



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

JULIANA BOTELHO HUFF

**O ÔNUS DE PROVA NAS DEMANDAS INDENIZATÓRIAS
POR GRAVIDEZ DURANTE O USO DE CONTRACEPTIVOS:
UMA ANÁLISE DE PRECEDENTES**

Salvador

2018

JULIANA BOTELHO HUFF

**O ÔNUS DE PROVA NAS DEMANDAS INDENIZATÓRIAS
POR GRAVIDEZ DURANTE O USO DE CONTRACEPTIVOS:
UMA ANÁLISE DE PRECEDENTES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-graduação da Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito Processual Civil.

**Salvador
2018**

JULIANA BOTELHO HUFF

**O ÔNUS DE PROVA NAS DEMANDAS INDENIZATÓRIAS
POR GRAVIDEZ DURANTE O USO DE CONTRACEPTIVOS:
UMA ANÁLISE DE PRECEDENTES**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Processual Civil, pela seguinte banca examinadora:

Data: ____ / ____ / ____

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Nome:

Titulação e Instituição:

Nome:

Titulação e Instituição:

Nome:

Titulação e Instituição:

HUFF, Juliana Botelho. O ônus de prova nas demandas indenizatórias por gravidez durante o uso de contraceptivos: uma análise de precedentes (Pós Graduação *Lato Sensu*) – Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o ônus de prova nas demandas indenizatórias envolvendo gravidez decorrente do uso de métodos contraceptivos. Nas referidas demandas, diversos são os elementos fáticos que podem gerar controvérsia e a necessidade de dilação probatória. A alegação de defeito e bom uso do método podem ser interpretadas como fato constitutivo do direito do autor, de modo que, pela regra genérica do Código de Processo Civil deveriam ser comprovadas por ele. Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor prevê que o fornecedor apenas não responderá pelo vício do produto se lograr comprovar que o defeito apontado inexistente ou que houve culpa exclusiva do consumidor. A interpretação desses dois dispositivos parece levar a uma incongruência quanto ao ônus de prova quanto a alguns elementos da responsabilização civil pretendida. Visando lançar luz na problemática, analisamos precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para averiguar a quem toca, inicialmente, o ônus de cada alegação de fato em demandas com esta causa de pedir.

PALAVRAS-CHAVES: PROVA; ÔNUS; CONTRACEPÇÃO; GRAVIDEZ; DEFEITO; VÍCIO; MÉDICO.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	7
2.	PROVA E ÔNUS DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	8
2.1	CONCEITO DE PROVA.....	8
2.2	FUNÇÕES DA PROVA.....	11
2.3	NATUREZA JURÍDICA DA PROVA.....	16
2.4	OBJETO DA PROVA.....	18
2.5	VALORAÇÃO DAS PROVAS.....	19
2.5.1	A prova legal.....	20
2.5.2	O livre convencimento.....	20
2.5.3	O convencimento motivado.....	21
2.6	O DIREITO À PROVA.....	21
2.7	ÔNUS: NATUREZA E CONCEITO.....	23
2.8	ÔNUS DA PROVA.....	26
2.8.1	O ônus da prova enquanto ônus processual.....	26
2.8.2	O conceito de ônus da prova.....	27
2.9	DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO.....	30
2.9.1	As teorias estáticas.....	30
2.9.2	Teoria dinâmica.....	33
2.10	ÔNUS DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	34
2.10.1	A distribuição do ônus probatório nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973.....	34
2.10.2	A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.....	36
2.10.2.1	O Direito do Consumidor no Brasil.....	36
2.10.2.2	O inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.....	38
2.10.3	A distribuição do ônus probatório no CPC de 2015.....	40
3	GRAVIDEZ DURANTE O USO DE MÉTODOS CONTRACEPTIVOS.....	43
3.1	FERTILIDADE E ANTICONCEPÇÃO.....	43
3.1.1	Órgãos sexuais femininos.....	43
3.1.2	Órgãos sexuais masculinos.....	45
3.1.3	Hormônios sexuais.....	46
3.1.4	A gravidez.....	47
3.2	MÉTODOS CONTRACEPTIVOS.....	49

3.2.1 Métodos comportamentais.....	51
3.2.2 Métodos de barreira.....	51
3.2.3 Métodos hormonais.....	53
3.2.4. Cirurgias esterilizantes.....	54
4. PRECEDENTES SOBRE ÔNUS DE PROVA NAS DEMANDAS INDENIZATÓRIAS COM CAUSA DE PEDIR FUNDADA EM GRAVIDEZ DURANTE O USO DE MÉTODO CONTRACEPTIVO.....	56
4.1 A RESPONSABILIDADE PELOS DANOS DECORRENTES DE UMA GRAVIDEZ INDESEJADA OCORRIDA DURANTE O USO DO MÉTODO CONTRACEPTIVO.....	56
4.1.1 Responsabilidade quando a gravidez decorre de mau uso do método contraceptivo.....	56
4.1.1.1 Mau uso por culpa exclusiva da(o) usuária(o).....	57
4.1.1.2 Mau uso por culpa médica.....	57
4.1.1.3 Mau uso por informações equivocadas ou insuficientes pelo fornecedor.....	58
4.1.2. Responsabilidade quando a gravidez decorre de defeito.....	58
4.1.2.1. Responsabilidade quando a gravidez decorre de defeito no produto.....	59
4.1.2.2. Responsabilidade quando a gravidez decorre de defeito na prestação do serviço.....	60
4.1.3 Responsabilidade quando a gravidez ocorre dentro da taxa de falibilidade normal e previsível do produto.....	60
4.1.3.1 Responsabilidade quando não houve falha de informação a respeito do risco de gravidez pelo fornecedor ou pelo médico.....	61
4.1.3.2 Responsabilidade quando houve falha de informação a respeito do risco de gravidez pelo fornecedor ou pelo médico.....	63
4.2. ANÁLISE DE PRECEDENTES SOBRE ÔNUS DE PROVA EM DEMANDAS INDENIZATÓRIAS QUE VERSAM SOBRE A OCORRÊNCIA DE GRAVIDEZ DURANTE O USO DE MÉTODOS CONTRACEPTIVOS.....	64
4.2.1. A prova do mau uso do método contraceptivo.....	65
4.2.1.1 Ônus da prova do mau uso.....	65
4.2.1.2 Ônus da prova de que o mau uso decorreu de falha na informação.....	68

4.2.2 A prova da (in)existência de defeito do método contraceptivo.....	70
4.2.2.1 Ônus da prova sobre a (in)existência de erro médico nas cirurgias de esterilização (laqueadura e vasectomia)	70
4.2.2.2 Ônus da prova da (in)existência de defeito do produto contraceptivo.....	71
4.2.3 Ônus da prova sobre a falha de informação a respeito do risco de gravidez durante o uso do método contraceptivo.....	72
4.2.3.1 Ônus da prova nos casos de falha de informação sobre o risco de gravidez após a realização de procedimentos esterilizantes.....	73
4.2.3.2 Ônus de prova nos casos de falha de informação o sobre o risco de gravidez durante o uso de produtos contraceptivos.....	75
CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	77

1. INTRODUÇÃO

Nas ações indenizatórias envolvendo gravidez durante o uso de métodos contraceptivos muitas podem ser as causas de pedir.

Pode-se questionar defeito de informação pela inadequação ou ausência de informação para o bom uso. Pode-se alegar defeito do produto ou erro do médico que realizou a cirurgia esterilizadora. Pode-se, ainda, alegar ausência de informação sobre a possibilidade e gravidez durante o uso de contraceptivos.

Os demandados, por seu turno, podem responder as demandas alegando que as instruções de uso ou as prescrições do pós-cirúrgico não foram observadas. Podem, ainda, afirmar a inexistência de vício do produto ou de erro médico. Por fim, podem suscitar que todas as informações foram prestadas ao consumidor quanto ao modo de uso e os riscos de gravidez.

Nesses possíveis cenários nos perguntamos como seria a distribuição do ônus probatório. Qual, afinal, seria a natureza de cada uma dessas alegações fáticas?

Considerando que a leitura do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor, em quase todos esses pontos, parece deixar duvidosa a interpretação sobre quais fatos são constitutivos ou impeditivos, analisaremos decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul.

Antes da análise de precedentes propriamente dita, entendemos necessário realizar estudos a respeito de provas, ônus de prova, fertilidade e contracepção. Os capítulos 2 e 3 se dedicam, por tanto, à elucidação desses temas.

2. PROVA E ÔNUS DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A análise de precedentes sobre ônus de prova nas demandas envolvendo pretensões indenizatórias lastreadas em gravidez durante o uso de métodos contraceptivos requer o domínio prévio dos conceitos de prova e ônus da prova;

Nas próximas linhas, exporemos, portanto, a pesquisa doutrinária e legal a respeito desses dois temas: prova e ônus de prova.

2.1 CONCEITO DE PROVA

Prova é um conceito polissêmico que não está adstrito ao Direito. Compõe o cotidiano da vida humana e é pressuposto para a formação do conhecimento em diversas áreas da ciência¹.

Leonardo Greco², em trabalho destinado à definição da prova, entende que o significado mais relevante é aquele que a encara como raciocínio. Por esse conceito, prova é um instrumento do saber que propicia a elaboração racional de uma conclusão através de um processo mental que parte de premissas. Portanto, a prova permite a fixação das premissas que lastrearão o entendimento sobre acontecimentos da vida ou sobre a forma de ser das coisas.

A fixação das premissas, contudo, não é necessariamente objetiva e, por vezes, não garante uma apreciação racional dos fatos. Na Grécia Antiga, por exemplo, a delimitação das premissas ocorria por meio da argumentação, na crença de que o debate superaria qualquer controvérsia fática. No período compreendido entre a Idade Média e parte da contemporaneidade, o estabelecimento das premissas não é racionalmente controlado face ao domínio dos sistemas de provas legais e da livre convicção (cf. tópico 2.3).

Na democracia, pautada no controle dos poderes estatais pelo povo, a legitimação das decisões judiciais demanda racionalidade argumentativa, e, conseqüentemente, objetividade na delimitação das premissas³. É essa objetividade que a legislação atual exige quando estabelece o livre convencimento motivado para a fixação das premissas que fundamentarão a decisão judicial.

¹ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da faculdade de Direito de Campos*. Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5. 2003-2004. p. 218.

² *Op.cit.*

³ *Op.cit.* p. 221

Analisando a prova pela perspectiva de seu conteúdo – não mais como instrumento do saber humano -, Greco⁴ aponta três sentidos atribuídos ao vocábulo no âmbito jurídico: (i) prova como meio, (ii) prova como atividade e (iii) prova como resultado.

A prova como meio é o elemento representativo do fato probando. O meio de prova é, portanto, um fato que permite ao julgador entender que outro fato ocorreu desta ou daquela forma.

Também na ideia de prova como meio há compreensão, por metonímia, na qual os instrumentos que a materializam – os meios de prova - atendem por tal vocábulo.

A prova enquanto atividade, por sua vez, diz respeito aos atos destinados à comunicação de certos eventos de forma a permitir a influência no processo decisório. Por essa perspectiva, a ideia de prova se confundiria com a de instrução, sendo o momento e a forma adequada de trazer certas informações de natureza fenomenológica ao processo.

Ainda no sentido de prova como atividade, há a noção de prova como o processo racional, dedutivo ou indutivo, que, a partir da aplicação de presunções ou inferências, permite que o julgador alcance conclusões sobre fatos e aplique o direito.

