especificamente à distribuição do ônus da prova, essa flexibilização era defendida pela doutrina anteriormente¹⁶⁵. O CPC, atento à nova ordem

¹⁶²Marcelo 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).

¹⁶³GAJARDONI, 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. p. 308.

¹⁶⁴De 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).

¹⁶⁵Paulo Rogério Zanetti, assim como outros doutrinadores, defendia a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Brasil através de uma interpretação sistemática: “[...]”

democrática do processo civil, ao mesmo tempo em que concede maiores poderes instrutórios ao juiz, reforça a disponibilidade das partes capazes acerca do procedimento, pois lhes assegura um maior dinamismo acerca dos direitos que admitem autocomposição, possibilitando-lhes convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres¹⁶⁶.

O CPC prevê a possibilidade dos negócios jurídicos processuais, antes ou no curso do processo. Da mesma forma que os negócios jurídicos previstos no Código Civil (CC), devem obedecer aos requisitos de validade do objeto lícito, partes capazes e forma prescrita ou não defesa em lei. O artigo 190, parágrafo único, do CPC, ressalva o controle da validade destas convenções pelo juiz e a recusa de sua aplicação “somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”¹⁶⁷

O CDC prevê algumas peculiaridades na distribuição do ônus prova. Como sistema jurídico protetivo, essas hipóteses 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 tratem de pessoas capazes e o objeto seja lícito, não poderão estipular a impossibilidade de intervenção do juiz no caso concreto quando o critério é *ope judicis*, ou impor ao consumidor fatos que competem ao fornecedor comprovar. Tais hipóteses malferem previsão legal de validade do negócio jurídico.

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”. (ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 155)

¹⁶⁶ 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/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 13 jan. 2016).

¹⁶⁷ “Art. 190. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. (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).

2.4 Indícios, presunções, máximas de experiência ou regras de experiência e verossimilhança

A dificuldade na produção da prova de determinados fatos levou o legislador a prever hipóteses de utilização de mecanismos que atenuam o rigor da obtenção da prova de forma direta. Esses casos 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 uma redução das exigências de prova.

2.4.1 Indícios

O CPC/1939 tratou das provas e especificamente abordou as presunções e os indícios (artigos 251 a 253)¹⁶⁸. O Código de Processo Penal (CPP) traz 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”¹⁶⁹. O Código de Processo Penal Militar (CPPM), em seu artigo 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”¹⁷⁰.

O indício deve ser um visto como um fato conhecido e secundário que, pelo emprego de um raciocínio indutivo-dedutivo, indica outro fato que constitui objeto de prova. Esse itinerário mental a ser percorrido pelo juiz pode resultar na ocorrência de uma presunção, pois, através de um fato provado, indiretamente chega-se ao outro

¹⁶⁸BRASIL, *Decreto-Lei 1608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Brasília, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm. Acesso em 13 jan. 2016.

¹⁶⁹BRASIL, *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/De13689.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/De11002.htm. Acesso em: 13 jan 2016.

¹⁷⁰BRASIL, *Decreto-Lei 1002, de 21 de outubro de 1969*. Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11002.htm. Acesso em: 13 jan 2016.

fato¹⁷¹. O reconhecimento de um indício, não necessita que se esteja diante de um fato provado. Ele também pode ser inferido através dos fatos que prescindem de prova¹⁷², 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 de sua natureza no processo civil. Hernando Devis Echandía, autor de clássico tratado sobre a prova judicial, tratou do indício como meio de prova. Segundo o autor, é um veículo que subministra ao juiz argumentos probatórios para formar seu convencimento sobre fato que investiga¹⁷³. De forma diversa, José Carlos Barbosa Moreira ressalta que o indício não é um meio de prova, mas sim um fato provado por intermédio de um meio de prova e que se situa dentro da etapa percorrida pelo juiz para a formação do seu convencimento através de outro fato¹⁷⁴.

A doutrina converge acerca da 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 um 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 através do indício não tem vínculo direto com o *thema probandum*. O indício é, pois,

¹⁷¹ 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).

¹⁷²Héctor 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)

¹⁷³ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II*. 4ed. Medellín: Dike, 1993. p.604.

¹⁷⁴ 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).

um pressuposto da presunção, pois a partir do reconhecimento de sua ocorrência é possível a dedução do fato principal relevante¹⁷⁵.

2.4.2 Presunções

A presunção é a ilação, ou processo lógico de raciocínio, que se obtém de um fato conhecido e secundário, geralmente um indício, para se provar a existência de fato desconhecido.¹⁷⁶ 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 valoração das questões fáticas pertinentes, ao substituí-la por critério já previamente estabelecidos 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 contariam até mesmo a própria verdade material de um fato e a normalidade desempenhada pela relação lógica gerada na presunção¹⁷⁷. 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 um crime único. Nesse caso, não há se falar em qualquer critério de probabilidade no emprego desta técnica legislativa, ao contrário do que ocorre na presunção. No âmbito do direito civil, é mencionada a atribuição de personalidade às pessoas jurídicas como uma forma de ficção legal.

O CC, no artigo 212, inciso IV, repete a redação o 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

¹⁷⁵ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 361.

¹⁷⁶ 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 en maxima de experiencia”. (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p.471).

¹⁷⁷ 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).

doutrina¹⁷⁸, sob o argumento de que a presunção é “um processo de elaboração mental”¹⁷⁹ e o que é provado é o fato-base que, por dedução lógica, chega-se à presunção. O argumento utilizado para excluir a presunção do rol dos meios de prova é o mesmo utilizado em relação aos indícios.

Com relação às presunções legais, a maioria da doutrina processual entende que a diferença está no fato de que a presunção legal absoluta não admite prova em contrário. Na verdade, o que as difere é a relevância e utilidade da produção da prova em sentido contrário. Na presunção absoluta, a produção de determinado meio de prova em nada influenciará na formação da convicção do juiz¹⁸⁰. 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-fé¹⁸¹.

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 os requisitos, para fins de 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

¹⁷⁸ 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”).

¹⁷⁹ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 360.

¹⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual Civil: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977. p.55.

¹⁸¹ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 367.

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”¹⁸².

Nas presunções legais relativas, apesar da ocorrência do fato secundário, é possível a produção da prova 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”¹⁸³. 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 a depender 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 à presunção relativa como uma espécie de inversão legal do ônus da prova. Essa discussão será analisada de forma mais pormenorizada 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

¹⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual Civil: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977. p.64.

¹⁸³ 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

de base à norma, são dispensáveis. Exemplifica por meio da presunção de paternidade oriunda da concepção do filho na constância do casamento¹⁸⁴.

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 acontece¹⁸⁵. Eduardo Cambi aponta a existência de três fases para a sua consolidação: “[...] i) colheita dos indícios; ii) a dedução das presunções e iii) a apreciação (valorização) dessas presunções”¹⁸⁶. A partir desse 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 um fato certo, mas sim de um fato incerto ou presumido¹⁸⁷.

¹⁸⁴ECHANDÍA, Hernado 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).

¹⁸⁵ 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)

¹⁸⁶ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 377.

¹⁸⁷ 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 contundente, 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).

2.4.3 Máximas de experiência ou regras de experiência

Os estudos acerca do tema despontaram na Alemanha e Friedrich Stein formulou um conceito¹⁸⁸. A problemática que fomentou o início das discussões acerca desse instituto tratava da proibição do juiz invocar, em suas razões de decidir, conhecimentos extraprocessuais e atrelados ao seu conhecimento privado dos fatos¹⁸⁹. Desde então, era analisada a inviabilidade de valer-se de critérios pessoais para julgar, mas, ao mesmo tempo, era reconhecida a impossibilidade do magistrado, no exercício de sua 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 um juízo de probabilidade daquilo que acontece de forma corriqueira, com generalidade e abstração¹⁹⁰. O magistrado formula um raciocínio dedutivo a partir de fatos que acontecem de forma repetida no contexto em que vive¹⁹¹. Estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro e são divididas em comuns e técnicas. Essas integram diretamente o conhecimento científico acerca de determinado fato. Interessa para este estudo as regras de experiências 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

¹⁸⁸ “Son deficiones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan em 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)

¹⁸⁹ 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).

¹⁹⁰ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, as máximas de experiência: “[...] refletem o reiterado perpassar 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).

¹⁹¹ 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).

de Pina Cabral assevera que “[...] as regras da experiência formam a premissa maior e, conjugada com a premissa menor, formada pelo fato-base ou indício, tem-se uma conclusão denominada presunção judicial *praesumptiones hominis*”¹⁹². 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 uma 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 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 pessoal¹⁹³.

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 trouxesse 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 e o desejo que o filho não morra. O acontecimento ilustra a utilização das máximas de experiência para solução do caso concreto¹⁹⁴.

¹⁹² CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008. p. 296.

¹⁹³ 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).

¹⁹⁴ 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. p. 181.

