

# ASPECTOS PROCESSUAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO BRASIL

## PROCEDURE OF LIABILITY UNDER THE PRINCIPLE CONTRADICTORY IN BRAZIL

Marcellus Polastri Lima<sup>1</sup>

Ricardo Carneiro Neves Júnior<sup>2</sup>

### RESUMO

A responsabilidade civil está regulada no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor ou na Constituição Federal, mas os requisitos necessários para a configuração da obrigação de indenizar são diferentes em cada instrumento normativo e os fatos que exigirão a comprovação são diversos dada a necessidade de perquirir ou não a culpa. Por longo período se afirmou que o juiz estaria desvinculado da norma material indicada pelas partes, podendo aplicar a lei material ao caso em nome do princípio do *iura novit curia*. Porém, a aplicação de uma norma que contém os requisitos da culpa em detrimento daquela que não possui, sem que seja observada a efetiva participação das partes na construção da decisão, poderia levar à improcedência dos pedidos em alguns casos pela falta de provas do elemento culposo. Far-se-á um estudo do princípio do contraditório, os requisitos da responsabilidade civil, além da exposição de algumas percepções sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil. Processo Civil. Contraditório.

### ABSTRACT

The liability is governed by the Civil Code, the Code of Consumer Protection and the Federal Constitution, but the requirements for setting the duty to indemnify are different normative instrument and the facts that will demand proof are different given the need to analyze or not at fault. For a long time it was stated that the judge would be unrelated to the substantive standard indicated by the parties, and may enforce the law on behalf of the principle of *iura novit curia*. However, the application of a rule that contains the requirements of the blame at the expense of that which does not, without having seen the effective participation of the

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor da Graduação e do Mestrado da UFES-Universidade Federal do Espírito Santo-(Direito Processual Penal e Recursos Excepcionais e Ações de Impugnação). Pesquisador visitante em Processo Penal Comparado no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional na Georg-August Universität de Göttingen-Alemanha-.Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual(IBDP). Procurador de Justiça. E-mail: mpolastri@terra.com.br

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Integrada de Vitória – FDV. Advogado militante. E-mail: ricardocevnes@gmail.com.

parties in the construction of the decision could lead to the rejection of the applications in some cases for lack of evidence. Far will be a study of the adversarial principle, the requirements of liability, and exposure to some insights on the topic.

**KEYWORDS:** Requirements of Liability. Civil Procedure. Contradictory.

## INTRODUÇÃO

O Brasil vem sofrendo um aumento gradativo na judicialização dos conflitos<sup>3</sup>, sendo diversos os motivos para aumento da busca pelo Poder Judiciário, tendo sido feitos enormes esforços na busca pela prestação da tutela jurisdicional eficiente e adequada para apaziguar as repetidas discussões judiciais de demandas repetitivas ou de grande interesse da sociedade como um todo<sup>4</sup>.

Antes mesmo de se falar em processo ou lide, mister saber que a causa que será julgada pelo Poder Judiciário será decidida com a indicação do direito material que regulará a relação jurídica firmada entre autor e réu, ou seja, a norma individual e concreta que terá força de lei entre as partes (Art. 468 do CPC).

Neste contexto, com a crescente busca pelo Poder Judiciário, em especial pelo aumento do consumo de serviços e produtos, isto também trouxe a crescente discussão sobre as causas indenizatórias em que se alegam a ocorrência de danos.

Acontece que as demandas tratando sobre a ocorrência de danos e a obrigação de indenizar podem ser regidas pelo Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406/02), pelo Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e também pela Constituição Federal, sendo que cada uma destas normas estabelecem um conjunto de requisitos para configuração da obrigação de indenizar.

Entretanto, o processo possui diversas regras que lhe são inerentes e que decorrem do devido processo legal previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que não se pode deixar de lembrar que possui um caráter substantivo (*substantive due process*) e outro formal (*procedural due process*).

Outrossim, a República Federativa do Brasil fora constituída como um Estado Democrático de **Direito** consoante *caput* do art. 1º da Carta Magna e, por conseguinte, traz o dever de obediência à lei por parte dos administrados e também estabelece os limites de

---

<sup>3</sup> Veja sobre o tema: **Demanda aumenta 31,05% em sete anos**. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=95070>>. Acesso em: 11 de julho de 2012..

<sup>4</sup> Os números podem ser obtidos diretamente no site do Conselho Nacional de Justiça: **Justiça em Números 2011**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 11 de julho de 2012.

atuação do Estado que não poderá atuar sem que a lei autorize a prática do ato, isto é, deverão agir na forma instituída pela Lei.

O sistema jurídico processual brasileiro é regido por diversos princípios, dentre eles podemos citar o contraditório previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil e o princípio dispositivo contido no artigo 460 do Código de Processo Civil, além da conjugação de duas expressões em latim que são *jure novit curia e narra mihi factum, narrabo tibi jus*.

Inicialmente, poder-se-ia dizer que a aplicação de tais conceitos, que são inerentes à ciência do direito processual civil, estaria em completa harmonia com os direitos fundamentais do devido do processo legal, do contraditório e da ampla defesa, mas existem casos que a aplicação simultânea do contraditório, do princípio dispositivo e de *narra mihi factum, narrabo tibi jus* pode gerar situações conflitantes e modificando todo o equilíbrio da relação jurídica processual.

Por exemplo, se uma determinada parte ajuíza uma ação indenizatória suscitando a aplicação do art. 14 do CDC, mas o magistrado entende que a situação não seria caso de aplicação do CDC e seria regido pelos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, isto poderia trazer um prejuízo à parte autora se não tivesse sido objeto de discussão no processo a regra de direito material aplicada pelo juiz?

