

CADERNOS ESMAPE



SÉRIE TESES E DISSERTAÇÕES



ADRIANO MARIANO DE OLIVEIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL
OBJETIVA E INVERSÃO
PROBATÓRIA NO CDC
LUSO-BRASILEIRO:
MEDICAMENTOS E FIADOR**

Recife
ano 1
número 36
2025

36

CADERNOS ESMAPE



SÉRIE TESES E DISSERTAÇÕES



**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA
E INVERSÃO PROBATÓRIA NO
CDC LUSO-BRASILEIRO:
medicamentos e fiador**

Adriano Mariano de Oliveira



Copyright by Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Msc. Joseane Ramos Duarte Soares

Capa: João Pessoa e Joseane R. Duarte Soares

Diagramação: Luciano Costa

Revisão: Autor

Copiar é crime. Lei do Direito Autoral n.9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Cadernos Esmape [recurso impresso] / Escola Judicial de Pernambuco
(Esmape), a. 1, n. 1, 2025 – Recife: Esmape, 2025 - .

ISSN: 3085-802X

Série Teses e Dissertações, n. 36 – Responsabilidade Civil Objetiva e
Inversão Probatória no CDC Luso-brasileiro: medicamentos e fiador, autoria
de Adriano Mariano de Oliveira.

126 p.

1. Prova. 2. Livre convencimento motivado. 3. Inversão do ônus da prova.
4. Consumidor. 5. Hipossuficiência. I. Título.

Elaboração: Biblioteca Jarbas Maranhão / Esmape

CDU 340.5

Correspondência:

Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Rua Des. Otílio Neiva Coêlho, s/n – Bairro Ilha Joana Bezerra

Recife – PE - CEP 50080-900

Sítio eletrônico: <https://portal.tjpe.jus.br/web/escolajudicial>

E-mail: cadernos.esmape@tjpe.jus.br



Biênio 2024-2026

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Presidente

Desembargador Fausto de Castro Campos
1. Vice-Presidente

Desembargador Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto
2. Vice-Presidente

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello
Corregedor-Geral da Justiça



Biênio 2024-2026

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
Diretor-Geral

Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira
Vice-Diretora Geral

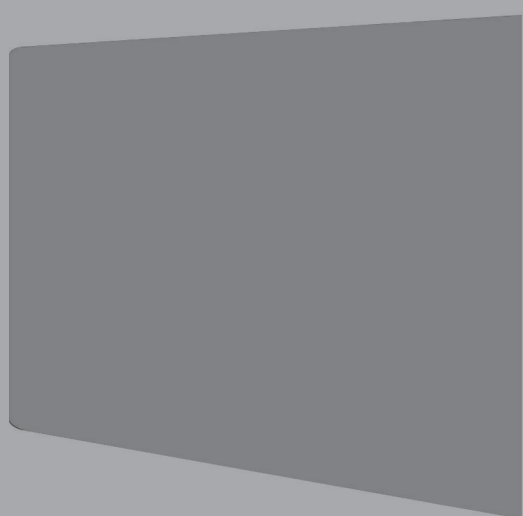
Juiz de Direito Sílvio Romero Beltrão
Supervisor

Juíza de Direito Fernanda Pessoa Chuahy de Paula
Coordenadora da Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores
(DFAS)

Juiz de Direito Edmilson Cruz Júnior
Coordenador da Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
(DFAM)

Juiz de Direito José Faustino Macêdo de Souza Ferreira
Coordenador do Instituto de Desenvolvimento de Inovações Aplicadas
ao Tribunal de Justiça de Pernambuco (Ideias Esmape/TJPE)

Juiz de Direito Haroldo Carneiro Leão
Coordenador dos Cursos de Informatização Jurídica



Dissertação apresentada, em 2017, ao Programa de Mestrado Científico em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof.º. Doutor José Luís Bonifácio Ramos.

Dedico este trabalho à família, em especial, minha mãe, in memoriam, Eudócia Bezerra de Oliveira, à minha esposa Maria Elizabete Cavalcanti Pessoa e ao meu filho João Vítor Cavalcanti de Oliveira, exemplos de vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família por todo o amor, dedicação e apoio ao longo da caminhada para a conclusão deste trabalho.

Ao meu orientador, Professor Doutor José Luís Bonifácio Ramos, pelo apoio, pela contribuição, pela disponibilidade e pelos ensinamentos transmitidos para a elaboração deste trabalho.

*“Ontem eu era inteligente, queria mudar o mundo.
Hoje eu sou sábio, estou mudando a mim mesmo...”*

(Autor Desconhecido)

RESUMO

É de grande relevância para os operadores do Direito, em qualquer tempo, o estudo da prova — um tema fascinante que sempre desperta intensos debates doutrinários e jurisprudenciais. Sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, eliminada a utilização do critério do livre convencimento motivado para a tomada de decisões, especificamente no que se refere à produção de provas, esta dissertação aborda o instituto jurídico da inversão do ônus probatório nas lides consumeristas. A problemática envolve a responsabilidade civil objetiva do fornecedor de produtos e serviços perante o consumidor, notadamente sob a ótica do risco de desenvolvimento e da cláusula contratual de renúncia ao benefício de ordem, em detrimento do fiador, quando prevista em contrato de adesão. Na maioria dos tribunais brasileiros, e por unanimidade nos tribunais portugueses, prevalece o entendimento de que não incide a inversão do ônus da prova em benefício do fiador, ainda quando alegada em juízo a ausência de informação objetiva na cláusula de fiança. Ademais, quanto ao risco de desenvolvimento, o ordenamento jurídico português afasta a possibilidade de responsabilização civil objetiva ao fornecedor por danos causados ao consumidor, em razão da inexistência de previsão legal específica acerca do ônus da prova ou de sua inversão. No Brasil, por sua vez, não obstante o silêncio da lei, a jurisprudência é unânime em imputar responsabilidade ao fornecedor nessas situações. No âmbito do presente trabalho, com base nas orientações acima delineadas, são analisadas as graves consequências jurídicas acarretadas ao fiador e ao consumidor — partes hipossuficientes e vulneráveis nos contratos de adesão — nas hipóteses de recusa à inversão do ônus da prova, em clara violação aos princípios basilares consagrados na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Prova. Livre convencimento motivado. Inversão do ônus da prova. Consumidor. Hipossuficiência.

ABSTRACT

The study of evidence is of great relevance to legal practitioners at any time — a fascinating subject that has always sparked intense doctrinal and jurisprudential debates. Under the aegis of the 2015 Code of Civil Procedure, with the elimination of the criterion of free motivated conviction in decision-making, specifically regarding the production of evidence, this dissertation addresses the legal institution of the reversal of the burden of proof in consumer disputes. The issue involves the strict liability of suppliers of goods and services towards consumers, particularly from the perspective of development risk and the contractual clause of waiver of the benefit of discussion to the detriment of the guarantor, when stipulated in adhesion contracts. In most Brazilian courts, and unanimously in Portuguese courts, the prevailing understanding is that the reversal of the burden of proof does not apply in favor of the guarantor, even when the absence of objective information in the surety clause is alleged in court.

Furthermore, regarding development risk, the Portuguese legal system excludes the possibility of imposing strict liability on the supplier for damages caused to the consumer, due to the lack of a specific legal provision concerning the burden of proof or its reversal. In Brazil, however, despite the silence of the law, case law is unanimous in holding suppliers liable in such situations. Within the scope of this study, based on the guidelines outlined above, the severe legal consequences imposed on the guarantor and the consumer — weaker and more vulnerable parties in adhesion contracts — are analyzed in cases where the reversal of the burden of proof is denied, in clear violation of the fundamental principles enshrined in the Federal Constitution and the Consumer Defense Code.

Keywords: Evidence. Free motivated conviction. Reversal of the burden of proof. Consumer. Vulnerability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	23
1 DA PROVA.....	25
1.1 Conceito de Prova	25
1.2 Do sistema dispositivo	27
1.3 O fim do livre convencimento motivado e da livre apreciação da prova	28
1.4 Dos princípios da cooperação e da coparticipação dos sujeitos da lide	33
1.5 Dos fatos controvertidos	36
1.5.1 Dos fatos notórios	37
1.5.2 Dos fatos confessados.....	37
1.5.3 Dos fatos incontroversos	39
1.5.4 Da presunção	39
1.6 Da verdade formal e da verdade material	41
1.7 Do ônus objetivo e do ônus subjetivo.....	43
1.7.1 Da diferença entre ônus e obrigação	45
1.8 Da regra de prevalência da produção da prova	47
1.9 Da dinâmica da prova	50
1.10 Do momento da produção da prova	54
1.10.1 Do procedimento comum no NCPC	56
2 A PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR	59
2.1 Conceito de consumidor.....	59
2.2 Conceito de fornecedor.....	61
2.3 Da dinâmica da prova no CDC	62
2.3.1 Requisitos da inversão do ônus da prova no direito do consumidor	67
2.4 Verossimilhança e hipossuficiência: são requisitos cumulativos ou alternativos?	74
2.5 Momento da inversão do ônus da prova de acordo com o CDC.....	75
2.5.1 A inversão do ônus da prova no momento do julgamento da lide.....	76
2.5.2 A inversão do ônus da prova no despacho saneador	77
2.5.3 A inversão do ônus da prova antes da citação do fornecedor	79
2.6 Da inversão do ônus da prova à luz do ordenamento jurídico português	82
2.6.1 Novo paradigma	84

3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DOS DANOS DECORRENTE DE MEDICAMENTO AOS PACIENTES – RISCO DE DESENVOLVIMENTO E DA RENÚNCIA DO BENEFÍCIO DE ORDEM PELO FIADOR	91
3.1 Da responsabilidade civil objetiva	91
3.1.1 Nas lides de responsabilidade civil objetiva, aplica-se a regra tradicional do ônus da prova no NCPC ou a inversão do ônus da prova do CDC?	93
3.2 Da inversão do ônus da prova quanto à renúncia ao benefício de ordem 99	
CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para esta dissertação de mestrado é “Responsabilidade civil objetiva e inversão probatória no Código de Defesa do Consumidor (CDC) luso-brasileiro: medicamentos e fiador”, vinculado à problemática da responsabilidade civil objetiva por danos oriundos de medicamento (risco de desenvolvimento) e à renúncia do benefício de ordem pelo fiador.

A doutrina reconhece que o estudo da prova é um assunto ao mesmo tempo árduo e profícuo, pois ocupa posição central no Direito Processual Civil.

Dentro dessa dinâmica, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, sob a vigência do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o julgador tem o dever de assegurar às partes do processo, bem como a terceiros interessados, a possibilidade concreta de obterem uma decisão justa e célere, não mais prevalecendo o ultrapassado sistema do livre convencimento motivado.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, consolidou-se um Direito Processual Civil de matriz constitucional, no qual, naturalmente, o instituto da prova também se insere.

O tema da análise revela-se de grande importância, pois, ao ser observado especificamente nas relações de consumo, adquire contornos distintos, em razão da desigualdade material existente entre fornecedor e consumidor.

O CDC, embora classificado como microssistema jurídico, interage com os demais ramos do Direito e, como não poderia deixar de ser, com o novo Código de Processo Civil (NCPC).

Foi nesse contexto evolutivo que o NCPC sistematizou a possibilidade de o julgador distribuir o ônus da prova à parte que se encontre em melhores condições de produzi-la. Neste caso, é imprescindível que haja decisão fundamentada, de modo a assegurar à parte onerada não apenas o prévio conhecimento da medida, mas também o exercício do recurso processual adequado, se assim desejar, preservando-se os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

É certo que o instituto da inversão do ônus da prova não se encontrava sistematizado no Código de Processo Civil de 1973, salvo nos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários ou, eventualmente, de forma convencional

entre as partes litigantes. A doutrina majoritária sustentava que ao magistrado competia apenas atuar como observador, aguardando o desfecho do processo após o exaurimento da atividade probatória pelas partes, para então proferir decisão de mérito.

Há, contudo, uma ruptura substancial entre a disciplina da inversão do ônus da prova no âmbito das relações de consumo no sistema jurídico brasileiro e no sistema português. O objetivo do presente trabalho consiste em esclarecer a linha de conduta do julgador ao decidir sobre a inversão do ônus da prova, considerando que, no direito brasileiro, o consumidor é reconhecido como parte hipossuficiente e vulnerável — características não expressamente previstas nas regras de distribuição probatória do Código de Processo Civil de 2015.

Diante disso, duas problemáticas são analisadas sob a ótica do CDC:

1. responsabilidade civil decorrente de vício ou defeito do produto ou serviço, mais propriamente o denominado risco de desenvolvimento;
2. renúncia ao benefício de ordem do fiador, oriunda de um contrato de adesão, sem margem à aplicação da inversão do ônus da prova em prol deste fiador, fato este bastante corriqueiro perante os ordenamentos jurídicos luso-brasileiros, por prevalecer o entendimento de que subjaz a presunção de que houve total ciência acerca das cláusulas contratuais.

No primeiro capítulo, apresenta-se a teoria da prova, delimitada a seus aspectos fundamentais, aplicáveis a qualquer relação jurídica processual, sempre em consonância com o NCPC. O segundo capítulo analisa a prova no contexto das relações de consumo, com base nos artigos 6º, VIII, e 38 do CDC (Lei nº 8.078/1990), especificamente quanto ao instituto da inversão do ônus da prova, incluindo estudo comparativo com o sistema jurídico português.

No terceiro capítulo, abordam-se as duas problemáticas centrais: a responsabilidade civil objetiva decorrente do risco de desenvolvimento e a renúncia ao benefício de ordem pelo fiador. Quanto à primeira, embora não haja previsão legal específica, os tribunais brasileiros adotam entendimento que favorece o consumidor, em divergência com a orientação portuguesa. Quanto à segunda, a jurisprudência de ambos os países é uniforme em afastar a aplicação da inversão do ônus da prova em benefício do fiador.

A partir da análise doutrinária e jurisprudencial, conclui-se que a disciplina da prova deve observar os princípios fundamentais consagrados no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal, afastando em definitivo o sistema do livre convencimento motivado.

1 DA PROVA

1.1 Conceito de Prova

O termo *prova* tem origem no latim *probatio*, que significa verificação, inspeção ou exame. Decorre do verbo *probare*, no sentido de persuadir, demonstrar ou examinar¹. A prova constitui a base de toda área do conhecimento humano.

No Direito, pode ser compreendida como atividade, noutras, meio e ou resultado. E então, ao mesmo tempo, atividade, meio e resultado², por exemplo, no ordenamento jurídico nacional (art. 369 do NCPC)³.

Como atividade, refere-se ao ato da parte de produzir elementos que comprovem a alegação de um fato. De meio⁴, corresponde à fonte que pode ser testemunhal, documental, pericial ou qualquer outra admitida em direito. E resultado, consiste na formação da convicção do juiz ou do tribunal.

Para alguns autores, a prova tem caráter retórico, servindo de fundamento à formação da consciência do julgador⁵.

Luís Alberto Reichelt⁶, ao abordar essa temática na teoria de Alessandro Giuliani, destacou que este último apresentou três grandes paradigmas históricos quanto ao conceito e à função da prova: a prova como *experimentum*, a prova como *ratio* e a prova como *argumentum*.

¹ ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 14.

² RANGEL, Rui Manuel de Freitas Rangel. O ônus da prova no processo civil. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 22.

³ Art. 369, do NCPC, Lei nº 13.105/15: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir na convicção do juiz”.

⁴ Neste sentido, Cabral de Moncada: “o meio material de conseguir a declaração e tutela de nossos próprios direitos, e a demonstração deles em juízo”. MONCADA, Luiz Cabral. Lições de direito civil: Parte Geral. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1995, p. 795.

⁵ Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: A prova “[...] assume a condição de um meio retórico, regulado por lei, dirigido, 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. 2. Tirag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

⁶ REICHEL, Luís Alberto. A prova no direito processual civil. Porto Alegre-RS: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 39-42.

Na concepção da prova como *experimentum*, pode-se estabelecer uma aproximação entre a prova jurídica e a prova lógico-científica. Essa correspondência fundamenta-se na suposição da existência de dois pontos comuns nos conceitos apresentados: a busca da verdade material como objetivo final da investigação e a identidade entre as atividades do juiz e do historiador.

O modelo da prova como *ratio* parte do princípio da aceitação da ideia de verdade formal, que atua como fator para a eliminação do subjetivismo na decisão jurisdicional. Já a terceira proposta de definição do conceito e de função da prova, presente ao longo da evolução histórica do processo civil, é aquela que a compreende como *argumentum*.

Essa noção representa um avanço na superação da concepção de demonstração como único método científico possível para retratar a realidade dos fatos, trazendo à discussão a revalorização da retórica como instrumento apto a expressar a verdade. Nesse contexto, a prova passa a ser entendida como argumento destinado à construção de uma representação do mundo examinado, produzida dentro dos limites do eticamente possível.

Alguns autores sustentam que há na prova dois aspectos indissociáveis: o subjetivo e o objetivo. O subjetivo refere-se à formação da convicção do juiz; o objetivo, por sua vez, consiste no instrumento hábil à formalização desta convicção⁷.

De outro lado, a prova insere-se no contexto em que a ordem jurídica serve de fundamento para a concretização da harmonia social, mediante a solução dos conflitos de interesses.

Carnelutti⁸ afirma que a ordem jurídica se manifesta por meio de normas gerais e de princípios que subordinam certas categorias de interesses a outros, considerados prevalecentes.

Se um dos objetivos da atividade judicante consiste no juízo de valor acerca das normas jurídicas e do fato controvertido da lide, é evidente que existe uma vinculação entre os sujeitos e todos aqueles que compõe o processo, assumindo relevância o sistema dispositivo.

⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 1. v., 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 412.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. A prova. Tradução de Lisa Pariscarpa. 4. ed. Campinas-SP: Editora Bookseller, 2005, p. 29-30.

1.2 Do sistema dispositivo

É comum afirmar-se, na doutrina, que no sistema dispositivo está implícita a vontade das partes, constituindo, por sua vez, uma garantia constitucional ao jurisdicionado⁹ e, ao mesmo tempo, expressão da imparcialidade do julgador.

Rui Manuel de Freitas Rangel¹⁰ destaca que o processo, sob a ótica, tutela primordialmente os interesses exclusivos das partes em litígio. Afirma ainda que o juiz apoia a decisão de fato na prova feita pelas partes ou na prova constante do processo (*iudex secundum allegata et probata indicare debet*).

Neste contexto, estando a direção do processo sob a responsabilidade do juiz, que detém a função singular de julgar a lide com total isenção – expectativa inerente é relevância do seu papel –, Carnelutti¹¹ sustentou que o magistrado possui o poder-dever de se vincular estritamente aos fatos apresentados pelas partes no processo.

Segundo Rangel¹², compete às partes oferecer as provas necessárias à realização e satisfação do direito invocado, estando-lhes vedado, por outro lado, o intento de procederem à apreciação da prova, tarefa que cabe exclusivamente ao juiz.

Ou seja, a valoração da prova é a expressão genuína do exercício da função jurisdicional.

⁹ Neste sentido, Teori Albino Zavascki: “Para bem se desincumbir desse poder-dever, o Estado se aparelha e funciona organicamente, sendo tarefa dos seus juízes afirmar e atuar concretamente a vontade da lei, promovendo, assim, a substituição dos envolvidos em conflito pela atividade estatal, como disse Chiovenda. Como terceiro desinteressado no conflito a ele submetido, o Estado exerce esse poder-dever necessariamente sob o signo da imparcialidade, daí porque a tutela jurisdicional não é concedida de ofício, dependendo, antes da ação do interessado”. ZAVASKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 6.

¹⁰ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. O ónus da prova no processo civil. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 47.

¹¹ Neste sentido, Francesco Carnelutti: “Um sistema processual construído assim integra um poder de disposição das partes sobre a matéria de fato da sentença e, portanto, uma influência da conduta destas sobre o conteúdo da mesma sentença: as partes podem, bem calando um fato real ou bem afirmando acordos um fato imaginário, obrigar o juiz a pôr na sentença uma situação de fato diferente da realidade”. CARNELUTTI, Francesco. A prova. Tradução de Lisa Pariscarpa. 4. ed. Campinas-SP: Editora Bookseller, 2005, p. 35.

¹² RANGEL, op. cit., p. 187.

É indiscutível que a apreciação da prova é ato eminentemente judicial, especialmente no que concerne à condução do processo pelo magistrado. Todavia, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, cabe ao julgador resguardar o pleno exercício da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal — princípios consagrados na Constituição Federal.

Nesses parâmetros, o juiz deve atuar no processo com o objetivo de assegurar a adequada interação entre todos os sujeitos da lide. Trata-se de um direcionamento procedimental inexistente no Código de Processo Civil de 1973, quando o magistrado detinha amplos poderes instrutórios — notadamente no tocante à valoração da prova, conforme o art. 130¹³ —, ainda que, paralelamente, se reconhecesse a prevalência do sistema dispositivo que sempre norteou a atividade jurisdicional.

Surge, assim, questão central na doutrina: deve-se admitir a superação do sistema do livre convencimento motivado e da livre apreciação da prova pelo julgador? Considerando que, na realidade, este não deve mais decidir a controvérsia segundo sua consciência — tradicionalmente concebida como fonte de inspiração do julgado e parâmetro decisório —, mas sim com fundamento nas regras e princípios que estruturam o ordenamento jurídico.

1.3 O fim do livre convencimento motivado e da livre apreciação da prova

É incontestável que, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, especialmente no seara do positivismo jurídico, o juiz sempre foi colocado em posição de destaque, visto como aquele operador do Direito que detém poderes amplos no processo, ou melhor, dotado do poder geral de cautela para, de modo particular e, acima de tudo, em conformidade com as regras de experiência, solucionar a controvérsia, aplicando a norma jurídica aos casos concretos, o que resultava em valores de cunho tipicamente subjetivos.

Não sem razão, pois, sob a sistemática do Código de Processo Civil de 1973, pelos ditames dos artigos 130 e 131¹⁴, a própria jurisprudência do

¹³ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

¹⁴ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias

Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁵ sempre salientou o princípio do livre convencimento motivado, reconhecendo o juiz como o único destinatário da prova, cabendo-lhe analisar as circunstâncias de sua produção.

Este ativismo judicial tinha assento na via processual, legitimando o ato judicial de forma que o sentimento de justiça permaneceu, ainda hoje, arraigado no cenário jurídico nacional, sob esse prisma. Importa registrar que constava no art.130 a prerrogativa do julgador, de ofício, determinar a produção de provas que entendesse necessária à instrução do processo.

Na regra em comento, havia duas proposições: a primeira, referente à possibilidade juiz determinar a produção de provas sem a manifestação de vontade de quaisquer das partes; a segunda, relativa ao ato de indeferir as provas requeridas pelas partes, desde que tais provas fossem efetivamente inúteis ou protelatórias.

Não surpreende que, mesmo em vigor o Código de Processo Civil de 2015, em recente julgado na Terceira Turma do STJ, no ArRg no Agravo em Recurso Especial (AREsp) 845218/SP, nº 2016/0007737-0, o relator Min. Ricardo Villas Bôas Cuevo tenha reafirmado o juiz como o destinatário da prova, a quem compete avaliar a conveniência e necessidade de sua produção, podendo indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias. Para tanto, mencionou-se o disposto na parte final do art. 130 do Código de Processo Civil de 1973¹⁶.

A doutrina segue o mesmo entendimento: Marinoni e Arenhart¹⁷, dois expoentes teóricos do Direito Processual Civil, por exemplo, alertam que a prova, por estar atrelada às alegações — o que é inegável —, origina-se nas afirmações das partes apresentadas em suas iniciais, sendo este o

à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 179542/SC – 2012/0102942-3. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgamento: 19/04/2016. Publicação: Dje 25/04/2016. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339934422/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-179542-sc-2012-0102942-3>>. Acesso em 05 jul. 2016.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ArRg no AREsp 845218/SP (2016/0007737-0). Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevo. Data do julgamento 09/08/2016. Dje 16/08/2016. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=845218&&>>. Acesso em: 02 set. 2016.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. Tirag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 53

momento processual adequado , e que, quanto ao convencimento judicial, concretiza-se por meio do critério da racionalidade.

[...] como bem notou Calamandrei, de raciocínio idêntico ao que sustenta as máximas de experiência. Haverá o juiz de considerar o que acontece na normalidade dos casos, como parâmetro para concluir pela validade ou não de uma pretensão, diante do resultado da argumentação formulada. Todavia, é necessário advertir que esse convencimento sobre o fato, não age como ser inerte e neutro, desprovido de qualquer “pré-conceito”, preconceito ou vontade anterior¹⁸.

Acresce que as ondas renovatórias estão a produzir os efeitos imprescindíveis, pelo menos no cenário jurídico nacional, diante do advento do novo Código de Processo Civil. Assim, uma das mudanças substanciais está ligada à atividade jurisdicional.