A percepção de prova como resultado analisa, por sua vez, a sua funcionalidade. Desse ponto de vista, podemos afirmar, com Greco⁵, que a prova seria, de um lado, o esforço de convencer o juiz e, de outro, de desvelar a verdade ou conferir maior grau de certeza aos fatos (cf. .tópico 2.2)

Alexandre Câmara, defendendo uma teoria bipartida de prova, leciona que existem dois sentidos para o vocábulo no meio jurídico: um objetivo e outro subjetivo. O sentido objetivo, para ele, seriam os meios e as atividades destinadas a trazer os elementos indicativos da ocorrência dos fatos alegados. O sentido subjetivo, por sua vez, tomaria como prova o convencimento de alguém sobre os fatos:

É interessante notar que o termo *prova* pode ser empregado em dois diferentes sentidos, um *subjetivo* e outro *objetivo*. Do ponto de vista subjetivo, a prova é o convencimento de alguém a respeito da veracidade de uma alegação. É nesse sentido que se pode, então, dizer que em um determinado processo *existe prova* de que o pagamento aconteceu. Quem diz isso está, na verdade, a afirmar que se convenceu de que o pagamento foi feito. Trata-se, pois, de uma percepção subjetiva da prova. De outro lado, em seu sentido objetivo, prova é qualquer elemento trazido ao processo para tentar demonstrar que uma afirmação é verdadeira. Assim, por

⁴ *Op. cit.* p. 229

⁵ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da faculdade de Direito de Campos*. Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5. 2003-2004. p. 230.

exemplo, quando uma das partes diz que o documento trazido aos autos *faz prova* do alegado, pretende-se afirmar que tal documento é trazido ao processo para demonstrar a veracidade da alegação. Aqui, a prova é percebida como um dado objetivo.⁶

Visando harmonizar os dois sentidos em um só conceito, o autor afirma que “Prova é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa”.

Teixeira Filho⁷, sobre o conceito de prova, traz conceituação mais voltada à função da prova como desvelamento da verdade. Em suas palavras, prova “(1) É a demonstração (2), segundo as normas legais específicas (3), da verdade dos fatos (4) relevantes (5) controvertidos (6) no processo”.

Para o autor, portanto, a prova é, em primeiro lugar, uma demonstração porque a lei determina às partes o ônus de trazer aos autos elementos capazes de confirmar, ou demonstrar, a verdade dos fatos que alegaram na postulação (inicial ou contestatória).

Em segundo lugar, a prova deve seguir as normas legais, uma vez que não se admitiria, em princípio, prova produzida em contrariedade ao direito.

A prova, o autor segue aduzindo, também deve se preocupar com a verdade, pois é sobre a realidade dos fatos que o direito é aplicado, sendo a aplicação do direito aos fatos tais como efetivamente ocorreram um dos elementos mais importantes para a legitimidade das decisões e para a manutenção do sentimento de justiça.

Ademais, os fatos sobre os quais se debruça a prova devem ser relevantes para o julgamento justo da demanda, devendo ser afastada do processo a produção das provas inúteis ou dispensáveis para a elucidação da verdade dos fatos importantes.

Por fim, para Teixeira Filho, a prova deve se preocupar com a demonstração dos fatos conforme narrados no processo, porque é sobre eles que o juiz se debruçará na sua decisão, estando fora de seu escopo os fatos que não foram alegados, ou o foram intempestivamente⁸.

⁶ CÂMARA, Alexandre Feitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A prova no processo do trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2003.p. 36.

⁸ Os fatos intempestivamente alegados são admitidos no processo brasileiro nos casos de aditamento da petição inicial. Lúcio Gouvea, tratando do dever de cooperação do juiz, afirma que na Alemanha, por exemplo, podem ser trazidos fatos em momentos diversos ao da petição inicial e da contestação, especialmente quando existe pouca clareza ou lacunas nas peças postulatórias. (GOUVEA, Lucio Grassi. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da*

Marinoni e Arenhart⁹, ambicionando desvincular a ideia de prova da busca da verdade, conceituam prova como “*todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo*”

Como é possível perceber, as ideias de prova postas por Teixeira Filho, de um lado, e Marioni e Arenhart de outro, tem como diferença central a funcionalidade da prova. Para aquele a prova é o meio de demonstração da verdade e para estes a prova é o meio de convencimento do julgador sobre a validade das proposições

Considerando que a própria ideia de funcionalidade da prova é central na maioria das tentativas de conceituação proposta pelos autores estados, julgamos relevante analisar, também, as funções da prova.

2.2 FUNÇÕES DA PROVA

Marinoni e Arenhart¹⁰ afirmam, embora não concordem, que a ideia de prova, no meio jurídico ou não, é comumente associada à busca da verdade. Greco¹¹, por sua vez, aponta que à prova também foi, e é, atribuída a finalidade de convencer o magistrado sobre a versão dos fatos.

Embora as funções apontadas possam, à primeira vista, parecer similares e próximas, Greco deixa claro que não o são. A busca pela verdade real seria uma concepção objetiva da função da prova, enquanto a busca pelo convencimento do julgador, uma concepção subjetiva.

Quando se analisa a função da prova sob a perspectiva de convencimento do juiz, não se está preocupado, necessariamente, com o desvelamento do fato tal como ocorreu no passado, posto que esse seria impossível, mas com a influência da prova na *psique* do magistrado.

Verdade Real. *Processo Civil: Leituras Complementes*. Org.: DIDIER JR., Fredie. 4.ed. Salvador: JusPodvim, 2006.p. 200)

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 264.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.251.

¹¹ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da faculdade de Direito de Campos*. Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5. 2003-2004. p. 232.

Marinoni e Arenhart¹², afirmando a necessidade de o processo e os processualistas superarem uma concepção filosófica do objeto, sustentam que a ideia de verdade no direito deve estar em sintonia com o conceito de verdade em outros ramos do conhecimento.

De acordo com os autores em questão, a verdade é uma utopia, intangível pelas limitações humanas de percepção objetiva e de reconstrução dos fatos, já que não se pode voltar ao passado para analisar tudo o que efetivamente se passou, por todos os ângulos e anulando a imposição de carga subjetiva, ou seja, a transferência, como se costuma dizer na psicologia.

Deveras, a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre é influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que os assistiram, ou ainda daquele que (como o juiz) há de receber e valorar a evidência concreta. Sempre o sujeito que percebe uma informação (seja presenciado diretamente o fato, ou conhecendo-o através de outro meio) altera o seu real conteúdo, absorve-o à sua maneira, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce (se é que essa palavra pode ser aqui utilizada) a realidade. Mais que isso, o julgador (ou o historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais saberá excluir a possibilidade de que as coisas tenham-se passado de forma diversa daquela que suas “impressões o levaram¹³.

Além das próprias limitações humanas, os autores também reforçam que as normas processuais impõem diversos limites à atividade probatória, sobretudo quando o direito à prova colide com outros direitos fundamentais, como a intimidade.

Desse modo, para os Marinoni e Arenhart, a prova e o processo não se prestam a revelar a verdade, pois esse seria um objetivo impossível. Defendem, citando Habermans, que o processo deve se voltar ao diálogo dirigido à obtenção do consenso. É preciso, portanto, que o juiz se convença dos fatos, através da racionalidade dos discursos, que podem incluir artifícios retóricos, estando a prova entre estes.

Nesse sentido, as provas não se dirigem aos fatos em si, mas às alegações em torno dos fatos, se são válidas ou inválidas e, portando, se são ou não aptas a gerarem o consenso.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.254.

¹³ *Op. cit.* p. 257.

Greco critica a ideia de prova enquanto retórica, entendendo que a “convicção do julgador, como elemento funcional da prova, torna o julgamento dos fatos incontroláveis, ou apenas extrinsecamente controlável, favorecendo o arbítrio”¹⁴.

Acredita que, por essa perspectiva, se relativiza a ideia de justiça. Ora, reflete, se o que se pretende com a prova é convencer, apenas, a norma individualizada que será extraída do julgamento terá como suporte fático não os fatos conforme se deram no plano da vida, mas a narrativa que, com apoio de alguns elementos de prova, convenceram o julgador.

Sobre o relativismo da justiça quando se atribui à prova uma função estrita de convencimento do julgador, assim escreveu:

Ao dizer que o acertamento dos fatos, [...], consiste na convicção ou tem como função a sua formação, como fenômeno psicológico que se passa na mente do julgador, a doutrina processual está na verdade se rendendo ao relativismo da justiça do caso concreto, abandonando qualquer correspondência dos fatos do processo com a verdade objetiva e renunciando a qualquer possibilidade de equiparar a cognição judicial à que se desenvolve racionalmente em outras ciências, mesmo experimentais.¹⁵

Dessa forma, Greco conclui que essa função da prova (instrumento retórico de convencimento) se alinha mais a sistemas não democráticos, nos quais a vontade do juiz é soberana, absoluta e impassível de controle, não sendo adequada ao ambiente democrático, no qual a verdade é um valor fundamental, do qual “dependem a eficácia da liberdade, da justiça e do próprio bem comum”¹⁶.

Argumenta, outrossim, que nessa linha de percepção da finalidade da prova, haverá arbitrariedade ainda que “a lei lhe imponha [ao juiz] exclusões probatórias, critérios pré-determinados de avaliação ou exigência de motivação”¹⁷.

Oswaldo Gozaíni¹⁸, na mesma linha, afirma que a função da prova, e mais que isso, a função do próprio processo, deve ser, sim, a busca da verdade.

Para este autor não se justifica a ideia de que o processo se direciona a uma mera luta de pretensões opostas que podem se sobrepor à verdade. Tampouco se convence da linha filosófica que descrê da existência e, conseqüentemente, da

¹⁴ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da faculdade de Direito de Campos*. Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5. 2003-2004. p. 259.

¹⁵ *Op.cit.*p. 231.

¹⁶ *Op. cit.*p. 259.

¹⁷ *Op.cit.* p. 231.

¹⁸ GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo. La verdad y la prueba. *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Coord.:DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Pereira. 5.ed. Salvador: JusPodvim, 2007. p. 738.

possibilidade de conhecimento da verdade e que, por isso, inspira muitos juristas a rechaçarem a verdade real como um dos objetivos da prova e do processo.

Quanto à ideia de que o processo se constitui em uma luta de pretensões, vencendo aquela que melhor convencer o juiz, Gozaíni afirma que se trata de uma visão que deslegitima o sistema jurídico como um todo.

Ora, se o próprio Estado não acredita que pode solver os conflitos com lastro no que efetivamente se passou, admitindo o julgamento com base na mera retórica, então o julgamento é um sofisma que pretensamente justifica a imposição da vontade estatal nas relações privadas.

Ainda tratando dessa linha de percepção, Gozaíni afirma que, para ela, a atividade probatória é uma atividade criativa de ficção, não um processo investigativo de reconstrução e descoberta dos fatos relevantes para a aplicação do melhor direito.

Quanto à descrença filosófica em relação à perseguição da verdade, o autor argentino afirma que o processo não é arte e deve sim buscar a exatidão .

El proceso tiene que encontrar la verdad, no “su verdad”, simplemente porque la actividad probatoria no consagra supersticiones, ni bendice ideologías. Como todo trabajo intelectual persigue la exactitud, en eso difiere de las artes, en razón que a éstas no les importa la fidelidad con la realidad.

Com o avanço da democracia, Greco¹⁹ acredita que a função subjetiva (de convencimento do julgador) perde cada vez mais espaço para a função objetiva (busca da verdade real) da prova.

Isto ocorre, principalmente, porque em um ambiente democrático a manutenção do Estado e de seu sistema jurídico não deve ocorrer pelo uso da força ou do arbítrio, mas pelo convencimento racional dos sujeitos sociais.

Ora, se ao Judiciário é atribuída a função de compor os conflitos, aplicando, para tanto, a norma jurídica abstrata aos fatos para oferecer uma norma individualizada, essa norma específica só encontrará legitimidade no seio social se lastreada nas circunstâncias fáticas como efetivamente ocorreram.

Portanto, a legitimação das decisões e a manutenção da obediência ao sistema jurídico coletivamente aceito demanda, hoje, uma revisão fática que se aproxime o máximo possível da verdade, cabendo ressaltar que, com avanço tecnológico, a busca

¹⁹ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da faculdade de Direito de Campos*. Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5. 2003-2004. p. 232.

do esclarecimento dos fatos tal como efetivamente ocorreram se torna cada vez mais fácil e exigida, inclusive pela mídia.