Além de atuar nessa seara probatória e permear os meios de prova, há a possibilidade de utilização das regras de experiência para interpretação das normas jurídicas e 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 uma maior liberdade interpretativa ao juiz no momento que realizada a subsunção do fato à norma¹⁹⁵. 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 ao senso comum, devem ser justificadas. Há a necessidade que elas sejam relatadas e demonstradas na motivação da decisão judicial, segundo os critérios da idoneidade e da oportunidade de sua utilização¹⁹⁶. Esse mecanismo é imprescindível para o regular controle das partes¹⁹⁷, notadamente da parte que se encontra em situação desfavorável, pois somente com a correta identificação da argumentação racional empregada pelo juiz é que poderá desconstituir o argumento¹⁹⁸.

As máximas de experiência, da mesma forma que os fatos notórios, integram o conhecimento privado do juiz, porquanto são obtidas pelos conhecimentos adquiridos 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

¹⁹⁵ MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Forense* v.261. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.15.

¹⁹⁶ MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHAT, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 151.

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ 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 proba. Esas máximas no pueden estar codificadas, pero si hán de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluída 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).

conhecidos (artigo 374, inciso I, do CPC)¹⁹⁹. 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 partes²⁰⁰.

O conhecimento do fato notório é difundido no meio social em que vive o juiz e, ainda que não tenha conhecimento direto, tal informação lhe é acessível, porquanto 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 notório²⁰¹ e as máximas de experiência podem incidir no caso de algum conhecimento técnico que prescindia da produção de prova pericial.

As máximas de experiência vêm previstas no artigo 375 do CPC. O imbróglio do que existia no artigo 335 do CPC/1973 era que logo no início da sua redação emergia o entendimento que sua aplicação ficava restrita à falta de normas jurídicas particulares, o que evidencia uma 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

¹⁹⁹ 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).

²⁰⁰ Juan Montero Aroca apresenta esta distinção: “[...] Las maximas son conceptos abstractos que ni siquiera precisan 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).

²⁰¹ 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).

utilização das regras de experiência na hipótese que exista norma aplicável ao caso.²⁰² Nesse ponto, o CPC vigente suprimiu o requisito da falta de norma²⁰³.

A Lei n.9099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, abarca a hipótese do juiz valorar as regras de experiência sem que, para isso, tenha que incorrer na existência de uma lacuna legal (artigo 6º). A mesma situação ocorre no direito do trabalho, segundo consta na previsão do art. 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). 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.

2.4.3.1 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 causalidade²⁰⁴. O instituto foi desenvolvido para aplicação nos casos que o autor da demanda enfrentava sérias dificuldades na demonstração da 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

²⁰² 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).

²⁰³ “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas 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/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 14 jan. 2016).

²⁰⁴ 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 simples muy segura) de que los hechos se encuentran entre ellos em 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: EJE, 1956. p. 167).

culpa do proprietário do edifício ou do construtor com base nas máximas de experiência²⁰⁵.

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*”²⁰⁶. São apresentadas três condições para sua admissibilidade: “a) a dificuldade da prova do fato; b) facilidade da prova contrária; c) possibilidade de julgar por verossimilhança, através das máximas de experiência”²⁰⁷. 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 acerca da 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 prova²⁰⁸. Moacyr Amaral Santos destaca a diferença acerca do ponto de partida, contudo enquadra a prova de primeira aparência como uma modalidade de presunção judicial²⁰⁹. 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 um tijolo proveniente de obra em construção que venha a causar dano a uma pessoa. A demonstração desse elemento da responsabilidade civil é um indício, que pode ocasionar uma presunção e conseqüentemente uma prova *prima facie*²¹⁰.

Francisco Rosito, valendo-se dos ensinamentos de Gennaro Roberto Pistolese, destaca a distinção entre a prova *prima facie* e a presunção simples. Naquele caso, a fonte utilizada são as máximas de experiência que conduzem ao reconhecimento da

²⁰⁵ 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.

²⁰⁶ SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. *As provas no cível*. Forense: Rio de Janeiro, 2002 p.74.

²⁰⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. V. São Paulo: Max Limonad, 1968, p.515.

²⁰⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p. 513.

²⁰⁹ “[...] 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).

²¹⁰ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 385-386.

existência de um fato desconhecido e neste o juiz forma sua convicção por meios dos indícios²¹¹. Na prova *prima facie* não há um 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 um 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 VIII²¹².

2.4.4 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 verdadeiro²¹³. Verossímil é o que possui semelhança com a verdade. Apesar do conceito singelo, esse instituto detém uma multifuncionalidade em nosso sistema jurídico, pois atua em momentos distintos no processo²¹⁴. No campo probatório, funciona na distribuição do ônus da prova e no momento de constatação dos fatos através 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, atua valorando a prova, seja de forma provisória nas tutelas de urgência²¹⁵, seja de forma definitiva na sentença de mérito.

²¹¹ ROSITO, Francisco. *Direito Probatório. As máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 114.

²¹² 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.

²¹³ Michelle Tarufo assevera que o significado de verossimilhança “[...] equivale sustancialmente al de ‘normalidad’, en la medida que se considera ‘verossímil’ aquello que se corresponde com el funcionamiento normal de la cosas, es decir, al *id plerumque accidit* o las denominadas máximas de experiencia” (TARUFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p.505).

²¹⁴ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 109.

²¹⁵ O CPC trata da tutela provisória nos artigos 294 a 311e 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 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).

2.4.4.1 A verdade e a verossimilhança

Por intermédio da prova, busca-se a verdade dos fatos que serão aplicadas as normas jurídicas mediante um juízo de subsunção. 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”²¹⁶. O estado do conhecimento ainda 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 sobre os fatos e nesse cenário inicia-se um imbróglio acerca da verdade²¹⁷.

Piero Calamandrei, em clássica obra que retrata os problemas da justiça, ressalta que há três dimensões da verdade no processo e que ela poderá mostrar-se diferente de acordo com o ângulo de quem a observa. Ilustra essa assertiva com o exemplo da exposição de um famoso quadro em uma 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”²¹⁸. Comparativamente ao processo, a verdade de perfil é apresentada pelos advogados, enquanto que o juiz, situado no centro, encara a verdade de frente.

A situação já evidenciava à época a problemática situação da verdade no processo. O critério reconstrutivo dos fatos vem influenciado pelas pessoas que os assistiram. A interpretação, sua representação e aplicação está acrescida de subjetividade. Os atores processuais são seres humanos, falíveis e dotados de individualidades. Diante dessa compreensão, foi realizada uma releitura da verdade apresentada no processo. Inicialmente, despontou a distinção sobre a forma como os processos civil e penal buscavam a verdade. Esse lidava com a verdade material ou real

²¹⁶ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. 5ed. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 2008. p. 79.

²¹⁷ 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).

²¹⁸ 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).

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.

O alcance da decisão judicial tem um resultado que se assemelha à verdade, pois não é possível admitir a certeza fática de sua ocorrência da forma como ela se reproduz no processo. O que ocorre é uma verdade aproximativa baseada na convicção do juiz. Surge a ideia da verdade processual que subdivide-se em verdade fática e verdade jurídica. Essa é comprovada pela interpretação dos enunciados normativos que qualificam o fato, aquelas são comprovadas pela prova de sua ocorrência²¹⁹. 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 [...]”²²⁰.

Diante da verdade inatingível, exsurge a verossimilhança como a aparência dessa verdade, a verdade relativa. Está situada em um nível entre a ausência de conhecimento, ou ignorância, e a verdade vista como uma 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 que encontrou a verdade.

2.4.4.2 Verossimilhança e ônus da prova

Há casos que a produção da prova é limitada e o juiz deve se contentar com um juízo de probabilidade ou verossimilhança. Nas tutelas provisórias, há uma limitação da produção da prova pelo legislador e a decisão é baseada em uma convicção do provável, ou seja, há uma cognição sumária²²¹. 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.

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

²²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Prova*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

Pode o juiz, diante do limitado material probatório, utilizar o critério da verossimilhança preponderante como hipótese excepcional²²². 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 variação do que denominou “módulo de prova” diante das especificidades do direito material discutido no caso concreto²²³.

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

²²² 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).

²²³ 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 um tratamento diferenciado em relação à 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 um sistema próprio da 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 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.²²⁴

O ato abrange o fato, seja decorrente de terceiro, de animais ou das coisas, bem como a conduta comissiva ou omissiva do agente. O dano está atrelado à ideia de lesão a um 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 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 entre determinado fato e sua atribuição a uma certa pessoa. A imputação pode ser delitual (culpa *lato sensu*) ou objetiva (risco ou sacrifício)”²²⁵.

²²⁴SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.108..

²²⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 23ªed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.109.