Outra questão bem interessante seria o ajuizamento da ação indenizatória pleiteando-se a condenação da parte demandada, sob o argumento de que a demandada teria lhe ferido a honra do autor por um motivo qualquer e que por estar investido de poder de polícia, já que o fato ocorreu na eleição durante o exercício de função pública, o que atrairia a regra do §6º do art. 37 da Carta Magna, em que não haveria a análise da culpa. Contudo, caso o magistrado entenda que não seria caso de equiparação ao agente público, a responsabilidade civil seria regida pelas regras do art. 186 e 927 do Código Civil de 2002.

Entretanto, ao proferir a sentença e sem oportunizar a dialeticidade<sup>5</sup>, seria possível afirmar a ausência de prejuízo em nome do brocardo *da narra mihi factum, narrabo tibi jus*? Mais ainda, a aplicação da regra de direito material diversa daquela discutida pelas partes durante o processo, traria prejuízo às partes no caso de improcedência por falta de comprovação da culpa?

---

<sup>5</sup> Dialeticidade no sentido de oportunizar as partes a apresentação de argumentos acerca da aplicação de uma norma que não foi objeto de diálogo no processo, inovando o magistrado sobre a regra de direito material aplicável ao caso, surpreendendo as partes com a nova conclusão jurídica.

As hipóteses retromencionadas referem-se a apenas duas situações distintas em que o magistrado, deixa de aplicar a qualificação jurídica suscitada pela parte ativa da demanda e que foi objeto de impugnação por parte do demandado, para fazer incidir uma regra de direito material diversa daquela que fora objeto de discussão pelas partes.

Diante de tal questão, pondera-se acerca da possibilidade do magistrado em aplicar regra de direito material que não foi objeto de discussão pelas partes e que pode trazer prejuízo a uma das partes no caso do arcabouço probatório ou pela diversidade das consequências da regra de direito material.

Desta feita, indispensável analisar quais são os requisitos da responsabilidade civil no Código Civil de 2002, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e também na Constituição Federal, além dos elementos identificadores da demanda, o conteúdo jurídico do contraditório, do princípio dispositivo e do brocardo *narra mihi factum, narrabo tibi jus*, para se perquirir se o juiz ao prolatar decisão com base em fundamento jurídico diverso daquele discutido pelas partes pode trazer consequências não pretendidas ou buscadas pelos litigantes em que pese a existência do princípio da eventualidade conforme artigo 300 do Código de Processo Civil.

## **1 OS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Antes de analisar os aspectos processuais da responsabilidade civil, há que se compreender os requisitos de cada um dos instrumentos normativos que possam servir de base para uma eventual decisão judicial que implicará no reconhecimento ou não da obrigação de indenizar.

Primeiramente, abordaremos a responsabilidade civil geral, para em seguida tratarmos das hipóteses de responsabilidade específicas dos demais mandamentos legais mencionados.

### **1.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Por se tratar da regra geral e que se aplica sucessivamente a todos os casos que envolvem a responsabilidade civil, primeiro serão abordados os requisitos contidos no Código Civil para configurar a responsabilidade civil por danos.

O Código Civil estabeleceu nos artigos 186 as hipóteses de configuração do ato ilícito da seguinte maneira:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Em análise ao presente mandamento legal, leciona Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 52) que o referido dispositivo legal “[...] *consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Estabelece o aludido dispositivo legal, informativo da responsabilidade aquiliana*”.

Em seguida, conclui o civilista afirmando que aquele dispositivo “[...] *evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima*”. (Gonçalves, 2010, p. 53)

Destrinchando o dispositivo em comento, se extrai que o primeiro requisito seria o ato ilícito, mas o próprio ato ilícito teria outros requisitos para sua configuração, traduzindo-se como uma ação ou uma omissão, ou seja, a prática de um ato ou a omissão espontânea, negligente ou imprudente, além da necessária ocorrência do dano à vítima.

Portanto, a lei condiciona a ocorrência do **dano à vítima** para que o ato seja considerado ilícito, sendo, portanto, o requisito primário da responsabilidade civil, já que inexistente o dano não haveria a configuração do ato ilícito, mas o art. 187 do Código Civil de 2002 traz outra hipótese de configuração do ato ilícito:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Neste ponto, trata-se de ato que inicialmente seria reputado válido, mas foi praticado violando a finalidade econômica ou social definida pela boa-fé ou pelos costumes, podendo citar o caso de um administrador que, mesmo sabendo que não possui condições de cumprir um contrato, firma este compromisso com outra empresa assumindo a obrigação de entregar um número “X” de telas de “LED” para instalação em notebooks.

Em tal situação, o representante legal da empresa contratada tinha pleno conhecimento de que não teria condições de cumprir a obrigação no prazo contratado e, com isto, atrasa a entrega das telas e a empresa contratante que detinha outro contrato com, por exemplo, um ente estatal atrasa a entrega de “X” computadores e acaba sendo aplicada em favor do contratante uma multa num valor “Y”.

Neste caso, seria possível o ajuizamento de uma ação para demonstrar que o administrador da empresa contratada violou a boa-fé contratual ao argumento de que praticou um ato com desviando-se da finalidade econômica do contrato, capaz de configurar um ato ilícito.

Sobre o tema o Colendo Superior Tribunal de Justiça analisou, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 811.690/PR, a aplicação do art. 187 do CC/02 num caso que a concessionária de serviço público teria excedido seu direito de efetuar o corte do fornecimento de energia elétrica, haja vista o débito que serviu como fundamento para o corte seria da monta de R\$ 0,85 (oitenta e cinco centavos) reconhecendo o abuso de direito da concessionária, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO-DEMONSTRADO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SUSPENSÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 186 E 188, I, DO CC. NÃO-OCORRÊNCIA. ABUSO DE DIREITO. CONFIGURAÇÃO DE ATO ILÍCITO (CC, ART. 187). RESSARCIMENTO DEVIDO. DOUTRINA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. A divergência jurisprudencial deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ, não bastando, para tanto, a simples transcrição de ementas.