Embora se discuta filosoficamente a respeito da existência ou inexistência de verdade real, ou mesmo sobre a impossibilidade de se alcançar certezas sobre fatos ocorridos no passado, como sói acontecer no processo, certo é que, como visto, a busca de uma verdade meramente formal ou processual não atende aos anseios democráticos.

Se o Direito regula os fatos e os fatos não são apurados com rigor, então a aplicação do consequente normativo se dá a partir de meras abstrações judiciais e o objetivo final da lei, que é regular alguns fatos da vida, não se cumpre e todo o sistema é desacreditado:

O que é preciso assentar é a necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. De nada adianta a lei atribuir ao cidadão inúmeros direitos, se não lhe confere a possibilidade concreta de demonstrar ser titular desses direitos, ou seja, se lhe impõe uma investigação fática capenga, incompleta, impedindo o cidadão de obter a tutela dos direitos pela impossibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais eles de originam. Ferrajoli qualifica a garantia jurisdicional como o direito a um julgamento conforme a verdade jurídica e fática. Mas a verdade não compõe apenas essa garantia. É também pressuposto da justiça das decisões judiciais e, como tal, da própria legitimidade política do Judiciário, como guardião da ordem jurídica e dos direitos dos cidadãos, e limite intransponível ao arbítrio.²⁰

Mas como garantir que a função objetiva da prova chegue ao processo e efetivamente substitua a função subjetiva?

Leonardo Greco²¹ defende a aplicação dos métodos investigativos lógico-racionais das ciências experimentais à produção das provas judiciárias.

Segundo o mencionado autor, deve-se recorrer, sempre que necessário, aos conhecimentos que podem ser oferecidos por outras áreas do saber, sem deixar de, racionalmente, realizar o controle da correção e consistência científica dos pronunciamentos das autoridades de outras ciências que foram consultadas.

Lúcio Gouvea²², utilizando o exemplo da legislação alemã, afirma a necessidade de o juiz assumir uma posição ativa e participativa, cumprindo o poder-

²⁰ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da faculdade de Direito de Campos*. Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5. 2003-2004. p. 238.

²¹ *Op. cit.*, p. 242.

²² GOUVEA, Lucio Grassi. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real. Processo Civil: Leituras Complementares*. Org.: DIDIER JR., Fredie. 4.ed. Salvador: JusPodvim, 2006.p. 200.

dever de esclarecer os fatos, não só para formar a sua convicção interna, mas para efetivamente chegar a uma verdade dos fatos que possa ser aceita racionalmente pela coletividade e permita uma decisão mais justa.

Gozaíni, por sua vez, sustenta que a verdade no processo pode ser alcançada desde que se imponha uma ordem ética, um dever de *veracidade*²³.

Para as partes esse dever ético exige que não mintam ou ajam com fraude ou dolo, sendo-lhes permitidas certas reservas e omissões²⁴. Para os colaboradores do processo, como as testemunhas, por exemplo, esse dever de veracidade impõe a obrigação de apresentar nos autos manifestação integral de seu conhecimento sobre os fatos envolvidos no processo e tudo o mais que seja relevante para a elucidação do caso.

Sobre as funções da prova e do processo o Novo Código de Processo Civil parece ter adotado uma posição intermediária.

De um lado, é previsto todo um instrumental dirigido à busca da verdade real: (i) dever de colaboração dos envolvidos para descoberta da verdade e obtenção de uma decisão de mérito justa (art. 6º e art. 378); (ii) dever de expor os fatos conforme a verdade (art. 77); (iii) enquadramento daquele que altera a verdade dos fatos como litigante de má-fé (art. 80, II); (iv) previsão de que as partes podem usar todos os meios legítimos para *provas a verdade dos fatos* (art. 369) e (v) compromisso da testemunha de dizer a verdade.

De outra ponta há previsão, no art. 190 do CPC, de que as partes “plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. A depender da elasticidade que se dê ao dispositivo, incluindo no âmbito de disposição das partes os poderes instrutórios do juiz, podemos entender que, para os casos em que a avença diminuir as possibilidades probatórias, o processo e a prova terão como finalidade a convicção judicial e não o desvelamento da verdade.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA PROVA

²³ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La verdad y la prueba. *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Coord.: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Pereira. 5.ed. Salvador: JusPodvim, 2007. p. 756.

²⁴ Esse dever ético das partes foi incorporado pelo Código de Processo Civil de 2015, na medida em que traz, no art. 6º a cooperação como norma fundamental do direito processual.

A doutrina estrangeira entendia a prova como um instituto de natureza material, sob o fundamento de que ela preexiste ao processo em muitos casos. Em oposição a tal doutrina, havia aquela que entendia que a prova tem natureza unicamente processualista.

Surgiram, também, teorias mistas, que afirmavam que a prova tem caráter material e processual.²⁵

Sobre o tema, Teixeira Filho²⁶ entende que a partir do momento em que o Código de Processo Civil de 1973 avocou para si a disciplina geral da matéria, revogando regulamentações existentes na legislação substancial, ficou claro que a prova é um instituto de natureza processual no ordenamento jurídico nacional. Isto porque o Código de Processo Civil de 1939 se referia, quanto à admissibilidade da prova, à legislação civil e comercial, enquanto o CPC de 1973 – tal como o atual – se referia a todos os meios legais e moralmente admitidos.

Desta forma, para o autor, embora a legislação material possa pontualmente versar sobre o instituto, é o direito processual que se incumbe a regulamentá-lo completa e sistematicamente.

Gisele Góes²⁷ entende que existem dois sistemas de provas, um material e um processual. De acordo com a autora, o direito probatório é amplo, sendo a prova judicial apenas uma espécie desse gênero mais abrangente.

Assim, entende que as normas sobre prova em legislação material e processual devem ser conciliadas, não havendo sobreposição da norma processual à norma material nesse aspecto.

Didier Jr, Sarno e Oliveira²⁸ entendem que as normas sobre provas têm natureza materialista. Argumentam que a prova existe independente do processo, conferindo certeza ao direito subjetivo do indivíduo e podem, inclusive, ser o direito tutelado em um processo, quando se pleiteia, por exemplo, a produção antecipada de provas.

²⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A prova no processo do trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 29.

²⁶ *Op. cit.*, p. 30.

²⁷ GOES, Gisele Santos Fernandes. *Teoria Geral da Prova: Aspectos Polêmicos*. Salvador: JusPodvim, 2005. p. 12.

²⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. v.2. 11 ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2016. p. 85.

Aduzem, ainda, que, apesar de a legislação processual desde 1973 incorporar o regramento sobre as provas, só existem dois tipos de normas estritamente processuais sobre provas, quais sejam: aquelas que disciplinam como ela será produzida no bojo do processo e as que permitem que o magistrado modifique o ônus probatório no processo.

2.4 OBJETO DA PROVA

Marinoni e Arenhart entendem, contudo, a partir da percepção de que a prova é um instrumento retórico para convencer o juiz, que o que se deve provar é a veracidade das alegações de fato, mais especificamente, das alegações de fato que suportem o pedido do autor e a defesa do réu²⁹.

Sem desconsiderar essa observação, Didier Jr, Sarno e Oliveira afirmam que as provas se dirigem a provar os fatos controvertidos, relevantes e determinados³⁰, apresentando-se desnecessária, contudo, a prova dos fatos notórios, incontroversos e em torno dos quais exista presunção legal de existência.

Os critérios controvérsia, relevância e determinação são cumulativos. Assim, o objeto da prova é o fato que tenha todas as características apontadas.

Relevante é o fato que tem pertinência necessária com a matéria que deverá ser decidida judicialmente. Controverso é aquele fato cuja existência foi afirmada pelo autor e a inexistência pelo réu. Determinado é o fato que pode ser identificado no tempo e no espaço.

É despicienda a produção de prova quanto aos fatos notórios, ou seja, aqueles de conhecimento público. O magistrado não pode realizar uma delimitação fática que vá de encontro à realidade dos fatos conhecidos por todos, sob pena de deslegitimar sua intervenção no conflito por ser flagrantemente injusta. Ora, se o processo se volta à descoberta da verdade e ela já é previamente conhecida, não se faz necessária investigação. Não se busca desvelar o que já está desvelado.

É também desnecessária, no mais das vezes, a produção de provas quanto aos fatos incontroversos. Se autor e réu estão de acordo sobre um fato determinado e relevante para o julgamento, ao magistrado incumbe, apenas, aplicar o direito. Essa

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 265.

³⁰ *Op. cit.* p. 58.

regra, contudo, tem exceção, uma vez que alguns fatos, para ser reconhecidos como verdadeiros em Juízo, precisam de prova específica a seu respeito e a legislação também não admite concordância do réu, em alguns casos, quanto a circunstâncias que o desfavoreçam (como nos casos de direitos indisponíveis).

Por fim, alguns fatos têm presunção de existência e, portanto, não precisam ser provados, embora, no mais das vezes, se possa produzir contraprova. Em geral, esses fatos têm em comum a característica de haver uma grande probabilidade de sua ocorrência, de forma que a norma pretende racionalizar a instrução processual ou a eficácia dos direitos dele decorrentes quando concorrerem os requisitos para que a presunção se verifique.

2.5 VALORAÇÃO DAS PROVAS

A valoração da prova é essencial para o julgamento da demanda. O magistrado deve sempre se esforçar para extrair o máximo de cada prova, buscando nelas os indicativos da verdade dos fatos, sobre os quais julgará a lide.

Uma valoração adequada dos fatos permite que o juiz não utilize a regra de julgamento do ônus da prova, ou seja, não julgue delimitando os fatos em desfavor daquele que não provou ou não provou suficientemente aquilo que lhe competia.

A função do processo é julgar conforme a verdade, não conforme uma verdade fictícia decorrente de uma punição àquele que não conseguiu trazer todos os elementos aptos a confirmar suas alegações.

Para evitar que o julgamento ocorra dessa forma o juiz deve, primeiro, buscar produzir as provas, ainda que de ofício, e desde que o sistema jurídico lhe permita fazê-lo, e, em segundo lugar, valorar as provas de modo a extrair o máximo dela.

A história, contudo, mostrou possível a existência de sistema de valoração da prova diversos, classificados de acordo com o critério de maior ou menos liberdade do juiz para firmar seu convencimento a partir das provas produzidas.³¹

Quanto mais liberdade se der ao magistrado para valorar as provas produzidas, maior confiança é depositada nele. Mais se confia, portanto, na sua capacidade de analisar os elementos trazidos aos autos e extrair a verdade.

³¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 182.

Quanto menor liberdade, por sua vez, menor confiança e maior o controle da valoração das provas pelo legislador.

Três sistemas de valoração da prova são referenciados pela doutrina, quais sejam: (i) sistema da prova legal; (ii) sistema do livre convencimento e (iii) sistema da persuasão racional.

2.5.1 A prova legal

O sistema de provas legais se caracteriza pela previsão legal de uma ordem de relevância das provas produzidas e foi preponderante na Idade Média. Esse sistema orienta o magistrado na fixação da matéria controvertida a partir da indicação de que uma espécie de prova vale mais que a outra, há, portanto, uma hierarquização das provas³².

Assim, por exemplo, o documento valeria mais que a prova testemunhal, e o magistrado deveria delimitar os fatos relevantes para o julgamento de acordo com o que se extraía do documento apresentado, ainda que o depoimento da testemunha fosse convincente e apontasse para o desenho fático.

Nesse sistema o magistrado estava completamente atado, lhe cabia analisar as provas atribuindo a cada uma o peso que a lei lhe ordenada.

2.5.2 O livre convencimento

No sistema do livre convencimento, diversamente, o juiz está completamente livre para formar a sua convicção³³.