A responsabilidade civil contemporânea está permeada pela incerteza diante da dupla expansão dos meios lesivos: o primeiro decorre da evolução tecnológica e o segundo dos interesses lesados com a normatividade dos princípios. Com base nesse entendimento, surge a “erosão dos filtros tradicionais da reparação”²²⁶. A visão liberal da responsabilidade subjetiva 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 é repartido socialmente²²⁷.

Nessa evolução da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva, com a intenção de mitigar as exigências probatórias, foi desenvolvida a ideia de culpa presumida. Posteriormente, houve o surgimento da mencionada teoria do risco, a qual, nas hipóteses previstas em lei, prescinde da valoração do comportamento do causador do dano²²⁸. 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 conjuntura de produção em massa de bens e serviços a relação de poder estabelecida a colocou em uma 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 ser feita a separação entre a obrigação de meio e obrigação de resultado. Nessa há a aplicação da culpa presumida²²⁹. De forma diversa, quando se trata de obrigação de meio, cabe ao

²²⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.11.

²²⁷ 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.

²²⁸ 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.

²²⁹ A responsabilidade permanece subjetiva, 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 subjetiva, 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).

consumidor demonstrar, além da conduta, do nexu causal e do dano, a culpa do fornecedor do serviço²³⁰.

Com relação ao dano, houve uma expansão desse elemento da responsabilidade civil, tanto no aspecto quantitativo (indenizações por dano moral, acesso ao Judiciário com os Juizados Especiais e 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 uma tipicidade fechada. Nesse contexto, surgiu 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 si²³¹.

Acerca do dano moral, consoante esse entendimento, em alguns casos são utilizados métodos que reduzem as exigências de prova diante da dificuldade de sua comprovação. O dano moral consiste na violação de direitos da personalidade²³² e devem ser desconsideradas para esse fim as situações de mero mal-estar decorrentes das vicissitudes do cotidiano, tais como um 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 a finalidade de compensar a vítima, punir o causador do dano e prevenir a prática de novos atos²³³.

A expressão dano moral *in re ipsa* decorre da identificação de um prejuízo como consequência lógica dessa alteração de estado da vítima, a qual resultou na violação de um ou mais direitos da personalidade. Conforme divulgado pela jurisprudência, essa

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.

²³⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ed. São Paulo:Saraiva, 2010. p.365-366.

²³¹ 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).

²³² 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).

²³³ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.133.

hipótese de dano presumido surge da dificuldade de provar algo que possui elevada carga subjetiva. Todavia, a premissa que se parte para a afirmação dessa hipótese de dano é equivocada. Os sentimentos anímicos da vítima, tais como dor, tristeza ou humilhação, não constituem supedâneo para a ocorrência do dano moral, porquanto estão relacionados à sua consequência e atuam como circunstâncias a serem valoradas pelo juiz na fixação do valor indenizatório.

Se houve a inscrição indevida do nome do consumidor nos bancos de dados pelo fornecedor, o dano decorreu da conduta comissiva do agente que atingiu a honra e a privacidade da vítima²³⁴. Não há a utilização de uma presunção judicial para a dispensa de comprovação do dano moral, pois ele é aferido pelo ato que violou algum direito da personalidade. Em uma 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 causador²³⁵.

Nos danos patrimoniais, em algumas hipóteses também há a necessidade da redução das exigências probatórias diante do insuficiente material probatório para obtenção da prova plena. O dano patrimonial atinge bens materiais da vítima e classicamente visa o retorno ao estado anterior, observada a teoria da diferença²³⁶. É desmembrado em dano emergente e lucros cessantes. Em linhas gerais, aquele corresponde a uma imediata diminuição do patrimônio da vítima e esse consiste na perda de uma expectativa de lucro, de um ganho provável.

²³⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *O Consumidor e os Bancos de Dados de Proteção ao Crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.130.

²³⁵ 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).

²³⁶ 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).

Os danos patrimoniais não são hipotéticos e devem ser efetivamente demonstrados no caso concreto. No entanto, há situações excepcionais em que juiz utiliza o método de redução probatória como técnica de julgamento diante da dificuldade de se obter uma prova robusta do valor indenizatório. Nesses casos, a utilização 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 uma relação de direito material que requer um tratamento específico.

No caso do dano emergente, o método é utilizado, por exemplo, no caso de extravio de bagagem do consumidor em contrato de transporte celebrado com o fornecedor. Na situação concreta não há controvérsia acerca da perda dos bens da vítima, contudo há dificuldade na produção da prova de todos os bens que estavam consigo 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 não precisa, não é razoável em um microsistema jurídico que assegura a integral reparação de danos ao consumidor²³⁷.

Da mesma forma ocorre nos lucros cessantes, nas hipóteses de atraso pelo 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 presumidos²³⁸. Nesses casos, o julgador utiliza um juízo de

²³⁷ 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. 20120111287858ACJ. 3ªTurma. 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).

²³⁸ 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

verossimilhança na formação da sua convicção. O mecanismo está direcionado à racionalização do senso comum²³⁹ e busca a solução mais adequada para o caso concreto à luz do direito material.

Na seara do nexo de causalidade, o conceito de relação causal é revestido de um aspecto filosófico e apresenta dificuldades de ordem prática, pois em muitas vezes o evento está cercado de condições que se multiplicam e que podem conduzir ao indesejável regresso ao infinito. Possui uma dupla função na responsabilidade civil: em um primeiro momento, atua na determinação a quem deve ser atribuído o evento danoso e, em um segundo momento, serve como instrumento para constatação da extensão do dano²⁴⁰.

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 fins de imputação penal, a causa deve ser eficiente na 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 adequada²⁴¹.

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

que poderia que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada, pois esta seria a situação econômica em que se encontrariam 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 (*na debeatur*). (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).

²³⁹ 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).

²⁴⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.22.

²⁴¹ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.41.

esfera penal, há o obstáculo da tipicidade, pois somente pode ser responsabilizado na cadeia causal quem praticou uma 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”²⁴² e trabalha com um juízo prognóstico que determinada causa venha a ocasionar determinado resultado²⁴³.

A teoria do dano direto e imediato incrementa o elemento da necessariedade. 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 consequência necessária do dano. Essa teoria foi adotada pela maioria da doutrina no Brasil²⁴⁴, 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, pelo diálogo das 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 uma relação de consumo, o que tem

²⁴² CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.64.

²⁴³ 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 nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.66-67).

²⁴⁴ 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 nexa 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 nexa de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexa 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.

ocasionado uma discussão acerca da flexibilização desse elemento da responsabilidade civil²⁴⁵.

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 um 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 fabricante²⁴⁶. 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 necessidade, mais uma vez, do magistrado se valer de um juízo de verossimilhança acerca do nexo de causalidade e de certa forma mitigar a teoria do dano direto e imediato, pois não há como se obter uma comprovação plena da necessariedade entre a causa e o resultado. As situações estão mais ligadas ao acidente de consumo²⁴⁷ e surge a chamada causalidade alternativa que será abordada mais adiante.

²⁴⁵ 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).

²⁴⁶ 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.

²⁴⁷ 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 wher he is a manufacturer*). (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 166).

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

Além das situações acima elencadas, que atuam 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 serviço. Em torno de dessas modalidades é que gravita o sistema de responsabilidade civil do CDC, o que não afasta a incidência da teoria geral da responsabilidade civil para outras situações que se enquadrem em uma relação jurídica de consumo, pois é um direito básico do consumidor a reparação integral dos danos²⁴⁸.

O CDC traça critérios distintos de distribuição do ônus da prova em relação ao fato e vício do produto ou serviço, bem como quando trata da publicidade, e vai ao encontro do entendimento que vislumbra no ônus da prova um 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 trata de situações específicas. O critério de alteração do paradigma pode ser convencional, quando decorre de um acordo entre as partes, antes ou no curso do processo; legal, aprioristicamente prevista 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 trata das práticas comerciais (artigo 38). Por outro lado, a judicial é prevista com 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 em relação ao critério estático.

²⁴⁸ 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.

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

Do ponto de vista conceitual, a inversão é um conceito relativo e 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 extintivo²⁴⁹. Nessa visão, não haveria no CDC nenhuma hipótese desse instituto, seja legal ou 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 transferir a prova desse fato constitutivo ao fornecedor²⁵⁰.

3.2.1 O ônus da prova no acidente de consumo

A responsabilidade civil decorrente de um fato do produto ou 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 da tutela de sua saúde e segurança, cujos defeitos de concepção, produção ou informação atuam em desconformidade com uma legítima expectativa. Em regra, o defeito ocorre nos produtos ou serviços de periculosidade adquirida, que são aqueles que, por falha na produção ou comercialização, tornaram-se defeituosos. Contudo, não há obstáculo para a ocorrência de defeito em produto ou

²⁴⁹ 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).

²⁵⁰ 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).

serviço com periculosidade inerente, pois pode advir da ausência de uma informação adequada²⁵¹.