2. A questão controvertida neste recurso especial não se restringe à possibilidade/impossibilidade do corte no fornecimento de energia elétrica em face de inadimplemento do usuário. O que se discute é a existência ou não de ato ilícito praticado pela concessionária de serviço público, cujo reconhecimento implica a responsabilidade civil de indenizar os transtornos sofridos pela consumidora.

3. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (art. 187 do Código Civil).

4. A recorrente, ao suspender o fornecimento de energia elétrica em razão de um débito de R\$ 0,85, não agiu no exercício regular de direito, e sim com flagrante abuso de direito. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

5. A indenização por danos morais foi fixada em valor razoável pelo Tribunal a quo (R\$ 1.000,00), e atendeu sua finalidade sem implicar enriquecimento ilícito à indenizada.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 811.690/RR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJ 19/06/2006, p. 123)

Então, o primeiro requisito da responsabilidade civil seria a conduta da pessoa (física ou jurídica) por meio de “[...] *uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente*” (Tartuce, 2011, p. 411-412), bem como o ato praticado com abuso de direito que se desvie da finalidade econômica ou social à luz da boa-fé ou dos costumes.

Em segundo lugar, elege a lei a necessidade da demonstração da culpa ou do dolo do agente causador do dano, que nas palavras de Gonçalves (2010, p. 53-54) são:

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também casos de culpa presumida.

[...]

A culpa pode ser, ainda, *in eligendo*: decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: decorre da ausência de fiscalização; *in committendo*: decorre de uma ação, de um ato positivo; *in ommittendo*: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster; *in custodiendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto.

Em seguida, o juiz necessita analisar a presença de nexos causal entre o ato ilícito e o dano, ou seja, verificar se o ato ilícito foi capaz de gerar o dano alegado, analisando se existe o efeito do ato (dano) gerado pela causa (ato ilícito). (Gonçalves, 2010, p. 53)

Por fim, o dano que pode ser dividido em dano material, moral ou estético em conformidade ao verbete sumular n.º 387 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>6</sup>

## 1.2 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO §6º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Em se tratando de agente público, a Constituição Federal prevê no §6º do art. 37:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

---

<sup>6</sup> “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. (Súmula 387, Órgão Julgador: SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento: 26/08/2009, Data da Publicação/Fonte: DJe 01/09/2009, RSSTJ vol. 35 p. 331, RSTJ vol. 216 p. 742).

O Excelso Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já assentou o entendimento de que no âmbito da responsabilidade civil do Estado (lato senso), esta estaria enquadrada dentro da responsabilidade objetiva como se depreende do seguinte julgado:

“A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à **responsabilidade civil objetiva** do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50)” (RE 109615, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081). [grifo nosso]

De igual maneira, o Código Civil de 2002 excetuando a regra do art. 186, estabeleceu a previsão da existência de responsabilidade civil objetiva no parágrafo único do art. 927 (Tartuce, 2011, p. 445) com a seguinte redação:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano 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.

Neste diapasão, mais uma vez socorre-se a Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 49) que muito bem define a responsabilidade civil objetiva da seguinte maneira:

A Classificação corrente e tradicional, porém, denomina *objetiva* a responsabilidade que independente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável, será a relação de causalidade, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento. Nessa classificação, os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois se fundam ainda na culpa, mesmo que presumida.

Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Enfim, no caso da responsabilidade objetiva, os requisitos necessários a demonstrar a obrigação de indenizar são o ato ilícito, o nexo causal e os danos.

### 1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em se tratando de uma relação jurídica em que detenha de um lado o consumidor (art. 2º do CDC) e do outro um fornecedor de serviços ou produtos (art. 3º do CDC), isto atrai a aplicação da Lei n.º 8.078/90 que regulamenta a proteção do consumidor, a qual foi elevada ao status de direito fundamental pelo inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal.

No presente trabalho, somente será abordada a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço contido nos artigos 12, 13 e 14 do CDC, haja vista que a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço prevista nos artigos 18, 19 e 20 do CDC não seria propriamente uma questão de responsabilidade civil, mas algo relacionado à existência de vício que torne o produto ou o serviço impróprio ou inadequado ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, já que não exige a presença dos requisitos clássicos da responsabilidade civil haja vista que a intenção do legislador tenha sido regulamentar a correção do vício e não a reparação dos danos.

Com relação ao art. 12 e 14 do CDC, o legislador claramente excluiu a culpa dentre os elementos prescritivos da responsabilidade civil já que em ambos os dispositivos contém a expressão “*independentemente da existência de culpa*”.

Na hipótese do art. 12 do CDC, o legislador infraconstitucional estabeleceu como critério para a configuração da responsabilidade a ocorrência de danos em decorrência de defeitos no **produto** 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*”.

Neste caso, na eventualidade do consumidor sofrer algum dano decorrente de um produto ou serviço, deverá demonstrar a ocorrência do defeito existente no *projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos*, mas também haverá a responsabilidade pelos danos sofridos pelo consumidor no caso de *informações insuficientes ou inadequadas sobre sua*

*utilização e riscos*. Logo, o art. 12 do CDC é restrito aos produtos, sendo denominado de **produto defeituoso**.

A conceituação do produto defeituoso está prevista no §1º do art. 12 do CDC, podendo ser demonstrado o defeito do produto *quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera*, desde que leve em consideração as circunstâncias dos incisos I, II ou III do referido mandamento legal.