Lenio Streck¹⁹, com muita propriedade, assegura que o juiz não mais agirá livremente, isto é, sob o critério do livre convencimento motivado, sob pena de subverter a nova ordem procedimental, a qual, por sua vez, está fundamentada na necessária interação entre todos os sujeitos processuais.

Neste mesmo raciocínio, apontam outros autores que aquela corrente jurisprudencial, considerados os atuais contornos do novo Código de Processo Civil, caminha em sentido contrário ao Estado Constitucional de Direito, pois os dispositivos legais anteriormente vigentes não distinguiam de forma precisa o que fossem livre convencimento motivado e valoração da prova. Em suma, prevalece a teoria da interpretação cognitivista ou formalista²⁰.

Além disso, trata-se de uma atuação extraordinária e de extensão bastante reduzida, em função de haver um único propósito: convencer o julgador sobre a veracidade ou não de um fato.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 53.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Direito probatório*. Salvador-BA: Editora JusPODIVM, 2015, p. 110.

²⁰ LANES, Jaúlio Cesar; POZATTI, Fabrício Costa. O Juiz como o único destinatário da prova (?). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 5.), p. 92-99.

Portanto, uma forma limitada de produção de prova viola os valores do Estado Constitucional do Direito e, ao se confrontarem os artigos mencionados com os atuais 370 e 371 do novo Código de Processo Civil²¹, constata-se que não foi por acaso a intenção do legislador ordinário ao retirar o termo “livremente”.

De modo claro, o juiz não pode nem deve apreciar a prova ao seu exclusivo critério, sabendo-se que, nos artigos 370 e 371 do novo Código de Processo Civil, há dois estágios processuais distintos: o primeiro, relativo à admissibilidade da prova, e o segundo, à sua valoração.

Lenio Streck²², como de costume, vai além, ao entender que, embora no artigo 370, do novo Código de Processo Civil a redação, em essência, não seja diferente do texto legal do art. 130 do Código de Processo Civil de 1973, em termos sintáticos, o que houve foi uma mudança radical na norma jurídica. Houve alteração do sentido do texto. Ou melhor, a norma do art. 370 ocasionou o surgimento de um novo paradigma interpretativo: não mais o paradigma da subjetividade, mas o da intersubjetividade de todos os que compõem a relação jurídica processual, e não apenas a pessoa do julgador.

[...] Mesmo que esteja autorizado a agir de ofício, (o juiz) não pode se colocar de um lado do processo, olvidando a necessária imparcialidade, que deve ser entendida, no plano do Constitucionalismo Contemporâneo, como o princípio que obriga o juiz a uma *fairness* (Dworkin), isto é, a um jogo limpo, em que as provas são apreciadas com equanimidade. Isso também quer dizer que, mesmo que possa agir de ofício, o juiz não o faça agindo por políticas ou circunstâncias de moralidade, e sim por intermédio dos princípios constitucionais²³.

²¹ Art.370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo Único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 371. 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.

²² STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

²³ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p.550.

Enfim, os autores mencionados são conclusivos ao declinarem que o magistrado não deve indeferir a prova sob a justificativa de já estar formalizada a convicção, sob pena de violar os princípios da ampla defesa e do contraditório da Carta Magna de 1988²⁴.

Ora, são plausíveis tais manifestações doutrinárias, por estarem ancoradas no princípio norteador do artigo 93, inciso IX, primeira parte, da Constituição Federal²⁵, segundo o qual as decisões devem ser motivadas e fundamentadas.

Nesse contexto, não é pertinente conceber o direito processual civil sob a ótica unitarista e exclusivista do garantismo processual ou do próprio ativismo judicial²⁶.

Tanto é verdade que todos os sistemas processuais se estruturam nesses dois princípios elementares — pelo menos na seara do positivismo jurídico — e que, em certas situações, eles se “inter-relacionam”²⁷, quando se busca uma prestação jurisdicional célere, com o devido resguardo à eficácia do direito material tutelado.

Além disso, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), por meio do Enunciado nº 50, de 1 a 3 de maio de 2015²⁸, reconheceu que os destinatários da prova são todos aqueles que dela poderão fazer uso, como as partes, terceiros interessados e o próprio juiz. E que, por outro lado, diz

²⁴ Art. 5º [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²⁵ Art. 93 [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...].

²⁶ Glauco Gumerato Ramos: “Para o ativismo, o juiz deve atuar de maneira a resolver o problema no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para a atuação do juiz. Para o garantismo, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade”. RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. Revista da AGU. Brasília-DF, Ano IX, n. 24, abr./jun. 2010, p. 84.

²⁷ Para Eduardo Cambi, “Os sistemas processuais são marcados, basicamente, por dois princípios fundamentais, o dispositivo e o inquisitivo, os quais inter-relacionam-se para dar o grau de efetivação do direito material a ser tutelado jurisdicionalmente”. CAMBI, Eduardo. *A inexistência do ônus da impugnação específica e da presunção de veracidade dos fatos não contestados, para o consumidor, nas relações de consumo*. Revista de Direito Privado. Ano 4, n. 14, Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, abr./jun. 2003, p. 259.

²⁸ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). Enunciados aprovados em Salvador: Enunciado nº 50. Vitória, de 1 a 3 de maio de 2015. Disponível em:

<Portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>. Acesso em: 02 set. 2016.

que esta atividade tem um único propósito: influir eficazmente na convicção do julgador. Contudo, essa convicção deve estar vinculada a questões tipicamente objetivas.

Nesta perspectiva, por ser de suma importância a comunicação intersubjetiva que emerge no cenário jurídico nacional, sob os princípios da cooperação e da coparticipação, visando à rápida e justa solução da lide, impõe analisá-la doutrinariamente.

1.4 Dos princípios da cooperação e da coparticipação dos sujeitos da lide

O dado basilar é que a norma jurídica orienta os atos das partes no processo, e o novo Código de Processo Civil tem como escopo oportunizar aos litigantes um processo justo, com resguardo à dignidade da pessoa humana, aos fins sociais e às exigências do bem comum.

Nesta perspectiva, dá-se importância à coparticipação que surge entre os sujeitos da lide, nos termos do art. 77, incisos I, II e III, com extensão a terceiros, em virtude do mandamento do art. 380²⁹. Consagra-se, por outro lado, o princípio elementar da boa-fé (art. 5º)³⁰, também previsto no art. 322, § 2º³¹ e no art. 489, § 3º³².

Saliente-se que esse princípio da boa-fé tem origem no direito privado e, posteriormente, foi recepcionado pelo Código de Defesa do Consumidor, (Lei nº 8.078/90, art. 4º, inciso III),³³ passando a configurar o direito fundamental do consumidor e expandindo-se a todo ordenamento

²⁹ Art. 380: [...] I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II – exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder;

Parágrafo Único: Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

³⁰ Art. 5º: Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

³¹ Art. 322 [...] § 2º: A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

³² Art. 489, parágrafo terceiro: A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

³³ Lei nº 8.078/90, art. 4º [...] inciso III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

jurídico brasileiro. Estando o julgador, portanto, tem o dever de obstar quaisquer ações que visam maculá-lo.

Essa é a fiel demonstração da função instrumental do processo, de acordo com os artigos 4º e 139, inc. IX, do novo Código de Processo Civil de 2015³⁴.

Para Lúcio Grassi Gouveia³⁵, há a inegável importância atribuída a essa instrumentalidade. Ele entende que não há mais espaço para a supervalorização das regras técnicas em detrimento dos princípios fundamentais do direito processual civil.

Seu objetivo é buscar a harmonização do processo, para que seja, para todos os membros da sociedade, um meio ético e técnico de participação social³⁶.

Nestas circunstâncias, trata-se de um sistema processual constitucional³⁷, ao contrário de quase tudo que era sistematizado no procedimento processual do Código de Processo Civil de 1973. Sob esse ângulo, o formalismo ditava as condições, por força do princípio da igualdade formal que deveria existir entre estes sujeitos.

Sob esse modelo, o direito processual civil era estruturado no propósito de que as lides seguissem minuciosamente os três procedimentos judiciais: o processo de conhecimento ou de cognição; o cautelar e o executivo, em razão do seu primado ser o fortalecimento da coisa julgada³⁸.

³⁴ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 139. [...] IX – determinar o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.

³⁵ GOUVEIA, Lúcio Grassi. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. Revista do Processo, Ano 34, n. 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun./2009.

³⁶ Idem, ibidem, p. 36-37.

³⁷ Neste sentido, João Batista Lopes: “Por força da constitucionalização do processo, assistimos à revisitação dos institutos fundamentais do processo civil. A ação, antes estudada como direito subjetivo, passa a ser qualificada como garantia constitucional. A jurisdição ganha novo perfil, não se circunscrevendo à mera composição de conflitos de interesses. O processo deixa de ter caráter exclusivamente técnico para assumir relevante função social”. LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constituição do processo civil. Revista do Processo. Ano 29, n.116. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, Jul./Ago. 2004, p. 36.

³⁸ Neste sentido, Arruda Alvim: “A função da cognição tinha por fim a declaração do direito (lato sensu). A cautelar visava, única e exclusivamente, produzir efeitos assecuratórios da eficácia possivelmente emergente da sentença do processo principal, quando da procedência da ação, o que excluía que se pudesse, cautelarmente, produzir efeito idêntico àquele suscetível de ser produzido

Atualmente, o juiz parte da premissa elementar de estar imbuído na concretização do diálogo com as partes, pelo menos com seus advogados, e disso decorrem inúmeros reflexos sobre o desfecho da lide, diante da importância do debate instaurado nesse contexto.

Em suma, a atividade jurisdicional, vinculada aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos, tem como meta alcançar resultado eficiente com base no próprio direito regulado, garantindo a todos os jurisdicionados o acesso à Justiça^{39 - 40}.

De grande valor é essa intercomunicação processual, com ênfase na cooperação. É certo que, no Código de Processo Civil português, existe previsão de aplicação de multa à parte que se recuse a cumpri-la (art. 417, nº 2)⁴¹.

Essa lei é clara não apenas quando à imposição da penalidade, mas também quanto à possibilidade de o tribunal atribuir caráter extraordinário à prova em detrimento da parte que se recusou a cumprir o dever de cooperação.

É oportuno fazer uma análise sobre o desenvolvimento do fato objeto da prova, por ser o fio condutor que formaliza a convicção do juiz no momento da efetivação da atividade jurisdicional.

pela procedência da ação. Não havia a possibilidade de execução ou realização do direito ou a realização do direito simultaneamente à fase de conhecimento. A execução prática do direito ou a execução propriamente dita eram necessariamente posteriores ao término da cognição e, em regra, dependiam da ocorrência de coisa julgada". ALVIM, Arruda A Evolução do Direito e a Tutela de Urgência. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n. 3, 2010, p. 49.

³⁹ Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco: "[...] o processo civil hoje é acima de tudo um processo civil de resultados. A utilidade prática que se deseja do processo é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito". DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6. ed., São Paulo-SP: Ed. Malheiros, 2010, p. 351-352.

⁴⁰ Com muita propriedade, as insígnies doutrinadoras Cíntia Rosa Pereira Lima e Lívia Carvalho da Silva Faneco afirmaram que "As ondas renovatórias do processo civil deram um novo contexto ao processo civil: - a primeira onda renovatória focou-se no acesso à justiça segundo os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryan Garth; a segunda onda renovatória veio com a consolidação dos institutos afetos ao processo coletivo; e, - a terceira onda renovatória dá ênfase aos meios alternativos de solução de controvérsia". LIMA, Cíntia Rosa Pereira; FANECO, Lívia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CDC: distinção entre institutos afins. Revista de Direito do Consumidor, v. 91, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2104, p. 310.

⁴¹ Art. 417º: Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no nº 2 do artigo 334º do Código Civil.

1.5 Dos fatos controvertidos

É, por essência, o fato controvertido o sustentáculo da atividade probatória, cuja tarefa incumbe às partes e a terceiros interessados que litigam em juízo.

Surge, portanto, a indagação sobre qual é, na realidade, o fato que ocupa posição tão importante e, ao mesmo tempo, imprescindível à elucidação da controvérsia debatida nos autos.

Se o Direito é a viga mestra da comunidade por ditar as regras de convivência social, fato jurídico relevante é todo aquele admitido por esta mesma comunidade⁴².

Daí ser vedado ao magistrado valorar fatos que não foram articulados no processo (art. 141, novo Código do Processo Civil)⁴³. Assim, existe diferença entre os fatos que não são apresentados e aqueles que não são apresentados e não provados: para a atividade jurisdicional, os fatos que não integram a lide são inexistentes, excetuando-se os notórios.

Carnelutti⁴⁴ sustenta o argumento de que os fatos controvertidos constituem a regra em matéria de prova e que o juiz se encontra diante da afirmação de uma parte e da negação da outra. Na hipótese de discussão de um fato, é necessário proporcionar-lhe o meio ou indicar-lhe a via para resolver a questão, ou seja, para determinar, na sentença, o fato não estabelecido pelas partes.

Complementa: se essa via é a da busca da verdade ou, em outras palavras, do conhecimento do fato controvertido, teremos estabelecido, quanto à posição do fato, sistema idêntico ao previsto para a posição do direito, ainda que dentro dos limites mais restritos, reduzindo-se tudo a um problema lógico de conhecimento do fato controvertido pelo juiz.

⁴² Marcos Bernardo argumenta: “[...] somente o fato que esteja regulado por norma jurídica pode ser considerado um fato jurídico, ou seja, um fato produtor de direitos, deveres, pretensões, obrigações ou de qualquer outro efeito jurídico, por mínimo que seja”. BERNARDO, Marcos. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 17. ed., São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2011, p. 38.

⁴³ Art. 141: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”.

⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. A prova. Tradução de Lisa Pariscarpa. 4. ed. Campinas-SP: Editora Bookseller, 2005, p. 42-44.

Além dos fatos controvertidos, por exigirem empenho das partes para sua exata constatação, descortinam-se os fatos notórios, como abaixo declinados, com suas características próprias.

1.5.1 Dos fatos notórios

Fatos notórios são aqueles para cuja comprovação é dispensada a atividade probatória de praxe. Este dado basilar está devidamente assentado em sede jurisprudencial⁴⁵. Inclusive, no artigo 374, I, do novo Código de Processo⁴⁶, há reconhecimento expresso da desnecessidade de produção de prova para o fato caracterizado como notório. Igual regra existe no Código de Processo Civil português, art. 412, nº 1⁴⁷, Lei nº 41/2013, de 26 de junho.

Não há sequer necessidade de se discutir o ônus da alegação. São conhecimento não apenas do magistrado, mas também de todos que fazem parte de lide.

O fator primordial é que, para sua correta condução, no tocante à análise pelo juiz, este deve assegurar a todos o exercício da ampla defesa e do contraditório, Mediante decisão interlocutória fundamentada, especificamente na fase de saneamento do processo (art. 357, IV, do novo Código de Processo Civil)⁴⁸, a fim de oportunizar às partes contraditá-la, se assim desejarem.

1.5.2 Dos fatos confessados

Do lado oposto, mas não de menor relevância, está a confissão, prova de interesse do Estado, considerando que a prestação jurisdicional

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 814560/PI. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgamento: 19/04/2016. Publicação: Dje 25/05/2016. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;aresp:2016-04-19;814560-1537716>>. Acesso em: 02 set. 2016.

⁴⁶ Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios;

⁴⁷ Art. 412º Factos que não carecem de alegação ou de prova.

1 – Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral.

⁴⁸ Art. 357. [...] IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

⁴⁹ FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 35.

deve ser concretizada pela “justa composição do conflito”, se esta ainda puder ser assim concebida, segundo os ensinamentos de Carnelutti⁴⁹. Tal prova é mitigada, quando aplicada a norma do art. 374, II, do Código de Processo Civil, que estabelece não dependerem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária.

A fórmula é simples: se confessados, nada mais resta ao julgador senão reconhecê-los, sem necessidade de prolongar a vida do processo, diante da efetiva formalização da convicção (art. 389).

Para a doutrina especializada, a confissão se caracteriza diante de uma afirmação que a própria parte teria o ônus de provas. É um ato jurídico estrito senso, pois, para sua validade e eficácia, independe de qualquer termo ou condição, sendo, por natureza, indivisível (art. 395, do NCPC). Contudo, a confissão não pode abranger direitos indisponíveis (art. 392).

O conceito de confissão, se tomado como parâmetro o art. 389, é dúvida, pois, para que o fato assuma essa natureza, exige-se o ato de vontade do sujeito⁵⁰.

Importante frisar que os termos admissão e confissão não têm a mesma carga semântica. Uma declaração não é mera admissão, por exigir a exteriorização do pensamento, que pode ser oral ou escrita.

De forma mais restrita, o art. 412º, Código de Processo Civil português, Lei nº 41/2013, assegura que:

Factos que não carecem de alegação ou de prova 1 - Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral e 2 - Também não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove⁵¹.

⁴⁹ FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 35.

⁵⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). Direito probatório. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 5.), p. 36.

⁵¹ PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 26 de junho. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/06/12100/0351803665.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2016.

Dentro dessa gama de fatos que prescindem da atividade probatória, podem também ser incluídos os de natureza incontroversa.

1.5.3 Dos fatos incontroversos

Os fatos incontroversos, descritos no art. 374, III, do NCPC⁵², são todos aqueles que, uma vez apresentados por uma das partes — consistentes na criação, modificação, extinção ou impedimento de um direito —, não são impugnados pela parte adversa ou, ao tentar fazê-lo, são apresentados fora do prazo legal. Assim, pela via indireta, formam a convicção do julgador.

O dado essencial do fato incontroverso reside justamente no silêncio da parte que, pela regra jurídica, estaria obrigada a contrariar a pretensão da outra. Trata-se de presunção *iuris tantum*.

1.5.4 Da presunção

A presunção, também caracterizada como prova atípica, decorre de um fato específico, como, por exemplo, da ausência de controvérsia da demanda, servindo de fundamento à decisão do julgador, que, em tais circunstâncias, pode reconhecer como verídica a alegação apresentada pela parte litigante no processo de conhecimento, sem necessidade de dilação probatória.

A aceitação tácita ou expressa do réu faz encurtar a própria via procedimental, permitindo julgamento antecipado da lide.

Observe-se que, embora esteja em foco o princípio dispositivo, a parte que tinha a incumbência de delimitar a atividade jurisdicional quanto à produção de provas imprescindíveis ao direito pleiteado abriu mão de fazê-lo. Trata-se, portanto, de um ônus.

A doutrina elenca como elementos constitutivos da presunção:

- a) o fato conhecido;
- b) o fato desconhecido;
- c) o nexo de causalidade.

⁵² Art. [...] III - admitidos no processo como incontroversos;

O fato conhecido corresponde ao que foi articulado pela parte que pretende se beneficiar da presunção invocada. Nesse caso, o ônus da prova quanto a esse elemento é de responsabilidade exclusiva da própria parte.

É certo que o fato conhecido é a base do fato desconhecido sobre o qual se assentada a presunção, pois a redação do art. 374, IV, do Código de Processo Civil⁵³, assim estabelece.

Quanto ao fato desconhecido, não se faz necessária a produção de prova. Ou seja, é a presunção que decorre de prova. Para se chegar ao fato desconhecido a partir do fato conhecido, revela-se essencial o nexo de causalidade.

As presunções podem ser legais (*praesumptiones iuris*) ou comuns (*praesumptiones hominis*).

As presunções têm origem na vontade do legislador. Conforme o art. 374, IV, do NCPC, estão dispensadas de produções de prova para sua comprovação.

Essas presunções legais subdividem-se em relativa (*iuris tantum*) ou absoluta (*iuris et de iure*). Na relativa, é possível haver a aceitação de prova em contrário.

Significa que o fato presumido será considerado ocorrido pelo juiz, se a parte adversa não produzir prova em sentido contrário.

Se for o caso de presunção absoluta, é prescindível prova em contrário. Inclusive, alguns autores percebem certa similaridade entre esta e a ficção jurídica.

No entanto, para Daniel Amorim Assumpção Neves⁵⁴, há inegável diferença entre estes institutos: na presunção absoluta, parte-se do pressuposto da alta probabilidade de o fato presumido ter ocorrido, razão pela qual a prova em contrário é inadmissível.

Quanto à ficção jurídica, sua razão de ser está assentada na circunstância de um fato que, embora não tenha ocorrido, por opção do legislador é considerado como que tivesse existido⁵⁵.

Eis que, no que se refere à presunção relativa, no ordenamento jurídico brasileiro, podem ser enquadrados os casos de responsabilidade

⁵³ Art. 374. [...] IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

⁵⁵ Idem, ibidem, p. 490-491.

civil objetiva, em razão de o fornecedor do produto ou serviço ter o ônus, que lhe é atribuído por lei, de apresentar aos autos prova incontestáveis das excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90 — tema que será desenvolvido em momento oportuno.

Sabendo-se que o conhecimento dos fatos é essencial à aplicação da regra ou do princípio jurídico, por meio de decisão judicial fundamentada, surge naturalmente a indagação: em que verdade se lastreia a prestação jurisdicional —se de cunho absoluto ou relativo.

1.6 Da verdade formal e da verdade material

É discussão corrente na doutrina o fato de não mais ocupar lugar no direito a concepção ultrapassada acerca da verdade material e verdade formal⁵⁶.

Sendo impossível a obtenção da verdade absoluta no processo, como em qualquer área do conhecimento humano, esse vínculo serve de base para desmistificar a equivocada aceitação de que basta a verdade formal no processo civil para fornecer suporte fático ao juiz no enfrentamento do mérito da causa controvertida, enquanto, no processo penal, a meta é alcançar a verdade sob a perspectiva real, ou seja, a verdade material⁵⁷.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵⁸ afirmam que, se um dos objetivos do processo civil é o conhecimento dos fatos pelo julgador, e, conseqüentemente, da prova, não há mais razão para valorizar a chamada verdade substancial, tendo em vista que, para a abalizada doutrina, essa verdade substancial não passa de uma ficção que há muita deveria ter sido “extirpada da teoria jurídica”, por ser um conceito inservível ao estudo da prova.

⁵⁶ Marinoni e Arenhart asseguram: “Essa influência da descoberta da verdade substancial sobre o direito processual [...] já era nítida na Roma antiga [...] Isso demonstra, claramente, o culto à verdade, a ponto de se negar prestação jurisdicional sob o argumento de que o juiz não lograra atingi-la no processo, ou, por outras palavras, que os fatos não estavam suficientemente aclarados”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. Tirag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 484.

⁵⁸ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 42-43.

Mencionam a teoria de Jürgen Habermas, por este ter declinado que a verdade deve ser compreendida por meio de um conceito dialético, que tem, por sua vez, base na argumentação dos sujeitos cognoscentes. Afirmam que, para esse filósofo alemão, a verdade não é algo a ser descoberto, mas sim construída por meio da argumentação⁵⁹.

Em tempo, Lenio Streck, Dierle Nunes e Leonardo da Cunha⁶⁰, ao comentarem o art. 369, do Código de Processo Civil, o qual estabelece que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a veracidade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz, asseguram que, quanto a esta verdade, mesmo estando atrelada à subjetividade moderna, é

[...] um conceito intersubjetivo, superando, por isso, a noção de verdade subjetivista-solipsista (*adequatio rei et intellectum*) e a verdade como adequação do intelecto com a coisa (verdade metafísica clássica – onde se insere o malsinado “princípio” ((sic) da verdade real). O CPC faz cair por terra, destarte, a velha distinção em verdade formal e verdade real.

Por mais paradoxal que seja, na lei consumerista brasileira ainda existe a previsão de prova calcada em verdade substancial ou material, que confere validade ao *non liquet* romano, especificamente nas causas de direitos coletivos que envolvem o direito do consumidor.

Isto é, se o pedido inicial for julgado improcedente por falta de prova, a decisão judicial — de caráter definitivo, como ocorre nas lides de direito privado — não produzirá coisa julgada material, permitindo ao consumidor e todas aquelas pessoas legitimadas promoverem nova demanda judicial (art. 82, incisos I a IV)⁶¹.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 548.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 548.

⁶¹ Art. 82. “Para fins do art. 81. P.Ú - são legitimados concorrentemente:

- I – o Ministério Público;
- II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
- III – as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinada à defesa dos interesses e direitos protegidos por

Do *non liquet* no Direito Romano, o magistrado estava autorizado a não enfrentar o mérito da causa se, ao final do julgamento, não estivesse convencido diante das provas produzidas, em razão da desídia de qualquer das partes.

Essa decisão não visava beneficiar uma ou outra parte, mas apenas declarar que ninguém saía vencedor no litígio. Assim, o feito poderia ser novamente ajuizado, desde que com base em novas provas ou em outras provas que pudessem ser apresentadas ao juiz.