Os elementos da responsabilidade civil que devem ser comprovados pelo consumidor na hipótese de acidente de consumo são o nexo de causalidade e o dano²⁵², pois em relação ao defeito há uma presunção legal relativa de sua ocorrência²⁵³. Destarte, o fornecedor do produto ou serviço somente não será responsabilizado se comprovar que não colocou o produto no mercado de consumo; que o defeito alegado inexistente, ou, ainda, o fato exclusivo de terceiro ou da vítima (artigos 12, §3º e art. 14, §3º)²⁵⁴. 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.²⁵⁵

²⁵¹ 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.

²⁵² 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).

²⁵³ 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. (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://ww2.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).

²⁵⁴ Com relação à culpa exclusiva da vítima, os julgados do Superior Tribunal 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 Versolato. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 17 abril 2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200001194216&dt_publicacao=13/08/2001 Acesso em: 28 março 2015).

²⁵⁵ 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

Ainda controversa no direito brasileiro, discute-se a possibilidade da excludente dos chamados riscos do desenvolvimento.²⁵⁶ A aplicação desse instituto foi discutida nos casos de produtos livremente comercializados e que, posteriormente, foram constatados efeitos colaterais em decorrência de alguma particularidade da pessoa ou do próprio medicamento. Podem ser citados os exemplos do antiolesterol que acarretou a cegueira em algumas pessoas e a substância talidomida que, ingerida por gestantes, acarretou o nascimento de crianças fisicamente deformadas²⁵⁷. Nesses casos, o reconhecimento de sua aplicação implica a mitigação do nexo de causalidade.

No Brasil, a questão que trata a responsabilidade civil das empresas de tabaco pela morte ou 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 um determinada concausa”²⁵⁸. 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 dano²⁵⁹.

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=85601&nu_m_registro=200100905522&data=20020325&formato=PDF Acesso em: 24 mai 2015).

²⁵⁶ 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).

²⁵⁷ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil pelo fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.178.

²⁵⁸ 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.

²⁵⁹ 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 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.

A teoria da causalidade alternativa também tem por finalidade amenizar a prova do nexo causal. Surge em situações de responsabilidade coletiva ou de grupos em que não é possível identificar o agente causador que está no grupo e parte-se para a responsabilidade solidária de todos os integrantes. No âmbito de uma relação de consumo que retrate um fato do produto ou do serviço, a responsabilidade é solidária por decorrência de lei. No entanto, há quem sustente que o CDC adotou de forma implícita essa teoria na excludente de responsabilidade do fabricante que demonstra que não colocou o produto no mercado, porquanto envolve a inexistência de nexo causal e os possíveis produtores somente não serão solidariamente responsáveis se comprovarem esse fato negativo²⁶⁰.

Dessa forma, na hipótese de acidente de consumo compete ao consumidor a prova do dano e do nexo de causalidade²⁶¹. O defeito, que é um fato constitutivo do direito do autor, decorre de uma presunção legal relativa. Não se trata propriamente de uma 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 do consumidor comprovar um fato que, em regra, lhe é imposto.

3.2.2 Ônus da prova na correção da informação ou comunicação publicitária

O artigo 38 do CDC atribui o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária 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

²⁶⁰ GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos - inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.151.

²⁶¹ 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).

promover instituições, conceitos ou ideias”²⁶². A publicidade e a propaganda são institutos distintos, pois aquela tem um fim comercial e essa possui um 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)”²⁶³. Juan Montero Aroca citou o art. 29 da Lei espanhola 34/1998, já alterado, que estabelecia ao juiz a possibilidade de 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 o seu entendimento, essa norma, assim como outras citadas, não trata de inversão do ônus da prova, mas de regras legais especiais estabelecidas diante da impossibilidade de produção da prova, caso fosse adotada a regra geral²⁶⁴.

O CDC estabelece 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 a uma informação clara e adequada, pois a publicidade é uma técnica de incremento da informação para estimular a aquisição de produtos ou serviços pelos consumidores. O privilégio da detenção dessa informação atribui ao fornecedor o ônus de comprovar a adequação e a correção da publicidade que veiculou²⁶⁵.

De acordo com a redação do dispositivo, é possível constatar que cabe ao consumidor tão somente o ônus da afirmação que a informação ou comunicação publicitária são inverídicas ou incorretas, para que recaia sobre o fornecedor o ônus da

²⁶² 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.

²⁶³ GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.372.

²⁶⁴ AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1996. p.75.

²⁶⁵ 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).

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

O CDC utiliza conceitos distintos para a publicidade enganosa e abusiva. A primeira trabalha com o mesmo critério do vício do consentimento do erro sobre o objeto previsto no CC (artigo 139, II). O fornecedor utiliza de artilagem capaz de induzir o consumidor sobre as características de determinado produto ou serviço. Nessa hipótese, há quem entenda que o consumidor deve comprovar a aquisição do produto ou serviço e, caso a prova seja de difícil produção, o juiz poderá utilizar o facilitador processual previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC²⁶⁶.

Não há qualquer distinção da publicidade quando tratada sob a ótica do ônus da prova. Além do mais, equipara ao consumidor aquele que é exposto a essa prática (artigo 29 do CDC), ou seja, nesse conceito é visto como um sujeito potencial. Exigir a comprovação de fato constitutivo do seu direito quando a própria lei não exige, é realizar uma interpretação desfavorável, o que vai de encontro à principiologia desse sistema protetivo. A publicidade abusiva atenta contra valores éticos da sociedade e revelam comportamentos que induzem o consumidor à possível prática de atos contrários à sua saúde e segurança. Nesse caso, o consumidor também não necessita demonstrar a aquisição do produto ou 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 forma diversa. Apesar de essa hipótese atribuir o encargo probatório do fato constitutivo ao fornecedor, o que retrata uma alteração do critério estático estabelecido como regra, a

²⁶⁶ 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).

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 ao fornecedor ocorre somente quando figura no polo passivo de uma 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 direito²⁶⁷.

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 quantidade. Os primeiros encontram-se em desconformidade com a adequação e na segunda espécie há diversidade em relação ao peso ou medida. Nos vícios de qualidade há uma disparidade do produto ou serviço, a redução do seu valor ou a informação prestada não se mostrou clara e adequada²⁶⁸. 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 retratem acidente de consumo ou envolva matéria afeta à publicidade²⁶⁹.

²⁶⁷ 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 sempre 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).

²⁶⁸ 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.

²⁶⁹ 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 artigo 11.

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

Em determinados casos, com vistas à ampliação do acesso à justiça pelos consumidores, notadamente no aspecto da dificuldade na produção da prova²⁷⁰, o CDC assegurou 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 judicis* utilizado diante 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 na procedência dos pedidos formulados pelo consumidor.

3.2.3.1 Requisitos e 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, sob o argumento de que, com a alternatividade dos requisitos, bastaria ao consumidor comprovar sua hipossuficiência, sem que sua alegação seja dotada de qualquer verossimilhança.²⁷¹ Todavia, prevalece o entendimento que a interpretação do

²⁷⁰ 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. 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 [...]” (REICHELTL, 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).

²⁷¹ 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*

dispositivo deve ser realizada de forma literal, ou seja, basta a presença de um dos requisitos. Ao mesmo tempo, não se pode admitir tal alegação diante de fato inverossímil²⁷². 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, trabalha-se no processo com a verdade possível, pois quando se busca a reconstrução histórica dos fatos o que há é um juízo provável. Incide na alegação que a parte faz sobre determinado fato e se distingue do juízo de previsibilidade, porquanto esse refere às futuras consequências do fato²⁷³. 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 consumidor²⁷⁴.

A hipossuficiência leva em consideração a situação do consumidor no processo e não fica 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 serviço²⁷⁵. A sua finalidade

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).

²⁷²CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor*. São Paulo: Método, 2008. p. 375.

²⁷³CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. V.3 Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973. p.326.

²⁷⁴Piero 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 em 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).

²⁷⁵Julgado do STJ 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:

é tornar mais acessível para o consumidor a defesa dos seus direitos. A hipossuficiência é tratada no CDC sob o ponto de vista processual e aferível no caso concreto pelo juiz²⁷⁶. Na hipótese de o consumidor alegar mais de um fato que constitua objeto de prova, é possível o juiz reconhecer a hipossuficiência em relação a somente algum ou alguns deles²⁷⁷.

Caso o juiz, segundo as regras ordinárias de experiência, entenda que os fatos específicos alegados pelo consumidor preenchem os requisitos legais, os reconhecerá como verdadeiros. Ao dispensar a prova do fato constitutivo pelo consumidor, o coloca em uma situação de vantagem processual. Não há se falar em inversão, pois o que há é uma isenção do ônus da prova de fato constitutivo pelo juiz, sem que ocorra alteração dos critérios de distribuição em relação ao fornecedor, ao qual continua competindo a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor²⁷⁸.