Enfim, o produto é defeituoso, por exemplo, quando sua apresentação não indica os riscos sobre sua utilização, quando a bebida alcoólica não indica os riscos que se esperam do seu consumo ou quando, num parque de diversões, não possua uma placa informando dos riscos para cardíacos.

Por seu turno, no caso do art. 14 do CDC o dever de reparação do fornecedor advirá quando os danos forem causados *por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos*, sendo tradicionalmente denominada tal situação como **serviço defeituoso**.

Igualmente ao produto defeituoso, o serviço para ser considerado defeituoso possui como parâmetro o não fornecimento da **segurança** que o consumidor pode esperar, mas para isto deve-se considerar as circunstâncias dos incisos I, II ou III do referido mandamento legal.

Então, para a configuração da responsabilidade pelo fato do serviço, será necessário demonstrar a ocorrência do serviço defeituoso, o nexo causal e os danos.

Perceba que a situação é muito diversa da regra contida no Código Civil ou mesmo na Constituição Federal, pois os fatos que devem ser demonstrados são descritos de maneira completamente diferente, em que pese haver uma consequência idêntica: a reparação dos danos.

Na verdade, a hipótese prescrita na lei capaz de fazer incidir a norma de responsabilidade possui critérios diversos para a imposição do consequente (indenização), sendo importante, então, definir qual norma será aplicada aos fatos que deram origem à causa com o fito de criar a norma individual e concreta que regulamentará o conflito.

Esta situação faz parecer que o momento adequado para que o juiz resolva esta questão seja o despacho saneador (§2º do art. 331 do Código de Processo Civil), por meio do qual irá fixar os pontos controvertidos e determinará as provas a serem produzidas para resolver a controvérsia fática, mas também deverá indicar a necessidade da comprovação ou não do elemento culposo.

Neste primeiro ponto, pode-se observar os diferentes requisitos impostos pelas diversas normas que regulamentam as hipóteses de reparação de danos, mas isto não tem

apenas reflexo na situação de direito material, pois dependendo da compreensão do fato pelo juiz da causa, este poderá optar por qualquer das normas existentes no ordenamento jurídico para resolver a celeuma.

Contudo, como delineado nas definições supra, a utilização de um dispositivo legal em detrimento de outro poderá trazer ônus sobre as partes, o que poderia gerar problemas por ocasião do julgamento em vista da distribuição dos ônus da prova contido no art. 333 do Código de Processo Civil<sup>7</sup>, daí pergunta-se: pode o magistrado se utilizar da norma material que lhe convier, sem oportunizar as partes que realizem um discurso dialético no processo, evitando-se, assim, surpreendê-las ou as partes já possui o dever de se prevenir sobre a possibilidade de aplicação de norma diversa pelo juiz?

A presente questão só pode ser respondida por uma compreensão do processo como um direito fundamental e tendo em mente exatamente o objetivo de uma construção de uma sociedade justa nos termos do inciso I do art. 3º da Carta Magna, o que impossibilitaria a adoção de conclusões que venham a surpreender as partes.

## **2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Preambularmente, há que se lembrar que não há como se analisar qualquer situação no direito processual civil sem ressaltar as origens e compreensões históricas do devido processo legal, a fim de que a compreensão dos subprincípios do devido processo legal seja feita de forma congruente ao seu conteúdo historicamente desenvolvido.

O princípio do devido processo legal possui sua origem histórica nos Estados Unidos da América que primordialmente estabelecia como direito de que nada poderia ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (*due process of law*), sendo de grande valia os ensinamentos de COUTURE (1998, p. 48-49):

La garantía procesal constituída por la necesidad de aplicar la ley de la tierra, fué recogida em las primeras Constituciones, anteriores a la Constitución federal de los Estado Unidos. Las constituciones de Marylan, de Pensylvania y Massachusetts recogieron em una disposición expresa, el concepto de que nadie puede ser privado de sua vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal (“due process of law”). Más tarde, las Enmiendas V y XIV, a la Constitución de Filadelfia, habrían de recoger ese texto expreso.

---

<sup>7</sup> Art. 333. 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.

Entre “law of the land” y “due processo of law” no media sino uma instancia de desenvolvimiento. El concepto específicamente procesal de la Carta Magna, se hace genérico en la Constitución.

Ya no se habla del juicio de los pares y de la ley de la tierra: se habla de un "debido proceso legal" como de una garantía que involucra el derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del juez competente.

[...]

La garantía de orden estrictamente procesal, ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía de debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario.

Contudo, o mestre Nelson Nery Júnior (2004, p. 31) afirma que o “(...) *primeiro ordenamento que teria feito menção a esse princípio foi a Magna Charta de Josão Sem Terra, do ano de 1215, quando se referiu à law of the land (art. 39), sem, ainda ter mencionado expressamente a locução devido processo legal*”.

A partir de tal momento, houve o desenvolvimiento do conceito do devido processo legal por meio do qual ninguém seria privado de sua liberdade salvo por expressa previsão da lei da terra (*law of the land*) ou o julgamento por seus pares, desde que assegurado que os interessados pudessem se manifestar perante à corte de justiça (*his day in court*) até o momento em que se expandiu a tutela para a vida, a liberdade e a propriedade. (Nery Júnior, 2004, p. 32-33)

Enfim, pode-se afirmar que o devido processo legal engloba diversos direitos, dentre os quais o de que somente haverá a privação de um direito (vida, liberdade ou propriedade) mediante um processo desenvolvido em conformidade ao que prevê a lei existente no ordenamento jurídico (*law of the land*) e que esta lei tenha sido produzida em conformidade com as normas do processo legislativo.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal tratou do devido processo legal no conhecido inciso LIV do artigo 5º assim disposto:

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:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Note-se que o constituinte originário ao prever a incidência do devido processo legal criou a relação da necessidade de que a liberdade e os bens somente sejam privados mediante o devido processo legal, reforçando o conteúdo jurídico da proteção do devido processo legal (vida, liberdade ou propriedade) em que está englobado também o direito à vida conforme disposição contida no *caput* do referido artigo.