Nesse sistema o juiz não precisa observar qualquer escalonamento de valor às provas. É ele quem atribui o valor a cada prova para formar a sua convicção e mais, não precisa prestar contas de como chegou à sua convicção. Não precisa esclarecer qual foi o caminho que o levou àquela fixação fática.

É, portanto, um sistema em que a confiança no discernimento judicial é imensa, vez que não permite o controle da delimitação dos fatos relevantes para o julgamento da demanda.

³² *Op. cit.*

³³ *Op. cit.*

2.5.3 O convencimento motivado

No sistema do convencimento motivado ou da persuasão racional o juiz também tem liberdade para valorar a prova. Essa liberdade, todavia, é controlada, na medida em que o juiz deve explicar como se convenceu da existência ou inexistência dos fatos alegados pela parte, qual foi o caminho de reconstrução lógica que trilhou.

Esse sistema atribui ao juiz um dever de fundamentação, um dever de prestar contas à sociedade de como avaliou a veracidade das alegações das partes³⁴.

Pelo princípio do convencimento motivado, portanto, o magistrado não é engessado, permitindo que ele averigüe de forma livre a verdade, ao tempo em que atende à necessidade democrática de controle externo, através da externalização da valoração através da fundamentação da decisão.

Esse sistema foi abraçado pelo Código de Processo Civil de 1973³⁵ e, também, pelo Novo Código de Processo Civil, que assim disciplinou a valoração judicial das provas: “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”.³⁶

Interessa observar que o preceito legislativo indicado trouxe outro limites ao magistrado, além da necessidade de declinar o raciocínio que permitiu o seu convencimento sobre os fatos: a necessidade de fundar seu julgamento na prova presente nos autos. Essa previsão, de acordo com Didier Jr. Sarno e Oliveira³⁷, homenageia o princípio do contraditório, uma vez que é necessário garantir que as partes possam se manifestar sobre os elementos que podem influir na convicção do juiz, com o intuito de revelar sua perspectiva e trazer outras possibilidades de interpretação.

2.6 O DIREITO À PROVA

³⁴ *Op. cit.*

³⁵ *Op. cit.* p. 180.

³⁶ 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 17 fev 2018

³⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. v.2. 11 ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2016. p. 107.

O direito à prova é, na leitura de Rodrigo Leonardo³⁸, um direito público. Dirige-se, pois, em face do Estado, que tem a obrigação de permitir e, mais, garantir que as partes possam trazer aos autos todos os elementos juridicamente legítimos que apontem para a verdade de suas alegações. É um direito constitucional, portanto, porque se relaciona à participação para obtenção da tutela jurisdicional justa e adequada

Esse direito constitucional, de acordo com Higor Fagundes³⁹, se reveste na garantia de participação para a formação do convencimento do juiz⁴⁰. Essa participação só se faz possível em um ambiente democrático.

Na democracia, o juiz não é mais soberano em matéria probatória, ele tem o dever de, observando a disciplina constitucional sobre os direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia, interpretar o direito a prova como um direito fundamental, observa-lo e garanti-lo.

As partes são as principais interessadas na solução da lide, pois são os direitos delas que estão em jogo. A elas interessa participar ativamente da produção das provas e o Estado-juiz deve permitir e fomentar essa participação para garantir sua legitimidade, já que as partes aceitarão com mais facilidade uma decisão após uma instrução processual que permita à parte demonstrar sua versão dos fatos e, mais que isso, uma decisão que leve em consideração todo o seu esforço probatório.

Nessa linha, o direito à prova é consectário lógico do direito à ação, ao contraditório efetivo e à ampla defesa. Sem a possibilidade de produzir provas, o cidadão jamais poderia exercer, em sua integralidade, o seu direito de ir a juízo, de demonstrar a veracidade de suas declarações e, via de consequência, o seu direito.

Esse direito à prova deve ser amplíssimo, limitado apenas por outros direitos fundamentais que, na ponderação do caso concreto, afastem a sua aplicação em determinado caso específico e pontual.

Essa amplitude dada ao direito à prova deve abranger, além da possibilidade de apresentar e produzir provas, a possibilidade de acompanhar todo o caminho do

³⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 63.

³⁹ FAGUNDES, Higor Oliveira. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional. *Processo, jurisdição e efetividade da justiça II* [recurso eletrônico on-line]. Org. CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF. Coord. GARCIA, Marcos Leite; KFOURI NETO, Miguel; DA SILVA, Rogerio Luiz. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

⁴⁰ Percebemos, portanto, que o autor se filia à ideia de que a finalidade da prova e do processo é o convencimento do juiz sobre as alegações de fato formuladas, não o conhecimento, ou desvelamento, da verdade.

processo, toda a investigação da verdade (real, formal ou consensual). Assim, a parte poderá se manifestar sempre sobre a prova produzida, por ela, pela parte contrária e pelo Juízo, com vistas a permitir que suas interpretações sobre as provas possam contribuir com o desvelamento dos fatos.

Por fim, o direito à prova também guarda a garantia do cidadão de que a prova por ele produzida seja efetivamente valorada pelo juiz. O Estado tem a obrigação de analisar a prova produzida e se manifestar racionalmente sobre ela, justificando em que medida ela corrobora ou não para a elucidação dos fatos.

Em suma, o direito à prova carrega em si três aspectos: (i) o direito de produzir a prova; (ii) o direito de se manifestar sobre a prova produzida e (iii) o direito de ver a prova que produziu ser valorada.

2.7 ÔNUS: NATUREZA E CONCEITO

Ônus é uma categoria da Teoria Geral do Direito⁴¹. O ônus já foi classificado como uma posição jurídica passiva e como uma posição jurídica ativa. Com vistas a entender melhor o debate e o próprio conceito do instituto, importante diferenciar as situações jurídicas passivas das ativas. Para tanto, citamos Érico Cabral:

As posições ativas são aquelas em que o titular da posição jurídica pratica atos de seu próprio interesse ou os exige de outrem, enquanto que as posições passivas, também chamadas de negativas ou desfavoráveis, são aquelas em que o titular da posição jurídica pratica atos ou os aceita em favor do interesse de outrem.⁴²

Por muito tempo se entendeu que ônus estava entre as posições jurídicas subjetivas passivas, como um dever jurídico⁴³.

Dever jurídico, por sua vez, seria a necessidade de o sujeito passivo se comportar de acordo com a norma jurídica relativa à sua conduta. Os deveres jurídicos têm graus, estabelecidos conforme a possibilidade de descumprimento da norma e a intensidade do prejuízo sofrido com por esse descumprimento.

⁴¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 54.

⁴² CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008. p. 135.

⁴³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 54

O dever jurídico de maior grau seria o dever de sujeição. Em alguns casos a norma apenas impõe ao sujeito o comportamento em determinado sentido, não tolerando o descumprimento e inexistindo qualquer margem de escolha.

Em segundo lugar, estaria o dever jurídico obrigação. A obrigação permite que o sujeito opte por descumpri-la, mas impõe sanções por esse descumprimento, que deverão ser suportadas pelo inadimplente.

Após, permitindo uma maior liberdade do sujeito passivo, estaria o ônus, em que não há sanção pelo descumprimento, mas podem haver prejuízos.

O último grau, nesse posicionamento, seria o das faculdades, nas quais se permite amplo grau de liberdade do sujeito para sua observância ou inobservância.

Por essa linha de inteligência já podemos perceber que o ônus difere da obrigação, apesar de, em um primeiro instante serem admitidas algumas semelhanças, já que para ambas há prescrição jurídica orientado o comportamento.

Ocorre que na obrigação há sempre uma pretensão correlata, um interesse alheio que deve ser satisfeito, um benefício a outrem que precisa ser efetivado. É justamente a tutela ao interesse alheio que permite que o adimplemento seja tratado como um ilícito e, por isso, se preveja o sancionamento e a coação em face do inadimplente.

Já no ônus inexistente pretensão correlata, o interesse que se busca tutelar com o cumprimento do ônus é do próprio sujeito, e também é ele quem experimenta os benefícios da sua conduta, podendo em alguns casos, pela observância do ônus, ir contra os interesses de outrem. Por isso mesmo é que o descumprimento do ônus é ato lícito e não gera uma sanção ou coação contra o sujeito. Há, apenas, uma potencialidade de prejuízo, uma desvantagem, que deverá ser suportada.

A noção de ônus enquanto uma situação jurídica subjetiva passiva foi criticada. Há, de acordo com Érico Cabral⁴⁴, quem defenda que o ônus é uma posição jurídica intermediária e aqueles que afirmam que o ônus é uma posição jurídica ativa, se aproximando mais de um direito que de um dever.

Os que defendem que o ônus é uma situação intermediária assim o fazem por reconhecer que ele traz para o sujeito uma orientação de ação direcionada à satisfação de interesse próprio mas, ao mesmo tempo, insere uma possibilidade de prejuízo face à sua inobservância.

⁴⁴ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008.p. 136.

Já os defensores da linha segundo a qual o ônus seria uma situação jurídica ativa o enxergam como um poder que pode ser exercido pelo sujeito com vistas a alcançar um fim por ele almejado⁴⁵. São os casos em que a lei “atribui a alguém o poder de exercitar a condição necessária e suficiente para a obtenção de um efeito jurídico que lhe é considerado favorável”⁴⁶.

Assim, para que determinado objetivo daquele que possui o ônus seja alcançado, ele deve observar as prescrições normativas e atuar em sua conformidade. Poderá, contudo, não observá-las, hipótese na qual não ingressará na ilicitude, mas suportará o prejuízo de sua inércia.

Constatamos, portanto, a associação do ônus com a liberdade, já que “Fica a critério exclusivo do interessado – por razões de conveniência, oportunidade ou estratégia – decidir acerca da realização do ato”⁴⁷.

Assim, o destinatário da norma que imputa o ônus tem total liberdade de atendê-la ou não, não havendo qualquer sanção ou imposição de cumprimento por parte de quem quer que seja:

[...] Diante da liberdade de escolha franqueada ao destinatário da norma descritiva, o seu desatendimento não se configura com ato ilícito, não estando, em consequência, sujeito a sanções. Na verdade, o descumprimento do ônus é perfeitamente lícito, porquanto inerente à natureza do próprio instituto⁴⁸.

Caso aquele que tem o ônus o atenda, alcançará uma situação benéfica. Caso não o atenda, não terá cometido qualquer ilícito e não se submeterá a qualquer sanção, mas poderá, apenas, ter que suportar as consequências desfavoráveis decorrente de sua inação.

Interessante, nesse ponto, diferenciar o ônus do direito em sentido subjetivo, já que ambos são posições jurídicas subjetivas ativas. Bom, também aqui a diferença é relacional. O direito pressupõe uma pretensão dirigida ao comportamento de outro sujeito, seja ele de ação, de abstinência ou de tolerância. Aquele que possui o ônus, não tem pretensão voltada ao comportamento de quem quer que seja, podendo

⁴⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 60.

⁴⁶ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008. p. 136.

⁴⁷ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009. p. 25.

⁴⁸ *Op. cit.*

apenas exercê-lo com liberdade “sem qualquer contra-reflexo direito para a outra” parte⁴⁹.

A posição jurídica que mais se aproxima do ônus é a de faculdade, de acordo com Rodrigo Leonardo, uma vez que ambas tratam de poderes de atuação que beneficiam o sujeito quando realizados e que não geram qualquer dever de comportamento pela outra parte ou por quem quer que seja.

A faculdade e ônus se diferenciam, contudo, na medida em que a inobservância ao ônus traz um risco àquele que o possui, de forma que há uma certa “pressão” da lei para que ele seja cumprido, enquanto na faculdade o seu exercício ou não encontra-se absolutamente dentro da margem de liberdade do sujeito.

Sendo assim, concluímos que o ônus é uma posição subjetiva ativa que fornece ao sujeito um poder de atuação desatrelado a um dever de outra parte e cuja observância o eleva a uma situação de vantagem enquanto a inobservância não caracteriza um ilícito podendo, contudo, acarretar um prejuízo.