No direito brasileiro, excetuando a hipótese da ação coletiva do consumidor, e também em qualquer outro ordenamento jurídico contemporâneo como em Portugal—, não se cogita do *non liquet*, visto que tanto a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, quanto as presunções absolutas e relativas e as consequências decorrentes da ausência de produção da prova por quem de direito tornaram-se institutos aptos a conferir respaldo ao julgador para enfrentar o mérito da causa, ainda que permaneça alguma obscuridade sobre o direito discutido nos autos.

Por fim, estando os sujeitos da lide vinculados aos princípios da cooperação e da coparticipação, devendo igualmente estar empenhados na efetiva formação da convicção do julgador, impõe-se tecer alguns comentários sobre o ônus da prova, em especial quanto à sua natureza jurídica.

1.7 Do ônus objetivo e do ônus subjetivo

Um dos aspectos centrais do ônus da prova está ligado à incerteza. Isso significa que, ao ser esgotada a fase instrutória e ainda persistir dúvida sobre a veracidade de um fato, surge um obstáculo natural ao enfrentamento do mérito da causa pelo julgador.

Daniel Amorim Assumpção Neves⁶² sustenta que se trata de um ônus imperfeito, pois nem sempre a parte incumbida sucumbirá em desvantagem processual, já que é possível cogitar tanto provas determinadas de ofício quanto aquelas a cargo da parte adversa.

este Código;

— as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assembleia [...].

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 492.

Em essência, trata-se de uma regra de conduta: se os sujeitos não se desincumbirem de provar as alegações apresentadas, ficam na iminência de serem prejudicados.

Assim, o ônus da prova está relacionado à atuação das partes e deve ser concebido sob dois primas: objetivo e subjetivo⁶³.

Pelo ônus objetivo, estar-se-ia diante de uma regra de julgamento — tema que suscita intensos debates doutrinários e será aprofundado adiante —, cuja aplicação deveria ocorrer ao final da instrução do feito, desde que o julgador inexistência ou insuficiência de prova para elucidar a controvérsia. Nesse caso, permanece a dúvida, cabendo ao magistrado eliminá-la, afastando o *non liquet*.

Já o ônus subjetivo vincula as partes, no que se refere à obrigação de provar os fatos alegados. O próprio juiz, com base no poder de direção do processo, pode determinar a quem compete a produção de determinada prova, colocando a parte em eventual situação de desvantagem processual caso não a produza. Essa consequência, entretanto, somente se concretiza se houver observância do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, essa distinção rígida entre ônus objetivo e subjetivo não tem grande efeito prático. O essencial é que a parte a quem foi atribuída a incumbência cumpra-a de forma efetiva, para que, ao final, seja aplicada a lei ou o princípio pertinente, com vistas à obtenção de resultado favorável à sua pretensão⁶⁴.

Outros sustentam que a divisão da prova sobre aqueles dois aspectos dá importância singular ao debate que deve existir no processo⁶⁵.

⁶³ Neste sentido, Pedro Ferreira Múrias: “O ônus da prova objectivo é o instituto que determina segundo qual das versões disputadas deve decidir-se quando é incerta a verificação de algum facto pertinente. O ônus da prova subjectivo prescreve a qual das partes processuais incumbe alguma actividade probatória, sob pena de ver a sua pretensão desatendida”. MÚRIAS, Pedro Ferreira. Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova. Lisboa: Ed. LEX, 2000, p. 21.

⁶⁴ Segundo Múrias, é totalmente irrelevante para o tribunal que a prova relativamente a certa “questão de facto” tenha provindo da actividade de uma ou de outra parte. Interessa apenas que, finda a produção da prova, haja ou não a convicção dos juízes quanto às versões em disputa. MÚRIAS, op. cit, p. 21.

⁶⁵ Neste sentido Fredie Didier Júnior; Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira “trata-se de importante dimensão do tema, pois qualifica o contraditório, na medida em que estimula às partes a participar do processo e, assim, colaborar com o problema de uma decisão mais justa”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed. Salvador-BA: Editora Jus Podivm, 2012, p.76.

É razoável tais afirmações, pois, sob os auspícios dos novos paradigmas do Código de Processo Civil, ganharam destaque os princípios da coparticipação e da cooperação entre litigantes e terceiros interessados, a serem postos em prática em qualquer natureza da lide.

Enfim, no Código de Processo Civil de 2015, tanto o ônus objetivo quanto o subjetivo estão indiscutivelmente em sintonia com os princípios fundamentais do contraditório e do juiz natural e imparcial, sem, contudo, incorrer na equivocada concepção de que esses não eram observados na vigência do Código de Processo Civil de 1973 — apenas não com o mesmo rigor.

1.7.1 Da diferença entre ônus e obrigação

Entre as diversas teorias que tratam do tema sobre os elementos caracterizadores de ônus e obrigação, Francesco Carnelutti — diga-se de passagem — muito contribuiu, segundo Boaventura Pacífico⁶⁶.

Para o mencionado teórico, o ônus decorre de uma norma jurídica instrumental. A obrigação, por sua vez, tem por base uma norma material. O ônus está voltado ao interesse do onerado. A obrigação tem como beneficiária a parte adversa: se não cumprida, surge uma sanção jurídica contrária aos objetivos pretendidos.

É, pois, o ônus uma norma de caráter cogente. O foco deve ser direcionado ao interesse tutelado e não à mera finalidade do “cumprimento do preceito legal”⁶⁷.

⁶⁶ PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova no direito processual civil. São Paulo- SP: Ed. Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44), p. 24.

⁶⁷ Neste sentido, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico diz que “Carnelutti faz um paralelo entre as normas materiais e as instrumentais: as materiais compõem imediatamente um conflito de interesses, impondo uma obrigação e atribuindo um direito subjetivo; as instrumentais o compõem mediadamente, atribuindo um poder (de compô-lo) e impondo uma sujeição correlata. No direito subjetivo, o titular do interesse protegido é livre para fazer valer — ou não — o comando que lhe é favorável. Aí reside uma faculdade sua, que consiste na possibilidade (liberdade) de agir. A faculdade, portanto, é a antítese da obrigação: se há obrigação, o homem age como deve; se há faculdade, age como quer [...]”. PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova no direito processual civil. São Paulo- SP: Ed. Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44), p. 24

Alega Cássio Scarpinella⁶⁸: para que se compreenda o que seja o ônus da prova, deve-se atentar ao comando normativo. Este ônus está atrelado à prática de um “ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo”.

Ademais, o ônus está ligado à própria liberdade do sujeito, a depender de um comportamento que tem como meta a obtenção de certos efeitos favoráveis à sua pretensão.

Assim, conclui-se que esse ônus está inserido na repartição da prova existente entre os sujeitos da lide, acerca da produção das provas imprescindíveis ao desfecho do embate jurídico, de maneira a se perfazer a probabilidade de um desses sujeitos, caso se torne desidioso, sofrer os efeitos legais dessa inércia, se for o caso.

Resumindo, serve como condição para que seja obtida determinada vantagem. Há correlação entre o ônus da prova, quanto ao seu exercício, e o risco daí resultante para quem de direito⁶⁹.

Não há dúvida quanto à regra jurídica processual ao ter estabelecido as condições imprescindíveis destinadas ao juiz, no sentido de que este, no momento oportuno, decidir sobre quem deve suportar a tarefa de produzir prova para o pronto esclarecimento do fato, se ainda lhe persiste dúvida.

Rui Manuel de Freitas Rangel⁷⁰ compreende que o ônus da prova não é um problema de aplicação de direito. O ônus da prova é um problema de demonstrar fatos. Não separar estas duas vertentes e confundi-las, como faz Rosenberg, é tentar misturar o julgamento da matéria de fato — que assenta nos meios de prova e na capacidade das partes, por intermédio do ônus da prova e das regras de repartição, em convencer o juiz da sua pretensão — com o julgamento da matéria de direito, que ocorre em momento distinto e com contornos diversos.

Ao reconhecer que o ônus é fator crucial para a produção da prova, é bom destacar qual é a regra prevalecente no jurídico brasileiro.

⁶⁸ SCARPINELLA, Cássio. Curso sistematizado de direito processual civil. 2 t., parte 1, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

⁶⁹ Neste sentido, Rui Manuel de Freitas Rangel diz que “Efetivamente, correlativa à noção de ônus, está subjacente a ideia de risco não a ideia de subordinação ou sujeição”. RANGEL, Rui Manuel de Freitas Rangel. O ônus da prova no processo civil. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 93.

⁷⁰ RANGEL, op. cit., p. 129-130.

1.8 Da regra de prevalência da produção da prova

O legislador brasileiro manteve a ordem de produção da prova do Código de Processo Civil de 1973, art. 333, no Código de Processo Civil de 2015, art. 373, incisos I e II. É classificada como regra estática de prova. De igual teor, há no artigo 342º do Código Civil português⁷¹.

Para que produza seus efeitos jurídicos, refere-se a uma triangulação em cuja base se posicionam as partes e terceiros interessados, com os exclusivos ônus: de provar os fatos constitutivos, se autor; e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito daquele.

O juiz, no ápice, fica com o dever de agir subsidiária ou complementarmente, a depender da dúvida a lhe dar respaldo suficiente à prolação da decisão para atribuir a incumbência da prova, com o fim de aclaramento. Sem qualquer cogitação no que respeita ao posicionamento entre aqueles sujeitos atinentes aos referidos ônus da prova.

Ao autor, é uma “norma base” e, ao réu, uma “contranorma”⁷². Trata-se de um sistema de distribuição do ônus da prova estruturado na teoria das normas de Rosenberg⁷³.

Esse método procedimental é elementar: se a parte pretende ser beneficiada por uma norma, está ela com o ônus de apresentar os elementos fáticos indispensáveis à sua aplicação. Se for o réu, o de comprovar os fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor⁷⁴. A própria doutrina consolidou esse pragmatismo processual⁷⁵.

⁷¹ “Art. 342º [...] nº 1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita”.

⁷² MÚRIAS, Pedro Ferreira. Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova. Lisboa: Ed. LEX, 2000, p. 43.

⁷³ Pois, segundo afirma Múrias: “É relativamente simples expor esta doutrina. Para o A. de Die Beweilst, nenhuma norma pode ser aplicada sem que o juiz se convença da verificação de todos elementos da sua facti species. Na incerteza, decide, portanto, contra a parte que a norma beneficiaria”. MÚRIAS, Pedro Ferreira. Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova. Lisboa: Ed. LEX, 2000, p. 43.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. Tirag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 160

⁷⁵ Segundo Cássio Scarpinella, ao comentar o art. 333, do CPC de 1973, disse que: “O exame de ambos os incisos do art. 333, quando feito no seu devido contexto, acaba por revelar o que lhes é mais importante e fundamental: o ônus de cada alegação das partes compete a elas próprias: quem alega, tem o ônus de provar o que alegou. Desincumbir-se do ônus da prova significa a produção

Parece contraditória, mas a fórmula tradicional de produção da prova estava e ainda está estruturada sob o manto dos princípios da igualdade (formal) das partes e, inclusive, na imparcialidade do julgador.

Em oportuno, Mariana França Gouveia⁷⁶ fez uma crítica velada ao procedimento extremamente rígido do sistema jurídico português —que também pode ser estendida ao ordenamento jurídico pátrio — mais detalhadamente à adequação do modelo probatório vigente no atual cenário social, ao declinar que qualquer um dos 55 (cinquenta e cinco) artigos que tratam da prova no Código Civil português, durante o lapso temporal de 40 anos, não sofreu alteração, apesar da transformação substancial ocorrida na sociedade portuguesa.

Alerta que no art. 342º, do Código Civil português, embora se valorize a teoria das normas de Rosenberg, não há clareza na identificação do que seja fato constitutivo e fato impeditivo, em razão do legislador ter conferido peso excessivo a essa classificação.

E que a diferenciação deveria ocorrer por meio de outros critérios, tais como as máximas de experiência do julgador. Conclui afirmando que é quase impossível não haver dúvida quanto à correta aplicação das regras estabelecidas no dispositivo legal⁷⁷.

Em parte, há de se concordar com tal manifestação, não quanto ao fato constitutivo, por não haver dificuldade do mesmo ser identificado.

Marinoni e Arenhart⁷⁸ dizem que, para Chiovenda, os fatos constitutivos são os sustentáculos que dão vida à vontade concreta da lei, já que fazem surgir a expectativa de um bem por parte de alguém. Quanto aos fatos modificativos, embora pressuponham válida a constituição de um direito, têm como meta alterá-la.

No entanto, para estes doutrinadores, o fato impeditivo não tem a finalidade de impedir a formação da “fattispecie da qual o fato

adequada das provas em juízo, sempre com observância dos ditames legais e judiciais, com vistas à formação do convencimento do magistrado a favor da pretensão daquele que as produz”. SCARPINELLA, Cássio. Curso sistematizado de direito processual civil. 2 t., parte 1, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

⁷⁶ GOUVEIA, Mariana França. A Prova. Revista Themis – Revista de Direito. Portugal: Centro de Estudos Jurídicos, 2008 (Edição Especial. Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais).

⁷⁷ Idem, ibidem, p. 335.

⁷⁸ MARINONI, op. cit., p. 165.

constitutivo faz parte ou visa a constituir. O fato impeditivo não integra o constitutivo, tampouco há qualquer de seus elementos que componham a "*fattispecie*".

É certo que, neste caso, deve haver um esforço mental para compreender que o fato impeditivo é algo que está "fora" da "*fattispecie*" e que tem a finalidade de impedir que sejam produzidos os efeitos dos fatos constitutivos.

Eis que é perceptível a grande dificuldade de saber o que venha ser fato impeditivo, se for levado em consideração apenas o texto da norma jurídica. Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, tem-se a impressão de que essa dificuldade chegaria ao ponto final, uma vez que, para a doutrina dominante, por meio da própria regra de experiência do juiz. Contudo, atualmente, conforme visto, estando o processo regido pelos mais amplos debates dos sujeitos da lide, não se pode mais sustentar a visão estritamente subjetivista do juiz. A não ser que a regra de experiência esteja em consonância com os princípios básicos do direito de defesa, do contraditório, do devido processo legal e do sistema dispositivo apresentado, assunto debatido no item 1.2.

Se observado este regramento estático de produção de prova, demasiadamente rígido, tem-se a juiz tal qual um mero observador.

É um comportamento judicial que não pode estar nos conformes do atual estágio da sociedade civil organizada, pois constitui obstáculo a todos os jurisdicionados terem acesso à justiça. Ou seja, é uma afronta à garantia constitucional fundamental da inafastabilidade da jurisdição.

Em síntese, a regra estática da produção da prova não se harmoniza com a natural evolução da complexidade das relações sociais, por ser um entrave ao próprio Poder Judiciário na prestação da atividade jurisdicional sob os princípios celeridade e da eficácia, conforme os ditames do art. 5º, inc. LXXVIII⁷⁹, da Carta Magna.

Designadamente, como previamente se anunciou, foi louvável a intenção do legislador ter declinado no novo Código de Processo Civil a sistemática da carga dinâmica da prova.

⁷⁹ Art. 5º [...] Inc. LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

1.9 Da dinâmica da prova

Viu-se subliminarmente que o Código de Processo Civil de 1973 havia mitigado a atuação do juiz na condução do feito, embora prevalecesse o sistema do livre convencimento motivado ou livre apreciação da prova, incumbindo a um dos sujeitos litigantes o ônus da prova para afastar o *non liquet*.

O processo tinha início com a provocação das partes (art. 2º)⁸⁰, e o regime legal da prova era estabelecido pelo art. 333, do Código de Processo Civil⁸¹. Trata-se da norma padrão aplicada às lides de direitos individuais, direitos transindividuais ou coletivos.

Excepcionalmente, este rigor formal poderia ser flexibilizado, desde que as partes assim convencionassem por meio de contrato. Contudo, o consenso não poderia abranger direitos indisponíveis nem dificultar o exercício do direito por uma delas, conforme o parágrafo único do art. 333⁸². Referia-se, portanto, à inversão do ônus da prova estritamente convencional.

Disposição semelhante é encontrada no art. 345º, nº 1, do Código Civil português. Como ressalta Rui Manuel de Freitas Rangel:

A validade dos contratos probatórios tem sido defendida pela moderna doutrina que entende que os mesmos são válidos, conquanto sejam observados certos limites que decorrem da indisponibilidade do direito em causa e do facto da inversão tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito⁸³.

⁸⁰ Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais.

⁸¹ Art. 333º. 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.

⁸² Art. 333 [...] Parágrafo Único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

- I – recair sobre direito indisponível da parte;
- II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁸³ RANGEL, Rui Manuel de Freitas Rangel. O ônus da prova no processo civil. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 191.

Parte da doutrina mais alinhada à realidade social reconheceu que, por o processo ter natureza pública, o juiz não deveria permanecer como um simples observador⁸⁴.

Observe-se que esta questão de se ter o juiz como mero observador dizia respeito exclusivamente à sua não intervenção na produção da prova. Obviamente, quanto à valoração da prova, é certo que tinha pela liberdade para formar sua convicção sob um prisma subjetivo-solipsista, em consonância com as argumentações de Lenio Streck (item 1.5).

Dessa forma, as complexidades das relações sociais, cada vez mais acentuadas, impulsionam os operadores do direito a buscar meios atualizados de resolução de conflitos, como a arbitragem e as tutelas de urgência e evidência.

Para Zaneti⁸⁵, foi a partir desse momento crucial, na década de 1980, que a teoria da carga dinâmica da prova, desenvolvida pelo argentino Jorge Walter Peyrano, ganhou corpo.

Essa teoria tem o grande mérito de modificar a forma pela qual se interpreta o fenômeno da produção probatória, não apenas como mero cumprimento de regras formais e abstratas, mas como instrumento orientado pelo critério da justiça, numa interpretação legitimada pelos princípios gerais do processo e pelas garantias processuais⁸⁶.

No ordenamento jurídico argentino, essa teoria alcançou ampla aplicação, incidindo-se nas relações jurídicas de acidentes de trânsito, contrato de depósito, contrato de estacionamento, contrato de trabalho, criminal correccional, danos e prejuízos, direitos bancários, entidades financeiras, falsificação de cheques, lesão subjetiva, locação de obra, imprensa, responsabilidade contratual, responsabilidade extracontratual, responsabilidade médica, seguridade social, simulação e títulos de crédito⁸⁷.

⁸⁴ GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil. v. 2, 12. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, p. 185.

⁸⁵ Neste sentido, Paulo Rogério Zaneti: “a teoria da prova compartilhada; carga compartilhada; cargas dinâmicas; princípio da solidariedade ou da efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional [...] que [...] vem sendo utilizada pelos tribunais em situações peculiares, especialmente naquelas em que a rigidez das regras de distribuição do ônus da prova contidas no art. 333 do Código de Processo Civil torna difícil, quando ao impossível, o reconhecimento do direito de uma das partes integrantes”. ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 116.

⁸⁶ GUILHERME, Thiago Azevedo. Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça. Porto Alegre-RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2011, p. 161.

⁸⁷ ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 128.

Por certo, tais contornos influenciaram o legislador brasileiro a inserir no Código de Processo Civil de 2015 a tão debatida dinâmica da prova, prevista no art. 373, § 1º⁸⁸.

Ressalte-se que o instituto da carga probatória não se limita à existência ou inexistência de provas, mas refere-se à possibilidade de atribuir o dever de provar a quem detenha melhores condições – técnicas, materiais ou informacionais – de fazê-lo naquele estágio processual. Assim, busca-se eliminar o *non liquet* e promover a pacificação social por meio da adequada prestação jurisdicional nas lides de direito privado.

A dinâmica da prova prevista no CPC/15 baseia-se em três requisitos fundamentais, relativos aos sujeitos da lide:

- i) Uma das partes, com relação à outra, detenha conhecimentos técnicos;
- ii) Informações específicas sobre os fatos; ou
- iii) Maior facilidade em sua demonstração⁸⁹.

Trata-se de uma relevante evolução do ordenamento jurídico nacional, ajustada à globalização das interações sociais. Afinal, sendo a judicialização dos conflitos uma tendência mundial, o Poder Judiciário pouco contribuiria se seus julgadores não solucionassem as controvérsias por meio de decisões de mérito.

O que se deve ter claro é que o magistrado jamais pode exigir que a parte que detém o ônus produza prova contra si mesma, contrarie seus próprios interesses ou assuma o dever de trazer aos autos provas que a prejudiquem. Tal conduta macularia o princípio da isonomia, que deve sempre nortear a relação processual.

Em suma, prevalece a relativização da regra dinâmica da prova, por influência dos supracitados princípios da cooperação e da coparticipação dos sujeitos da lide, segundo as diretrizes do Código de Processo Civil de 2015.

⁸⁸ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

§ 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 oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

⁸⁹ MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 559.

É um posicionamento digno de elogio do legislador, por ter conferido ao julgador poderes suficientes em relação a este instituto jurídico. Contudo, esses poderes não de estar focados nos novos paradigmas no CPC de 2015.

No que são pertinentes os argumentos de Gabriela Soares Balestero⁹⁰, ao ter afirmado que o instituto da inversão do ônus da prova, sem a presença de qualquer critério para sua imposição a uma das partes, poderá não somente ser instrumento à disposição do magistrado para suprir certas deficiências do material probatório, mas também foco de abuso, de decisões arbitrárias e ativistas.

É certo que, ainda que o instituto jurídico da inversão do ônus da prova seja o meio eficiente à resolução da lide, está o julgador na obrigação de valorizar a paridade de armas no processo civil, por garantindo igualdade de tratamento entre as partes.

Argumenta Thiago Azevedo Guilherme:

[...] a teoria da carga dinâmica da prova como mais apta a conciliar os aspectos objetivos e subjetivos do instituto do ônus da prova. Isso pelo fato de que, tanto os aspectos subjetivos dos litigantes (e suas responsabilidades daí advindas) quanto a natureza de norma dirigida ao julgador para evitar o *non liquet*, em conjunto formam a regra aplicável ao caso concreto⁹¹.

Ademais, o STJ⁹², mesmo não havendo previsão legal do referido instituto jurídico no Código de Processo Civil de 1973, sempre reconheceu ser atribuição do juiz a prolação de decisão acerca da flexibilização do ônus da prova. Conclui-se, portanto, que não havia ofensa a qualquer princípio fundamental do processo, desde que condicionada àquela situação elementar, a quem estivesse em melhores condições materiais para produzi-la.

⁹⁰ BALESTERO, Gabriela Soares. A inversão do ônus da prova no novo CPC e a discricionariedade judicial. Revista CEJ. Brasília. Ano XVI, n. 58, set/dez, 2012, p. 52.

⁹¹ GUILHERME, Thiago Azevedo. Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça. Porto Alegre-RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2011, p. 168.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 844281/DF nº 2016/0013061-2. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Data do julgamento, 19/04/2016. Dje 27/05/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&s equencial=1505162&num_registro=201600130612&data=20160527&formato=PDF>. Acesso em: 02 set. 2016.

Eis que, estando no presente instante o julgador dotado de poderes suficientes para a condução do processo, não com relação ao livre convencimento motivado, importa saber em que momento ocorrerá a produção da prova.

1.10 Do momento da produção da prova

A doutrina ressalta que o exato instante do juiz sanar o processo é antes do encerramento da fase de cognição ou instrução.

Observa-se, desde logo, que a denominação “despacho saneador” não é mais apropriada, por nele estão contemplados três atos judiciais cruciais:

- i) reconhece a admissibilidade do processo;
- ii) fixa os pontos controvertidos, delimitando a instrução;
- iii) decide sobre a inversão da distribuição da prova, se for o

caso.

Com efeito, o julgador, neste estágio, age com o objetivo de, ao final, valorar toda a prova nele contida.

Trata-se de decisão judicial e não de mero despacho de expediente, pois é neste ato que pode haver a imposição a uma das partes do ônus de apresentar determinada prova que não lhe era originalmente atribuída na fase de postulação.

Ressalte-se que, no novo Código de Processo Civil brasileiro, houve a extinção dos procedimentos ordinário ou comum e sumário.

Atualmente, há apenas um procedimento, denominado comum, mas permanecem os procedimentos especiais próprios. Para o legislador ordinário, todas as demandas judiciais são importantes.

Aliás, no Código de Processo Civil 1973 não existia distinção de valores entre os procedimentos ordinário, sumário e cautelar, mas apenas quanto à complexidade da causa.

Esclareça-se que o rito para a produção antecipada de prova previsto nas medidas cautelares do art. 846 do Código de Processo Civil de 1973 não foi deixado de lado pelo novo Código de Processo Civil. Deve-se atentar aos artigos 381 a 383⁹³, que utilizam a nomenclatura de “produção antecipada

⁹³ Art. 383: Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados.

de prova”, aplicável a qualquer meio probatório. Ao final, os autos deverão ser entregues ao requerente, independentemente do ajuizamento de ação principal.