Por seu turno, demonstrando a importância do devido processo legal o professor Marcelo Abelha Rodrigues (2010, p. 69) assim expõe:

Como já dissemos, o princípio do devido processo legal se constitui na fonte primária dos princípios do direito processual civil, apesar de não estar restrito apenas às normas de direito processual e muito menos ao âmbito Poder Judiciário, já que a sua atuação reflete-se ainda nas funções legislativa (elaborações de leis que tenham razoabilidade em relação aos valores fundamentais do cidadão), administrativa (princípio da legalidade, etc) e ainda nas relações privadas (dever de lealdade nas relações privadas).

Portanto, a função do devido processo legal é de garantir que toda e qualquer pessoa que participe de um processo tenha o direito de que este se desenvolva por meio das leis existentes no ordenamento jurídico, só que a compreensão de tal instituto possui dois sentidos, o material (*substantive due process*) e o formal (*procedural due process*).

## 2.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL FORMAL (*PROCEDURAL DUE PROCESS*) E MATERIAL (*SUBSTANTIVE DUE PROCESS*)

O devido processo como norma primária do direito processual civil foi desenvolvido com o passar dos tempos sobre duas óticas.

*Procedural due process* que corresponde “(...) a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de *ter his day in Court*”. (Nery Júnior, 2010, p. 87)

Contudo, o devido processo legal formal garante mais do que isso, “(...) é, basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio”. (Didier Júnior, 2008, p. 39)

Desta forma, englobam todas as garantias processuais já incorporadas pela Constituição Federal de 1988 como o direito de acesso à justiça (XXXV, art. 5º), o juiz natural (LIII do art. 5º CF), igualdade das partes (*caput* e inciso I do art. 5º), contraditório e ampla defesa (LV do art. 5º), publicidade e motivação das decisões (IX do art. 93) e razoável

duração do processo (LXXVIII do art. 5º), além do que a própria previsão do procedimento em lei previamente instituída.

*Substantive due process* seria a aplicação do princípio da razoabilidade como forma de controle dos atos estatais que mediante aplicação da máxima da proporcionalidade, apesar do aparente conflito de valores jurídicos, seja aplicado um valor em detrimento do outro, buscando o meio menos oneroso.<sup>8</sup>

Neste sentido é o que ensina Marcelo Abelha Rodrigues (2010, p. 69-70) ao afirmar que o aspecto substantivo do mencionado princípio:

(...) cristaliza-se na razoabilidade e proporcionalidade das decisões judiciais, dos atos administrativos, das leis e dos negócios particulares e, em relação às decisões judiciais, permite que diante da tensão e conflito de valores, ou diante de lacunas normativas, possa se adotar uma solução que seja razoável do ponto de vista da justiça.

Logo, não basta que o processo se desenvolva respeitando o procedimento instituído pela lei, mister que a decisão emanada seja pautada em critérios de razoabilidade à luz da norma constitucional e sempre através do meio menos oneroso.

### **3 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA**

Da mesma forma que o devido processo legal, o contraditório possui natureza constitucional no ordenamento jurídico brasileiro haja vista a previsão no inciso LV do artigo 5º da Carta Magna.<sup>9</sup>

A noção de contraditório é tida na doutrina por dois aspectos, a ciência e a possibilidade de reagir para influenciar na decisão, ou como bem leciona Fredie Didier Jr.(2008, p. 45) o contraditório “(...) *pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão*”.

---

<sup>8</sup> “*Isso quer dizer que toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal e em consonância com o conjunto de garantias constitucionais fundamentais. O devido processo legal significa o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas em lei e que estejam em sintonia com os valores constitucionais. Exige-se um processo razoável à luz dos direitos e garantias fundamentais*”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. V. 1. Teoria Geral Do Processo E Processo De Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 70).

<sup>9</sup> 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;

O contraditório é a forma de equilibrar a relação de direito processual, buscando-se conferir igualdade de armas e possibilitar que as partes desenvolvam, conjuntamente, os argumentos fáticos e jurídicos que irão influenciar na decisão a ser tomada pelo magistrado.<sup>10</sup>

Neste compasso, de grande valia o magistério de Dinamarco (2010, p. 517-520):

A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – civil, penal, trabalhista, ou mesmo não-jurisdicional (art. 5º, inc. LV) – significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, em um direito das partes e deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz.

(...)

Atenta a esse quadro de participação dos litigantes, a doutrina vem há algum tempo identificando o contraditório no binômio informação-reação, com a ressalva de que, embora a primeira seja absolutamente necessária, sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade de seus atos, a segunda é somente possível. Esse é, de certo modo, um culto ao valor da liberdade no processo, podendo a parte optar entre atuar ou omitir-se, segundo sua escolha.

Logo, não basta que as partes possam participar do processo, o contraditório também lhes garante que possam influenciar na decisão a ser tomada pelo julgador mediante a apresentação de argumento a serem analisados pelo julgador.

Em igual sentido, o Excelso Supremo Tribunal Federal ao tratar sobre o conteúdo do contraditório e da ampla defesa assim se manifestou:

“Os documentos juntados aos autos pela própria impetrante, porém, demonstram cabalmente que lhe foram asseguradas todas as garantias da ampla defesa e do **contraditório**, como os direitos de **informação** sobre os atos produzidos no processo, de **manifestação** sobre seu conteúdo e de ter seus **argumentos** devidamente **considerados** pela autoridade administrativa” (25787 DF, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 07/11/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-02 PP-00198 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 217-254) [sem grifos no original].