2.8 ÔNUS DA PROVA

Delimitada a conceituação de ônus, precisamos avaliar o conceito de ônus da prova, situando-o, inicialmente, como um ônus que se desenvolve dentro do processo para, depois, nos arriscarmos a estabelecer sua definição.

2.8.1 O ônus da prova enquanto ônus processual

Na esfera processual, raros são os casos de imposição de obrigações às partes, ou seja, raras são as hipóteses em que a parte deve atuar em determinado sentido para satisfazer o interesse da outra ou do juízo podendo ser sancionada e coagida caso assim não proceda⁵⁰.

Mais comuns são as situações de deveres processuais, que habitualmente não se consubstanciam em um único ato, mas são uma exigência de comportamento

⁴⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 62.

⁵⁰ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008.p. 146.

ao longo de todo o encadeamento de atos desenvolvidos em contraditório que compõe o processo⁵¹.

Em verdade, normalmente os atos que incumbem as partes são verdadeiros ônus. A afirmativa decorre da ideia geral de ônus, a partir da qual podemos constatar que no processo existem ônus diversos, já que as partes não estão obrigadas a realizar diversos atos previstos pela legislação processual, podendo obter uma vantagem pelo exercício ou uma desvantagem pela inatividade.

Por exemplo, a apresentação da contestação é um ônus da parte. Afinal, esse é um poder de atuação que não guarda em si uma pretensão dirigida a quem quer que seja – não podendo ser interpretado estritamente como um direito – e o seu não exercício é ato perfeitamente lícito. Da perspectiva da obtenção de um benefício, parece claro que a contestação gera o benefício da parte de controverter os fatos alegados na petição inicial, além de trazer fatos novos que podem obstruir o direito sustentado pelo oponente. Quanto à existência de um prejuízo pela abstenção de atuação, há a presunção de verdade dos fatos conforme narrados pela parte autora.

O ônus da prova é um ônus processual. É, como os demais ônus processuais, uma possibilidade de ação dentro do processo. A lei atribui à parte a possibilidade de realizar uma série de atos em momento apropriado para trazer aos autos os elementos aptos a demonstrar a veracidade de suas alegações e, conseqüentemente, a justeza de seu direito afirmado.

2.8.2 O conceito de ônus da prova

Quanto à produção probatória, a legislação processual confere à parte a possibilidade de atuação processual dirigida a trazer aos autos elementos aptos a desvelar a verdade dos fatos – para aqueles que se filiam ao entendimento de que a prova visa a verdade – ou a convencer o magistrado das alegações por ela formuladas – para aqueles que entendem a prova como um instrumento retórico.

Assim, a parte pode, a seu critério, trazer ou não trazer aos autos os seus elementos de prova. Ocorre que em quaisquer das situações (ação ou inação) a parte poderá tanto ter um resultado benéfico quanto um resultado desfavorável.

⁵¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p.58.

É perfeitamente possível que a parte apresente nos autos um elemento que indique para uma realidade fática diversa daquela que a favoreceria. Também é possível que a parte deixe de apresentar qualquer prova e, mesmo assim, a demanda seja julgada em seu favor.

Logo, o exercício conforme as regras que disciplinam quem deve provar o que no processo não tem como consequência necessária o benefício para aquele que se comportou em conformidade com a norma ou um prejuízo para aquele que se manteve inerte quanto à atuação que lhe foi indicada.

Por esse motivo é que há quem defenda, segundo Rodrigo Leonardo⁵², que o ônus de prova não se identifica em absoluto com o instituto “ônus” da Teoria Geral do Direito.

A possibilidade da aquisição processual, permitindo que uma prova seja interpretada em desfavor daquele que a produziu são exemplo de situação em que a parte se desincumbiu do seu ônus e acabou por suportar uma consequência desfavorável.

Para solucionar o problema, James Goldschmidt trouxe, segundo citação indireta de Rodrigo Leonardo⁵³, a seguinte posição doutrinária:

Goldschmidt (sic) propõe a existência de ônus perfeito e imperfeitos. Seriam ônus ou cargas perfeitas aqueles cujo descumprimento, necessariamente, acarretaria prejuízos; já nas cargas imperfeitas os prejuízos seriam apenas eventuais na hipótese de um descumprimento.⁵⁴

Todavia, considerando que a ideia de ônus enquanto um poder que se exercido trará sempre um resultado vantajoso e se não exercido trata sempre um prejuízo não é unânime. Érico Cabral, inclusive, ao conceituar ônus deixa bem claro que é uma atividade que poderá ou não gerar consequências positivas ou negativas em caso de cumprimento ou descumprimento, respectivamente⁵⁵.

⁵² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 70.

⁵³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 72

⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho processual civil*. Trad. Da 2ª ed. Por Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 203.

⁵⁵ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008.p. 140.

Sobre o tema, esse mesmo autor afirma que o ônus de prova não deixa de ser um ônus, mas pode ser encarado como um ônus cujo descumprimento não tem como consequência inexorável um prejuízo⁵⁶.

Ficamos, portanto, com o conceito de ônus da prova oferecido pelo próprio Érico Cabral segundo o qual:

*O ônus de prova é o encargo que a parte tem, no processo, de produzir a prova necessária para fundamentar suas afirmações sobre fato relevante para a aplicação do preceito jurídico relativo à sua pretensão*⁵⁷.

Assim, na lição do autor, o ônus de prova é uma necessidade prática que determina que as partes atuem no sentido a trazer aos autos elementos que confirmem sua versão dos fatos, sob pena de, não o fazendo, o magistrado acabar por delimitar os fatos desconsiderando-os. Relembrando que a não consideração dos elementos que a parte poderia trazer não necessariamente lhe trará prejuízo, já que o juiz pode chegar à conclusão para a qual tais elementos apontavam por outros meios, como a atividade instrutória realizada pela outra parte ou por ele mesmo de ofício.

Importa salientar que a desatenção às prescrições quanto ao ônus de prova não importa em prejuízo inexorável porque o processo tem como função declarada a busca da verdade, de forma que as demandas só serão julgadas com base nas regras do ônus de prova se, apesar de toda a atividade instrutória, o juiz não conseguir extrair (ou se convencer que extraiu) a verdade dos elementos probatórios trazidos aos autos, sendo penalizado com a fixação dos fatos no processo contrários ao seu interesse, aquele que tinha a carga de prova-lo e não o fez – ou não o fez suficientemente – face à necessidade de que o processo tenha fim e seja dada solução à causa⁵⁸.

2.9 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

⁵⁶ *Op. cit.* p.184.

⁵⁷ *Op. cit.* p. 182.

⁵⁸ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009. p. 31.

Já definimos que as partes têm o ônus de trazer os elementos de prova necessários para a averiguação e fixação do arcabouço fático sobre o qual o magistrado aplicará o direito.

Caso a parte não se desincumba do seu ônus e o juiz não consiga alcançar a verdade (ou a certeza) com os elementos que possui, julgará com base nas regras de ônus de prova, ou seja, fixará os fatos contrariamente ao que interessaria para aquele que deveria produzir a prova e não logrou fazê-lo.

Mas quem tem a incumbência de provar o que no processo? Os sistemas jurídicos já se depararam com esse questionamento diversas vezes e variadas são as respostas.

Historicamente, de acordo com a pesquisa realizada por Érico Cabral⁵⁹, tentou-se pautar a divisão do ônus probatório na ideia de igualdade. Com a queda do Império Romano, inclusive, o sistema germânico teria adotado uma “divisão do ônus da prova vinculada às condições pessoais das partes, conforme suas possibilidades de produção probatória”.

Na Escola de Bolonha, contudo, se formou uma teoria de repartição do ônus da prova aplicada ao processo. Foi por essa influência que na era da codificação e da preocupação de sistematização e cientificidade do direito que se passou a estabelecer critérios fixos e universalista de ônus probatório, pautados em brocados jurídicos que foram elevados a dogma.

Nesse cenário, Suzana Cremasco identificou que existem dois grandes sistemas de distribuição do ônus probatório: um sistema estático e um sistema dinâmico⁶⁰, sobre os quais nos manifestaremos brevemente a seguir.

2.9.1 As teorias estáticas

Em todas as teorias classificadas por Suzana Cremasco como estáticas é possível constatar que há uma delimitação apriorística, distanciada das especificidades do processo e impassível de alteração.

A autora em questão identificou oito categorias de distribuição de prova calcadas nessa delimitação apriorística e imutável:

⁵⁹ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008.p. 87.

⁶⁰ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009. p. 41.

a) A que impõe ao autor o ônus de provar; b) a que incumbe o encargo ao titular da afirmação; c) a que exige do autor a prova dos fatos relativos à sua pretensão e do réu a prova dos fatos referentes à sua exceção/defesa; d) a que toca o ônus da prova àquele que alega um fato ou circunstância anormal; e) a que impõe o encargo a quem inova no processo; f) a que tem em conta a natureza dos fatos alegados (constitutiva, impeditiva ou extintiva); g) a que atribui a cada parte a prova dos fatos que formam os pressupostos da norma cuja aplicação se reclama; e h) a que distribui o ônus segundo a posição da parte em relação ao bem jurídico desejado ou o efeito jurídico perseguido.

Não pretendemos aqui analisar detidamente cada uma das oito categorias apuradas por Suzana Cremasco. Sobre esses sistemas, contudo, consideramos relevante observar que eles partem, progressivamente, de uma ideia de proteção ao demandado, já que foi o autor quem moveu a máquina decisória e seria ele, portanto, quem deveria arcar com todo o ônus de prova, para uma concepção mais equitativa dessa distribuição, atribuindo ao réu, também, a carga probatória sobre alguns fatos.

Essa transição, de uma carga de prova imputada ao autor para um ônus compartilhado, de acordo com Giuseppe Chiovenda⁶¹, decorre da evolução do sistema probatório.

Nos ordenamentos considerados primitivos pelo autor, o sistema de provas se vinculava à manifestação divina e muitos casos se resolviam a partir do juramento, saindo no mais das vezes preponderante o juramento do réu.

A partir do momento em que o processo se pauta a resolver a controvérsia com fulcro no juízo do magistrado sobre os fatos, a produção da prova passa a ser um encargo e, sim, mantém-se esse encargo nas mãos do autor, vez que foi ele quem provocou a lide.

Com o tempo, contudo, foi possível observar que o réu não se manifestava apenas negando os fatos alegados pelo autor, mas também trazendo fatos novos, ampliando a cognição fática judicial. É a partir dessa observação que se passa a sentir a necessidade de realizar uma distribuição das provas de forma equitativa, surgindo diversas teorias sobre o tema, lastreadas, como visto, em brocardos romanos.

Giuseppe Chiovenda viveu numa Itália em que já havia uma distribuição de ônus probatório baseada na natureza dos fatos alegados: o autor deveria provar o fato constitutivo e o réu o fato extintivo do direito do autor.

⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 2. trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Edição Saraiva, 1965. p. 376.

A regra geral do art. 1.312 refere-se a fatos *constitutivos* e aos fatos *extintivos*: quem reclama a *execução de uma obrigação*, deve prova-la e quem pretende liberar-se dela deve, por seu lado, *provar o pagamento ou o fato que produziu a extinção* de sua obrigação.⁶²

Ele acreditava, contudo, que essa divisão era insuficiente, pois, muitas vezes, o que constituía o direito do autor era um fato de conduta negativa do réu, sendo muito mais fácil para este provar que realizou a conduta que para o réu provar que não a realizou. Manter a distribuição do ônus nesses termos seria quase como negar ao autor uma tutela jurisdicional adequada.

A partir dessa observação ele aprimora o sistema estático de distribuição de segundo a natureza dos fatos alegados, no que influi significativamente na sistematização do ônus probatório brasileira desde 1939⁶³.