Com a supressão dos procedimentos mencionados, presume-se que tal medida decorreu da ampliação e criação de novos institutos jurídicos mais eficazes para a celeridade da prestação jurisdicional, como as tutelas de urgência e de evidência, além da inclusão, no ordenamento pátrio, dos Juizados Especiais Cíveis, instituídos pela Lei nº 9.099/95.

Em síntese, é notório que, com a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, que regula os procedimentos dos juizados especiais cíveis estaduais, houve um significativo aumento do acesso ao Judiciário por parte das camadas sociais economicamente menos favorecidas, bem como maior conscientização dos cidadãos quanto à reivindicação de seus direitos violados. Isso refletiu no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, tendo como parâmetros processuais a celeridade, informalidade, oralidade e simplicidade (art. 2º).

As demandas nos juizados especiais cíveis, por envolverem valores módicos em comparação com aquelas que tramitam na justiça comum, antes não despertavam interesse dos autores em ajuizar ações por essa via procedimental, mesmo sob o procedimento sumário, devido à morosidade da justiça, ao alto valor dos emolumentos e taxas judiciárias e ao risco da sucumbência.

Nesse contexto, o princípio da efetividade⁹⁴ revela-se de imensurável importância, uma vez que o procedimento judicial previsto na Lei nº 9.099/95 é simples e, em sua ampla maioria, circunscreve-se a demandas de direito do consumidor, sem custos financeiros adicionais. Ou seja, o trâmite processual ocorre sob o manto da gratuidade judiciária.

É um procedimento que difere essencialmente do que está previsto no Código de Processo Civil, conforme consta a seguir.

Parágrafo Único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida.

⁹⁴ Neste sentido, Elpidio Donizetti: “[...] todos têm o direito de ver assegurado, no processo, o bem jurídico que reivindicam. Àquele que tem razão, o processo deve garantir e conferir, na medida do possível, justamente o bem da vida a que ele teria direito se não precisasse se valer do processo [...]”. DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, p. 85.

1.10.1 Do procedimento comum no NCPC

Antes da formação do processo propriamente dito, é, pois, tarefa exclusiva do conciliador ou mediador a designação da audiência prévia, denominada “audiência de conciliação ou de mediação”, com antecedência mínima de 30 dias (art. 334, do CPC)⁹⁵, se a lide for de direito disponível.

As partes são intimadas e, a partir deste estágio, o demandado tem o prazo de 15 (quinze) dias para se opor à pretensão do autor, caso e a conciliação não for sucedida.

Esse ato poderá se tornar ineficaz por dois motivos: “I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; e II – quando não se admitir a autocomposição” (art. 334, p. 4ª, inc. I e II, do CPC).

O legislador pátrio valorizou a audiência prévia, talvez sob a influência do que já vem ocorrendo nos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/95⁹⁶).

Como consequência da audiência prévia, é tarefa do magistrado, *ex officio*, impor multa àquele que deixar de comparecer ao ato sem motivo justificado. Aliás, esta conduta pode ser interpretada como desidiosa, por ser “ato atentatório à dignidade da justiça” (art. 334, § 8º, NCPC).

Em momento anterior, segundo o Código de Processo Civil de 1973, a audiência referida tinha dupla finalidade: a possível conciliação entre as

⁹⁵ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

⁹⁶ No artigo da lavra da eminente doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, com base na pesquisa realizada na 2ª Vara do Juizado Especial Cível, adjunto à FDV – Faculdade de Direito de Vitória- ES, pela Professora Cristina Grobério Pazzó e pelo Acadêmico Daniel Mazzoni, malgrado enfatizar que a natureza dos conflitos entre os juizados especiais cíveis e a justiça comum seja diferente, chegou à conclusão de que “a lição extraída da pesquisa realizada junto à 2ª Vara do Juízo Especial Cível de Vitória não pode ser ignorada. Vale a pena investir na obrigatoriedade da audiência de conciliação na Justiça comum, e só após a introdução desta prática é que poderão saber quantos casos, em que as partes não estavam inclinadas a transigir, acabaram efetivamente com um acordo”, pois, com base na pesquisa, “36% tiveram sua intenção modificada no momento da audiência de conciliação”. A pesquisa referida tem como base o art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna de 1988, ao preceituar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Obrigatoriedade da audiência de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis: uma lição para o processo comum. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 12, n. 72, jul./ago, 2011, p. 60.

partes e, uma vez frustrada, havia lugar à prolação do saneador com a respectiva indicação dos pontos controvertidos a serem apreciados na audiência de instrução e julgamento.

O julgador deveria decidir sobre questões pendentes para determinar, ao final, quais provas seriam úteis à formação de sua consciência (art. 331, § 2º, CPC)⁹⁷. Urge analisar os itens 1.2. e 1.3., dada a limitação do alcance da produção das provas pelos sujeitos da lide e da superação do livre convencimento motivado.

O novo Código de Processo Civil, houve reforço do saneamento do processo e nele há o dispositivo sobre a distribuição do ônus da prova (art. 357, inciso III)⁹⁸.

O julgador, portanto, não pode se esquivar de reconhecer este instituto jurídico, se por acaso estiver diante alguma dúvida, conforme visto, desde que o faça por meio de “decisão fundamentada”, pois cabe à parte que ficou com este encargo, no prazo legal de 10 (dez) dias, desincumbir-se de produzi-la e ou, se assim desejar, interpor o recurso de Agravo de Instrumento, com a finalidade de reverter este ato judicial.

Enfim, esses contornos gerais sobre a prova se adequam a todos os ramos do direito. E, nas lides de natureza consumerista, tomando-se como referência o ordenamento jurídico pátrio, há certas peculiaridades que serão apresentadas no próximo capítulo.

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de jan. de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 07 out. 2013.

⁹⁸ Art. 357 - Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E INVERSÃO PROBATÓRIA NO
CDC LUSO-BRASILEIRO: medicamentos e fiador

Adriano Mariano de Oliveira

2 A PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 Conceito de consumidor

Há definição de consumidor em quatro dispositivos diferentes do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente no art. 2º, caput e parágrafo único; art. 17 e art. 29.

No art. 2º, caput, o consumidor é caracterizado como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço. O dado essencial reside no fato do mesmo ser o destinatário final.

No mesmo dispositivo, especificamente no Parágrafo Único, considera-se também o consumidor a coletividade de pessoas, ainda que intermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

No art. 17, consumidor é toda vítima do evento danoso, no âmbito da responsabilidade civil por acidente de consumo. Já no art. 29, consumidores são todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas previstas no Capítulo V, do Título I (Das Práticas Comerciais).

A doutrina passou a interpretar essas definições por meio das teorias denominadas “finalista e maximalista”⁹⁹.

Na teoria finalista, como o próprio nome sugere, o consumidor é concebido de forma restrita: aquele que adquire produto ou serviço para consumo próprio ou de sua família, e que limita o campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor.

A maximalista, por sua vez, considera consumidor toda pessoa física ou jurídica, inclusive empresas fornecedoras de bens e serviços, que adquiram produto ou serviço, independentemente do consumo final.

Essas teorias, contudo, são manifestadamente opostas e, com o tempo, não lograram êxito em consolidar seus objetivos, especificamente quanto ao enquadramento uniforme da concepção de consumidor entre os operadores do direito.

O certo é que Cláudia Lima Marques¹⁰⁰, que inicialmente se filiou à corrente finalista, reconheceu que, com o declínio da teoria maximalista, em

⁹⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 92.

razão da entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002 e, sobretudo, do entendimento jurisprudencial, prevaleceu a concepção do chamado “finalismo aprofundado”.

Nesse contexto, no REsp 1162649/SP, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado no dia 13/05/2014, DJe 18/08/2014, tem o consumidor sob a diretriz do artigo 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor¹⁰¹. Esse julgado, porém, limita indevidamente o alcance das normas do CDC, e, por isso, não deve ser aceito sem críticas.

O dado essencial para a caracterização do consumidor está ligado à desigualdade material presente em todo negócio jurídico desta espécie, tendo como fundamento a vulnerabilidade prevista no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor¹⁰².

A propósito, para fins didáticos, conforme lembra Cíntia Rosa Pereira de Lima¹⁰³, foi nos Estados Unidos da América, em 1916, e na Grã-Bretanha, em 1932, que surgiram os primeiros precedentes que impuseram aos fornecedores o dever da diligência (*duty of care*), obrigando-os a assumir os riscos da atividade.

Firmou-se, assim, a responsabilidade objetiva dos fornecedores, com a inversão do ônus da prova, independentemente da imprudência, negligência ou imperícia (culpa).

Em circunstância do ordenamento jurídico brasileiro, o termo consumidor passou a integrar a esfera jurídica nacional com a reintrodução do Estado Democrático de Direitos, após o advento da Constituição Cidadã de 1988, segundo se constata nas Disposições Constitucionais Transitórias¹⁰⁴, art. 48, ao determinar a criação do Código de Defesa do

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1162649/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado no dia 13/05/2014, DJe 18/08/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/134004822/recurso-especial-n-1162649-sp-do-stj>>. Acesso em: 02 set. 2016.

¹⁰² Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

¹⁰³ LIMA, Cíntia Rosa Pereira. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, n. 47. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul-set. 2003, p. 201.

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2013.

Consumidor, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a fim de salvaguardar os direitos fundamentais a ele previstos.

Apenas Portugal, Espanha, Reino Unido e Brasil trazem em seus ordenamentos jurídicos a definição de consumidor¹⁰⁵.

Na Lei de Consumo de Portugal, há traços nítidos da teoria da finalidade (art. 2º da Lei nº 24/96¹⁰⁶, de 31 de julho; inclusive, a anterior Lei nº 29/81, de 22 de Agosto), não havia dúvida neste aspecto.

Na verdade, existe uma lacuna quanto a quem deve ostentar a condição de consumidor, deixando implícito que pode ser tanto uma pessoa física quanto uma pessoa jurídica, ou seja: “considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos [...]” (art. 2º, nº 1, da Lei 24/96, de 31 de julho)¹⁰⁷.

2.2 Conceito de fornecedor

Diz-se na doutrina que inexistente consumidor sem que antes haja um fornecedor. Por isso, este assume, na relação jurídica de consumo, papel de singular importância, pois a lei consumerista reconhece que o mesmo é detentor de conhecimentos imprescindíveis sobre os bens e serviços postos em circulação no mercado.

¹⁰⁵ LIZ, Jorge Pegado. Introdução ao direito e à política do consumo. Lisboa: Editora Notícias, 1999, p. 185.

¹⁰⁶ Art. 2º, da Lei nº 24/96, de 31 de julho:

1 – Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade econômica que vise a obtenção de benefícios.

2 – Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresa de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

¹⁰⁷ Neste sentido, Marcelo Junqueira Calixto: “[...] na Europa diversas leis regulam matérias relativas ao consumo (leis sobre cláusulas abusivas, leis sobre acidentes de consumo [...]), fornecendo conceitos nem sempre coincidentes de consumidor ou simplesmente deixando de o conceituar. Assim é que Thierry Bourgoignie afirma que nas leis europeias se tem privilegiado dois tipos distintos de abordagem: uma subjetiva e outra negativa. A primeira limita-se a afirmar o uso privado de um bem para que se considere determinada pessoa como consumidora; a segunda simplesmente afirma que consumidor é o não profissional (ver Cláudia Lima Marques)”. CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produto pelos riscos de desenvolvimento. São Paulo: Editora Renovar, 2004, p. 30-31.

Assim, fornecedor é a pessoa natural ou física, um ente despersonalizado (como a massa falida), sociedade irregular, sociedade de fato ou pessoa jurídica de Direito Público, independentemente da obtenção de lucro (art. 3º, do CDC)¹⁰⁸.

Na jurisprudência, há fornecedor sob o ângulo objetivo, segundo o Eg. STJ, no julgamento do REsp. 519.310/SP – Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrichi – j. 20.04.2004¹⁰⁹.

Da mesma forma, a Quarta Turma deste Tribunal tem igual posicionamento, em conformidade com o voto do Rel. Min. Luis Felipe Salomão, no REsp 1176000/PR. J. 10.03.2016, Dje. 05.04.2016¹¹⁰.

Nestas linhas gerais sobre as características de consumidor e fornecedor, em razão de não haver outra pretensão, almeja-se, logo abaixo, trazer à tona a atividade jurisdicional relacionada à produção das provas por esses sujeitos – consumidor e fornecedor – quanto à formação da convicção do juiz, nos moldes da ampla defesa e do contraditório, mais especificamente sobre a dinâmica da prova, exclusivamente com base no Código de Defesa do Consumidor.

2.3 Da dinâmica da prova no CDC

Em primeiro lugar, deve-se salientar que o Código de Defesa do Consumidor, como microssistema jurídico, contém normas de direito material e de direito processual, e que há muito já havia instituído o instituto da inversão do ônus da prova nos respectivos

¹⁰⁸ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 519.310/SP (2003/0058088-5). Rel. Min. Nancy Andrichi. Terceira Turma. DJ 24/05/2004, p. 262. Disponível em: <http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/0CtqtISce2QsyeyQsGECMw/hBZovPqexjUwQHZ4H0hH0w/REsp_519.310_-SP.pdf>. Acesso em: 02 set. 2016.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1176000/PR (2010/0009377-4). Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 10.03.2016, Dje. 05.04.2016. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339857612/recurso-especial-resp-1176000-pr-2010-0009377-4/inteiro-teor-339857634>>. Acesso em: 02 set. 2016.

art. 6º, inc. VIII¹¹¹ e no art. 38¹¹².

Quanto às normas de direito material e processual, é tarefa relativamente difícil estabelecer uma separação precisa¹¹³. Em termos gerais, as de direito processual estão relacionadas à previsão do ônus da prova.

Trata-se da teoria da norma de Rosenberg: ao autor cabe o ônus de provar os elementos constitutivos dos seus direitos e, ao réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos dos direitos daquele, conforme exposto no item 1.7.

No concernente à inversão do ônus da prova, ela se encontra nas normas de direito material, pois visa à proteção do direito material do consumidor em juízo. Nela estão presentes dois comandos normativos de relevante efeito prático:

a) Primeiro comando: vinculado à facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo, com amplitude em todo o sistema jurídico, tanto no âmbito de direito substancial quanto no direito processual.

b) Segundo comando: de natureza processual, destina-se ao juiz, em razão de sua prerrogativa de proferir decisão sobre a inversão do ônus da prova.

Assim, tem-se a inversão do ônus da prova *ope judicis*, cuja finalidade é assegurar ao consumidor a facilitação da defesa de seus direitos em juízo, garantindo o princípio da igualdade substancial em relação ao

¹¹¹ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

¹¹² Art. 38º O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem a patrocina.

¹¹³ Neste sentido, Cíntia Rosa Pereira Lima e Lívia Carvalho da Silva Faneco: “[...] é difícil fazer uma separação de tais normas de forma absoluta, pois uma influi na outra reciprocamente. Assim, em tese, as regras de ônus da prova são de direito processual; porém, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC é crucial para se reconhecer o próprio direito material a que o consumidor pleiteia”. LIMA, Cíntia Rosa Pereira; FANECO, Lívia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CDC: distinção entre institutos afins. Revista de Direito do Consumidor, v. 91, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2104, p. 310-311.

fornecedor¹¹⁴. E a *ope legis*, prevista no art. 38¹¹⁵, destina-se ao fornecedor quanto à responsabilidade de comprovar a veracidade da mensagem publicitária do produto ou serviço. Segundo Watanabe¹¹⁶, deve ser observada a posição das partes no processo, especialmente em relação a quem será beneficiado por essa regra.

Ou seja, se o patrocinador postula em juízo tutela jurisdicional para obter decisão declaratória da veracidade da informação ou comunicação publicitária, não haverá, nesta hipótese, inversão do ônus da prova, aplicando-se a regra do art. 373, I, do Código de Processo Civil: o ônus probatório será exclusivo do patrocinador.

Por outro lado, se o patrocinador se defende em juízo contra a pretensão do consumidor, que alega a inveracidade ou incorreção da informação publicitária, haverá a inversão do ônus da prova, nos termos do Código de Defesa do Consumidor — embora, pela regra do Código de Processo Civil, tal ônus coubesse ao consumidor.

Há, portanto, correlação direta entre o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 36 do mesmo diploma legal. Dispõe o CDC que “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

Parte da doutrina entende que, nessa inversão do ônus da prova *ope legis*, devem também ser consideradas as regras do art. 12, § 3º¹¹⁷ e art. 14,

¹¹⁴ Neste Sentido, Antonio Gidi: “A inversão do ônus da prova não é um ‘direito básico do consumidor’. O direito outorgado ao consumidor, pelo inc. VIII do art. 6º do CDC, ‘como direito básico’, é à facilitação da defesa dos seus direitos em juízo: a inversão é, tão somente, um meio através do qual é possível promover tal facilitação”. GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 13, jan/mar. 1995, p. 584.

¹¹⁵ Art. 38, do CDC: O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

¹¹⁶ WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001, p. 732.

¹¹⁷ Art. 12º. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...]

§ 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador não só será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou terceiro.

§ 3º¹¹⁸, por nelas constar a obrigação do fornecedor de provar a inexistência do defeito do produto ou serviço posto à disposição do consumidor.

O fato é que estes dispositivos legais, segundo o próprio texto prevê, estão sob a nomenclatura de excludente de responsabilidade.

Ora, se for levada a efeito uma interpretação linear desta lei, não se pode chegar à conclusão de que se refere à inversão do ônus da prova (*ope iudicis*), prevista no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor.

Daí serem plausíveis os argumentos apresentados por Cíntia Rosa e Livia¹¹⁹, por entenderem que essas hipotéticas excludentes de responsabilidade, em vez de pertencerem ao agrupamento de inversão do ônus da prova *ope legis*, com fundamento no art. 38, se encaixam perfeitamente no instituto jurídico da regra tradicional do ônus da prova, já exaustivamente apreciada no presente trabalho, do art. 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Logo, se o fornecedor do produto ou serviço não cumprir as citadas determinações legais — isto é, se não se desincumbir de trazer aos autos prova robusta para corroborar sua assertiva — incidirá efeito material decorrente desta desídia, de modo a fortalecer a pretensão da parte autora, no caso, o consumidor.

Em contrapartida, a inversão do ônus da prova não pode ser determinada contra o consumidor, tampouco deve existir cláusula contratual neste sentido, sob pena de ser eivado de vício absoluto o negócio jurídico firmado pelas partes. Considera-se, portanto, cláusula abusiva, de acordo os ditames do art. 51, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90¹²⁰.

¹¹⁸ Art. 14º O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor.

¹¹⁹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CDC: distinção entre institutos afins. Revista de Direito do Consumidor, v. 91, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2104.

¹²⁰ Art. 51º. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

Saliente-se que existe diferença substancial entre o instituto jurídico da inversão do ônus da prova do Código de Processo Civil de 2015, no art. 373, e o instituto jurídico da inversão do ônus da prova NO Código de Defesa do Consumidor, ora em análise.

Para que este fenômeno excepcional se concretize, sob a égide do Código de Processo Civil, é necessária a prolação de decisão interlocutória, a fim de aferir qual das partes litigantes possui melhores condições de suportar o ônus de provar um fato ou fatos imprescindíveis à resolução do mérito da causa pelo julgador, sempre com observância aos seguintes critérios:

- i) uma das partes, com relação à outra, detenha conhecimentos técnicos;
- ii) informações específicas sobre os fatos; ou
- iii) maior facilidade em sua demonstração.

Contudo, deve o juiz fundamentar a referida decisão, sem que seja estruturada sob o ângulo do subjetivismo-solipsista, mas com base no que foi produzido no processo pelas partes litigantes, item 1.3.

Quanto à lide consumerista, a intervenção judicial, ou seja, a decisão judicial, embora de caráter valorativo, também aqui prescinde de qualquer cogitação sobre a consciência do julgador. Ela se fixa na avaliação da hipossuficiência do consumidor e/ou da verossimilhança do alegado, afastando a indagação sobre quem melhor se apresenta para suportar o encargo probatório naquele momento.

Em suma, as decisões mencionadas trazem em seu bojo fundamentos totalmente distintos. A de caráter consumerista está reservada à mencionada facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo.

Contudo, conforme visto, o julgador, em hipótese alguma, pode relegar a plano secundário os princípios da ampla defesa e o do contraditório, mesmo a controvérsia se restrinja a direito do consumidor. Inclusive por se tratar de direito de ordem pública¹²¹, com relevante carga de interesse social (art. 1º, da Lei nº 8.078/90), sob a denominação de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 (art. 5º,

¹²¹ Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

XXXII)¹²² e também como princípio limitador da livre iniciativa, segundo o art. 170, V¹²³.

Se observados os mencionados princípios, não se trata de uma mera discricionariedade do juiz para fins de efetivação da inversão do ônus da prova no direito do consumidor, mas sim de ato judicial que tem por objetivo orientá-lo à melhor decisão a ser proferida com vistas ao enfrentamento da matéria objeto da lide.

A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor é caracterizada pela doutrina como *ope iudicis*, trazendo em seu bojo elementos estruturais que serão expostos a seguir para melhor compressão.

2.3.1 *Requisitos da inversão do ônus da prova no direito do consumidor*

Ao se realizar uma análise pormenorizada do art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, emergem os seguintes requisitos:

a) Refere-se a uma relação jurídica de consumo.

Em linhas gerais, os elementos da relação jurídica de consumo são os sujeitos (fornecedor e consumidor), tendo como objeto produtos e serviços e, como finalidade, o elemento teleológico previsto no art. 2º, caput. Quanto ao consumidor ser qualificado como destinatário final, trata-se de característica há muito superada (item 2.1.).

Ocorre, todavia, que, apesar dos elementos constitutivos extrínsecos serem os sujeitos (passivos ou ativos); o objetivo (mediato ou imediato); o fato jurídico e a garantia do direito de ação — elementos estes que também se referem à relação jurídica de direito privado —, o fator preponderante que distingue a relação jurídica de consumo está vinculado ao efeito jurídico entre estes sujeitos, quais sejam, consumidor e fornecedor.

¹²² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

¹²³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] – defesa do consumidor;

Significa que o consumidor se submete ao domínio do fornecedor. É por essa razão que o legislador nacional o reconheceu como vulnerável, nos termos do art. 4º, inciso do Código de Defesa do Consumidor¹²⁴.

Na mesma linha, essa é a orientação do STJ, como, por exemplo, no REsp 1280211/SP da lavra do Ministro Marco Buzzi, da Segunda Seção, de 23/04/2014, DJe 04/09/2014, diante das cláusulas abusivas de aumento das mensalidades de plano de saúde por mudança de faixa etária, oriundas de contrato de adesão¹²⁵.

É incontestável que o fornecedor detém o total domínio das tratativas, sem conceder ao consumidor a mínima chance de fomentar negociações paralelas, o que resulta em considerável impacto na defesa de seus direitos em juízo.

Há doutrinadores que sustentam que, de fato, não se deve desviar o foco do elemento que tem o condão de distinguir a relação jurídica de consumo, assentada unicamente na finalidade teleológica consubstanciada no art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor¹²⁶.

b) Trata-se, portanto, de uma facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo.

Especificamente, a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, constitui exceção à regra estabelecida no art. 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Contudo, para que ela venha à tona, é da estrita responsabilidade do consumidor a demonstração da impossibilidade de produzir determinada prova do fato constitutivo do direito pleiteado, para que esta incumbência seja transferida ao fornecedor.

Não é, portanto, qualquer argumentação que tem o condão de ensejar a inversão do ônus da prova: se o consumidor demonstrar em juízo

¹²⁴ Artigo da Lei nº 8.078/90 já anteriormente citado.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1280211/SP (2011/0220468-0). Rel. Min. Marco Buzzi. Segunda Seção, de 23/04/2014, DJe 04/09/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/137408127/recurso-especial-n-1280211-sp-do-stj>>. Acesso em: 02 set. 2016.

¹²⁶ Neste sentido, Nelson Nery Júnior: "A chave para identificação de uma relação jurídica como sendo de consumo é, portanto, o elemento teleológico: destinatário final, ao consumidor, do produto ou serviço". NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. Revista de Direito Privado. n. 18. Ano 5. Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun., 2004, p. 224.

que a produção da prova demandará maiores esforços acima do padrão normal esperado, essa justificativa poderá levar o julgador a decidir de forma contrária ao pleito perseguido.

Em suma, há de se concordar com Luiz Eduardo Boaventura Pacífico¹²⁷, quando afirma que a inversão do ônus da prova se aplica sobre fatos determinados, mais especificamente nos que dão base à hipossuficiência do consumidor, por exemplo.

c) Tem como escopo uma decisão judicial

Em observância ao dispositivo do art. 6º, inc. VIII¹²⁸, do Código de Defesa do Consumidor, há os requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência do alegado, em homenagem à facilitação da defesa do direito do consumidor em Juízo, de maneira que esta norma prevê que tais requisitos dependam das máximas de experiência do magistrado para que sejam validadas.