Portanto, o contraditório e a ampla defesa garantem que as partes participem do processo de duas formas: 1) conhecimento da existência e dos atos praticados no processo; 2) apresentação e apreciação pelo julgador de argumentos, provas e requerimentos para desenvolvimento de uma decisão justa.

---

<sup>10</sup> Neste sentido: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 549, 2010. p. 74.

## 4 OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DA DEMANDA.

Em consonância ao disposto no direito processual civil brasileiro, em especial o parágrafo 2º do artigo 301 do Código de Processo Civil, uma ação é identificada pelos seguintes elementos:

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as **mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido**. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Por seu turno, a causa de pedir é dividida em causa de pedir próxima (fundamentos de direito) e causa de pedir remota (fundamentos de fato), posto que o inciso III do artigo 282 do Código de Processo Civil exige que conste da petição inicial *o fato e os fundamentos jurídicos do pedido*.

A necessidade de identificação da demanda decorre de, pelo menos, duas situações que necessitam analisar se há identidade entre outras ações que é a coisa julgada e a litispendência nos moldes do §3º do artigo 301 do Código de Processo Civil<sup>11</sup>.

De outro giro, há parte da doutrina que examina a causa de pedir ou *causa petendi* em causa de pedir **ativa** e **passiva**, sendo a primeira as “(...) *informações referentes à existência do direito alegado*” e a segunda os dados que demonstram a “(...) *necessidade de obtenção da tutela jurisdicional de um determinado direito*” (Oliveira, 2007, p. 38), ou seja, a conduta praticada pelo réu a demonstrar a existência da lide nos moldes das lições de Carnelutti (2000, p. 78).

Neste diapasão, verifica-se que, sob qualquer enfoque (ativa ou passiva), necessário analisar se existem elementos suficientes para apreciação da existência de um direito alegado e se a tutela jurisdicional é necessária para tutela um dado direito protegido pelo ordenamento jurídico, razão pela advieram duas teorias que procuraram perquirir o conteúdo de tais questões, a da substanciação e da individuação. (Bedaque, 2002)

Sobre o tema, Bruno Silveira de Oliveira (2007, p. 40-41) assim enunciou:

Para a teoria da substanciação, a causa *petendi* ativa se encontra na alegação do fato ou do conjunto de fatos constitutivo do direito afirmado. Consiste naquele fato ou conjunto de fatos que se subsume à hipótese de uma ou mais normas primárias; implicando, pois, a constituição do direito cuja tutela se pleiteia (*ex facto oritur jus*).

---

<sup>11</sup> §3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Por essa teoria, é irrelevante – para identificação da causa *petendi* – que o autor qualifique juridicamente os fatos que alega. Se o fizer, pouco importará que erre; pois a correta qualificação jurídica do quadro fática é tarefa do juiz, não da parte (*Narra mihi factum, dabo tibi jus; Jura novit curia*). Bastaria, pois, ao autor, descrever os fatos que, a seu ver, fundamentariam a consequência jurídica pleiteada. Diversamente, para a teoria da individuação, a causa de pedir ativa não consiste na alegação dos fatos constitutivos do direito, mas na simples identificação deste. Na teoria da individuação, portanto, para se delimitar a causa *petendi* ativa, não se leva em conta o meio ou o modo (fato constitutivo) pro que se originou o direito alegado, mas o direito em si, com base no qual o autor pretende obter o bem da vida, objeto da tutela jurisdicional pleiteada.

Em breve análise ao Código de Processo Civil, confere-se do inciso I do artigo 333 do Código de Processo Civil o ônus do autor em provar o **fato constitutivo** do seu direito, já no inciso III do artigo 282 do *Codex* o legislador apontou como necessária a indicação dos **fundamentos jurídicos** do pedido, em que pese esta última observação, nos parece que a escolha do legislador tenha sido mesmo de que o fato constitutivo é que deve ser objeto de alegação na causa de pedir ativa<sup>12</sup>, porém ao réu haverá a incidência do princípio da eventualidade com a obrigação de alegar todas as matérias que poderiam impedir o direito do autor na forma do artigo 297 do Código de Processo Civil.

Portanto, uma demanda será identificada e delimitada pelas partes, pela causa de pedir (remota e ativa) e pelos pedidos.

## **7 O CONCEITO DE *IURA NOVIT CURIA E NARRA MIHI FACTUM, NARRO TIBI IUS*.**

Sempre foi dito, que o juiz conhece a lei e faz a subsunção dos fatos narrados à norma de direito material que incide sobre o caso, criando, então, a norma jurídica individual que está disponível no ordenamento jurídico para pacificar o conflito de interesses nos moldes do artigo 468 do Código de Processo Civil.<sup>13</sup>

Tal pensamento decorre dos brocardos em latim *iura novit curia* e *narra mihi factum, narro tibi ius* e não se pode olvidar as lições do mestre Pontes de Miranda (1996, p. 33-34) cujo magistério é o seguinte:

O juiz há de conhecer a lei; *iura novit curia*. Está ali para dizer o direito, para aplicar o direito que incidiu. *Narra mihi factum, narro tibi ius*. Por isso mesmo, não importa

<sup>12</sup> Neste contexto: “*Essas considerações bastam para que concluamos que, em nosso sistema, vigora quanto à causa de pedir ativa a chamada teoria da substanciação (ou seja, o elemento ativo da causa petendi consiste, invariavelmente, na alegação do fato constitutivo do direito que se faz valer em juízo)*”. (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **CONEXIDADE E EFETIVIDADE**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 59-60).