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 uma presunção simples, pois, a partir dos fatos alegados pelo consumidor, o magistrado, através de um juízo de verossimilhança, chega à presunção de sua ocorrência e da conseqüente desnecessidade de produção da prova.

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).

²⁷⁶ 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).

²⁷⁷ 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).

²⁷⁸ 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 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).

Essa presunção é relativa e subsiste até o momento da sentença, caso não seja desconstituída pelo fornecedor²⁷⁹.

Conforme já adiantado no capítulo anterior, há o entendimento que essa redução de exigência de prova em favor do consumidor é uma prova *prima facie*²⁸⁰, 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 determinado 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 a formação da 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 mais fatos constitutivos do direito do autor diante da sua dificuldade de produção, razão pela qual a realização dessa operação o torna dispensado de sua efetiva produção²⁸¹.

²⁷⁹ 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).

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ 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 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 contrárias 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).

Esse critério é expressamente reconhecido pelo CDC como uma hipótese de inversão do ônus da prova, diferente das outras duas hipóteses que decorrem de criação doutrinária e jurisprudencial. O microsistema nos conduz à interpretação 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 Momento processual adequado para a decisão

O CDC não prevê um momento processual para a decisão proferida pelo juiz, caso entenda pela presença dos requisitos legais. Diante da omissão legislativa, a doutrina e os julgados do STJ começaram a externar basicamente dois posicionamentos. O primeiro trata como uma regra de procedimento ou de instrução, cabendo ao magistrado aplicar o instituto na decisão saneadora. O segundo assevera que é uma 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, ele decide qual parte sofrerá a consequência processual. O entendimento ressalta que não há 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 julgador²⁸².

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 reconhecendo a existência do fato constitutivo do direito do autor. Em

²⁸² 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).

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 em relação ao 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 se falar que essa decisão judicial possa ser proferida no momento que o juiz recebe a petição do 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, presume-se verdadeiro (artigo 341 do CPC). Foi sedimentado no STJ a aplicação da regra de instrução, pois evita uma possível surpresa ao fornecedor litigante²⁸³. 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 envolvendo publicidade enganosa ou abusiva as partes já têm prévio conhecimento acerca 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 e nem se pode discutir a violação a qualquer garantia processual quando se adota distribuição do ônus da prova expressamente prevista em lei.

²⁸³A 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, inexistente 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).

3.4 A possibilidade de aplicação 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 acerca da possibilidade de o juiz aplicar o instituto de ofício. 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 de complemento pelos direitos sociais e o cidadão carecia de condições materiais mínimas de sobrevivência que deveriam ser supridas pelo Estado.

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 neoconstitucionalismo²⁸⁴ teve como uma de suas consequências a expansão da jurisdição constitucional. A partir de então, os juízes são constantemente provocados e não podem se descuidar 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 um 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 nessa sociedade de risco, mas ao mesmo tempo requer do magistrado cautela

²⁸⁴ Segundo Daniel Sarmiento: “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 Neconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013. p.80-81).

na análise de todas essas demandas. É necessária uma visão prospectiva das externalidades e 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 uma 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 desta 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”²⁸⁵.

Os críticos vislumbram uma crise do sistema representativo, porquanto deslocariam a autoridade para a figura do juiz e haveria a manifestação do autoritarismo. Todavia, essa expressão também pode denotar uma visão mais progressista do exercício do poder contramajoritário pelo Poder Judiciário. Nessa seara, 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 um 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 de uma tutela jurisdicional efetiva. Essa propensão não

²⁸⁵ 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.

está somente ligada aos regimes ditos garantistas. Há registro histórico de Estados autoritários cujas legislações atribuíam amplos poderes ao juiz para a produção da prova²⁸⁶.

Mauro Cappelletti, ao tratar das iniciativas probatórias do juiz, cita três sistemas de direito processual. No primeiro, há uma visão individualista, no qual tudo se deve à iniciativa das partes. O segundo sistema, de inspiração mais publicista, atribui maiores poderes ao juiz de impulsionar o processo e 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 defeitos²⁸⁷.

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 uma posição passiva²⁸⁸. A proposta reflete no ônus da prova e exige do magistrado uma postura proativa, sem que isso afete a garantia da imparcialidade²⁸⁹. O processo hoje não pode ser pensado fora da vida social de relações desiguais entre as pessoas e dentro dessa perspectiva que se desenvolve a atividade do juiz e o exercício de seus poderes²⁹⁰.

²⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Neoprivatismo no Processo Civil. Temas de Direito Processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.93.

²⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidade y las pruebas em el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972. p. 130-131.

²⁸⁸ 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 arquétipo 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*).

²⁸⁹ 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).

²⁹⁰ 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”. (“destaque do original”). (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*).

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 Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa [...]”.²⁹¹ Do primeiro objetivo é possível inferir a necessária harmonia que deve existir da lei ordinária em relação à 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 obtenção de 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 juiz²⁹², a qual deve ser conjugada com a relação material existente entre as partes, pois o CDC utiliza de todo esse ideal da legislação processual civil e sua mudança de paradigma também afeta o microssistema.

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 não pode ocorrer de forma indiscriminada e deve ser embasada em circunstâncias objetivas. Situação diversa é aquela tratada acerca do reconhecimento das cláusulas contratuais abusivas, sem pedido do consumidor, pois, nesse caso, o juiz não atua gerenciando o processo na produção da prova e culmina por violar a previsibilidade dos atos processuais assegurada no CPC.

3.5 A prova do fato negativo

²⁹¹ BRASIL. CPC (2015). *Novo Código de Processo Civil Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 16.

²⁹² Jairo Parra Quijano assevera: “Como reiteradamente lo hemos expresado, la ideología que defendemos afirma que en el proceso debe investigarse y descubrirse la verdad; y, en consecuencia, consideramos necesario permitir que el pensamiento del juzgador, en busca de ese fin, se abra paso y le cree necesidades cognitivas, para cuyo abatecimiento cuenta precisamente con la posibilidad de decretar pruebas de oficio”. (QUIJANO, Jairo Parra. *Racionalidad e ideología en la pruebas de oficio*. Bogotá: Temis, 2004. p. 20).

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”²⁹³. Hoje não prevalece mais esse critério, pois o réu, em regra, tem que 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 mais é admitida a máxima de que os fatos negativos não precisam ou não podem ser provados (*negativa non sunt probanda*). À alegação de um fato negativo a parte adversa pode comprovar através de um fato positivo que lhe guarde correspondência²⁹⁴. Se o autor alega um fato definido positivamente e o réu se contrapõe a este fato, alegando que não ocorreu, ele está diante da necessidade de provar um fato negativo, pois 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 uma afirmação da inexistência de um fato, indefinida no tempo e no espaço, ao passo que a segunda retrata que o fato não existiu de forma determinada, ou seja, em um certo contexto.

Em julgado do STJ, a Ministra Nancy Andrighi abordou a possibilidade de comprovação dos fatos relativamente negativos.²⁹⁵ Por outro lado, na negativa absoluta

²⁹³ BRASIL. *Decreto-Lei 1608, de 18 de setembro de 1939*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm Acesso em: 16 fev 2016.

²⁹⁴ Michele Taruffo destaca a possibilidade da prova dos fatos negativos mediante a utilização do mecanismo lógico do alibi: “[...] 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)

²⁹⁵ 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)

é, em regra, inviável a produção de qualquer meio de prova. Por exemplo, se a pessoa diz que nunca foi em determinado lugar é extremamente difícil para a parte contrária comprovar que essa pessoa esteve em tal lugar em algum momento de sua vida²⁹⁶. É uma característica do fato probando a sua determinação e há uma distinção entre a situação do fato da pessoa alegar que nunca foi àquele lugar daquela que alega que não esteve 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 através de 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 ou réu. Na ação declaratória negativa, compete ao autor comprovar os fatos negativos alegados. O extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná julgou demanda 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 celebrado²⁹⁷.

²⁹⁶ Michele Taruffo reconhece a dificuldade da prova do fato negativo indeterminado, mas propõe uma solução recorrendo a um mecanismo distinto: “[...] Se trata, esencialmente, 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 estuvo ali; 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).

²⁹⁷BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Apelação Cível. DUPLICATA - TITULO ACEITO - LIDE 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 cambiaria, 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 Civis 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.

Em algumas hipóteses, a comprovação do fato negativo é complexa²⁹⁸. Em uma relação de consumo, a problemática acerca do fato negativo ganha repercussão quando o juiz pode reconhecer como verdadeiro o fato alegado pelo consumidor diante da dificuldade de sua comprovação. Ao mesmo tempo, essa decisão não pode implicar em uma prova muito difícil de ser provada pelo fornecedor, pois o ordenamento jurídico repudia a chamada prova odiosa ou diabólica. O entendimento implicará na necessidade de redução das exigências na valoração da prova pelo juiz, tema que será abordado posteriormente.