Neste contexto, se for constatado que o consumidor é hipossuficiente e sua alegação é verossímil, haverá decisão judicial fundamentada, por exigência do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

Este ato judicial, por não ser mera discricionariedade e, conseqüentemente, não ocorrer automaticamente, ou seja, *ex vi legis*, é caracterizado pela doutrina como *ope judicis*.

Inclusive, há quem defenda que o juiz, uma vez diante dos referidos requisitos, poderá decidir sobre a inversão do ônus da prova, *ex officio*¹²⁹.

Ora, a partir do instante em que o ordenamento jurídico nacional, em razão do advento do novo Código de Processo Civil, vem passando por mudanças radicais de paradigma, como, por exemplo, a extinção do livre convencimento motivado ou da livre apreciação da prova (item 1.3.),

¹²⁷ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. A inversão do ônus da prova no CDC. Revista dos Tribunais. Ano 101, v. 917, mar. 2012, p.183.

¹²⁸ Art. 6º, VIII, do CDC: "São direitos básicos do consumidor: [...] VIII: a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

¹²⁹ Neste sentido, José Carlos Maldonado de Carvalho: "[...] partindo-se do pressuposto que a *ratio essendi* da norma é a busca do reequilíbrio da relação de consumo, tem o juiz poder-dever de intervir na instrução do processo". CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Inversão do ônus da prova e a inversão do encargo decorrente sob a ótica do consumidor. Revista do Consumidor. n. 46, Ano 12, Editora Revista do Tribunais, jul.-set. 2003, p.249.

mesmo sabendo que um dos focos da inversão do ônus da prova é o efetivo acesso à Justiça pelo consumidor, no sentido de assegurar a plenitude da defesa de seus direitos em juízo, sendo este direito qualificado como ordem pública, à luz do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor, é custoso aceitar que o julgador possa decidir sobre a inversão do ônus da prova sem que haja provocação do consumidor/autor. É certo que deve prevalecer o princípio dispositivo.

d) Classifica o consumidor como hipossuficiente

Diz-se que o requisito da hipossuficiência — diferente do que ocorre com o critério da verossimilhança do alegado — é, em verdade, a causa de inversão do ônus da prova, estando, portanto, vinculado ao monopólio da informação, principalmente no entendimento de doutrinadores que excluem a verossimilhança como um dos elementos da inversão do ônus da prova.

Em outros termos, ele decorre da impossibilidade de esclarecimento referente à relação de causalidade do fato do produto ou serviço a cargo do consumidor.

Outro aspecto basilar que traz em seu bojo divergência doutrinária reside na condição da hipossuficiência do consumidor ser considerada apenas de ordem econômica.

Esse entendimento, por muito tempo, foi defendido por Kazuo Watanabe¹³⁰, sob a assertiva de que, uma vez demonstrando pelo consumidor que não possui recursos financeiros para arcar com as despesas processuais, ao pleitear os benefícios da Lei nº 1.060/50, Lei da Assistência Judiciária Gratuita, a hipossuficiência se configura automaticamente.

O referido autor, contudo, já não defende essa visão restritiva, por reconhecer que a hipossuficiência poder decorrer de diversos aspectos. Por exemplo: o consumidor que, ao adquirir um automóvel que venha a apresentar defeito no motor e ao demandar em juízo, se fosse considerado apenas o que consta no art. 2º, Parágrafo Único da Lei nº 1.060/50, prontamente se verificaria que ele teria condições financeiras suficientes em suportar o pagamento das custas processuais e, conseqüentemente, não seria considerado hipossuficiente. Entretanto, não foi isto que o legislador pretendeu afirmar.

¹³⁰ WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001, p. 734.

Ou seja, para o mencionado autor, existe para o fabricante uma situação de vantagem, pois este detém uma gama significativa de informações técnicas sobre o bem que colocado no mercado de consumo, estando, neste caso, em melhores condições de demonstrar a inexistência do vício de fabricação daquele produto.

Esse ponto de vista já foi superado: a jurisprudência consolidou que a hipossuficiência do consumidor tanto pode ser de ordem econômica, técnica ou jurídica. Inclusive, o próprio Watanabe¹³¹ adequou seus argumentos a essa nova realidade.

Não há como aceitar que a hipossuficiência do consumidor esteja limitada a apenas uma dessas situações, de forma isolada, pois, em certas ocasiões, embora o consumidor disponha de recursos financeiros suficientes para arcar não só com as custas do processo, como também para ingressar em juízo por meio de advogado particular, falta-lhe o conhecimento técnico ou jurídico, em razão de algum dano advindo do produto ou do serviço.

Ora, não poderia haver a inversão do ônus da prova, sabendo-se que é o fornecedor que detém todos esses conhecimentos específicos do produto ou serviço?

O STJ, no Resp nº 1.195.642/RJ Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13.11.2012. Dje 21.11.2012¹³², reconheceu que a hipossuficiência pode ser técnica, científica e fática ou econômica.

Ressalte-se, por outro lado, que, muito embora o art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) enumere como uma das características do consumidor a vulnerabilidade, isso não significa que ela possua a mesma carga semântica de hipossuficiência, ainda que ambos requisitos estejam lastreados nas limitações econômicas, técnicas ou jurídicas do consumidor.

O certo é que, em toda relação jurídica de consumo, o consumidor sempre ostenta vulnerabilidade. Contudo, a doutrina não é unânime em aceitar que essa qualificação seja idêntica para o consumidor pessoa física e o consumidor pessoa jurídica.

¹³¹ WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001.

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.195.642/RJ (2010/0094391-6). Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. J.13.11.2012. Dje 21.11.2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj/inteiro-teor-22829800>>. Acesso em: 02 set. 2016.

Por isso, afirma-se que, em relação ao consumidor pessoa física, a vulnerabilidade é absoluta (*iures et de iure*) e, quanto ao consumidor pessoa jurídica, é relativa (*iures tantum*). Nessa linha de raciocínio, o consumidor pessoa física é classificado como consumidor final, por adquirir bens e serviços para uso próprio ou de sua família. Já o consumidor pessoa jurídica é qualificado como intermediário, em razão de adquirir bens de consumo para utilização em sua atividade profissional.

Claudia Lima Marques¹³³ defende que essa vulnerabilidade pode ser “técnica, jurídica e fática”. Pode ainda ocorrer a “vulnerabilidade básica ou intrínseca do consumidor, a informacional”.

A vulnerabilidade técnica evidencia que o consumidor não detém conhecimento especializado suficiente sobre o produto ou serviço adquirido, ficando esse especto exclusivamente a cargo do produtor.

A vulnerabilidade jurídica, conforme o próprio termo indica, representa a condição do consumidor de não possuir conhecimento técnico-jurídico adequado, podendo ficar na iminência de sofrer prejuízos relevantes em sua vida caso o negócio jurídico celebrado não atinja a finalidade pretendida, por exemplo.

A vulnerabilidade fática caracteriza-se pela inegável desvantagem do consumidor diante de um fornecedor de produto ou serviço que detém, por sua vez, posição dominante no mercado, sem que aquele tenha qualquer outra opção, a não ser se sujeitar às condições impostas.

e) Condiciona a alegação à verossimilhança

É importante detalhar cuidadosamente as características delimitadoras do requisito da verossimilhança, a fim de verificar se este constitui ou não pressuposto da inversão do ônus da prova, tendo em vista a divergência doutrinária a respeito.

Em primeiro lugar, é correto afirmar que a verossimilhança se aproxima da verdade. Significa que ser verdadeiro não se confunde com a aparência de verdade.

Daí a verossimilhança conter algumas nuances que podem ser confundidas com verdade. Desse modo, segundo a lei, exige-se do julgador um esforço intelectual para se debruçar sobre essa temática, sempre com

¹³³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 94

base em suas regras ordinárias de experiência (art. 6º, Inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

Neste contexto, se concebe que nenhuma decisão elaborada pelo julgador deve partir do rigorismo pessoal, mas sim estar calcada nos argumentos e fatos da lide, não se pode permanecer inerte diante da necessidade de prevalecerem as regras de experiência, naturalmente.

Em segundo lugar, por isso se afirma que a verossimilhança constitui um elemento da valorização do juiz (regra de juízo) e não de julgamento¹³⁴. Eis que tal ocorrência não induz o magistrado a aceitar o fato como provado, mas tão somente como provável ou que contenha probabilidade e, consequentemente, ensejar a possibilidade da inversão do ônus da prova¹³⁵.

A verossimilhança engloba, para sua compreensão, três fatores:

- i) resulta da análise probatória contida nos autos;
- ii) há presunção por parte julgador; e
- iii) está também vinculada ao julgador, às regras ordinárias de experiência, conforme acima apresentado, contudo sempre fundamentadas nos fatos.

Ora, o requisito da verossimilhança se circunscreve a uma perspectiva de cunho relativo: pode ser aceito por determinado julgador de modo totalmente oposto ao de outro. Contudo, não haverá distorção relevante a respeito.

Antonio Gidi¹³⁶, para demonstrar que a verossimilhança é também base para efeitos de concessão da inversão do ônus da prova, acentua que

¹³⁴ Neste sentido, Antonio Gidi: “Perceba-se que isso não faz da sentença, propriamente uma decisão por verossimilhança. A mera probabilidade do fato alegado pelo consumidor não autoriza o magistrado a decidir em seu favor, mas apenas a inverter o ônus da prova”. GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 13, jan/mar. 1995, p. 585.

¹³⁵ Neste sentido, Kazuo Watanabe: “Na primeira situação, na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiências e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma parte. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite aquele também como existente, ao menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova”. WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001, p. 733.

¹³⁶ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 13, jan/mar. 1995.

qualquer pessoa em situação de rua do centro da cidade poderia acionar um shopping center luxuoso, requerendo, preliminarmente, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que o seu carro (do mendigo, autor da ação) não estava estacionado nas dependências desse centro de compras e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de Natal.

Para o citado exemplo, qualquer juiz jamais aceitaria como verossímil tamanha assertiva, uma vez que chegaria à conclusão de que a condição econômica do referido autor não lhe permitiria a possibilidade de se tornar proprietário dos mencionados bens de consumo.

Eis que, para atingir este veredito, não há necessidade da exigência de regra de experiência. Trata-se de um dado fático sobremaneira previsível.

Ou seja, nestes moldes, a verossimilhança do alegado é fato concreto a ser constatado nos autos, para efeito de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor.

2.4 Verossimilhança e hipossuficiência: são requisitos cumulativos ou alternativos?

O texto da lei faz alusão, para efeito de inversão do ônus da prova, à comprovação do requisito da verossimilhança ou da hipossuficiência do consumidor, de maneira a existir certa celeuma doutrinária quanto a se essa partícula “ou” tem caráter exclusivo.

Em detalhes, para parte da doutrina, a regra jurídica é clara: no art. 6º, VIII, constata-se que basta apenas um desses requisitos.

Logo, a hipossuficiência do consumidor é a única condição que deve ser considerada pelo julgador.

Para Eduardo Cambi¹³⁷, se for observado o art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova se perfaz quando o magistrado verificar, no caso concreto, a presença dos requisitos legais, quais sejam: a verossimilhança ou a hipossuficiência do autor da demanda. Atente-se, portanto, que a conjunção é alternativa; logo, não expressa adição, mas opção entre duas coisas independentes e autônomas.

¹³⁷ CAMBI, Eduardo. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegéticos do art. 6º, VIII, do CDC. Revista dos Tribunais, v. 127. Ano 30. Set. 2005, p. 103.

Ora, conforme ficou descrito nas linhas anteriores sobre o exemplo ilustrativo da lavra de Antonio Gidi¹³⁸, é custoso aceitar que a verossimilhança do alegado também não seja essencial à configuração do advento da inversão do ônus da prova.

2.5 Momento da inversão do ônus da prova de acordo com o CDC

Um dado de extraordinária importância, e por sinal de muita controvérsia, é saber em que momento deve ocorrer a efetivação do instituto jurídico da inversão do ônus da prova, na esfera da relação jurídica consumerista. Sabe-se, por outro lado, que a Lei nº 8.078/90 é omissa neste sentido.

Daí recorre o julgador ao procedimento processual do Código de Processo Civil para tanto.

É inegável que o ato processual da inversão do ônus da prova é de caráter extraordinário, por atribuir essa incumbência a uma determinada parte (fornecedor) que, por sua vez, não se encontrava com tal encargo.

Ordinariamente, estaria o consumidor/autor com o dever de produzir todas as provas para a constituição dos direitos pretendidos. Por outro lado, caberia ao réu/fornecedor produzir as provas atinentes aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito daquele. A prova está calcada em sua dinâmica clássica à luz do art. 373, I e II, do Código de Processo de 2015, e, anteriormente, de acordo com o art. 333, I, do Código de Processo Civil de 1973.

Então, ao fornecedor nada foi imposto até aquele momento. Em contrapartida, cabia ao autor/consumidor o encargo de apresentar nos autos prova imprescindível do fato constitutivo do seu direito.

Mas toda divergência surge a partir do instante em que, em determinadas ocasiões, o consumidor se vê impossibilitado de produzir alguma prova do direito alegado, em razão não só da mencionada hipossuficiência, mas também, conforme entendido, da verossimilhança da alegação, vindo em seu amparo, para a facilitação desse direito de defesa, o mandamento do art. 6º, inciso VIII, já analisado.

Daí surgiram divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao momento processual em que, de fato, se perfaz a decisão judicial relativa à inversão do ônus da prova em benefício do consumidor.

¹³⁸ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 13, jan/mar. 1995

São três as correntes que tratam da questão:

i) A primeira sustenta que tal fato ocorre apenas no julgamento da lide. Trata-se, portanto, de uma regra de julgamento. Se eventualmente houve dúvida ao magistrado, é porque o conjunto probatório produzido pelas partes, na instrução do processo, mostrou-se insuficiente para a exata formação de sua convicção.

ii) A segunda defende que a inversão do ônus da prova se concretiza na fase do despacho saneador, após o recebimento da inicial pelo julgador, antes da citação do fornecedor.

iii) A terceira entende que isso pode ocorrer no momento em que o juiz profere despacho de recebimento da inicial, na fase da audiência preliminar.

É importante ressaltar que, seja no despacho saneador ou no despacho inicial, antes da citação do demandado/fornecedor, este ato judicial ocorre por meio de uma regra de procedimento, havendo divergência doutrinária, nesse aspecto, conforme se expõe a seguir.

2.5.1 A inversão do ônus da prova no momento do julgamento da lide

Watanabe¹³⁹ parte do princípio de que a inversão do ônus da prova, por ter fundamento essencial na supracitada regra de julgamento, ocorre apenas no instante do julgamento da demanda. Em outras palavras, trata-se de uma regra de julgamento que tem como finalidade orientar o magistrado diante de um *non liquet* em matéria de fato, quanto à solução a ser dada à causa. Essa é a condição fundamental posta às partes no tocante à atividade probatória.

Ademais, afirma que a efetiva aptidão do juiz para julgar o mérito da causa se consolida apenas ao final da instrução do processo, momento em que poderá verificar se está ou não diante do *non liquet*.

Dentro desta linha de raciocínio, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico¹⁴⁰ sustenta que, caso o juiz não tenha formado convicção sobre os fatos relevantes e controvertidos no momento da sentença, as regras do ônus da

¹³⁹ WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001, p. 735.

¹⁴⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. A inversão do ônus da prova no CDC. Revista dos Tribunais. Ano 101, v. 917, mar. 2012, p. 191.

prova lhe servem de parâmetro, permitindo que alcance o conteúdo da decisão a ser proferida em tal situação excepcional.

Esse também foi o entendimento adotado pela Terceira Turma do Eg. STJ. A Min. Nancy Andrighi, no REsp nº 422778/SP¹⁴¹, de 19/06/2007, reconheceu que, estando devidamente comprovados o dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade entre ambos, a inversão do ônus da prova deve ocorrer em favor do consumidor, por tratar de uma regra de julgamento.

Para os autores citados, não se pode cogitar a existência de violação às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, uma vez que o julgador, apesar de ter se empenhado na condução do processo, ainda não havia consolidado sua convicção, sendo-lhe facultado pela lei o uso desse instrumento excepcional.

Logo, entendem que, se assim não fosse, o juiz incorreria em um autêntico prejulgamento da causa, o que é absolutamente inadmissível¹⁴².

No entanto, argumenta-se que, por uma questão de zelo processual, nada impede que o julgador dê ciência prévia às partes, no despacho saneador ou em outro momento que anteceda a fase instrutória da causa, embora não se trate de obediência a comando normativo específico.

É certo que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, havia omissão quanto à possível inversão do ônus da prova, salvo se oriunda de decisão judicial contrariasse a regra clássica ou geral do ônus da prova estabelecida no art. 333, “caput”, ou daquela que adviesse de comum acordo entre as partes, desde que fossem resguardados os direitos indisponíveis.

Tudo dependeria do desempenho das partes litigantes, ressalvada a possibilidade de que, de acordo comum, pudessem estabelecer a dinâmica da prova, desde que preservados os direitos indisponíveis.

2.5.2 A inversão do ônus da prova no despacho saneador

Como visto, se entre os doutrinadores acima há inegável consenso quanto à efetivação da inversão do ônus da prova na fase do julgamento da

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 422778/SP (2002/0032388-0). Rel. Min. Castro Filho. Rel. do Acórdão. Min. Nancy Andrighi. Terceira turma. 19/06/2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8907737/recurso-especial-resp-422778-sp-2002-0032388-0/inteiro-teor-14034135>>. Acesso em: 02 set. 2016.

¹⁴² WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001, p. 736

lide — momento em que, em realidade, surge o fenômeno jurídico do *non liquet* —, após exaurimento da atividade probatória das partes na fase introdutória do processo —, no que se estaria diante de uma regra de julgamento, por depender, agora, de um ato exclusivamente judicial, outros, por sua vez, entendem de forma contrária. Isso porque, uma vez assim procedendo, o julgador estaria, incontestavelmente, em desacordo com os princípios elementares da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Quanto à decisão judicial sobre a inversão do ônus da prova antes da instrução do processo, esta é caracterizada como regra de procedimento.

Atente-se que esta decisão sobre a inversão do ônus da prova tem como objetivo fixar as respectivas atribuições das partes na apresentação das provas necessárias ao processo.

Contudo, o fornecedor do produto ou serviço, a partir do momento em que integra a lide processual, não poderá ser surpreendido por decisão judicial que lhe atribua o referido ônus.

Isso significa dizer que, se o julgador decidir favoravelmente ao consumidor sobre a tutela dos seus direitos, atribuindo ao fornecedor a inversão do ônus da prova, é facultado a este demonstrar que aquele, no caso em análise, ou não é hipossuficiente ou não tornou verossímil o fato alegado, hipótese em que o juiz inverter o ônus da prova em desfavor do consumidor.

Assim, o momento da inversão do ônus da prova, após o crivo valorativo do juiz sobre a verossimilhança do alegado e a hipossuficiência do consumidor, deve ocorrer antes da instrução processual, mais precisamente na fase de decisão de saneamento.

É nessa etapa em que o magistrado irá indicar os fatos controvertidos que devem ser esclarecidos ou aprofundados por meio de provas idôneas.

Ademais, a partir do instante em que o fornecedor tenha sido cientificado preliminarmente sobre a decisão da inversão do ônus da prova, poderá, se assim desejar, provocar o juízo ad quem com o intuito de reverter o ato judicial.

De mesma forma, o consumidor tem o direito de ser notificado antecipadamente sobre essa medida judicial, que pode lhe ser

desfavorável, também para se valer da ampla defesa e do contraditório. Até porque poderá ser incumbido de produzir prova que lhe seja totalmente impossível, dada a sua hipossuficiência¹⁴³⁻¹⁴⁴.

2.5.3 A inversão do ônus da prova antes da citação do fornecedor

Para melhor contextualizar a incidência do instituto jurídico da inversão do ônus da prova antes da citação do fornecedor, como defendem alguns autores, é adequado trazer à discussão o fenômeno jurídico das tutelas de urgência, uma vez que se subentende ser somente por meio desta via procedimental que aquela se concretiza.

Se for adotada como parâmetro a tutela provisória sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que esta possui a seguinte nomenclatura: tutela provisória, gênero que se subdivide em tutela de urgência e de evidência, conforme o “caput” do art. 294.

A tutela de urgência (art. 294, Parágrafo Único) pode ser concedida tanto em provimento de natureza cautelar quanto antecipatória, incidentalmente ou de forma antecedente.

A de caráter incidental pode ser, a qualquer tempo, modificada ou até revogada pelo próprio magistrado. Aqui há similaridade com a antecipação de tutela prevista no art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, bem como com o que estava disposto no art. 807 do mesmo diploma legal.

¹⁴³ Neste sentido, Antônio Mário de Castro Figliolia: “Já no concernente ao consumidor, o processo não pode ficar mais oneroso. E se pode porque a inflição de ônus maior do que o realmente necessário, após a análise subjetiva sobre a verossimilhança e a hipossuficiência, implica dificuldade ao exercício da defesa dos direitos do consumidor, ou seja, viola a lei. Se aplicada só no momento da prolação da sentença, a regra de facilitação se apresenta com perverso efeito contrário, mesmo que o ônus seja invertido. Para não se ver surpreendido pela análise subjetiva do juiz a respeito da verossimilhança da alegação ou sobre o seu hipotético estado de hipossuficiência em face ao fornecedor, o consumidor acaba tendo que produzir provas que não precisava e que até, eventualmente, podem prejudicá-lo”. FIGLIOLIA, Antônio Mário de Castro. Inversão do ônus da prova nos litígios de consumo: regra de julgamento ou de procedimento? Um estudo da questão à luz das legislações, doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira. Relatório de Direito Processual Civil, curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2005, p. 67.

¹⁴⁴ Complementa Antonio Gidi: “Não parece haver séria dúvida em doutrina de que as regras que atribuem o ônus da prova sejam regras de juízo, regras de julgamento. Sua função é apenas a de instrumentalizar o magistrado com um critério para conduzir o seu julgamento nos casos de ausência de prova suficiente”. GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 13, jan/mar. 1995, p. 587.

A tutela de urgência tem como referência, para o julgador, a existência de risco ou ameaça ao objeto do processo em razão da demora do provimento final. O seu substrato delimita-se na alta probabilidade de êxito da demanda, sendo desnecessária a comprovação de dano efetivo.

Ao se observar o texto da regra da tutela provisória, afirma-se que o juiz está envolvido em uma cognição sumária, não exauriente, mas sem qualquer vinculação com o revogado procedimento da tutela antecipada que vigora no Código de Processo Civil de 1973. Isso porque, na chamada antecipação de tutela (art. 273), as decisões liminares tinham caráter provisório, dependendo de confirmações em sede de cognição plena.

A própria redação do art. 273 do CPC de 1973 era confusa, uma vez que, para a concessão da medida judicial, havia a necessidade da existência de prova inequívoca e da verossimilhança do alegado.

Atente-se que esses dois elementos constitutivos da antecipação de tutela eram indissociáveis, mas continham em si um conceito vago. Em se tratando de prova inequívoca, significava dizer que se tratava de prova sem qualquer margem para dúvida, a ponto de formalizar a convicção do julgador a lhe dar respaldo para a concessão da medida. Ora, estar-se-ia diante de prova incontestável.

Além disso, tudo estava voltado à análise valorativa do juiz, em conformidade com sua percepção subjetiva. Era, sem dúvida, uma visão bastante particular do processo. Circunstância esta que não é mais viável no ordenamento jurídico nacional (item 1.3.).

Eis que, no atual Código de Processo Civil, pelo menos em sede de tutela de urgência, há no art. 300 a seguinte previsão: “[...] 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”.

Assim sendo, a intenção do legislador foi a de preservar a natureza da prova como sendo produto da atividade das partes e de terceiros, tornando imprescindível que o atue no processo objetivamente, sem qualquer apelo à sua consciência.

No entanto, para Nelson Nery Júnior¹⁴⁵, o magistrado detém o poder-dever de, na preparação para a fase instrutória, decidir a respeito da

¹⁴⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. Revista Direito do Consumidor. n. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 218

inversão do ônus da prova, de sorte a alertar o fornecedor a se desincumbir desse ônus, sob pena de ficar em situação de desvantagem processual quando do julgamento da causa.

Ora, se for levado a efeito esse imperativo à eficiente prestação jurisdicional, chega-se à conclusão de que não é mais adequado observar o instituto jurídico da inversão do ônus da prova como algo a ser aplicado isoladamente no final do julgamento, na decisão de saneamento ou quando do despacho inicial em que se determina a citação do réu (fornecedor).