<sup>13</sup> Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

se a parte cita um texto e depois outro, ou declara que tem dúvidas sobre qual dos textos há de invocar, se um dos que apontam ou todos justificam o seu direito.

Analisando o pedido, Pontes de Miranda (1996, p. 17-18) afirma que:

O que vem a juízo litigar por seu direito não precisa dizer na inicial qual o artigo de lei em que baseia a sua pretensão. O que deve deduzir, com clareza, são os fatos e a relação jurídica deles decorrentes. A regra objetiva, a norma de direito a aplicar-se à espécie, toca, exclusivamente, ao juiz, segundo o princípio *Iura novit cúria*. Destarte, a regra de direito relativa à controvérsia não deve ser provada, nem mesmo alegada pelas partes, pois o juiz a deve conhecer e aplicá-la, por sua própria autoridade.

Verifica-se, então, que ao magistrado é conferida uma liberdade para dizer a regra de direito material que terá incidência na hipótese que será objeto de julgamento após ter sido retirado da inércia mediante provocação das partes nos casos e forma legais (Art. 3º do CPC).

## **8 O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O PRINCÍPIO DA DEMANDA (INÉRCIA DA JURISDIÇÃO)**

No que se refere ao princípio dispositivo, infere-se da doutrina certa divergência quando se busca delimitar qual princípio irá regulamentar o pedido, se a nomenclatura correta seria dispositivo, adstrição ou congruência (Barbosa Moreira, 1996, p. 208).

Para Humberto Theodoro Júnior, “(...) o princípio dispositivo atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador” (Theodoro Júnior, 2012, p. 35), porém o próprio autor afirma que este princípio é aplicado em conjunto com o princípio inquisitivo que dá liberdade ao juiz para dar regular prosseguimento e desenvolvimento ao processo, inclusive determinando a produção de provas de ofício conforme autorização contida no artigo 130 do Código de Processo Civil.

Todavia, leciona o retromencionado mestre que o princípio dispositivo se divide em duas derivações que é o **princípio da demanda** esculpido no artigo 2º do Código de Processo Civil e o princípio da congruência, “(...) que também se nomeia como princípio da adstrição, o juiz deverá ficar limitado ou adstrito ao pedido da parte, de maneira que apreciará e julgará a lide ‘nos termos em que foi proposta’, sendo-lhe vedado conhecer questões não suscitadas pelos litigantes (art. 128)”. (Theodoro Júnior, 2012, p. 35)

Porém, para se ter uma correta compreensão da adstrição da sentença ao pedido mister que se faça uma leitura conjugada do artigo 128 com o artigo 460, ambos do Código de Processo Civil e seguir transcritos:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Nas palavras de Barbosa Moreira (1996, p. 208), para compreender a questão da congruência entre o pedido e a sentença, necessário analisar um “(...) *conjunto de princípios: o da necessária determinação do pedido, o da interpretação restritiva do pedido e da correlação entre a sentença e o pedido*”<sup>14</sup>, assim para se apurar o que será objeto de enunciação pela sentença e a delimitação do que será coligido, controvertido e aquilatado na lide posta ao Poder Judiciário.

Por seu turno, o conceito do princípio da demanda está ligado à ideia da inércia da jurisdição que parece ser de fácil compreensão à luz do art. 2º do Código de Processo Civil:

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

Veja-se que a inércia está ligada ao estado em que o juiz se encontra antes de ser provocado pela propositura da ação pela parte que propugna pela prestação da tutela jurisdicional, sendo uma característica própria da jurisdição ao passo que nem sempre a intervenção do Estado nos conflitos se faz necessária, posto que as partes devem esgotar todas as tratativas para, então, buscar a tutela jurisdicional que é uma forma heterônoma de solucionar a lide pelo fato de que o conflito é resolvido pelo Poder Judiciário<sup>15</sup>.

Ora, Carnelutti (2000, p. 78) muito bem definiu a lide “(...) *como um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida). O*

---

<sup>14</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Correlação entre o pedido e a sentença**. In RePro n. 83. São Paulo: RT, 1996. p. 208.

<sup>15</sup> Sobre o tema: “A existência da lide é uma característica constante na atividade jurisdicional, quando se trata de pretensões insatisfeitas que poderiam ter sido satisfeitas pelo obrigado. Afinal, é a existência do conflito de interesses que leva o interessado a dirigir-se ao juiz e a pedir-lhe uma solução; e é precisamente a contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 158).

*conflito de interesses é seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal”.*

Logo, a busca pela tutela jurisdicional só ocorre quando as partes não conseguem resolver um conflito de interesses, sendo que compete ao Estado prestar a tutela jurisdicional, pois “(...) *prometeu a tutela jurisdicional. Assim, com o assumir essa função que substitui a justiça de mão própria, nasceu os titulares de direitos, pretensões, ações e exceções, a pretensão à tutela jurídica*”. (Pontes de Miranda, 2001, p. 89)

Contudo, em que pese ser dever do Estado prestar a tutela jurisdicional, só poderá atuar num conflito de interesses após regular manifestação de vontade do sujeito que pretende a solução do conflito, retirando o juiz da inércia.

## **CONCLUSÃO**

O direito constitucional brasileiro (LIV e LV do art. 5º da CF) prevê expressamente a figura do devido processo legal que, por consectário lógico, abrange o direito ao contraditório e à ampla defesa (*his day in court*) às partes envolvidas no litígio, garantindo, assim, o direito de apresentar argumentos, fazer requerimentos e produzir as provas, tudo isto com o intuito de influenciarem na decisão do juiz acerca da lide.

Para tanto, o autor deve apresentar uma petição inicial apta, respeitando os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, em que deverá conter a descrição dos fatos constitutivos que devem incidir o direito por ele invocado, a fim de que seja enunciada a norma individual pelo juiz.