Conforme já ressaltado neste trabalho, este 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 um fornecedor de produtos ou 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.

Caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul entendeu pela inexistência de verossimilhança na alegação do consumidor sobre a constatação de uma aranha no interior da lata de cerveja e reconheceu a dificuldade do 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 a 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 ocorrido”²⁹⁹.

²⁹⁸ Segundo Hernando Devis Echandía: “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”. (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomos I*. 4ed. Medellín: Dike, 1993. p. 508).

²⁹⁹ 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*

Acerca do vício do serviço, há julgado oriundo da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. O consumidor alegou que houve, sem requerimento, o encerramento do 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 da parte ré comprovar que não houve tal solicitação. Segundo o julgado, o consumidor não juntou nenhum documento que demonstrasse a verossimilhança de sua alegação, ao menos um protocolo de atendimento³⁰⁰.

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 que são possíveis suas comprovações. O CPC prevê expressamente a impossibilidade de se atribuir o encargo dessa prova à parte, cabendo ao juiz a análise de acordo com as peculiaridades do caso.

3.6 A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

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 Tonial. Porto Alegre, 28 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 5 fev 2016.

³⁰⁰ 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 JUIZ 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 JUIZ 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 FORMULADOS EM DESFAVOR DA RÉ CEB. 20130110700145ACJ. 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.

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 justificava apresentada fundava-se na necessária segurança jurídica como medida de previsibilidade do direito³⁰¹. Também se vislumbrava à época uma situação de incerteza gerada pela ampliação dos poderes do juiz ao atribuir-lhe a possibilidade de redistribuir os ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto, razão pela qual via-se o ônus de forma objetiva, como regra de julgamento³⁰².

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 deste jurista italiano: “[...] Não é possível dizer *a priori* que a repartição da prova seja rigorosamente lógica e justa”³⁰³. Destoou de forma mais significativa deste método estanque o jurista e filósofo inglês Jeremy Bentham, que, com sua visão utilitarista, argumentava que a solução prática do caso deveria observar o máximo de utilidade e bem-estar para as pessoas afetadas.”³⁰⁴.

Essa teoria foi de certo modo resgatada no final do século XX por juristas argentinos, sob a direção de Jorge W. Peyrano³⁰⁵, que se valeram da teoria da situação jurídica processual de James Goldschmidt. Vislumbrava-se no processo a existência de uma relação jurídica e a consideração dinâmica do direito³⁰⁶. A aplicação dessa teoria é indicada para os casos nos quais o critério legal ou estático não funciona adequadamente e busca a análise pelo juiz de cada processo que é posto à sua apreciação.

³⁰¹ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956. p. 59.

³⁰² MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989. p. 96-97.

³⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.2. 3ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 448.

³⁰⁴ 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: EJE, 1971. p.149).

³⁰⁵ 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).

³⁰⁶ 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.

Independe a posição jurídica ocupada pela parte (autor ou réu), bem como a natureza do fato que é 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-lhe à parte que tem melhores condições de produzir a prova e atua como um complemento para melhor alcance da efetividade e da justiça possível para as partes litigantes.³⁰⁷

A estipulação apriorística pelo legislador dos critérios de distribuição do ônus da prova não leva em consideração 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 um resultado efetivo. Para a obtenção de uma 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 leva em consideração 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 responsabilidade 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 cuidava-se de ação indenizatória ajuizada por paciente, sob o argumento de que a cirurgia realizada pelo médico foi 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

³⁰⁷ 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 lineamentos 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 imposibilitado 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).

visão solidarista e de justiça distributiva do processo como instrumento de poder é encampada por essa teoria³⁰⁸.

Posteriormente, houve a expansão na jurisprudência argentina para hipóteses envolvendo a simulação nos negócios jurídicos, demandas envolvendo lides bancárias e securitárias, bem como relacionadas ao direito de família e a aspectos dos serviços de telefonia. Acerca desse último, Héctor E. Leguisamón destacou julgado que envolvia cobrança em excesso. Concluiu o magistrado pela maior facilidade na produção da prova pelo fornecedor, porquanto possuía os mecanismos técnicos necessários para melhor demonstrar a cobrança do serviço³⁰⁹.

A teoria foi abarcada pelo Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, inicialmente desenvolvido por juristas brasileiros e com a intenção de sistematizar a defesa dos interesses e direitos transindividuais³¹⁰. O Projeto repercutiu as últimas tendências do processo civil moderno e no capítulo III, que trata das regras processuais aplicáveis de forma geral aos processos coletivos, tratou no artigo 12 da prova por estatística ou amostragem, a distribuição dinâmica do ônus da prova e a possibilidade do juiz determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório³¹¹. No plano legislativo brasileiro há o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo, na mesma linha do Código Modelo da Ibero-América³¹².

³⁰⁸ 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).

³⁰⁹ 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.

³¹⁰ 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 Pelegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. V.II. 10ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.339)

³¹¹ 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.

No Brasil, logo surgiram vários 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”.³¹³ O dispositivo legal que prevê como regra o critério estático não pode ser analisado de forma isolada, 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 racional³¹⁴.

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, da boa-fé, da solidariedade, da colaboração com o órgão judicial e do devido processo legal³¹⁵. O dispositivo que reconhece a nulidade da convenção das partes que 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 uma parte se valha de sua superioridade técnica ou econômica em detrimento da outra e o combate ao desequilíbrio processual que gere prejuízo para uma parte³¹⁶.

A jurisprudência nacional trilhou o mesmo caminho. O julgado pioneiro foi proferido no ano de 1996, da lavra do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 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 sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica”³¹⁷.

(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).

³¹² CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p.115.

³¹³ DALL’AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios *In Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p.798.

³¹⁴ DALL’AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios *In Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p.804-805.

³¹⁵ 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.

³¹⁶ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.144.

³¹⁷ 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:

Posteriormente, houve a ampliação dos temas sujeitos à sua aplicação, inclusive para temas relativos a exibição de documentos relativos a contratos bancários celebrados entre o consumidor e a instituição financeira³¹⁸.

Apesar do grande destaque dessa teoria na doutrina e jurisprudência brasileiras³¹⁹, há críticas a este entendimento. Dentre elas, vale ressaltar a que não se vislumbra na passividade da parte um defeito, bem como que essa ideia colaborativa culminaria em um 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 uma maior subjetividade do juiz. A inovação é menos útil e revolucionária do que se imaginava, pois o direito brasileiro possui mecanismos específicos para a investigação de fatos relevantes³²⁰.

https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500333414&dt_publicacao=26/08/1996. Acesso em: 6 abril 2015

³¹⁸BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento. NEGÓCIO 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%E7a&versao=&versao_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 abordada a questão relativa à exibição de documentos, pois houve alteração no NCPC.

³¹⁹ 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 AerCap 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.

³²⁰ 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 impropriamente 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

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. Tal desiderato, em linhas gerais, tem certa correspondência com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no que diz respeito à hipossuficiência³²¹. Contudo, o microsistema diferencia-se em outros aspectos que serão doravante explicitados.

O ponto de contato entre os institutos é a hipossuficiência processual que, no CDC, é somente um dos critérios a 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 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.

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 completude 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 Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). *Processo de Conhecimento – Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. p.201).

³²¹Neste 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 encontre 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)

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 análise dos requisitos no caso concreto. Não há sentido no reconhecimento de uma parte como hipossuficiente no processo se não há utilização das máximas de experiência, pois se trata de um critério judicial de reconhecimento da prova de um fato pelo consumidor, no caso do CDC, ou da imposição do ônus da prova à parte que tem melhores condições na sua produção, no caso da teoria da distribuição dinâmica prevista no CPC.

O CDC é expresso em reconhecer a possibilidade de utilização desse critério somente em favor do consumidor. Infere-se também que sua utilização é viável quando ele for autor no processo. Não é admissível a utilização quando for réu, pois ao fornecedor seria imposto 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, o seja, uma prova diabólica³²².

Para o reconhecimento da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova independe a posição processual da parte. A imposição ao consumidor da prova de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo que compete ao fornecedor, com base na hipossuficiência desse, seria subverter o sistema, além da incompatibilidade da aplicação simultânea dos institutos. Aplica-se o critério previsto no CDC na hipótese de uma relação de consumo e presentes os requisitos legais. Caso se trate de uma relação não abarcada por esse microssistema, 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 de uma 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 que o juiz profere a decisão, o processo seguirá o seu fluxo e a partir de então o fornecedor corre o risco processual se não ficar comprovado o respectivo fato impeditivo, modificativo ou extintivo que lhe incumbe.

³²²LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 292.

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 uma decisão desfavorável, ou seja, encerrada a instrução processual, como é vedado o pronunciamento do *non liquet* pelo juiz, deverá julgar o pedido mesmo diante do seu estado de dúvida³²³.