Eis que, pelo menos à luz do art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁶, o juiz está autorizado a decidir sobre a medida antecipatória de tutela, em caráter inicial, nas obrigações de fazer e não fazer, em ações coletivas ou individuais, mesmo sem ouvir a parte adversa, desde que haja citação regular do réu.

Belina Pereira da Cunha¹⁴⁷ afirma que, para as medidas antecipatórias de tutela introduzidas no sistema jurídico nacional pela Lei nº 8.952/94 que, por sua vez, alterou o Código de Processo Civil de 1973, o legislador adotou um sistema mais rígido para sua concessão, por exigir evidências dos elementos constitutivos da verossimilhança do alegado e da prova inequívoca, condições estas que diferem daquelas previstas no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesses moldes, a antecipação de tutela do Código de Defesa do Consumidor está assentada em situações de justificado receio da ineficácia da tutela ao tempo da sentença, pondo em risco a efetividade e satisfatividade da prestação jurisdicional que melhor pudesse alcançar a salvaguardar o direito material em litígio.

A referida doutrinadora vai além ao sustentar que nada impede o julgador de proferir decisão relativa à inversão do ônus da prova nas antecipações de tutela, caso o litígio diga respeito à relação jurídica de

¹⁴⁶ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer e não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático correspondente. [...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

¹⁴⁷ CUNHA, Belina Pereira da. Ônus da prova no Código do Consumidor: necessidade da inversão prévia em face das liminares de antecipação da tutela. Revista de Direito do Consumidor, n. 47. Ano 12. Editora Revista dos Tribunais, jul-set. 2003.

consumo, com base no indigitado art. 84 do CDC. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor brasileiro é formado por normas de ordem pública e tem como premissa a proteção dos direitos do consumidor¹⁴⁸.

Ora, mesmo em se tratando de brilhante explanação, é prudente considerar que a inversão do ônus da prova não é pertinente neste estágio processual, em razão de não ter sido estabelecida a relação jurídica processual por meio de citação válida. Além disso, não há elemento fático suficiente para o advento da dúvida.

Outrossim, não é razoável aceitar que a prova, em termos de valoração, fique sob o julgo da consciência do julgador ou tribunal, caso esteja dissociada dos debates que devem ocorrer nos autos.

2.6 Da inversão do ônus da prova à luz do ordenamento jurídico português

No ordenamento jurídico português, constam no Capítulo II Código Civil os contornos da prova, na esfera cível, a partir do art. 341º. Ainda são mencionadas no Título V, Capítulo I, no que se refere à instrução do processo, conforme os artigos 414º a 526º do Código de Processo Civil, Lei nº 41/2013¹⁴⁹.

Ficou assentado em linhas anteriores o modo peculiar da ocorrência da inversão do ônus da prova, conforme estipulado no art. 344º, n. 2, do Código Civil¹⁵⁰, e no artigo 519º, n. 2, do Código de Processo Civil:

a) sempre que a parte contrária torne impossível ao onerado cumprir o encargo da prova; e

b) se houver violação ao dever de cooperação, que deve existir entre as partes, também considerado ato atentatório ao princípio da cooperação.

Para todos os efeitos, a inversão do ônus da prova na relação de

¹⁴⁸ Neste sentido, Belinda Pereira da Cunha: “Encontra-se, assim, assegurado o caráter constitucional das liminares em geral, o que permite sua utilização nos limites da própria Constituição Federal, o que se dá inclusive pelo próprio bem da vida que se pretenda tutela, ganhando relevância as questões que tenham por objeto direitos metaindividuais”. CUNHA, op. cit., p.319

¹⁴⁹ PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 26 de junho. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/06/12100/0351803665.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2016

¹⁵⁰ Art. 344º [...] 2. Há também inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízos das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

consumo no sistema jurídico português é caso constitui exceção à regra. Segundo o Dr. Luis Bonifácio Ramos¹⁵¹, ela está prevista nas lides de responsabilidade civil objetiva quanto a defeito de produto: ao produtor é atribuída a inversão do ônus da prova, por força da Diretiva nº 85/374, de 25.07.85. A Lei de Defesa do Consumidor nº 24/96, recepcionou esta Diretiva, em conformidade com o art. 12, nº 5.

Antes da vigência da citada lei de defesa do consumidor em Portugal, existia dúvida a ser esclarecida sobre em que fato deve consistir o ônus da prova, por ser sempre aplicado o preceito do art. 342º do Código Civil, mesmo tendo a doutrina classificado o consumidor como aquele que não só se sujeita ao poder econômico do fornecedor do produto ou serviço, mas também, em se tratando de negócio jurídico atinente a contrato, não tinha oportunidade em discutir bilateralmente as cláusulas e condições nele inseridas¹⁵².

Por esta razão, José Luís Bonifácio Ramos¹⁵³ afirmou que, quanto à responsabilidade civil objetiva, a prova deve recair justamente em qualquer dos pressupostos constitutivos desta, ou seja, a culpa, a ilicitude, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Inclusive, no direito do consumidor em Portugal, a problemática da responsabilidade civil atinente ao produtor, mesmo estando lastreada naquela Diretiva nº 85/374, de 25 de julho de 1985, e no citado Decreto-Lei nº 383, tem previsão também no Código Civil e em algumas leis esparsas, quanto aos regulares pressupostos da ilicitude, da culpa, do dano e do nexo de causalidade entre o fato e dano.

¹⁵¹ RAMOS, José Luís Bonifácio. O ônus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor. Relatório do Curso de Mestrado em ciências Jurídicas na Disciplina de Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 1990

¹⁵² Neste sentido, Antônio Mário de Castro Figliolia: “A Lei de Defesa do Consumidor, muito embora em seu artigo 1º refira-se ao dever geral de proteção do consumidor, em consonância com o que dispõe o art. 81, letra “i”, da Constituição da República Portuguesa que proclama a tarefa como incumbência prioritária do Estado, tal como ocorria na revogada legislação, não criou disposições de proteção de carácter processual”. FIGLIOLIA, Antônio Mário de Castro. Inversão do ônus da prova nos litígios de consumo: regra de julgamento ou de procedimento? Um estudo da questão à luz das legislações, doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira. Relatório de Direito Processual Civil, curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2005, p.43.

¹⁵³ RAMOS, José Luís Bonifácio. O ônus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor. Relatório do Curso de Mestrado em ciências Jurídicas na Disciplina de Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 1990, p. 17.

2.6.1 *Novo paradigma*

Em análise doutrinária recente sobre o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 18 de dezembro de 2013, Processo nº 6479/09.8TBBR.G1S1, relatado pela Conselheira Exma. Senhora Ana Paula Boularot, com parecer do Dr. Hugo Luz dos Santos¹⁵⁴, verifica-se que, pelo menos em sede jurisprudencial, a partir de então houve mudança de paradigmas no entendimento daquela Corte, especificamente no Direito Bancário português, sobre as transações de fornecimento de serviços denominadas “homebanking”. Essas transações foram enquadradas na chamada “teoria das esferas do risco”, em razão de a Corte ter privilegiado, de forma subjacente, a distribuição dinâmica da prova em favor do consumidor em casos de fraude eletrônica.

O caso resume-se da seguinte forma:

- a) a parte autora, pessoa jurídica, atua no ramo de importação, exportação e representação de produtos nacionais e internacionais, referentes a produtos de limpeza industrial e mobiliário, enquanto a ré se dedica à atividade tipicamente bancária;
- b) ambas, a partir de 20/07/2004, pactuaram a realização de negócios jurídicos bancários por meio de contrato de adesão;
- c) naquela mesma data, o réu entregou à autora, por intermédio de suas representantes legais, as chaves de acesso que permitiam a utilização do BX Directo/BX Net, cujo serviço dependia de um código secreto sob a responsabilidade exclusiva desta;
- d) o serviço foi utilizado, sem qualquer contratempo, no período de 20/07/2004 a 30/05/2008; e
- e) em 02/06/2008, a autora percebeu constatou o desfalque de €13.000,00 (treze mil euros), retirados de sua conta bancária sem sua autorização.

Assim, o serviço negociado pela parte ré foi apresentado à autora como de alta confiabilidade, sem margem para ação de terceiros que eventualmente tentassem lograr êxito em investidas ilícita.

¹⁵⁴ SANTOS, Hugo Luz. Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013 o (admirável) “mundo novo” no homebanking? Revista O Direito, Centro de Estudos Judiciários. Portugal, Ano 147. v. 3, 2015.

Ainda que esse conjunto de informação tenha sido transmitido à autora, restou comprovado nos autos que esta, por meio de suas representantes legais, embora fossem as únicas que detinham a chave de acesso e o respectivo código de segurança para realizar todas as movimentações bancárias: depósitos, formalização de novos créditos etc., em momento algum tinham repassado esses dados a pessoas estranhas, propositalmente.

Em síntese, o banco réu foi condenado a reparar o dano material sofrido pela autora, por entender o tribunal ad quo que tudo decorre da responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade.

Ora, se essa situação for transportada ao ordenamento jurídico, o art. 927, Parágrafo Único, do Código Civil¹⁵⁵, mesmo na seara do direito privado, imputa a responsabilidade de reparar o dano sofrido pela vítima a todo aquele que desenvolva atividade de risco. Trata-se de hipótese de responsabilidade civil objetiva.

Em sede de recurso, o então autor, banco demandado, com o intuito de reverter a decisão que lhe foi desfavorável, sustentou a tese de que não houve violação de segurança dos dados reservados à cliente, tanto na criação quanto na manutenção do serviço contratado, salvo se tudo tivesse ocorrido da estrita responsabilidade de empresa também indicado como ré.

Ou seja, é fácil perceber que a argumentação da instituição financeira não foge à regra, ao desejar atribuir toda a responsabilidade ao consumidor, sob a alegação de que este agiu, no mínimo, de forma negligente ou imprudente, por ter facilitado o acesso de terceiros à identificação de seus dados pessoais e sigilosos. O fato é que a autora, por intermédio de suas representantes legais, havia acessado uma página virtual sem saber que era clonada, ocasião em que passou a transmitir os dados mencionados que, ao final, culminaram na fraude em questão.

Em suma, para a Corte Suprema, resultou apurado nas instâncias inferiores que não restou qualquer margem para negar que a autora havia contribuído com o advento da fraude, para efeito da quebra de segurança

¹⁵⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, ficado obrigado a repará-lo.

Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

no acesso ao site BX.Net, ao enfatizar a teoria do risco, sendo conclusivo que, segundo se infere nas assertivas daquela doutrina, os riscos da falha do sistema informático utilizado, bem como dos ataques cibercriminosos ao mesmo, devem correr por conta do réu, por assim conduzir o disposto no art. 796º, nº 1, do Código Civil, não se tendo provado, como não se provou, que tivesse havido culpa da autora.

Ademais, entendeu a Corte Suprema que a autora da ação de ressarcimento de danos, no exato instante em que tomou conhecimento do desfalque daquela quantia, havia entrado em contato com o banco réu para relatar o ocorrido.

Logo, o ônus da prova, em tal situação, recai sobre o banco mencionado, no sentido de não só alegar e provar que a operação de pagamento fora autorizada pela autora, ou que esta agira de forma fraudulenta, ou que não cumprira, deliberada ou gravemente negligente, as suas obrigações contratuais.

Para tanto, a Corte reforçou seu entendimento alicerçado nos artigos 70º, nº 3 e 72º, nº 1, do Decreto-Lei nº 317/2009, de 30 de outubro. Ademais, os riscos pela utilização normal do sistema correm por conta do prestador de serviços.

Ao fazer uma análise do cerne da controvérsia, o renomado doutrinador afirmou que, em sede de contrato de abertura de crédito, gravitam os demais negócios jurídicos, tais como emissões de cartões bancários, mútuo bancário, contrato de consumo etc. De modo que aquele contrato de abertura de crédito, no caso em análise, se enquadra perfeitamente no denominado “general contract,” em conformidade com a doutrina inglesa, bem como a doutrina portuguesa, que “o batiza de o ‘*acto nuclerar*’ ou mesmo de ‘*acto fundador*’ da relação jurídica bancária”¹⁵⁶.

É bem evidente tamanha assertiva, até porque, no presente trabalho em desenvolvimento, será trazido à tona o problema relativo à inversão do

¹⁵⁶ Neste sentido, Dr. Hugo Luz dos Santos acrescenta ainda que “Essa Classificação, a de contrato-quadro, foi perfilhada pelo legislador nacional, desde o texto preambular ao Decreto-Lei nº 95/2006, de 29 de Maio, que transpõe para o direito interno a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro “relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores”. SANTOS, Hugo Luz. Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013 o (admirável) “mundo novo” no homebanking? Revista O Direito, Centro de Estudos Judiciários. Portugal, Ano 147. v. 3, 2015, p. 727.

ônus da prova quanto à renúncia ao benefício de ordem pelo fiador, em contrato de financiamento bancário, quando este vem a juízo declinar que, em nenhum momento, havia ficado ciente desta cláusula contratual, por ser tão prejudicial à sua vida, ao pugnar pela anulação deste negócio jurídico por vício de consentimento. Neste caso, o contrato de fiança é um negócio jurídico derivado do contrato principal, quanto aos seus efeitos e finalidades.

Deixando de lado todos os argumentos quanto à descrição do que venha a ser *internet banking* (antes conhecido como *homebanking*), até porque, em termos de ordenamento jurídico nacional, a jurisprudência é unânime em atribuir a responsabilidade de reparar os danos daí advindos às instituições financeiras, salvo se houver conduta culposa ou dolosa do consumidor, no sentido de ter contribuído para a ocorrência da fraude. Ainda assim, cabe ao julgador a inequívoca tarefa de, se for o caso, inverter o ônus da prova, à luz do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, o que se percebe no julgado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal é que, de modo indireto, houve uma análise atinente não apenas aos requisitos da hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança do alegado, ainda que não previstos expressamente no ordenamento jurídico português, em razão da inequívoca desigualdade material existente entre o agente financeiro — por ser o único detentor de conhecimentos técnicos sobre as questões de segurança do serviço contratado — e a limitação da empresa autora, a partir do instante em que esta passou a utilizar serviço, com a sensação de segurança que se mostrou flagrantemente falha.

Contudo, este cenário muda radicalmente se considerado que a lei processual civil portuguesa não contém em seu corpo qualquer preceito sobre a distribuição dinâmica da prova, tendo o Dr. Hugo Luz Santos¹⁵⁷ argumentado que “impender um ônus probatório a uma parte processual ao ponto de a tornar uma prova diabólica, negativa, e, por isso, impossível [...]”. Dessa forma, conclui-se que se torna de suma relevância a questão da distribuição dinâmica do ônus da prova, principalmente no campo de Direito

¹⁵⁷ SANTOS, Hugo Luz. Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ônus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013 o (admirável) “mundo novo” no homebanking? Revista O Direito, Centro de Estudos Judiciários. Portugal, Ano 147. v. 3, 2015, p. 737

Bancário, conforme decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, até porque, segundo entende o autor, no presente conflito litigioso ganha destaque a análise de uma “relação obrigacional complexa na qual se interponha um consumidor – não profissional (*one-shot-player*)”.

Em tal situação, surge a indagação do renomado doutrinador acerca de se há algum sentido, em matéria de ônus da prova, impor ao consumidor a necessidade de produzir prova diante do mau funcionamento de um sistema informatizado complexo da instituição bancária, sistema que ele não domina.

É oportuno destacar que, desde já, o consumidor, se observado o ordenamento jurídico pátrio, ostenta a condição típica de vulnerabilidade, por força do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, característica esta não prevista na legislação portuguesa.

Pois bem, para aquele autor, a referida imposição dirigida ao consumidor, em razão do mau funcionamento do sistema informatizado, jamais pode existir, uma vez que, segundo o Direito Bancário — ramo do direito material por excelência —, há proteção ao consumidor, e, neste aspecto, o ônus da prova, quanto à sua inversão, recai sobre o fornecedor do serviço.

Segundo seu entendimento, se observado o direito instrumental, no caso a lei processual civil, impor ao consumidor o ônus probatório, considerando que este se encontra em situação de desigualdade material na relação jurídica processual, não pode ser interpretado com rigor formal, sem a devida análise das circunstâncias que o caso exige¹⁵⁸.

Nesse sentido, esse novo paradigma enfatiza a importância do instituto jurídico da distribuição do ônus da prova, que atualmente se mostra essencial no processo, já que a valorização da prova deve estar atrelada, não apenas às regras de experiência do julgador, aplicadas

¹⁵⁸ Neste sentido: “Todavia, à análise da norma do direito substantivo não deve presidir somente os elementos literais, atenta, as mais das vezes, a falta de clareza da norma do direito substantivo, sendo essa a razão pela qual a mais autorizada doutrina processualista propugna o recurso a “elementos racionais”, cuja acuidade [...] mais se faz sentir em campos temáticos baseados em conhecimentos científicos, onde se dividem direitos dos consumidores – a parte mais frágil –, cujo ônus probatório, onde a prova se afigure difícil, ou mesmo impossível, toldaria [...] o naipe de direitos subjetivos que lhe foram conferidos pelo direito substantivo”. SANTOS, Hugo Luz. Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ônus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013 o (admirável) “mundo novo” no homebanking? Revista O Direito, Centro de Estudos Judiciários. Portugal, Ano 147. v. 3, 2015, p. 740.

mediante o livre convencimento motivado, mas sobretudo aos fatos apresentados pelas partes litigantes, com observância dos princípios da cooperação e da coparticipação, que devem existir entre todos os sujeitos processuais.

Ademais, o presente estudo é importante para a seara doutrinária portuguesa, haja vista que todo o sistema jurídico destinado à prova é concebido como altamente rígido não só quanto aos seus meios, mas também à admissibilidade. Fato este que, para o estágio atual da sociedade, acentua ainda mais a distância existente aos sistemas jurídicos flexíveis que possibilitam ao julgador ampla liberdade de atuar no processo – aqui no sentido de produção das provas – com vistas à concretização da harmonia social, na solução dos conflitos jurídicos. Para tanto, cabe destacar a crítica efetuada por Mariana França Gouveia¹⁵⁹ (item 1.8.).

Por outro lado, posteriormente ao julgado em questão, as cortes portuguesas têm seguido tal entendimento, como, por exemplo, o recente Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, Processo nº 902/13.4TBCNT.C1, da relatoria do Exmº Dr. Arlindo Oliveira, de 02/02/16. Assim decidiu:

Não se tendo provado que o cliente forneceu a terceiros (ao aceder a página ilícita) as chaves de acesso ao serviço de home banking nem que, ao navegar na inter-net, permitiu que outrem tenha capturado as credenciais de acesso e validação, recai sobre o banco a responsabilidade pela movimentação fraudulenta da sua conta bancária, através da internet (Serviços *Homebanking*)¹⁶⁰.

Neste estágio, urge trazer à tona as problemáticas sobre a inversão do ônus da prova no contexto da responsabilidade civil objetiva e quanto à renúncia ao benefício de ordem pelo fiador, em razão das graves consequências legais que daí decorrem.

¹⁵⁹ GOUVEIA, Mariana França. A Prova. Revista Themis – Revista de Direito. Portugal: Centro de Estudos Jurídicos, 2008 (Edição Especial. Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais)

¹⁶⁰ PORTUGAL. Tribunal de Relação de Coimbra. Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, Processo nº 902/13.4TBCNT.C1. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/aba8f7cea02531c180257f4f003e6e54?OpenDocument>>. Acesso em: 16 set. 2016.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E INVERSÃO PROBATÓRIA NO
CDC LUSO-BRASILEIRO: medicamentos e fiador

Adriano Mariano de Oliveira

3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DOS DANOS DECORRENTE DE MEDICAMENTO AOS PACIENTES – RISCO DE DESENVOLVIMENTO E DA RENÚNCIA DO BENEFÍCIO DE ORDEM PELO FIADOR

3.1 Da responsabilidade civil objetiva

Em breve síntese histórica, o mais significativo acontecimento, em termos de caracterização de conduta ilícita para efeito da responsabilidade civil, surgiu da *Lex Aquilia de Damno*¹⁶¹.

Essa norma, possivelmente aprovada no século III a. C., estabeleceu a necessidade de estarem presentes, no ato considerado ilícito, três requisitos essenciais: a injúria, ou seja, que o dano tivesse origem em ato contrário ao direito; a culpa genérica, entendida como um ato positivo ou negativo praticado por dolo ou culpa específica do autor; e, finalmente, o *damnum*, isto é, a ocorrência de uma lesão, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial¹⁶².

Esse foi o marco fundamental para o estabelecimento da responsabilidade civil subjetiva no ordenamento jurídico romano, uma vez que até então prevalecia a responsabilidade civil objetiva, que prescindia, para sua caracterização, do elemento culpa.

Para Giselda Maria Fernandes Hironaka¹⁶³, há um diferencial a ser considerado quanto ao elemento culpa pelos romanos em comparação com o que serviu de sustentação à codificação no direito moderno, visto que este trazia consigo o ideal de pecado baseado nos dogmas do cristianismo, ao passo que aquele estava fundado em princípios pagãos.

Neste caso, foi a partir da Revolução Industrial, mais claramente no Estado Liberal, que a culpa, para efeitos da responsabilidade civil, conforme a *Lex Aquilia de Damno*, à luz do Direito Canônico, se tornou a “linha”

¹⁶¹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Editora Método, 2012.

¹⁶² Idem, ibidem.

¹⁶³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Responsabilidade pressuposta. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

estrutural de diversas codificações, e, dentre elas, o Código de Napoleão de 1804¹⁶⁴.

De grandíssima importância foram as ideias de Domat, ao afirmar que, para a devida ocorrência do dano, na esfera da responsabilidade civil, deve haver, necessariamente, a presença da “negligência ou imprudência”¹⁶⁵.

Posteriormente, o Código de Napoleão inspirou-se nas lições de Domat e Pothier para a redação de seus arts. 1.382 e 1.383¹⁶⁶. Circunstância, pois, em que o art. 1.382, do Código de Napoleão, exige a presença da culpa como ato integrante da responsabilidade civil, ao enunciar que toda ação humana que cause dano a terceiro obriga o responsável que agiu com culpa a repará-lo.

É sabido que a França se encontrava no auge do domínio cultural a ser seguido pelo “resto do mundo”, salvo raras exceções, fazendo com que o Brasil, país periférico e em desenvolvimento, também se deixasse influenciar sobremaneira pelo sistema jurídico francês. Assim, foi implantado no ordenamento jurídico pátrio, mais precisamente no Código Civil de 1916, em seu art. 159¹⁶⁷, o elemento da culpa para imprescindível à configuração da responsabilidade civil.

Como tudo tem seu tempo determinado, apenas quase um século após a vigência do Código de Napoleão, surgiu Raymond Saleilles¹⁶⁸, em 1897, com a teoria objetiva ou do risco, que tomou impulso através de estudos acadêmicos publicados em artigos de Louis Josserand, em 1936.

Durante todo aquele lapso temporal, sob o pleno domínio do Código de Napoleão, não havia entendimento claro acerca do que se considerava consumidor, conforme já exposto.

Se houvesse dano aos destinatários do produto ou serviço, o ônus da prova não seria apenas para a comprovação do fato em si, mas também da culpa

¹⁶⁴ Neste sentido, José de Aguiar Dias: “no Código Civil francês que tem a legislação moderna o seu modelo e inspiração. Antes, porém, que surgisse esse monumento jurídico, o direito francês já exercia sensível influência nos outros povos”.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Editora Renovar, 2006, p. 30.

¹⁶⁵ DIAS, Op. cit, p. 30.

¹⁶⁶ Idem, ibidem, p. 30.

¹⁶⁷ Art. 159, do Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 1 de jan. de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

¹⁶⁸ TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil objetiva e risco. São Paulo: Editora Método, 2011.

por negligência, imprudência ou imperícia, que se tornaram fatores exclusivos desses adquirentes finais.

Segundo Tartuce¹⁶⁹, Josserand alegou que impor à vítima ou aos seus herdeiros a demonstração inequívoca da culpa equivaleria a recusar-lhe a tutela reparatória, uma vez que a teoria tradicional relativa ao tema – fundada no conceito subjetivo de culpa – já se tornava insuficiente e ultrapassada, sendo necessário alargar os fundamentos em que repousava o edifício jurídico anterior, noção que correspondia às necessidades sociais.

No entanto, ainda prevalece no ordenamento jurídico português a teoria clássica da responsabilidade civil sob os pilares da culpa, da ilicitude, do dano e do nexo causal, por ter seguido a orientação da Diretiva Comunitária nº 85/374/CEE do Conselho das Comunidades Europeias, de 25 de Julho de 1985¹⁷⁰. Até porque o art. 487 do Código Civil estipula que cabe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão.

já na relação de consumo, a Lei de Defesa do Consumidor nº 24/96, de 31 de julho, estabelece que o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos colocados no mercado, nos termos da lei (art. 12, nº 5).