Para ele incumbiria ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, além dos fatos extintivos que por ventura poderia suscitar, também os fatos impeditivos, ou seja, aqueles fatos alegados que privariam o direito do autor de surtir efeito:

Em síntese, pode-se enunciar: *o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural.*⁶⁴

A teoria de Chiovenda foi criticada. O principal argumento dos críticos é no sentido de que há muita dificuldade em, no caso concreto, delimitar o que são os fatos constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos.

No caso que tratamos nessa monografia, por exemplo, o uso correto do método é um dos fatos constitutivos do direito à indenização da pessoa que engravidou durante sua utilização ou o mau uso é um dos fatos impeditivos e deve ser provado pelo réu?

Outra crítica, por exemplo, é no sentido de que por vezes a lei impõe a prova àquele que pela regra geral chiovendiana não teria esse ônus. Por exemplo, pode

⁶² *Op. cit.* p. 375.

⁶³ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009. p. 60.

⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 2. trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Edição Saraiva, 1965. p. 382.

impor ao réu a prova de fatos constitutivos, ou ao autor a prova de fatos impeditivos ou extintivos⁶⁵.

Ao fim e ao cabo todas as teorias estáticas se mostraram insuficientes, sobretudo porque, por vezes, dificultavam o esclarecimento da verdade no processo. As partes, conhecendo previamente seu ônus e sabedoras de que eles não poderiam ser modificados, deixavam, simplesmente, de trazer aos autos certos elementos por saberem que aquela prova deveria ser produzida pela outra parte e ela não teria a capacidade de fazê-lo.

2.9.2 Teoria dinâmica

A percepção de que as normas sobre ônus da prova fixas, imutáveis e baseadas na posição dos sujeitos do processo não atendiam à pretensão processual de esclarecimento dos fatos e obtenção da verdade real no processo – agindo em contrário, inclusive - fez com que diversos autores passassem a criticar as teorias estáticas e se dedicaram à proposição de um modelo diferente, lastreado na análise do caso concreto⁶⁶.

De acordo com os estudos de Suzana Cremasco, foram os juristas argentinos capitaneados por Jorge W. Peyrano, no final do século XX, que começaram a delinear e sistematizar um sistema novo a partir de uma teoria de dinamização da distribuição do ônus probatório.

Essa teoria se fundamenta na necessidade de que a distribuição das cargas atenda às especificidades de cada processo, imputando à parte a produção das provas que tenha mais facilidade de produzir:

A teoria da distribuição dinâmica, como se vê, não leva em consideração, para a fixação dos encargos probatórios, a posição ocupada pelas partes no processo e, tampouco, a natureza do fato que deverá ser objeto de prova. O foco, aqui, é a facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida nos autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos e o alcance de uma solução para o litígio.

⁶⁵ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009.p. 54.

⁶⁶ *Op. cit.* p. 70.

A aplicação da teoria pressupõe que o magistrado fixe os fatos que devem ser provados e impute ao autor e ao réu as provas que devem produzir, observando a capacidade de cada um deles de se desincumbir desse ônus.

Os autores que sistematizaram e defenderam a teoria afirmaram a necessidade da existência de normas gerais disciplinando o ônus probatório, de forma que a dinamização do ônus da prova seria um mecanismo de aperfeiçoamento dessas normas, com o intuito de permitir a adequação procedimental na instrução da causa.

Concluimos, portanto, que a teoria dinâmica do ônus de prova não se contrapõe em absoluto à construção teórica e legal até então construída, propondo, apenas a possibilidade de flexibilização dessas normas quando as exigências do caso concreto assim exigirem.

2.10 O ÔNUS DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Traçado o panorama teórico sobre ônus de prova, importante analisar como se deu a disciplina a respeito do tema na legislação brasileira e como o Código de Processo Civil abordou a matéria.

2.10.1 A distribuição do ônus probatório nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973

O Código de Processo Civil de 1939 trazia a seguinte regra de distribuição do ônus probatório no art. 209:

Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas.

§ 1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

§ 2º Si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.⁶⁷

Perceptível, portanto, que se trata de regra de distribuição estática do ônus da prova a partir da natureza dos fatos alegados.

⁶⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em 27 fev. 2018 às 16h57.

Nítida, ainda, a influência de Giuseppe Chiovenda, uma vez que ao autor se atribuía a prova do fato controvertido que lhe garantia um direito e ao réu a prova do fato extintivo ou outro que obste o direito sustentado pelo demandante. Ou seja, ao autor compete a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova dos fatos extintivos e obstativos do direito do autor.

O Código de Processo Civil de 1973, também sob a influência de Chiovenda, manteve a lógica da legislação de 1939, apenas aperfeiçoando a redação e tratando a natureza dos fatos probandos mais tecnicamente:

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.
 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.⁶⁸

Percebemos, portanto, que por esse regramento compete ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor.

Em regra, a disciplina é estática, mas já podemos observar um avanço na medida em que o parágrafo único permite a alteração das regras que disciplinam o ônus de prova a partir da convenção das partes.

Esse regramento fechado foi contestado ao longo do tempo, como vimos no tópico 3.8.1. A inexistência de previsão no sentido de permitir que o juiz modifique o ônus da prova acabou por gerar, em muitos casos, uma grande dificuldade de tutela de certos direitos.

2.10.2 A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

A distribuição do ônus probatório tem duas facetas, como vimos: (i) definir quais fatos autor e réu devem provar e (ii) indicar ao juiz como deve fixar os fatos para julgamento da demanda quando as provas produzidas forem insuficientes para elucidação da realidade fática.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em 27 fev. 2018 às 17h14.

No sistema processual brasileiro, como visto, historicamente foi observada a doutrina de Giuseppe Chiovenda quanto à distribuição do ônus de prova entre as partes, ou seja, ao autor incumbiria comprovar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu caberia provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos que por ventura tenha sustentado em face das pretensões autorais. Não havia, também, norma processual que indicasse a possibilidade de dinamização desse ônus afinal, como visto, a doutrina nesse sentido apenas ganhou corpo no final do século passado.

Ocorre que em diversas situações se percebeu que a divisão do ônus probatório dessa forma acabava por prejudicar a tutela do direito de algumas partes⁶⁹.

Nessa situação, o legislador previu normas de inversão do ônus de prova, com o intuito de garantir a equidade no processo. Retirou ou previu a possibilidade de retirada do ônus usualmente atribuído a uma parte para imputá-lo à outra.

A ideia da norma que autoriza a inversão é garantir que o juiz inverta a sua lógica ordinária de fixação dos fatos quando a realidade fática relevante para o julgamento não for suficientemente esclarecida, com vistas a garantir a adequada tutela dos direitos em relações pautadas pela desigualdade material das partes⁷⁰.

O objetivo é, portanto, permitir que a parte considerada hipossuficiente, ou seja, que está em pior condição para produzir a prova, veja seus direitos reconhecidos pelo Judiciário.

Para este trabalho monográfico, importa estudar a inversão do ônus da prova estabelecida no Código de Defesa do Consumidor.

2.10.2.1 O Direito do Consumidor no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) alçou a defesa do consumidor à condição de direito constitucional e de princípio limitador à livre iniciativa⁷¹:

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:
[...]

⁶⁹ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008. p. 331.

⁷⁰ *Op. cit.*

⁷¹ *Op. cit.* p. 354.

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;
[...]⁷²

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:

[...]

V - defesa do consumidor;

[...]⁷³

O legislador federal brasileiro, buscando concretizar esse direito fundamental dos consumidores de obter especial tutela estatal, trouxe à luz a lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que ficou conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A referida lei deu consistência a um novo ramo do direito no Brasil, o Direito do Consumidor.

Esse ramo jurídico parte do entendimento dos mecanismos de funcionamento do sistema de produção capitalista, no qual, a partir da Revolução Industrial, as riquezas e a produção dos bens passaram a se concentrar nas mãos de grandes conglomerados econômicos, distantes financeira e tecnicamente daquele que consome os bens por eles produzidos⁷⁴.

Se antes as trocas dos produtos necessários para a sobrevivência e manutenção do homem se davam de forma mais local e corriqueiramente entre iguais, a partir da Revolução Industrial a situação muda de figura, pois há a “despersonalização e massificação dos contratos”:

Somente conscientes da extrema massificação da produção, da distribuição (incluindo a massificação dos contratos) e do consumo em geral que estamos vivendo no momento atual da terceira revolução industrial, com sua globalização (também chamado de fenômeno da mundialização ou aproximação dos mercados e sociedade de consumo), é que poderemos entender como estas mudanças da economia e da sociedade aumentaram exponencialmente a vulnerabilidade dos consumidores e levaram o direito a preocupar-se de forma tão profunda com sua tutela especial, criando um novo direito do consumidor. Em resumo, foram as mudanças profundas em nossa sociedade de informação que exigiram um direito privado novo, a incluir regras especiais de proteção dos consumidores, os novos agentes

⁷² BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 fev. 2018 às 12h44.

⁷³ *Op. cit.*

⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 30.

econômicos prioritários deste mundo do “consumo” e de “mercados globalizados”.⁷⁵

Da lição podemos extrair que o Direito do Consumidor surge de uma preocupação de proteger o consumidor hipossuficiente que se expõe a um mercado capa vez mais impessoal e complexo.

Essa proteção se consagra a partir da instituição de uma série de normas que, considerando a existência de uma relação desigual, vão contra preceitos do direito privado tradicional para adequá-lo à efetiva tutela jurídica dos direitos dos hipossuficientes.

3.10.2.2 O inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor

O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor traz rol dos direitos básicos do consumidor, prevendo em seu inciso VIII, parte final, a possibilidade de inversão do ônus probatório para facilitar a defesa de seus direitos:

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 experiências;

[...].⁷⁶

De acordo com Érico Cabral⁷⁷, a inversão do ônus probatório prevista no dispositivo acima transcrito é um direito subjetivo do consumidor. Desse modo, sempre que se verificarem os requisitos legais autorizadores para essa modificação da carga de prova, o juiz deve determiná-la.

Os requisitos legais são a *verossimilhança* das alegações e a *hipossuficiência* para a produção da prova.

Considerando que a lei utiliza o conectivo *ou* entre os requisitos autorizadores da inversão do ônus de prova, há quem interprete, como Cláudia Lima Marques, que os critérios são alternativos, ou seja, não é necessário que o consumidor preencha,

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 46.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 28 fev. 2018 às 20h46.

⁷⁷ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008. p. 360.

no caso concreto, a ambos: “Note-se também que a partícula ‘ou’ bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das hipóteses está presente no caso”.⁷⁸

Não concordamos com essa visão, no que estamos acompanhados de Érico Cabral. Para o autor, os requisitos previstos pela parte final do inciso VIII do artigo 6º do CDC são distintos e cumulativos:

Para a inversão do ônus da prova, os dois requisitos devem ser cumulativamente exigidos pelo juiz. Isso porque seria absurda a ideia de se inverter o ônus da prova quando a alegação não for verossímil; ao mesmo passo que seria desnecessária a inversão quando não houvesse a hipossuficiência do consumidor quanto à produção da prova⁷⁹.

Pois bem. Fixada a cumulatividade dos requisitos, necessário que nos debrucemos sobre os pressupostos legais para que a ocorra a inversão.

Em primeiro lugar é preciso que o juiz avalie se se trata de relação de consumo, considerando, para tanto os conceitos de consumidor e fornecedor, presentes no artigo 2º e 3º, respectivamente, do CDC.

Em segundo lugar, faz-se necessário convencer o juiz da presença dos requisitos autorizadores da inversão. Nesse aspecto, caso o juiz decida por inverter ou não, precisa fazê-lo de forma fundamentada, para permitir o controle das partes:

Assim, se presentes os requisitos legais (verossimilhança ou hipossuficiência), o juiz deverá inverter o ônus da prova em favor do consumidor, em decisão fundamentada, com expressa menção à hipóteses legal que se configurou no caso concreto e, além disso, descrever as específicas razões motivadoras do seu convencimento, conforme exigência do art. 93, da Constituição Federal e do art. 165 do CPC⁸⁰.