Por seu turno, o réu deve alegar toda a matéria de defesa em razão do disposto no artigo 297 do Código de Processo Civil e do princípio da eventualidade, expondo toda a matéria de defesa em conformidade à exigência do art. 300 do Código de Processo Civil.

Entretanto, a demanda é limitada pelo pedido contido na exordial e que funciona como forma de possibilitar a ampla defesa ao réu, o qual terá ciência sobre o que versa a lide e qual o fato constitutivo alegado pelo autor (contraditório), posto que o direito que incidirá sobre tal fato será aquele escolhido pelo julgador ao proferir sua decisão.

Neste contexto, as brilhantes lições de Barbosa Moreira (1996, p. 209):

O exercício amplo do direito de defesa implica necessariamente para o réu um mínimo de previsibilidade. É preciso que ele saiba, ao ser convocado a juízo, ou possa verificar com os dados de que dispõe, quais são as suas chances, tanto para o

melhor, quanto para o pior. É preciso que possa avaliar desde logo qual a pior coisa que lhe pode acontecer na hipótese de derrota.

Ocorre que existem situações que a parte não pode ser surpreendida por uma decisão do juiz que não foi objeto de discussão ainda que tenha aplicado uma norma de direito material sobre o fato discutido, visto que dependendo da norma de direito material invocada pelo julgador, isto poderá alterar o fato constitutivo a ser comprovado.

Ora, a parte não pode ser surpreendida por decisões sem que tivesse sido oportunizada a discussão em obediência ao contraditório e à ampla defesa. A possibilidade de o julgador decidir questões sem prévia iniciativa da parte não exclui seu dever de prévia oitiva para que as partes possam influenciar em sua decisão, por meio de um processo em que se garanta a plena participação das partes até porque a matéria não havia sido suscitada por ocasião da delimitação da causa de pedir pela parte Autora, muito menos em sede de contestação pela ré.

Portanto, a afirmação de que o juiz tem liberdade para indicar a norma de direito material a incidir no caso não afasta o dever de utilizar-se da dialeticidade do processo, com a oitiva das partes, para “(...) *conferir legitimidade à tutela, pois significa que a elas foi assegurado o poder de influir no convencimento do juiz*” (BEDAQUE, 2002, p. 98).

Em face de todas as premissas acima elencadas, se mostra negativa a resposta feita primitivamente, pois a alteração do fato constitutivo a ser comprovado e as regras inerentes ao ônus da prova violaria o contraditório e a ampla defesa, pois a decisão acabaria por modificar o tipo de fato constitutivo alegado pela parte autora para condenar o réu, e. g., alterar a natureza jurídica da relação de direito material de consumidor para a civil trará a obrigação ao Autor de comprovar além dos elementos idênticos na responsabilidade do CDC, mas também a demonstração da culpa e se não o fizer, sofrerá a consequência do não cumprimento do ônus probatório contido no inciso I do art. 333 do Códex.

Mais ainda, a decisão prejudicou a defesa do réu ao passo que este não pode produzir ou mesmo sequer pensou em produzir provas a desconstruir os fatos constitutivos considerados pelo juiz, posto que se fosse inversa a situação – isto é, considerando-se aplicar o CDC ao invés do Código Civil – seria possível a inversão do ônus da prova (Art. 6º, VIII do CDC) e o ônus da inexistência do serviço defeituoso passaria a ser do fornecedor-requerido.

Nos dois casos, verificou-se que o juiz ao prolatar a decisão indicou fato constitutivo diverso para julgar o caso. Na primeira hipótese era necessário se demonstrar a ocorrência de um fato culposo praticado pela parte. Na segunda hipótese o magistrado apesar de não ter vislumbrado o fato culposo a configurar a responsabilidade de indenizar, aplica a inversão do ônus da prova e prejudica a situação do fornecedor.

Em qualquer das hipóteses analisadas, denota-se que a descrição do fato constitutivo (falha na prestação dos serviços ou ato ilícito) pela parte autora não foi verificada pelo magistrado que entendeu pela existência de outros fatos constitutivos (conduta culposa da parte e serviço defeituoso que deverá ser demonstrada a inexistência) em razão de ter sido aplicado norma de direito material diversa daquela alegada na exordial e que foi objeto de discussão no processo.

O juiz deve conduzir o processo de forma a garantir a paridade de armas, possibilitando que produzam todas as provas necessárias a demonstrar a existência dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, até porque “(...) *entre os óbices a serem removidos pelo juiz, a fim de que o processo atinja o objetivo, encontra-se exatamente risco de que as partes não possam desincumbir plenamente dos ônus processuais*” (Bedaque, 2002).

Por isto, buscando possibilitar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como em razão da delimitação do fato constitutivo na causa de pedir ativa, o juiz somente poderá aplicar regra de direito material diversa se for oportunizado às partes discutirem sobre sua incidência sobre o caso e produzirem as provas que a regra daquela norma material exige para aplicação ao caso, sob pena de restarem prejudicados a comprovação dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos e também o ônus da prova.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Correlação entre o pedido e a sentença**. In RePro n. 83. São Paulo: RT, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Lei Ordinária n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Lei Ordinária n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Lei Ordinária n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 19 jun. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de Processo Civil**. Volume I. São Paulo: Classic Book, 2000.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I: La Constiución e el Proceso Civil**. 3. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **Conexidade e Efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 1. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Tomo I.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo IV. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** V. 1. Teoria Geral Do Processo E Processo De Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** São Paulo: Método, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Cursos de Direito Processual Civil.** vol. I: teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, 53 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo I. 5 Ed. Rio de Janeiro: Forense , 2001.