Trata-se, evidentemente, de responsabilidade civil objetiva. Assim como no ordenamento jurídico nacional, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor afastou o elemento da culpa para a caracterização do dano, ao contemplar a responsabilidade civil objetiva, que deve se pautar pelo fato do produto ou serviço.

3.1.1 Nas lides de responsabilidade civil objetiva, aplica-se a regra tradicional do ônus da prova no NCPC ou a inversão do ônus da prova do CDC?

Por oportuno, ressalte-se que, no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), houve alteração dos elementos constitutivos da

¹⁶⁹ TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil objetiva e risco. São Paulo: Editora Método, 2011, p.12.

¹⁷⁰ Segundo o insigne professor José Luís Bonifácio Ramos, muito embora não concorde com tal posição, assegurou que esta foi a “opção do legislador comunitário e nacional que na directiva e no decreto-lei, respectivamente, adotam esta orientação quanto aos pressupostos dessa responsabilidade”

RAMOS, José Luís Bonifácio, O ônus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor. Relatório do Curso de Mestrado em ciências Jurídicas na Disciplina de Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 1990, p. 17.

responsabilidade civil objetiva, por estarem agora fundados nos vícios ou defeitos dos produtos ou serviços, ou, como queiram, pelo fato do produto ou do serviço, sem investigação de culpa, com exceção apenas se a lide for composta por profissionais liberais, quando estiverem envolvidos no processo

Neste contexto, o Código Civil brasileiro, em seu art. 927, parágrafo único¹⁷¹, seguiu a linha da responsabilidade civil objetiva, sob o manto do risco.

Assim, o causador do dano é responsabilizado civilmente, independente de culpa, quando o fato decorrer de uma atividade de risco. Para doutrina, foi um grande avanço à ordem jurídica nacional.

Sem que se trate de diálogo das fontes, em certas circunstâncias, mesmo que a controvérsia judicial esteja sob as regras do Código de Defesa do Consumidor, é facultado ao julgador averiguar se, para a prova, deverá ser observada a forma procedimental prevista neste diploma legal ou na Código de Processo Civil de 2015. Melhor dizendo: se é caso de inversão do ônus da prova propriamente dita ou da incidência da regra tradicional do ônus da prova.

Ao delimitar este assunto, a doutrina não é unânime sobre quais casos são típicos de ônus da prova (aplicando-se, portanto, a norma tradicional do Código de Processo Civil) e quais são de natureza de inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor.

É prudente, neste estágio, filiar-se àqueles que reconhecem a distinção entre inversão do ônus da prova e o ônus da prova da responsabilidade civil objetiva decorrente de vício ou defeito do produto. Nessas situações jurisdiccionais típicas, o procedimento processual recairá sobre a forma tradicional da prova, qual seja: ao autor incumbe o ônus da prova dos elementos constitutivos do seu direito, e ao réu, a prova dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos daquele. Sem que haja mais espaço para indagação acerca da existência de culpa.

Em assim sendo, não há necessidade, no saneamento do processo ou no decorrer da fase instrutória da lide, de prolação de decisão judicial que verse sobre a inversão do ônus da prova.

¹⁷¹ Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito, causar danos a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Se qualquer das partes não cumprir com seus respectivos ônus de provar os fatos constitutivos — se autor —, e os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, por parte do réu, ficará na iminência de ter denegado o direito pleiteado e, por via inversa, será beneficiada a parte contrária, em razão do efeito material que este preceito prevê.

Em outros termos, se porventura o consumidor vier a juízo, sob a alegação de que determinado produto ou serviço não atingiu a expectativa regular, de modo a lhe acarretar frustração subjetiva de consumo, ou que houve risco à sua saúde ou à de seus familiares, cabe a ele o ônus da prova de todos aqueles elementos constitutivos da responsabilidade civil objetiva, a saber: o ato ilícito e o nexo de causalidade entre este e o dano. Logo, trata-se de prova elementar e de fácil acesso à sua disposição.

Mas a grande questão surge quando a controvérsia estiver circunscrita à responsabilidade civil objetiva decorrente do risco de desenvolvimento.

3.1.1.1 Da prova quanto ao risco de desenvolvimento

Entende-se como risco de desenvolvido aquele relativo a produtos que, ao serem lançados no mercado, não apresentavam quaisquer vícios ou defeitos que causassem danos à saúde ou colocassem em perigo a segurança do consumidor, vindo a surgir apenas *a posteriori*, apesar de seus fornecedores terem dispensado todos meios tecnológicos e científicos disponíveis à época em suas produções¹⁷².

Nesse contexto, alguns doutrinadores¹⁷³ qualificam o risco de desenvolvimento como aquele que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, sendo logicamente descobertos após determinado lapso temporal.

¹⁷² Neste sentido, Sérgio Cavalieri Filho: “Entende-se por risco de desenvolvimento o defeito impossível de ser conhecido e evitado no momento em que o produto foi colocado em circulação, em razão do estágio da ciência e da tecnologia. É aquele defeito que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um período de uso do produto, como ocorre com certos medicamentos novos – vacinas contra o câncer, drogas contra AIDS, pílulas para melhorar o desempenho sexual, etc.”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. Revista de Direito do Consumidor. RT, n. 29, São Paulo, 1999, p. 61.

¹⁷³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2012, p. 165.

Para melhor situar o assunto, destacam-se os medicamentos denominados Survector, cujo princípio ativo é O cloridrato de amineptina, e a talidomida.

No primeiro caso, tratava-se de um paciente, professor, que fazia uso constante do referido produto, sem prescrição médica, com a finalidade de melhorar sua memória e seu desempenho acadêmico¹⁷⁴.

Esse medicamento era comercializado livremente em farmácias e destinado exclusivamente à melhora da memória, sem apresentar alerta quanto a reações adversas, efeitos colaterais ou consequências relevantes em caso de superdosagem¹⁷⁵.

Com o passar do tempo, o referido paciente sofreu graves sequelas irreversíveis, tais como: insônia, transtornos mentais e tendência ao suicídio.

Assim, a Terceira Turma do Eg. STJ, no Recurso Especial nº 971.845¹⁷⁶, reconheceu expressamente que, neste caso atípico, caberia ao fornecedor do produto a obrigação de divulgação no mercado sobre todos os possíveis riscos. Isso porque houve alteração na bula, com a indicação de alto grau de dependência. Trata-se, portanto, de caso essencialmente solucionado por meio da inversão do ônus da prova, em desfavor do fornecedor.

Ora, citado caso deveria ser, como de fato foi, essencialmente solucionado por meio da inversão do ônus da prova, em desfavor do fornecedor do produto.

Eis que, de acordo com as regras do Código de Defesa do Consumidor, o texto normativo do art. 38¹⁷⁷ é inequívoco ao determinar que o ônus da prova cabe exclusivamente do fornecedor do produto ou serviço quanto à publicidade de suas informações. Conclui-se que o risco de desenvolvimento exige, em sede de conflito de interesse, para a adequada comprovação do dano causado ao consumidor, a inversão do ônus da prova,

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 971.845, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Brasília, 01 dez. 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/AbreDocumento.asp?sSeq=726140&sReg=200701573821&sData=20081201&formato=PDF>>. Acesso em: 14 out. 2013.

¹⁷⁵ Idem, ibidem.

¹⁷⁶ Idem, ibidem.

¹⁷⁷ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

denominada pela doutrina como *ope iuris*, conforme descrito anteriormente, item 3.1.1.1.

Torna-se, assim, desnecessário qualquer esforço do julgador em formalizar sua convicção sob o manto do livre convencimento motivado com base apenas em regras de experiência, bastando analisar os elementos relativos à hipossuficiência do consumidor e à verossimilhança das alegações, em observância ao texto da norma do art. 38 do Código de Defesa do Consumidor. No saneamento do processo, deve exarar decisão interlocutória atinente à inversão do ônus da prova, a fim de resguardar a ampla defesa e o contraditório.

Sob essa perspectiva, a decisão em comento está em sintonia com os paradigmas consagrados no Código de Processo Civil de 2015.

Quanto ao segundo caso, trata-se do medicamento denominado “Talidomida”, que, a partir de sua comercialização em 1957, inclusive aqui no Brasil, causou graves deformidades em bebês, por ter sido ingerido pelas gestantes nos três primeiros meses de gravidez, resultando em encurtamento dos membros junto ao tronco do feto, além de problemas visuais, auditivos, na coluna vertebral e, em mais raros, no tubo digestivo, bem como sequelas cardíacas¹⁷⁸.

Ademais, em razão desse grave acontecimento, em virtude das inúmeras demandas judiciais que até o presente momento alcançam o Poder Judiciário, foi editada a Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982, reconhecendo o direito previdenciário vitalício a todas as vítimas portadoras da “Síndrome da Talidomida”¹⁷⁹.

Malgrado os danos sofridos pelas vítimas da talidomida tenham ocorrido em momento anterior à vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), atuaram de forma brilhante os tribunais ao solucionarem esse polêmico evento, sem impor às potenciais vítimas o ônus da prova, sob os ditames do regime probatório tradicional previsto no art. 333, I, do Código de Processo Civil de 1973.

¹⁷⁸ SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. Revista Jurídica. Ano 54, n. 345, Porto Alegre-RS, jul. 2006, p. 46.

¹⁷⁹ Art. 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos portadores da deficiência física conhecida como "Síndrome da Talidomida" que a requererem, devida a partir da entrada do pedido de pagamento no Instituto Nacional de Previdência Social - INPS.

É certo que essas vítimas enfrentariam enorme obstáculo para se desincumbirem do ônus da prova quanto ao ato ilícito e ao nexo de causalidade entre o ilícito e o dano, inclusive quanto ao elemento da culpa, por não disporem do conhecimento científico ou técnico imprescindível à demonstração de que o mal que as afligiu, e que ainda as atormenta, tinha relação direta com o uso daquele produto.

Ora, esse encargo probatório inviabilizaria a pretensão indenizatória buscada por elas. Seria uma prova diabólica.

Logo, o disposto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, quanto à inversão do ônus da prova, aplica-se a todo ou qualquer produto, de modo que também deve abranger o risco de desenvolvimento que venha causar dano aos seus consumidores.

Por sua vez, o Enunciado n. 43 da I Jornada de Direito Civil¹⁸⁰ pacificou o entendimento sobre a responsabilidade civil objetiva decorrente do risco de desenvolvimento nas lides de direito privado.

3.1.1.2 Do regramento jurídico português quanto ao risco de desenvolvimento

De maneira totalmente contrária, a Comunidade Econômica Européia, ao ter recepcionado, na íntegra, a Diretiva nº 85/374, de 25 de julho de 1985¹⁸¹, do Conselho das Comunidades Européia, isenta de responsabilidade civil o produtor no tocante à ocorrência de dano futuro ao consumidor, desde que seja cumprido, por parte daquele, o preceito do Art. 7º¹⁸², em sua íntegra.

¹⁸⁰ Neste sentido, o Conselho da Justiça Federal: “a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos de desenvolvimento”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I – Jornada de Direito Civil: Enunciados. Brasília: 2007, Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013, p. 7.

¹⁸¹ Aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. BRUXELAS. Directiva do Conselho das Comunidades Europeias nº 85/374/CEE. Bruxelas, 25 jul. 1985. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br>>. Acesso em: 10 out. 2013.

¹⁸² Art. 7º: “se provar: b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente [...] e e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito”.

- i) Provar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente;
- ii) O estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito.

Citada Diretiva foi recepcionada pelo Decreto-Lei nº 383, de 6 de novembro de 1989, que foi, por sua vez, alterado, posteriormente, pelo Decreto-Lei nº 131, de 24 de abril de 2001, no ordenamento jurídico português.

Longe fica qualquer discussão sobre o risco de desenvolvimento, pois o Código do Consumidor Português, nº 29/81, de 22 de agosto, seguiu literalmente a Resolução nº 39/248, de 16 de abril de 1985, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Diferentemente do que ocorre com o sistema jurídico nacional, mesmo sabendo que o risco de desenvolvimento não está previsto em nenhuma regra do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, coube à jurisprudência respaldá-lo nesse sentido, conforme visto.

Por sua vez, sem que se esteja a falar de risco de desenvolvimento, o outro fator de extraordinária importância está atrelado à cláusula contratual referente à renúncia ao benefício de ordem pelo fiador, oriunda de contrato de fiança, em virtude de os tribunais luso-brasileiros terem sempre entendido que se trata de um negócio jurídico plenamente eficaz, de modo a frustrarem as pretensões do fiador, ao ter este recorrido ao Judiciário sob a justificativa de não ter recebido informações sobre essa renúncia e, com isso, ficar na iminência de sofrer os reveses legais que daí advêm, de acordo com o exposto a seguir.

3.2 Da inversão do ônus da prova quanto à renúncia ao benefício de ordem

Em síntese, a fiança é o instrumento pelo qual um terceiro, denominado fiador, assume o compromisso perante o credor de cumprir a obrigação do devedor principal, caso este não o faça nas condições e termos pactuados. Nesses moldes, fiança significa

promessa de adimplemento do contrato^{183,184,185,186}.

A fiança, na realidade, é extremamente vantajosa para o credor, mas apresenta enorme potencial de risco e prejuízo à pessoa do fiador.

Um dado importante é que, na sistemática jurídica portuguesa, de acordo com o disposto no art. 633º, n. 3¹⁸⁷, se o devedor não reforçar a fiança ou não oferecer outra garantia, estando a questão judicializada, cuja discussão esteja voltada a essa omissão, existe a faculdade do credor “[...] exigir o imediato cumprimento da obrigação”.

O Código Civil brasileiro, embora silencie sobre a desobediência ao reforço de penhora, se assim desejar o credor, a conduta omissiva do devedor também lhe dê respaldo para exigir o cumprimento imediato da obrigação principal. Ou seja, trata-se de resolução antecipada do contrato.

Se o contrato de fiança está destinado a assegurar ao credor uma garantia da satisfação do crédito, caso o devedor principal não cumpra, a regra é que o fiador assuma o compromisso de forma subsidiária.

Dívida esta em sentido amplo, até porque a obrigação pode consistir em fazer, em não fazer ou em entregar coisa certa.

Concretizando as condições imprescindíveis ao cumprimento da obrigação, estando o devedor principal inadimplente, é vedado ao credor iniciar a cobrança mediante inversão das posições assumidas no negócio jurídico, buscando primeiramente o fiador para essa finalidade.

O fiador estará protegido contra tal investida, em razão do denominado benefício de ordem.

¹⁸³ Neste sentido, Arnaldo Rizzardo: “[...] é a garantia que se dá aos créditos relativamente aos seus titulares, com o objetivo de conceder segurança aos compromissos que alguém assume”. RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 979.

¹⁸⁴ Art. 818: Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

¹⁸⁵ Art. 1.481: Dá-se o contrato de fiança, quando uma pessoa se obriga por outra, com o seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra. BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 1 de jan. de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

¹⁸⁶ Art. 627º: O fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor. PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=200240>. Acesso em: 09 out. 2013.

¹⁸⁷ Idem, *ibidem*.

No entanto, de modo contraditório, mesmo nessas condições, o fiador permanecerá obrigado a indicar bens do devedor, suficientes para o débito, livres e desembaraçados e localizados no mesmo município, conforme dispõe o parágrafo único do art. 827, do Código Civil¹⁸⁸.

Todavia, ainda que o fiador tenha cumprido integralmente essa determinação, se ficar comprovado que o credor permaneceu inerte, deixando de manifestar interesse em dar andamento razoável ao processo judicial, de forma que venha a ocasionar posteriormente a falência ou insolvência civil do devedor principal, é possível a exoneração do fiador quanto ao cumprimento da obrigação.

Noutras palavras, a própria inércia do credor tornou-se fator essencial para a desoneração do fiador em relação à dívida afiançada.

Além disso, cabe ao fiador opor todas as exceções previstas em lei, a fim de preservar seu patrimônio da pretensão do credor, desde que ocorram os termos e condições débito do devedor principal¹⁸⁹.

A grande problemática surge a partir do momento em que o benefício de ordem não produz efeito, como defesa inerente ao fiador, nos termos do art. 828 do Código Civil Brasileiro¹⁹⁰, quando este a ele renunciou expressamente, obrigou-se como principal pagador ou quando o devedor se encontrar insolvente ou falido.

Esse é um dado crucial a ser levado a sério, haja vista que todos os sistemas jurídicos estão atualmente fundamentados nos princípios emanados do Estado Democrático de Direitos.

Ademais, o contrato passou a ser estruturado por novos paradigmas, notadamente com o incremento da livre manifestação de vontade das partes, bem como dos princípios da igualdade, da segurança e da boa-fé objetiva.

¹⁸⁸ Art. 827: O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

¹⁸⁹ Neste sentido, Pontes de Miranda: O fiador pode opor-se, *iure* próprio, as objeções e exceções que teria o devedor principal. Para isso, é preciso que as objeções e exceções ainda existam. As renúncias após a data em que o devedor teria de adimplir são inoperantes contra o fiador. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Fiança. Tratado de direito privado: parte especial. Tomo XLIV, Título XXXIX. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1963, p. 181.

¹⁹⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

Assim, a fiança deve ser apreciada nesse mesmo contexto, sob pena de seu objetivo essencial, como instrumento apto a garantir o patrimônio do credor, transformar-se em mero meio de exploração da parte mais vulnerável, especialmente quando prevalece o interesse de instituições financeiras que detêm, por seu turno, ilimitado poder econômico.

A situação torna-se ainda mais delicada quando se trata de contrato típico de adesão que envolva relação de consumo, como, por exemplo, um financiamento bancário, no qual o credor, agente financeiro, exige do devedor principal um fiador como garantia do adimplemento da dívida, cujas cláusulas e condições desse negócio jurídico são pré-estabelecidas, incluindo a renúncia ao benefício de ordem.

É fato incontroverso que, em razão do elevado volume de transações bancárias realizadas diariamente, as instituições financeiras optaram por padronizar os contratos, nos quais constam, de forma pré-definida, todas as possíveis disposições.

Resta inconteste que, por trás dessa conduta impositiva, existe um vasto poder econômico que, unilateralmente, dita as regras da negociação. O consumidor ou correntista encontra-se compelido a aceitar ou recusar integralmente, sem alternativa¹⁹¹.

Ressalte-se que é entendimento pacífico nos tribunais brasileiros que os contratos bancários devem ser analisados sob a sistemática do Código de Defesa do Consumidor, por força de decisão proferida pelo STJ, que publicou a Súmula nº 297¹⁹², estabelecendo a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras.

É importante deixar claro que a fiança contratual engloba vários tipos de ajustes, dentre os quais estão os de financiamentos bancários e os de locações de imóveis urbanos.

¹⁹¹ Neste sentido, Paulo Lôbo argumenta que o que resulta no contrato de adesão é o predomínio exclusivo de uma das partes – economicamente mais forte, porque só ela constitui uma categoria organizada – mediante a predeterminação unilateral do conteúdo do contrato, restando à outra parte pegar ou largar em bloco. Na realidade concreta, nem mesmo esta alternativa é possível: a parte necessita daquele bem ou serviço e só resta aderir. LÔBO, Paulo. Do contrato no estado social: crises e transformações. Maceió: Ed. EDUFAL. 1983, p. 107.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 297. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&processo=297&&b=SUMU&p=tre&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 27 out. 2013.

Na garantia fidejussória do contrato de locação pode haver incidência da legislação consumerista, caso o locador seja proprietário de mais de um imóvel e, ao destiná-lo à locação, vincule sua atividade profissional a esse tipo de negócio jurídico. Sob esse prisma, em sintonia com o Código de Defesa do Consumidor, conforme explanado no item 2.1, e em consonância com julgado do STJ, no REsp nº 519.310/SP (105), o locador é caracterizado como fornecedor.

Assim, as controvérsias relativas ao contrato de adesão também se estendem às locações de bens imóveis urbanos, notadamente quanto à inserção de cláusula de renúncia ao benefício de ordem pelo fiador.

Em muitas situações, o garante só toma ciência desse fato quando é acionado judicialmente para satisfazer o cumprimento da obrigação principal, concomitante com o devedor.

Ademais, surge um grave problema para o fiador, considerando que, nesse tipo de contrato, uma vez presente a cláusula de renúncia ao benefício de ordem, existe a possibilidade de seu único bem imóvel residencial ser passível de constrição judicial.

Logo, embora na sistemática jurídica brasileira esteja em vigor a Lei nº 8.009/90¹⁹³, que trata da impenhorabilidade do bem de família, garantindo ao devedor principal, proprietário de um único imóvel utilizado como residência de sua família, a proteção contra sua alienação em hasta pública para pagamento da dívida decorrente de contrato de locação, conforme dispõe o art. 1º, esse benefício não se estende ao fiador.

Ocorre, todavia, que este benefício não é estendido ao fiador.

Se se tratar do fiador, a situação muda radicalmente, visto que a referida lei fez constar, no art. 3º, as exceções àquela regra, elencando no inciso VII: “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

Pela regra de hermenêutica jurídica, verifica-se que o comando do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, fere o princípio da isonomia da Constituição Federal, pois, se o fiador vier a ser demandado em igualdade de condições com o devedor principal, quando da análise da natureza jurídica do contato de fiança, a característica inerente à acessoriedade desse negócio jurídico não terá mais razão de ser.

¹⁹³ BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Diário Oficial da União. Brasília, 29 de mar. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

Se o devedor principal não pode ter seu o único bem imóvel residencial penhorado, pelo princípio da igualdade ou da isonomia, também não poderia sê-lo fiador.

Mas, para pôr ponto final a esta controvérsia, o Eg. Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 407688¹⁹⁴, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, decidiu, por maioria, ser passível de constrição judicial o único bem imóvel do fiador.

Nessas circunstâncias, apesar de não referir à súmula vinculante à época, essa decisão do Supremo Tribunal Federal teve caráter de repercussão geral, motivo pelo qual os tribunais e os juízos a quo vêm-na seguindo à risca.

Surge a polêmica sobre a renúncia ao benefício de ordem decorrente dos contratos de financiamento e, sobretudo, quando oriunda de contrato de adesão, para efeitos da inversão do ônus da prova.

É certo que o Código de Defesa do Consumidor, conforme visto, traz em seu bojo normas de ordem pública, conforme contido no art. 5º, Inciso XXXII, da Constituição Federal. Sobre essas normas não se opera a preclusão, e as questões por elas reguladas podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Veja-se, por exemplo, de acordo com o que ficou assentado a respeito da não incidência da coisa julgada material, por falta de prova, nas lides relativas às ações coletivas vinculadas ao direito do consumidor, especificamente quanto à verdade substancial (item 1.6.).

Eis que, se o fiador vier a juízo com o argumento de que, em nenhum momento, havia recebido informações necessárias quanto à renúncia ao benefício de ordem, é certo que estaria o tribunal autorizado a decidir sobre a inversão do ônus da prova, com fundamento no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, caso se constate a hipossuficiência do fiador e haja verossimilhança no alegado, no sentido de declarar ineficaz o negócio jurídico nele operado, especificamente à garantia fidejussória, tornando-a nula e, conseqüentemente, desonerando o fiador desse encargo.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 407688-8 São Paulo. Rel Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. D.J. 06/10/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

Eis que, se o fiador, de livre e espontânea vontade, optar por essa renúncia, não haverá incidência da regra do art. 827, por prevalecer a sistemática do art. 828, I, do Código Civil¹⁹⁵, em seu desfavor.

É justamente nesse contexto que o contrato de fiança é considerado de risco e de perigo para o fiador, por vincular o seu patrimônio à satisfação do débito.

Frise-se que, em termos de ordenamento jurídico nacional, se for trazida à discussão a teoria finalista aprofundada, desenvolvida pela eminente doutrinadora Claudia Lima Marques, não há razão para deixar de considerar o fiador como consumidor, muito embora, como é do conhecimento geral, em nada o beneficie o contrato principal.

Isso significa que, na realidade, quem utilizará integralmente a pecúnia originada do mútuo é o devedor principal, como tomador.

Todavia, o fiador, ao se tornar o garantidor do adimplemento desse débito perante o instituição financeira, reúne todas as características inerentes ao consumidor, por ser hipossuficiente e vulnerável, conforme o classifica a lei, em razão da renúncia ao benefício de ordem.

Ora, o consumidor tem o direito básico de obter todas as informações imprescindíveis sobre os produtos e serviços objetos dos negócios jurídicos celebrados, até porque o art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, é norma cogente a respeito¹⁹⁶.

Por seu turno, a doutrina reconhece que essas informações devem ser estendidas inclusive às fases pré-contratuais, culminando na fase contratual e, finalmente, na pós-contratual¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Art. 828 Não aproveita este benefício ao fiador: I – se ele o renunciou expressamente.