Em terceiro lugar, é essencial que as alegações sejam verossimilhantes. Verossimilhança é o que parece ser verdadeiro. Assim, as alegações são consideradas verossímeis quando a narrativa se compatibiliza com aquilo que a experiência social entende como verdadeiro.

⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

⁷⁹ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008. p. 382.

⁸⁰ *Op. cit.* p. 371.

Quanto à verossimilhança, podemos dizer, em resumo, que é alcançada quando “Da observação da ordem natural das coisas que ordinariamente acontecem, se extraem as máximas da experiência, as quais, necessariamente, constituem a base de formação do juízo de verossimilhança”⁸¹.

A hipossuficiência, por sua vez, é um critério pautado na análise da relação das partes e da vocação para a produção das provas. Se o consumidor pode produzir a prova sem onerosidade, não se justifica a inversão do ônus de prova.

Não é, assim, a hipossuficiência que caracteriza ordinariamente as relações de consumo e que justificaram a criação de um ramo de direito próprio. Não, é a hipossuficiência analisada especificamente do ponto de vista da produção da prova. Se, entre o consumidor e o fornecedor a prova dos fatos do direito do consumidor é facilmente produzida por este, o juiz não deve inverter o ônus de prova. Nesse sentido é o raciocínio de Érico Cabral: “Quando a produção for mais fácil para o consumidor, este não será hipossuficiente em relação ao fornecedor, e não terá a seu favor um dos requisitos para inversão do ônus da prova”.⁸²

Concluimos portanto que o Código de Defesa do Consumidor autoriza a inversão da ônus probatório nos processo civil envolvendo consumidor e fornecedor quando o juiz entender, em decisão motivada, que estão presentes, cumulativamente, os requisitos de hipossuficiência e verossimilhança das alegações.

2.10.3 A distribuição do ônus probatório no CPC de 2015

O Código de Processo Civil de 2015, adequado à realidade constitucional democrática, previu diversos princípios e regras com o intuito de garantir a tutela jurisdicional justa e efetiva, ou seja, voltada para a solução dos conflitos sociais com base na realidade dos fatos.

A decisão justa e efetiva, como vimos acima, depende de uma instrução processual que se volte, ao máximo, à verdade real. Desta forma, faz-se necessário estimular que a verdade dos fatos venha ao processo por meio das provas, o que só é possível se aquele que tem mais aptidão para a produção da prova o faça;

⁸¹ *Op. cit.* p. 373.

⁸² *Op. cit.* p. 376.

No mais das vezes, a distribuição do ônus probatório conforme a teoria de Chiovenda faz com que aquele que tem maior vocação à produção da prova tenha sobre si a carga de produzi-la.

Por isso, o Código de Processo Civil de 2015 manteve a disciplina genérica sobre ônus da prova que era prevista pelo Código de 1973. Mas, percebendo que essa divisão pode, em alguns casos, não auxiliar apropriadamente a instrução, previu, nos §§ 1º e 2º do art. 373, regra permissiva da modificação do ônus probatório estatuído pelos incisos do *caput*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil⁸³.

O Novo CPC admitiu, portanto, a teoria da dinamização do ônus probatório. Atribuiu ao magistrado a possibilidade de modificar a distribuição natural, desde que observe alguns requisitos, vez que é ele quem, em contato direto com as peculiaridades do caso concreto, pode perceber qual das partes terá maior vocação para produzir a prova.

Bárbara Puppín e Rodrigo Bachour, em trabalho sobre o tema⁸⁴, elucidam como deve ser a prática judicial para redistribuição do ônus de prova.

Em primeiro lugar, a redistribuição do ônus de prova depende de decisão do juiz, a qual pode ocorrer de ofício ou por provocação da parte. Nesse último caso, é essencial que a parte traga argumentos indicando o preenchimento de todos os requisitos para admissão da inversão.

Em segundo lugar, é preciso que exista uma disparidade na relação processual para a modificação do ônus da prova. Isso porque não se justifica a

⁸³ BRASIL. 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 17 fev 2018.

⁸⁴ PUPPIN, Bárbara Altoé; BACHOUR, Rodrigo Maia. A distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015. IN: *Processo, jurisdição e efetividade da justiça I* [Recurso eletrônico on-line]. Org. CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2017.p. 103/118.

alteração do ônus de prova se a outra parte também não terá a capacidade de trazer aos autos a verdade dos fatos.

Em terceiro lugar, a redistribuição do ônus de prova precisa ser adequada ao caso concreto, com especificação de quais são os fatos controvertidos que precisam ser provados e, entre esses fatos, qual ou quais deles terão a carga de sua prova invertida.

Essa distribuição, ainda, não poderá ocorrer em qualquer momento do processo. É absolutamente necessário que o magistrado decida pela inversão do ônus de prova em momento no qual a parte ainda poderá se desfazer desse novo encargo processual. O momento preferencial de dinamização do ônus da prova é a decisão de saneamento e organização do processo, vez que é essa a decisão que organiza o processo para o ingresso na fase instrutória.

Por fim, é absolutamente essencial que o juiz justifique a inversão em decisão fundamentada. É preciso que ele aponte especificamente como chegou a conclusão de que todos os requisitos foram preenchidos, sob pena de nulidade da decisão.

Assim, nas relações de consumo o ônus de prova pode ser alterado por aplicação da inversão prevista no art. 6º do CDC, ou pela regra de dinamização do ônus probatório prevista no art. 373, §1º, do CPC. Em ambos os casos, os requisitos legais deverão ser respeitados, as decisões deverão ser fundamentadas e a parte deve ter oportunidade de se desincumbir do novo ônus que lhe foi imposto⁸⁵.

⁸⁵ SILVA, Lorraine Rodrigues Campos; FREITAS, Sérgio Henrique Zadona. A inversão do ônus da prova no direito do consumidor e a distribuição do ônus da prova no código de processo civil. In: *Processo, jurisdição e efetividade da justiça I* [Recurso eletrônico on-line]. Org. CONPEDI; UNICURITIBA. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

3 GRAVIDEZ DURANTE O USO DE MÉTODOS CONTRACEPTIVOS

É possível que uma pessoa portadora do sistema reprodutor feminino - mulher cisgênera ou homem transgênero que não fez a cirurgia de redesignação sexual - engravide em decorrência de relação sexual com pessoa dotada de sistema reprodutor masculino - homem cisgênero ou mulher transgênera que não realizou a cirurgia de adequação sexual -, ainda que sejam utilizados métodos contraceptivos.

Em outras palavras, é possível que uma pessoa nascida com os órgãos genitais femininos (vagina, útero e ovários) engravide mesmo após a adoção de métodos contraceptivos, sejam eles hormonais, de barreira ou esterilizantes.

Esse capítulo se dedica a analisar os motivos pelos quais uma gravidez durante o uso de contraceptivos pode ocorrer, com vistas a, posteriormente, avaliar a disciplina do ônus da prova nas demandas indenizatórias que versem sobre o tema.

3.1 FERTILIDADE E ANTICONCEPÇÃO

O entendimento de como uma pessoa nascida com a genitália feminina engravida após o encontro sexual envolvendo penetração com uma pessoa dotada de genitália masculina é essencial para que possamos fincar as bases para o entendimento da contracepção e a possibilidade de falha dos métodos contraceptivos.

Esse tópico se dedica, portanto, a expor e explicar, dentro das limitações de um trabalho de pós-graduação em Direito, (i) o funcionamento dos órgãos sexuais masculinos e femininos (ii) a fecundação, (iii) a atuação dos métodos contraceptivos e (iv) a possibilidade de falha dos anticoncepcionais.

3.1.1 Órgãos sexuais femininos

A mulher cisgênera e o homem transgênero que não fez a cirurgia de redesignação sexual possuem os órgãos reprodutores femininos, compostos pelos órgãos genitais externos e internos⁸⁶.

⁸⁶ BRASIL. *Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sexuais_reprodutivos_metodos_anticoncepcionais.pdf>. Acesso em 22 fev. 2018 às 11h17.

A genitália feminina externa é composta pela vulva e pelo períneo. A vulva é a parte externa da genitália feminina, “composta por grandes lábios, pequenos lábios, abertura da vagina, abertura da uretra clitóris e monte de Vênus” e o períneo é a área situada “entre a abertura da vagina e o ânus”.

A genitália feminina interna é composta por vagina, hímen, trompas, ovários e útero.

A vagina é “um canal muscular elástico que vai da vulva até o colo do útero”. É o canal por onde (i) é liberado o sangue menstrual, (ii) é usualmente inserido o pênis durante a penetração e (iii) passa o feto no parto normal.

O hímen é “uma pele fina e elástica que cobre parcialmente a entrada da vagina”. Normalmente essa fina pele se rompe em razão da primeira penetração, mas algumas mulheres possuem o chamado hímen complacente, quando essa pele é mais resistente e flexível, não se rompendo durante a primeira penetração.

As trompas são “dois tubos que saem um de cada lado do útero em direção a cada um dos ovários”. As trompas, portanto, são os caminhos pelos quais os óvulos percorrem em direção ao útero. É normalmente nesse local que o espermatozoide encontra o óvulo e ocorre a fecundação.

Os ovários também são dois, podendo ser descritos como “duas estruturas nodulosas, com sua superfície podendo apresentar-se lisa, desigual e enrugada, de cor róseo-acizentada”⁸⁷ e com tamanho aproximado de “4 cm de comprimento, 2 cm de largura e 8 mm de espessura”. Cada ovário se localiza em um dos lados do útero. Eles têm a função de (i) guardar e amadurecer as células reprodutoras femininas, quais sejam, os óvulos, e (ii) produzir os hormônios femininos, estrogênio e progesterona⁸⁸. Assim, os ovários compõem, além do sistema reprodutor, o sistema endócrino⁸⁹ do corpo daqueles que os possuem (mulheres “cis” e homens “trans”), já que além de contribuírem para a reprodução, produzem hormônios.

⁸⁷ VERONEZ, Djanira Aparecida da Luz; VIEIRA, Michele Patrícia Müller Mansur; REGATTIERI, Neysa Aparecida Tinoco. *Abordagem Morfofuncional do Sistema Endócrino*. p. 13. Disponível em: <http://rle.dainf.ct.utfpr.edu.br/hipermidia/images/documentos/Abordagem_Morfofuncional_do_Sistema_Endocrino.pdf>. Acesso em 22 fev. 2018 às 11h53.

⁸⁸ BRASIL. *Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sexuais_reprodutivos_metodos_anticoncepcionais.pdf>. Acesso em 22 fev. 2018 às 11h17.

⁸⁹ VERONEZ, Djanira Aparecida da Luz; VIEIRA, Michele Patrícia Müller Mansur; REGATTIERI, Neysa Aparecida Tinoco. *Abordagem Morfofuncional do Sistema Endócrino*. p. 13. Disponível em: <http://rle.dainf.ct.utfpr.edu.br/hipermidia/images/documentos/Abordagem_Morfofuncional_do_Sistema_Endocrino.pdf>. Acesso em 22 fev. 2018 às 11h53.

O útero é um órgão muscular composto por três camadas: (i) perimétrio, camada externa, (ii) miométrio, camada média e (iii) endométrio, camada interna composta por um *stratum basale* e um *stratum functional*, esse último é “mais superficial, renovado ciclicamente, crescendo sob a ação dos estrogénios e progesterona e desagregando-se, posteriormente, na menstruação”⁹⁰.

O útero é o local onde usualmente se desenvolve a gravidez.

3.1.2 Órgãos sexuais masculinos

O homem cisgênero e a mulher transgênera que não realizou a cirurgia de redesignação sexual têm os seguintes componentes em seu aparelho reprodutor: bolsa escrotal, pênis, testículos, epidídimo, canais deferentes, ducto ejaculatório, vesículas seminais, próstata, uretra e glândulas bulbouretrais⁹¹.