Não há 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, é mantido 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 que o réu tem melhores condições de produzir a prova. Nessa hipótese, se assim não o fizesse, 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 amoldar-se 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 tem que adentrar nas características do direito material discutido e dos sujeitos envolvidos para aferir qual das partes tem maior facilidade na produção da prova. Em ambos os casos há maior grau de subjetividade, mas na distribuição dinâmica ele é ainda mais acentuado, pois lhe cabe maior grau de adaptação às peculiaridades do caso concreto³²⁴.

³²³ 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.

³²⁴ 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 em 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: MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). *Processo de Conhecimento – Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. p.437). No mesmo

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 sua finalidade 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 poderes do juiz, “quer no plano da ‘direção formal’, quer (embora com menos intensidade) no da ‘direção material’ do processo³²⁵.”

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 solidarista externada pela teoria dinâmica do ônus da prova vai ao encontro da ideia de boa-fé processual e cooperação entre os sujeitos do processo, previstas como normas fundamentais processuais (artigos 5º e 6º, respectivamente)³²⁶.

A busca da verdade provável é uma 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 condicionantes³²⁷. 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

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)

³²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista de Processo* n.78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.138.

³²⁶ 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 cercar-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).

³²⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 137.

experiência, o deslocamento do ônus probatório à parte que tem melhores condições de comprovar os fatos controvertidos.

A previsão consta no artigo 373, §1º, do CPC³²⁸ 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 a 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 na atividade probatória. Essa teoria está embasada em três argumentos fundamentais: “i) pressupõe uma visão cooperatória 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 civil”³²⁹.

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 está sob seu poder, o que foi mantido pelo CPC vigente (artigo 396)³³⁰. 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 CPC³³¹ retoma o entendimento que o não cumprimento desse dever implica na possibilidade de o juiz adotar medidas efetivas para que o documento seja exibido, ao contrário do que prevê o enunciado nº372 das súmulas do STJ, a qual veda a imposição de multa em procedimento de exibição de documentos e que provavelmente será revogado³³².

³²⁸ 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).

³²⁹ 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.

³³⁰ Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exhiba 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).

³³¹ 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).

³³² Enunciado 372 das súmulas do STJ: “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”. Disponível em:

Com base nesse entendimento, não se vislumbra utilidade na aplicação da teoria da distribuição dinâmica nos casos de exibição de documentos, pois foi mantida no CPC vigente como dever processual da parte que detém o documento. Além do mais, foi retomada a possibilidade do juiz aplicar medidas coercitivas para a obtenção do documento, em desfavor da parte ou de terceiro (artigo 403, parágrafo único, CPC)³³³, o que se mostra mais efetivo do ponto de vista processual. O descumprimento do ônus não lhe acarreta uma sanção. Ao contrário, o descumprimento do dever gera a possibilidade do magistrado aplicar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

Segundo a doutrina originária, a dinamização da prova é uma regra de julgamento, ou seja, não haveria necessidade do conhecimento prévio das partes acerca de sua aplicação pelo juiz³³⁴. Contudo, o CPC tem por escopo assegurar ao máximo o contraditório às partes, inclusive em matérias de ordem pública³³⁵. É o que se tem denominado de contraditório substancial. Nesse sentido, 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 373³³⁶. O enunciado permite concluir que o CPC adotou expressamente a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e a tratou como uma regra de instrução ou procedimento.

Além do mais, é possível a aplicação de tal 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 e

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=191>. Acesso em: 17 abr 2016.

³³³ 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).

³³⁴ 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.

³³⁵ 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).

³³⁶ 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).

expressamente prevê o artigo 1046, que trata das Disposições Finais e Transitórias³³⁷. Uma interpretação *a contrario sensu* corrobora essa assertiva, pois o artigo 1054³³⁸ ressalva a aplicação somente aos processos iniciados após a vigência e nos casos específicos da coisa julgada³³⁹.

Nessa visão de incremento dos poderes instrutórios do juiz, é possível a aplicação dessa teoria de ofício e pode ocorrer em relação a um ou mais fatos controvertidos no processo. O recurso cabível para a impugnação da decisão que modifique o critério estático do ônus da prova é o agravo de instrumento, conforme disposto no art. 1015, inciso XI, do CPC³⁴⁰. A decisão judicial não pode gerar a impossibilidade da produção da prova para ambas as partes, sob pena de configurar o que é 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 de prova diabólica ou odiosa e normalmente está associada à atribuição da prova de um 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”³⁴¹. A situação contempla um limite à aplicação da teoria da

³³⁷ 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).

³³⁸ 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).

³³⁹ 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.

³⁴⁰ 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).

³⁴¹ 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.

distribuição dinâmica do ônus da prova, pois essa pressupõe uma situação de desigualdade³⁴². A dosagem a ser feita pelo juiz, na tentativa de reequilibrar as partes, tem de ser criteriosa, pois não é possível inverter a desigualdade³⁴³.

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.³⁴⁴ O limite material da distribuição dinâmica do ônus da prova é verificada na alteração do encargo probatório que cria uma prova diabólica reversa, ou seja, o deslocamento do ônus da prova é inviável por se tratar de um fato excessivamente difícil ou impossível de ser comprovado pela outra parte³⁴⁵. Inclusive, essa situação pode ser evidenciada posteriormente, em decorrência de fato ou circunstância superveniente que venha alterar o panorama até então traçado no processo³⁴⁶.

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 tal ônus, para que o fato seja comprovado 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 se falar na possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova.³⁴⁷

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

³⁴² 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.

³⁴³ 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.

³⁴⁴ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.179.

³⁴⁵ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.188.

³⁴⁶ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p.92-93.

³⁴⁷ 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).

lesão ou doença preexistiam à celebração do contrato. De forma específica, 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 lesão.

Segundo o autor, a situação cria uma prova impossível para a parte que teria o ônus de produzi-la. Refuta o entendimento do STJ que a operadora teria de efetuar exames prévios para verificar a ocorrência ou não de alguma lesão ou doença preexistente³⁴⁸: “[...] 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”.³⁴⁹ O ônus atribuído à seguradora consiste na produção da prova de que o consumidor tinha conhecimento prévio da doença ou lesão.

Sustenta, ao final, a possibilidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ao consumidor, para que ele comprove o momento que tomou conhecimento da doença. A seguradora demonstraria o exame que normalmente é feito para o diagnóstico da doença que acomete o consumidor e este demonstraria quando fez o exame. Ressalta a necessidade do alerta prévio às partes e que esse critério no caso concreto aumentaria a probabilidade que o processo venha alcançar um resultado justo e que diminua os níveis de erro na decisão³⁵⁰.

Todavia, não se vislumbra nessa hipótese uma unilateralidade na prova diabólica, pois também é excessivamente difícil ao consumidor comprovar o fato constitutivo do seu direito, qual seja, que não possuía prévio conhecimento da doença ou lesão. Mais uma vez, o legislador utilizou uma presunção legal relativa que o

³⁴⁸ 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.

³⁴⁹ 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

³⁵⁰ 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.

consumidor não tinha prévio conhecimento, pois entendeu que a prova do fato negativo lhe era mais difícil e atribuiu à seguradora desconstituir essa presunção através de um fato extintivo³⁵¹. 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 um vínculo de necessidade 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, seja decorrente de uma relação de consumo, seja de qualquer outra relação jurídica que se depare com o imbróglio.

Caso concreto envolvendo a prova diabólica bilateral foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Um casal propôs ação indenizatória contra a fabricante de preservativos e os autores requereram 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 improcedente os pedidos.

Foi interposto recurso desta 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:

³⁵¹ 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 OBRIGAÇÃO 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.

“[...] 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 [...]”³⁵². O magistrado utilizou um juízo de probabilidade não para produção da prova, como ocorre no critério judicial previsto no CDC, mas para valorar a prova, o que vai ao encontro da doutrina que reconhece a redução das exigências de prova em situações específicas.

3.7 A redução das exigências de prova 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. Atuam, em um primeiro momento, como facilitadores processuais na produção do material probatório que irá formar a convicção do julgador. Surgem situações 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. Atuam no momento da distribuição do encargo probatório pelo juiz e, como visto, devem ser aplicados durante a fase de saneamento e organização do processo. Em hipóteses excepcionais, não poderão ser aplicados e o magistrado chegará ao final da instrução sem a obtenção de 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 um mito no processo, pois o que se tem é uma verdade provável. Há tempos a doutrina já ressalta esta inviabilidade da verdade real ou material

³⁵² 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/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2322245&cdForo=0&v1Captcha=yefjfv>. Acesso em 11 fev 2016.

e se contenta com um 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 um 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 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, de uma prova clara e convincente e de uma 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 que se exige uma probabilidade maior, uma prova clara e convincente. São as hipóteses, por exemplo, de destituição de pátrio poder e improbidade administrativa³⁵³.