¹⁹⁶ Art. 6º, III: “São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

¹⁹⁷ Neste sentido, Claudia Lima Marques: “No CDC, a informação deve ser clara e adequada [...] esta nova transparência rege o momento pré-contratual. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato. Desta mesma forma, se é direito do consumidor ser informado (art. 6º, III), este deve ser cumprido pelo fornecedor e não fraudado (art. 1º). Assim, a cláusula ou prática que considere o silêncio do consumidor como aceitação [...] mesmo com falha da informação, não pode prevalecer (arts. 24 e 25), acarretando a nulidade da cláusula no sistema do CDC (art. 51, I)”. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 4. ed.

No entanto, a maior parte dos tribunais brasileiros, embora venha aplicando a Súmula nº 297 do Supremo Tribunal Federal, que reconhece que as lides oriundas de contratos bancários devem ser solucionadas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, quando da análise dos fatos apresentados pelo fiador — ao pretender este tornar sem efeito a cláusula de renúncia ao benefício de ordem, diante da ausência de informação prévia sobre as consequências jurídicas daí decorrentes — vem decidindo de modo diverso, fazendo prevalecer as manifestações de vontade neles contidas.

Se as normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública, como pode haver validade em um contrato típico de adesão cujas regras não foram previamente estabelecidas entre as partes litigantes?

Está o consumidor, neste tipo de negócio jurídico, vulnerável por previsão legal, compelido a aderir, sob pena de deixar de consumir o produto ou serviço.

Mas o fato é que a maioria dos julgadores brasileiros entende que o ônus da prova é exclusivo do fiador quanto à demonstração do vício de consentimento, concluindo pela inexistência de abusividade¹⁹⁸. Tal entendimento também se estende à Corte de Justiça Portuguesa¹⁹⁹.

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012., p. 70-71.

¹⁹⁸ Contratos do sistema financeiro de habitação. Embargos à execução. Alegação de nulidades contratuais. Contrato de mútuo. Capitalização. Tabela price. Forma de amortização do saldo devedor. Vedação. Inclusão de cláusula de renúncia ao benefício de ordem do fiador. Ausência de demonstração de ocorrência de vício de consentimento. Abusividade não verificada. Manutenção da sentença. 1. Regime jurídico aplicável [...]” BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70055586366. Rel. Iris Helena Medeiros Nogueira. Nona Câmara Cível. Data de Julgamento: 14/08/2013, Publicação: Diário da Justiça do dia 16/08/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113161194/apelacao-civel-ac-70055586366-rs>>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹⁹⁹ 1. O contrato de mútuo bancário na modalidade de abertura de crédito em conta corrente é aquele por via do qual a instituição de crédito se vincula a colocar à disposição do seu cliente determinada quantia em dinheiro e este se obriga a restituir-lha, em montante idêntico, com juros remuneratórios, podendo o último operar, por aquela forma, uma pluralidade de levantamentos de depósitos de parcelas do crédito.

2. O significado da expressão renovação do contrato de abertura de crédito em conta corrente é o de celebração de novo contrato idêntico a outro anterior que vigorou entre as mesmas partes e que se extinguiu, realidade diversa da renovação do financiamento no âmbito do mesmo contrato.

3. O débito do mutuário decorrente da referida renovação, no âmbito do referido contrato continuado de crédito, vincula o fiador que renunciou ao benefício da excussão prévia perante o credor nos mesmos termos do mutuário. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Julgado nº SJ20071204041357. Lisboa, 04 dez. 2007. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 22 out. 2013.

O contrato bancário é de risco, com extensão ao de fiança, razão pela qual são oportunos os argumentos do Dr. Hugo Luz Santos. Ademais, após o mencionado julgado do Supremo Tribunal de Justiça (Processo nº 6479/09.8TBBR.G1S1), fez com que, posteriormente, outras cortes de justiça de Portugal também reconhecessem a responsabilidade civil objetiva dos bancos quanto a fraudes de terceiros relacionadas aos serviços de “home banking” (ver Item 2.6.1).

Ora, se os julgadores não se adequarem à nova ordem procedimental, permanecendo em suas respectivas condutas, pautadas, por seu turno, no livre convencimento motivado, levando ao extremo o princípio da ponderação e deixando de lado a devida subsunção da norma consumerista ao fato controvertido, sempre haverá violação aos direitos elementares do fiador²⁰⁰.

Eis, pois, a ideologia central do Estado Liberal quanto ao *pacta sunt servanda*, ainda a produzir efeitos relevantes do direito pós-moderno.

Não pode ser convincente a predominância do entendimento da jurisprudência nacional, quanto à validade de um contrato de fiança, quando eivado de vícios insanáveis pela ausência de informação essencial ao fiador acerca da renúncia ao benefício de ordem, uma vez que tal situação confronta diretamente os princípios cogentes de ordem pública previstos no CDC²⁰¹.

²⁰⁰ Neste sentido, Lenio Luiz Streck: “[...] não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação foi sendo transformada – aqui em *terrae brasiliis* – em um enunciado performativo. Como se sabe, uma expressão performativa não se refere a algo existente e nem a uma ideia qualquer. A sua simples enunciação já faz “emergir” a sua significação. Portanto, já “não pode ser contestado”; não pode sofrer críticas; consta como “algo dado desde sempre”. A sua mera evocação já é um “em si mesmo”. O uso performativo de um enunciado objetiva a “colar” texto e sentido do texto, não havendo espaço para pensar a diferença (entre ser e ente, para usar a linguagem hermenêutica”. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre- RS: Editora do Advogado, 2013, p.47.

²⁰¹ Luis Alberto Reichelt acrescenta que “sob o signo do art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90, o consumidor não raro é visto como um sujeito em situação de hipossuficiência técnica, isto é, sem a mínima disponibilidade de acesso aos documentos necessários à prova das alegações por ele efetuadas em matéria de fato. Consumidores em tal circunstância não podem ser penalizados com a aplicação de regras sobre ônus da prova como se fossem partes que simplesmente não produziram provas que estavam à disposição, de fácil acesso, sob pena de surgimento de uma injustiça monumental”. REICHELT, Luis Alberto. Tutela Jurisdicional do Consumidor, Adequação do Processo e Acesso à Justiça. Revista de Direito do Consumidor. Ano 21, v. 84, Editora Revista dos Tribunais, out-dez./2012, p. 177.

Saliente-se, ademais, em, embora o presente trabalho não esteja diretamente vinculado a temas doutrinários estritamente constitucionais, não se pode esquecer que, na atualidade, a análise doutrinária dos direitos privados também deve ser feita à luz do direito constitucional.

A tendência contemporânea é a de observar o direito por meio de um sistema amplo, no qual, evidentemente, os princípios constitucionais fundamentais devem ser cumpridos incondicionalmente, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais.

Destaque-se, ainda, o artigo de Joaquim de Sousa Ribeiro²⁰², ao lançar um olhar crítico sobre a decisão do Tribunal Constitucional Alemão que, ao apreciar sentença proferida em 19 de outubro de 1993, invalidou a fiança prestada por uma jovem de 21 anos em contrato bancário cujo devedor principal era seu genitor. A jovem havia assumido a obrigação de quitar débito de 100.000 marcos alemães (MD), enquanto seu salário de apenas 1.150 MD, oriundo de sua atividade laboral como operária.

Segundo este doutrinador²⁰³, a queixa da fiadora teve sucesso, entendendo o Bundesverfassungsgericht que os tribunais ordinários, ao admitirem a eficácia da fiança, tinham violado o art. 2º, 4, da Grundgesetz, norma que consagra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. E que esse direito da fiadora era restringido pela executoriedade de um encargo de tal monta e tão desproporcionado aos seus rendimentos que importaria em sua asfixia econômica para toda a vida.

Enfatiza que o que a sentença tem de verdadeiramente singular é o fato de, ao mesmo tempo em que reconhece, na linha da doutrina e da jurisprudência largamente dominante, que o art. 2º, I, da Lei Fundamental garante a autonomia privada, como autodeterminação na esfera jurídica, é esse mesmo preceito que considera violado, em razão do exercício da liberdade contratual em certos termos e condições²⁰⁴.

Ora, as instituições financeiras, na realidade, não estão interessadas em assegurar aos seus clientes maiores informações sobre as potenciais repercussões patrimoniais, principalmente ao fiador, no que se refere à cláusula da renúncia ao benefício de ordem nos contratos típicos de adesão.

Desta forma, o elementar direito à informação, conforme estipula o

²⁰² RIBEIRO, Joaquim de Souza. Direito dos contratos. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

²⁰³ Idem, ibidem, p. 28.

²⁰⁴ RIBEIRO, Joaquim de Souza. Direito dos contratos. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p. 28.

art. 6º, III, do CDC, é letra morta se o julgador não se pautar pelo efetivo cumprimento do princípio maior da ordem pública deste microssistema jurídico. Até porque as informações contidas em contratos bancários são de alta densidade jurídica, de modo a dificultar sobremaneira o entendimento da grande parcela dos consumidores, em razão de sua hipossuficiência técnica ou informacional²⁰⁵.

Ao tratar do tema, aqui sob a ótica da relação jurídica do Código Civil, o Conselho da Justiça Federal, por meio da IV Jornada de Direito Civil, também defende o entendimento de que se faz necessária a ciência prévia do fiador sobre as consequências jurídicas advindas do ato de renúncia ao benefício de ordem, sob pena de ensejar plena ineficácia jurídica²⁰⁶⁻²⁰⁷.

Eis que o contrato de fiança, nestas condições, representa risco e perigo para o fiador, por vincular o seu patrimônio à satisfação do débito. No julgado nº 2421/09, do Tribunal da Relação de Coimbra²⁰⁸, publicado em 20/03/12, há menção no item 2.6.1.

Mostra-se temerário e até mesmo inaceitável, por parte dos tribunais, quanto às suas interpretações dos contratos — no caso em

²⁰⁵ Neste sentido, Antonio Menezes Cordeiro, ao discorrer sobre o direito bancário no sistema jurídico de Portugal, afirmou que a informação exigida aos bancos é, no essencial, de tipo técnico-jurídico. A factualidade ligada a negócios bancários, particularmente os que tenham a ver com dinheiro é, em regra bastante simples. Porém o regime jurídico envolvido pode tornar-se mais complexo, por assentar, muitas vezes, em usos bancários ou em cláusulas contratuais gerais, de apreensão difícil.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito Bancário Privado*. Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais. Ano 2. n. 4. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan.-abr., 1999, p. 88.

²⁰⁶ Nos contratos pré-impressos ou nos contratos de adesão que contiverem garantia fidejussória, a renúncia ao benefício de ordem só pode ser suscitada pelo credor se o fiador tiver assinado termo de ratificação da cláusula de renúncia; ou se o credor provar que o fiador sabia dos limites e do alcance da cláusula a esse direito. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. IV – Jornada de Direito Civil: Enunciados. Brasília: 2007, Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013, p. 392.

²⁰⁷ É nula a cláusula que exige a renúncia antecipada ao benefício de ordem na fiança (Art. 828, do Código Civil) em face dos contratos de adesão, por representar violação ao disposto no art. 424, do Código Civil). CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. IV – Jornada de Direito Civil: Enunciados. Brasília: 2007, Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013, p. 393.

²⁰⁸ Entre as garantias específicas ou especiais destaca-se, como sua figura-tipo, a fiança, cujo regime geral se encontra fixado no art. 627 e SS do C. Civil e que, em termos jurídicos, se costuma definir e conceptualizar como vínculo jurídico pelo qual um terceiro (fiador) se obriga pessoalmente perante o credor, garantindo com o seu patrimônio a satisfação do direito de crédito deste sobre o devedor. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Processo nº 2421/09. Coimbra, 20 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 26 out. 2013.

questão, os referentes às fianças — a análise restrita, conforme visto, ao princípio do *pacta sunt servanda*, sem admitir a possibilidade de revisão de cláusulas e condições, desconsiderando, por sua vez, a função social dos contratos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão, torna-se imprescindível destacar que, em termos de ordenamento jurídico luso-brasileiro, o direito do consumidor está previsto como direito fundamental nas respectivas Cartas Magnas. Para o direito brasileiro, esse direito foi alçado à categoria de ordem pública, exigindo, por sua vez, o empenho de todos para sua efetivação, o que denota a sua relevância no cenário jurídico pátrio.

Nestes termos, não se pode admitir a omissão do legislador ordinário, em ambos os países, ao deixar demonstrar qualquer interesse no regramento da responsabilidade civil objetiva, oriunda do risco de desenvolvimento.

Apesar da lacuna legislativa, a jurisprudência brasileira, sob este perspectiva, vem reconhecendo de forma categórica a necessidade de aplicação da inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Ou seja, pelo menos no âmbito do ordenamento jurídico nacional, o que se percebe é que essa forma de solucionar a controvérsia está fundamentada na subsunção do fato aos elementos caracterizadores do conceito de consumidor, quais sejam: a verossimilhança do alegado e a hipossuficiência.

Assim, quanto ao risco de desenvolvimento, como não poderia deixar de ser, os tribunais brasileiros vêm cumprindo à risca de forma rigorosa a tão almejada efetivação dos direitos fundamentais do consumidor.

Por sua vez, diante da inércia dos poderes Legislativo e Judiciário portugueses, no limite de suas competências, em relação à imputação da responsabilidade civil objetiva do fornecedor, mostra-se patente a necessidade de reestruturação do ordenamento jurídico daquele país. Do contrário, o consumidor, sem a prerrogativa da inversão do ônus da prova em seu favor, permanece à mercê de sua própria sorte, ainda que intrínsecas a ele a hipossuficiência e a vulnerabilidade.

Nessa mesma direção, os tribunais luso-brasileiros, sob o princípio do livre convencimento motivado, vêm se posicionando contrariamente ao reconhecimento de vício no contrato de fiança, quando suscitada pelo fiador a nulidade da cláusula de renúncia ao benefício de ordem, negócio jurídico típico de adesão.

Então, de tudo que ora se observa, não se pode deixar de compreender o fiador como consumidor, ostentando garantias constitucionais e processuais nessa condição, consolidando o direito elementar à inversão do ônus da prova em seu favor.

Registre-se que, quanto ao Brasil, embora haja avanço significativo em matéria de direito do consumidor, ainda se faz necessária, por parte do órgão jurisdicional uma atuação mais efetiva, especialmente nos casos em que a norma se mostre omissa, sob pena de inegável violação dos princípios básicos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Quanto a Portugal, a situação do consumidor se apresenta mais crítica, uma vez que a legislação consumerista é totalmente silente em relação à inversão do ônus da prova, sendo que a jurisprudência ainda se mantém conservadora na aplicação desse instituto. É notório que é papel do Estado-juiz realizar a integração normativa dentro de um pragmatismo voltado às necessidades sociais, demonstrando, com isso, uma inegável evolução do sistema jurídico como um todo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda A Evolução do Direito e a Tutela de Urgência. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 3, 2010.

BALESTERO, Gabriela Soares. A inversão do ônus da prova no novo CPC e a discricionariedade judicial. **Revista CEJ**. Brasília. Ano XVI, n. 58, set/dez, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2012.

BERNARDO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17. ed., São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Brasília, 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2013

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 07 out. 2013

_____. **Lei nº 7.070**, de 20 de dezembro de 1982. Dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica e dá outras providencias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7070.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº 1.060**, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº 3.071**, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 1 de jan. de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016

_____. **Lei nº 8.009**, de 29 de de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Diário Oficial da União. Brasília, 29 de mar. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº 8.952**, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm >. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de jan. de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 07 out. 2013

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 179542/SC – 2012/0102942-3**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgamento: 19/04/2016. Publicação: Dje 25/04/2016. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339934422/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-179542-sc-2012-0102942-3>>. Acesso em 05 jul. 2016

_____. **AgRg no AREsp 814560/PI**. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgamento: 19/04/2016. Publicação: Dje 25/05/2016. Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;aresp:2016-04-19;814560-1537716>>. Acesso em: 02 set. 2016

_____. **ArRg no AREsp 845218/SP (2016/0007737-0)**. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevo. Data do julgamento 09/08/2016. Dje 16/08/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=845218&&>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **AgRg no AREsp 844281/DF nº 2016/0013061-2**. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Data do julgamento, 19/04/2016. Dje 27/05/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1505162&num_registro=20160130612&data=20160527&formato=PDF>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **Recurso Especial n. 971.845**, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Brasília, 01 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=726140&sReg=200701573821&sData=20081201&formato=PDF>. Acesso em: 14 out. 2013

_____. **REsp 1162649/SP**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado no dia 13/05/2014, Dje 18/08/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/134004822/recurso-especial-n-1162649-sp-do-stj>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **REsp 1176000/PR (2010/0009377-4)**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 10.03.2016, Dje. 05.04.2016. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339857612/recurso-especial-resp-1176000-pr-2010-0009377-4/inteiro-teor-339857634>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **REsp 1280211/SP (2011/0220468-0)**. Rel. Min. Marco Buzzi. Segunda Seção, de 23/04/2014, DJe 04/09/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/137408127/recurso-especial-n-1280211-sp-do-stj>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **REsp nº 422778/SP (2002/0032388-0)**. Rel. Min. Castro Filho. Rel. do Acórdão. Min. Nancy Andrighi. Terceira turma. 19/06/2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8907737/recurso-especial-resp-422778-sp-2002-0032388-0/inteiro-teor-14034135>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **Resp nº 1.195.642/RJ (2010/0094391-6)**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. J.13.11.2012. Dje 21.11.2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj/inteiro-teor-22829800>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **REsp. 519.310/SP (2003/0058088-5)**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJ 24/05/2004, p. 262. Disponível em <http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/0CtqtISce2QsyeyQsGEcMw/hBZovPqexjUwQHZ4H0hH0w/REsp_519.310_-SP.pdf>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **Súmula 297**. Brasília, 2004. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&processo=297&b=S UMU&p=true&t=&l=10&i=1](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&processo=297&b=S%20UMU&p=true&t=&l=10&i=1)>. Acesso em: 27 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 407688-8 São Paulo**. Rel Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. D.J. 06/10/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 70055586366**. Rel. Iris Helena Medeiros Nogueira. Nona Câmara Cível. Data de Julgamento: 14/08/2013, Publicação: Diário da Justiça do dia 16/08/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113161194/apelacao-civel-ac-70055586366-rs>>. Acesso em: 06 set. 2016.

BRUXELAS. **Directiva do Conselho das Comunidades Europeias nº 85/374/CEE.** Bruxelas, 25 jul. 1985. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br>>. Acesso em: 10 out. 2013

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produto pelos riscos de desenvolvimento.** São Paulo: Editora Renovar, 2004.

CAMBI, Eduardo. A inexistência do ônus da impugnação específica e da presunção de veracidade dos fatos não contestados, para o consumidor, nas relações de consumo. **Revista de Direito Privado.** Ano 4, n. 14, Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, abr./jun. 2003.

_____. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegéticos do art. 6º, VIII, do CDC. **Revista dos Tribunais**, v. 127. Ano 30. Set. 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova.** Tradução de Lisa Pariscarpa. 4. ed. Campinas- SP: Editora Bookseller, 2005.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Inversão do ônus da prova e a inversão do encargo decorrente sob a ótica do consumidor. **Revista do Consumidor.** n. 46, Ano 12, Editora Revista do Tribunais, jul.-set. 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. **Revista de Direito do Consumidor.** RT, n. 29, São Paulo, 1999.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. **Diretiva nº 85/374**, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31985L0374>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I – Jornada de Direito Civil: Enunciados**. Brasília: 2007, Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. **IV – Jornada de Direito Civil: Enunciados**. Brasília: 2007, p. 392. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013

CUNHA, Belina Pereira da. Ônus da prova no Código do Consumidor: necessidade da inversão prévia em face das liminares de antecipação da tutela. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 47. Ano 12. Editora Revista dos Tribunais, jul-set. 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Editora Renovar, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7. ed. Salvador-BA: Editora Jus Podivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed., São Paulo-SP: Ed. Malheiros, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

FIGLIOLIA, Antônio Mário de Castro. **Inversão do ônus da prova nos litígios de consumo: regra de julgamento ou de procedimento? Um estudo da questão à luz das legislações, doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira**. Relatório de Direito Processual Civil, curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2005.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). **Enunciados aprovados em Salvador**: Enunciado nº 50. Vitória, de 1 a 3 de maio de 2015. Disponível em: <Portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitoria.pdf>. Acesso em: 02 set. 2016.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor.

Revista de Direito do Consumidor, v. 13, jan/mar. 1995.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista do Processo**, Ano 34, n. 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun./2009.

GOUVEIA, Mariana França. A Prova. **Revista Themis – Revista de Direito**. Portugal: Centro de Estudos Jurídicos, 2008 (Edição Especial. Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais).

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. v. 2, 12. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Obrigatoriedade da audiência de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis: uma lição para o processo comum. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. v. 12, n. 72, jul./ago, 2011.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre-RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

LANES, Jaúlio Cesar; POZATTI, Fabrício Costa. **O Juiz como o único destinatário da prova** (?). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 5.).

LIMA, Cíntia Rosa Pereira. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 47. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul-set. 2003.

_____. FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CDC: distinção entre institutos afins.

Revista de Direito do Consumidor, v. 91, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2104.

LIZ, Jorge Pegado. **Introdução ao direito e à política do consumo**. Lisboa: Editora Notícias, 1999.

LÔBO, Paulo. **Do contrato no estado social**: crises e transformações. Maceió: Ed. EDUFAL. 1983.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constituição do processo civil. **Revista do Processo**. Ano 29, n. 116. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, Jul./Ago. 2004.

MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. Tirag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fiança. Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo XLIV, Título XXXIX. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1963.

MONCADA, Luiz Cabral. **Lições de direito civil**: Parte Geral. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1995.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: Ed. LEX, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. **Revista de Direito Privado**. n. 18. Ano 5. Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun., 2004.

_____. Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Direito do Consumidor**. n. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. A inversão do ônus da prova no CDC. **Revista dos Tribunais**. Ano 101, v. 917, mar. 2012.

_____. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo- SP: Ed. Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44).

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 383/89**, de 06 de novembro. Responsabilidade decorrente de produtos defeituosos. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=729&tabela=leis>. Acesso em: 22 out. 2013

_____. **Decreto-Lei n.º 47.344**, de 25 de novembro de 1966. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=200240>. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 131**, de 24 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=730&tabela=leis>. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. **Diretiva nº 85/374**, de 25 de julho de 1985. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31985L0374>>. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 317/2009**, de 30 de Outubro. Aprova o regime jurídico relativo ao acesso à atividade das instituições de pagamento e à prestação de serviços de pagamento. Transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2007/64/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13-11, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno. Prevê um regime transitório aplicável às agências de câmbio e às sociedades emitentes ou gestoras de cartões de crédito. Disponível em: <<https://www.bportugal.pt/pt-PT/Legislacaoenormas/Paginas/DL317ano2009.aspx>>. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. **Lei nº 29/81**, de 22 de Agosto. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/34244/>>. Acesso em: 02 set. 2016

_____. **Lei nº 24/96**, de 31 de julho. Lei de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis>. Acesso em: 02 set. 2016

_____. **Lei nº 41/2013**, de 26 de junho. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/06/12100/0351803665.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2016

_____. Tribunal de Relação de Coimbra. **Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, Processo nº 902/13.4TBCNT.C1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/aba8f7cea02531c180257f4f003e6e54?OpenDocument>>. Acesso em: 16 set. 2016

_____. **Processo nº 2421/09**. Coimbra, 20 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 26 out. 2013.

_____. **Julgado nº SJ20071204041357**. Lisboa, 04 dez. 2007. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 22 out. 2013

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **Revista da AGU**. Brasília-DF, Ano IX, n. 24, abr./jun. 2010.

RAMOS, José Luís Bonifácio, **O ônus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor**. Relatório do Curso de Mestrado em ciências Jurídicas na Disciplina de Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 1990.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas Rangel. **O ônus da prova no processo civil**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

REICHELDT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre-RS: Editora Livraria do Advogado, 2009.

_____. Tutela Jurisdicional do Consumidor, Adequação do Processo e Acesso à Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 21, v. 84, Editora Revista dos Tribunais, out-dez./2012

RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 5.).

RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos contratos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

SANTOS, Hugo Luz. Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013 o (admirável) “mundo novo” no homebanking? **Revista O Direito**, Centro de Estudos Judiciários. Portugal, Ano 147. v. 3, 2015.

SCARPINELLA, Cássio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2 t., parte 1, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. **Revista Jurídica**. Ano 54, n. 345, Porto Alegre-RS, jul. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Direito probatório**. Salvador-BA: Editora JusPODIVM, 2015.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre- RS: Editora do Advogado, 2013

_____. NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. São Paulo: Editora Método, 2011

_____. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Método, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 1. v., 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001

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

ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