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 irá recair 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 que trabalha com certo nível de incerteza diante da complexidade da produção da prova³⁵⁴.

Julgado do STJ utilizou esse critério probabilístico na análise que envolvia a teoria da perda de uma chance que, por si só, traz em seu conceito uma ideia de probabilidade. Há quem trabalhe com percentuais como requisito para sua caracterização a probabilidade da oportunidade ser superior a cinquenta por cento³⁵⁵. O caso concreto versava sobre um participante de programa televisivo cujo objetivo era

³⁵³ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.37-39.

³⁵⁴ 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, constituído por alguna verdad ‘probable’”. (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p.191)

³⁵⁵ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.79.

acertar questões de conhecimentos variados. Ao final, se acertasse a última pergunta embolsava a quantia correspondente a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro. O questionamento da última pergunta não tinha resposta correta, dentre os quatro itens disponíveis, o que motivou a participante a ingressar em juízo, sob o fundamento da perda de uma chance de obter tal montante.

É importante destacar que a 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, aliado 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)³⁵⁶.

Outro método utilizado para valoração da prova é a chamada constelação de indícios. Representa um conjunto de indícios sobre o mesmo fato e guarda relação com as presunções judiciais, contudo difere-se dessas por tratarem 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

³⁵⁶ 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&n_um_registro=200501724109&data=20060313&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 12 fev 2016).

existência de indícios que, de forma conjunta com outros fatores, podem subsidiar ao julgador uma constelação de indícios para valoração da prova³⁵⁷.

Segundo Piero Calamandrei, todo juízo de verdade se reduz logicamente a um juízo de verossimilhança, o qual está dotado de multifuncionalidade no processo civil. Esse jurista italiano destaca a atuação 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 uma prévia valoração comparativa da verossimilhança das afirmações das partes³⁵⁸. Esse método denominado de verossimilhança preponderante representa um menor grau de probabilidade, sem redistribuir o encargo probatório.

Há jurisprudência no Brasil que abarca este 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 internas³⁵⁹

³⁵⁷ 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.

³⁵⁸ CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil v. III*. Buenos Aires: EJE, 1973. p. 337.

³⁵⁹ 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

A teoria da constelação de indícios difere da verossimilhança preponderante acerca do ponto de partida. Essa se atém mais às alegações do autor, enquanto aquela utiliza de indícios apurados no processo³⁶⁰. Nesse sentido, é possível inferir pelos dados colhidos que o julgado mais se assemelha à aplicação da teoria da constelação de indícios, pois a fundamentação utilizou fatos conhecidos para formação da 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 a aplicação do módulo normal de prova poderia vir a tornar a decisão injusta³⁶¹.

A nosso ver, a mais paradigmática das soluções foi a apresentada pelo processualista alemão Gerhard Walter. Segundo o autor, a partir dos modelos de constatação é possível inferir que há um tratamento diferenciado em relação ao processo civil e ao processo penal³⁶². 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 n redução de forma

verossimilhança preponderante, desenvolvida pelo direito comparado e que propaga a ideia que de que a parte que ostentar condição mais verossímil 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&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/jurisprudencia/j/11866582/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1315732-7>. Acesso em: 12 fev 2016.

³⁶⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 208

³⁶¹ 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 damnificado 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).

³⁶² WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la pueba*. Bogotá: Temis, 1985. p.173.

indiscriminada do módulo da prova, pois na maioria dos casos o critério normal é o mais adequado³⁶³. 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 acidentes de trabalho, as lesões pré-natais, casos envolvendo 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 se transplantado para o processo e, por conseguinte, para o ônus da prova e facilitar a prova do nexo causal³⁶⁴. Os casos devem evidenciar uma dificuldade na produção da prova e, ao mesmo tempo, o direito material revela 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 uma lei protetiva do consumidor. Gerhard Walter cita vários exemplos, dentre eles, o de um clube recreativo que não possuía uma cerca divisória entre o ponto da piscina que a dividia entre os nadadores iniciados e os principiantes. A pessoa que não sabia nadar morreu afogada no setor fundo e a causa da morte poderia ser o afogamento ou um colapso circulatório. Evidenciada a impossibilidade de comprovação dos fatos, é possível a conclusão que o réu assumiu o risco pela não elucidação dos fatos ao violar seu dever de prevenção de danos³⁶⁵.

³⁶³ WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la pueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 176.

³⁶⁴ 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)

³⁶⁵ 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

Esse juízo de verossimilhança, da mesma forma que ocorre nos demais casos, destaca a impossibilidade de um 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 fundamentais³⁶⁶. A situação é acentuada nas hipóteses em que os critérios expressamente previstos pelo ordenamento jurídico mostram-se insuficientes para a obtenção de uma prova plena³⁶⁷. 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 há variedade de julgados que tratam do tema e o aplicam nas hipóteses de dificuldade da produção da prova. O entendimento é comumente aplicado nos casos envolvendo furto do veículo ou de pertences que estavam em seu interior quando estacionados em estabelecimento comercial³⁶⁸. A

fu la causa del accidente fatal. Si el bañero hubiese cumplido con su deber, el bañista no se habría ahogado porque había respetado la valla. O se habría ahogado, por no respetarla, o habría muerto de un colapso circulatorio. Pero em estos dos últimos casos, el bañero no sería responsable. La inesclarecibilidad es aquí 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).

³⁶⁶ 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).

³⁶⁷ 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 límpida 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).

³⁶⁸ 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

utilização destes 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 ao magistrado um 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 uma prova diabólica bilateral e os demais mecanismos existentes não são suficientes para a resolução do conflito.

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: Nivael 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 de uma relação jurídica de consumo. Essa constatação constitucional da necessidade de tratamento diverso irradia seus efeitos no CDC. O diálogo das fontes demonstra a abertura desse microsistema, o qual abarca legislação 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 que aos particulares.

A questão probatória vai ao encontro dessa visão protecionista. O ônus da prova necessita de estudos aprofundados diante da interdisciplinariedade 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 requer dos operadores do direito uma 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 que os critérios não são suficientes.

A responsabilidade civil no CDC vai ao encontro do princípio da reparação integral da vítima previsto como direito básico do consumidor. Apesar de compartimentada em vício do produto ou serviço e fato do produto ou 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 levam 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 tem por escopo facilitar a produção da prova de algum ou 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 essa 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 trabalha com a presunção legal, ora com 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 hipótese pontuais. Em nenhuma delas há verdadeiramente uma inversão do encargo probatório e a utilização de tal 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 já sabe que não será aplicado o paradigma do critério estático, pois a prova do defeito, que em regra competiria ao autor da ação, é reconhecido 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 uma situação desfavorável a ele no processo.

Acerca do ônus da prova na correção da comunicação ou 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 que a comunicação ou 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 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 uma 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 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 daí surge 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 exercer a jurisdição.

É necessária a releitura do ônus da prova à luz de uma visão constitucional, democrática, publicista e social do processo. A teoria clássica prevê uma atuação subsidiária do juiz na fase instrutória. Caso alguma das partes não comprove os fatos que lhe compete, sofrerá uma consequência processual por essa omissão. Hodiernamente, há necessidade de uma interpretação equilibrada dos princípios inquisitivo e dispositivo, representada pela ampliação dos poderes do juiz na busca de um conjunto probatório mais robusto e que venha 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 que a aplicação de algum facilitador processual não implica necessariamente na vitória da parte que teve este 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 uma situação processual de desigualdade, da mesma forma que o legislador assim o fez ao estabelecer algumas hipóteses específicas, tais 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 em 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 uma 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 seja acolhida essa presunção, em todos os casos submetidos ao Poder Judiciário o consumidor estará 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 padrões probatórios e 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 conduz à necessidade de resolução do caso concreto mediante juízos de verossimilhança. A prova plena deve ser atenuada, a depender do direito material deduzido em juízo, devendo o magistrado 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 desse trabalho. Nos casos da prova bilateralmente diabólica, o direito fundamental de proteção de consumidor e a responsabilidade objetiva do fornecedor prevista como regra no microsistema, devem ser sopesadas 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 é analisado à luz do direito material respectivo, em especial nos casos que há leis protetoras de determinadas categoriais. Nesse contexto, o juiz reduz a exigência de prova e julga com base na verossimilhança. A finalidade do instituto é evitar ao máximo o ônus da prova como técnica de julgamento, porquanto se trata de uma 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.

ARENDT, 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 dinámicas*. 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: Zahr, 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: Ediouro, 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) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCPC. In: MACÊDO, Lucas Buril; 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: ClassicBook, 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 nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

DALL'AGNOL 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.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso Reis Freira. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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.

KNJJNIK, 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

MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3.ed. 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 e deveres probatórios no Novo CPC brasileiro. In: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). *Processo de Conhecimento – Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

RÁO, 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.

REICHELDT, 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: FELLETT, 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.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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 prueba*. 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 Buril; 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.