A bolsa escrotal é uma bolsa de pele localizada abaixo do pênis e tem a função de proteger os testículos e mantê-los em temperatura adequada.

O pênis é “o órgão masculino de cópula”⁹² por onde passa a uretra. Desse modo, o pênis tem a função de realizar a penetração durante o ato sexual e, também, de liberação da urina (função relativa ao sistema urinário)⁹³.

Os testículos são as gônadas masculinas, ou seja, são as glândulas sexuais internas responsáveis pela produção dos espermatozoides e da testosterona, hormônio sexual masculino. Os testículos ficam protegidos pela bolsa escrotal, conforme explicação acima.

⁹⁰ FERNANTES, João Soares; FORTUNATO, JM Soares; CORREIA-PINTO, Jorge. *Fisiologia do sistema reprodutor feminino*. p. 4. Disponível em: <<http://www.uff.br/WebQuest/downloads/FisiolApRepFem.pdf>> Acesso em 22 fev. 2018 às 12h39.

⁹¹ BRASIL. *Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sexuais_reprodutivos_metodos_anticoncepcionais.pdf>. Acesso em 22 fev. 2018 às 11h17

⁹² VERONEZ, Djanira Aparecida da Luz. Abordagem morfofuncional do sistema reprodutor masculino e feminino. Disponível em: <http://rle.dainf.ct.utfpr.edu.br/hipermidia/images/documentos/Abordagem_morfofuncional_do_sistema_reprodutor_masculino_e_feminino.pdf> Acesso em 24 fev. 2018 às 14h27.

⁹³ BRASIL. *Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sexuais_reprodutivos_metodos_anticoncepcionais.pdf>. Acesso em 22 fev. 2018 às 11h17

Os epidídimos são os primeiros ductos responsáveis pelo transporte dos espermatozoides dos testículos para fora do corpo. Além de transportar, os epidídimos também mantêm os espermatozoides e os amadurece.

Os canais deferentes são dois ductos de maior calibre que partem do epidídimo em direção ao abdômen para desembocar no ducto ejaculatório localizado na cavidade pélvica.

O ducto ejaculatório é um canal que recebe fluídos dos testículos – a partir dos epidídimos e dos canais deferentes – e da vesícula seminal, passando-os para a uretra.

As vesículas seminais, a próstata e as glândulas bulbouretrais são glândulas acessórias que têm a finalidade de produzir líquidos que comporão, junto com os espermatozoides, o sémen humano⁹⁴. Esses líquidos são responsáveis pela nutrição e facilitação da mobilidade dos espermatozoides, compondo a maior parte do sémen humano.

A uretra é um canal que parte da bexiga, se conecta com outros ductos do sistema reprodutor masculino e passa por dentro do pênis. Tem a função de eliminar a urina e expelir o sémen.

3.1.3 Hormônios sexuais

Além dos órgãos reprodutores, que têm funções diversas na reprodução humana, como formar os gametas masculino e feminino, transportá-los, favorecer a fecundação e proteger a nova vida em desenvolvimento, a fertilidade depende, essencialmente da produção adequada dos hormônios sexuais.

Em comum, as pessoas dos sexos feminino e masculino têm os hormônios folículo estimulante e luteinizante. Ambos são hormônios hipofisários, ou seja, produzidos na hipófise, glândula que se localiza na base do cérebro e é controlada pelo hipotálamo, parte do sistema nervoso central, e atuam nas gônadas para estimular a produção (i) dos hormônios feminino, (ii) do hormônio masculino e (iii) dos gametas⁹⁵.

⁹⁴ LABORATÓRIO de Biologia do Instituto de Física de São Carlos (USP). *Sistema Reprodutor Humano*. [20--?], *slide*. Disponível em: < <http://biologia.ifsc.usp.br/bio2/apostila/apost-fisiol-parte7.pdf> > Acesso em: 26 fev. 2018 às 17h59.

⁹⁵ MORAES, Ismar Araújo de Moraes; ROCHA, Newton da Cruz. *Hipotálamo e Hipófise*. Disponível em: < <http://www.uff.br/fisiovet/Conteudos/hipotalamo.htm> >. Acesso em 02 mar 2018 às 15h50.

Os hormônios femininos são estrógeno e progesterona.

O estrógeno tem a função reprodutora de maturar os órgãos reprodutores, desenvolver os caracteres sexuais secundários femininos e promover o espessamento do endométrio.

A progesterona prepara o endométrio para a gravidez, mantendo-o espesso durante todo esse período, se for o caso.

O hormônio masculino é a testosterona. Esse hormônio sexual é responsável pela maturação dos órgãos reprodutores e pelo desenvolvimento dos caracteres sexuais secundários masculinos. Além disso, estimula as glândulas acessórias masculinas.

3.1.4 A gravidez

A gravidez é o período de gestação do ser humano. É, pois, o período de tempo entre a fecundação e o nascimento que ocorre dentro do corpo feminino, local adequado para a proteção e manutenção do ser humano em desenvolvimento.

Para que ocorra a gravidez natural, é preciso que uma pessoa do sexo masculino e uma pessoa do sexo feminino estejam férteis e copulem.

A pessoa adulta do sexo masculino costuma ser sempre fértil. A pessoa adulta do sexo feminino, contudo, tem períodos de fertilidade.

Considerando que, no mais das vezes, os métodos contraceptivos se voltam ao controle da fertilidade feminina, nos dedicaremos mais à exposição de como ela funciona.

A fertilidade da pessoa dotada do sistema reprodutor feminino se inicia com a liberação dos hormônios hipofisários, folículo estimulante e luteinizante. Esses hormônios atuam nos ovários estimulando a ovulação.

Como apenas um ovário é amadurecido por vez, os hormônios hipofisários não têm sua produção máxima o tempo todo. Após a ovulação ocorre uma queda desses hormônios.

O óvulo é amadurecido a partir de folículos presentes no ovário. Esses folículos são amadurecidos, repetimos, pelos hormônios hipofisários, aumentando de tamanho significativamente dentro do útero, até que ele se rompe e libera o óvulo. O óvulo é recebido pela tuba e o restante do folículo permanece no ovário, formando o corpo lúteo.

O corpo lúteo funciona como uma glândula temporária, liberando progesterona e estrógeno.

Há, portanto, um aumento significativo na produção desses hormônios femininos, com o intuito de garantir o espessamento do endométrio, mais especificamente do *stratum functional*.

Ocorrida a ovulação a tuba recebe o óvulo, movimentando-o em direção ao útero através de movimentação da sua musculatura. O óvulo, nessa fase, também possui uma camada de cílios que o auxilia no percurso dirigido ao útero.

Se a atividade sexual ocorrer nesse período, haverá a ejaculação do sémen no canal vaginal. Os espermatozoides tentarão passar para a parte interna do útero, fazendo-o com facilidade, pois nessa fase o muco cervical estará favorável à sua mobilidade.

Os espermatozoides acessam o útero e se direcionam às tubas, onde um deles conseguirá fecundar o óvulo. Fecundado o óvulo, forma-se o ovo, que se direcionará, com auxílio dos movimentos tubários, em direção ao útero.

Como nesse período, por ação do estrógeno e da progesterona o endométrio está bem espesso, o ovo ingressa na cavidade uterina e consegue se implantar no endométrio. A partir daí a gravidez se desenvolve.

Com a nidação, começa a se desenvolver a placenta, que estimula o corpo lúteo mantendo-o ativo, de modo que ele manterá a produção da progesterona, essencial, como visto, para a manutenção do *stratum functional* do endométrio.

Não ocorrida a fecundação e a nidação, contudo, o corpo lúteo se desfaz, ocorrendo uma queda abrupta na produção dos hormônios femininos, de forma que a camada mais externa do endométrio se desfaz. Essa descamação do endométrio é a menstruação. Começa, aqui, um novo ciclo, com o aumento gradual dos hormônios hipofisários pela hipófise, que, percebendo a queda abrupta do estrógeno e da progesterona entende que o último óvulo expelido não foi fecundado e que, portanto, um novo óvulo deve ser amadurecido para permitir que a gravidez ocorra.

Percebemos, portanto, que a natureza humana trabalha para que a concepção ocorra. Assim é porque todos os seres vivos se voltam, naturalmente, à perpetuação da própria espécie⁹⁶.

⁹⁶ LABORATÓRIO de Biologia do Instituto de Física de São Carlos (USP). *Sistema Reprodutor Humano*. [20--?], *slide*. Disponível em: <<http://biologia.ifsc.usp.br/bio2/apostila/apost-fisiol-parte7.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2018 às 17h59

3.2 MÉTODOS CONTRACEPTIVOS

Visando dissociar o prazer do ato sexual da atividade reprodutiva, o ser humano passou a buscar meios de evitar a gravidez. A ciência evoluiu, desvelando como a gravidez ocorre e a partir daí passou a atuar no sentido de driblar a natureza do corpo humano.

Dessa forma, evoluíram os métodos contraceptivos, meios de diminuir as chances de gestação. Os métodos contraceptivos permitiram o controle da natalidade e o surgimento dos direitos sexuais e reprodutivos, entendidos, hoje, como direitos humanos fundamentais⁹⁷.

A Constituição da República de 1988 elencou o planejamento familiar à categoria de direito fundamental, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas⁹⁸.

Esse direito fundamental atualmente é regulado pela lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que conceitua o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”⁹⁹

Assim, é que o acesso informado aos métodos contraceptivos é um direito fundamental do cidadão. Todo cidadão tem o direito a ter acesso às informações a respeito das vantagens e riscos de cada método contraceptivo, bem como à escolha de usá-los ou não usá-los.

⁹⁷ FINOTI, Marta. *Manual de anticoncepção*. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2015.

⁹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 fev. 2018 às 12h44.

⁹⁹ BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. *Lei do Planejamento Familiar*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em 02 fev. 2018 às 18h19.

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o **caput** só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

Constatamos, portanto, que o direito ao planejamento familiar se concretiza, também, pelo direito à escolha informada do método contraceptivo que melhor se adequa à realidade e vontade da pessoa. Não é possível determinar que a pessoa utilize um método por, por exemplo, ser mais barato ou ter maior eficácia, quando a pessoa se sente mais à vontade em utilizar um anticoncepcional mais caro ou menos eficaz.

É, portanto, um direito de liberdade associado ao direito de assistência estatal. Nesse cenário, o Estado tem a missão de (i) informar os cidadãos a respeito dos métodos contraceptivos disponíveis; (ii) garantir o acesso aos métodos e técnicas de concepção e anticoncepção; (iii) garantir que a escolha e o uso dos métodos se dê de forma livre, através da manifestação desimpedida da vontade do sujeito.

Percebemos, então, que o direito ao planejamento familiar não engloba o à indenização em caso de falha contraceptiva natural. Primeiro porque é impossível garantir a alguém um direito de ter acesso a um método contraceptivo de eficácia absoluta. Em segundo lugar porque, ainda que tal método existisse, o cidadão teria o pleno direito de optar por um método com maior taxa de ineficácia.

Nesse cenário, importa esclarecer que os métodos contraceptivos atualmente existentes podem ser divididos em três categorias: (i) comportamentais, (ii) de barreira, (iii) hormonais e (iv) esterilizantes¹⁰⁰.

Nenhum desses métodos possui eficácia absoluta. Todos têm vantagens e desvantagens, de forma que a utilização de um ou de outro perpassa pela necessária manifestação livre de vontade.

3.2.1 Métodos comportamentais

¹⁰⁰ POLI, Marcelino Espírito Hofmeister; *et al.* Manual de Anticoncepção da FEBRASGO. *Femina*. nº 9, vol. 37. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2009. p. 460/492.

Os métodos comportamentais partem do conhecimento a respeito de como ocorre a fecundação para tentar evitá-la a partir da adoção de certas atitudes. Esses métodos independem do consumo de qualquer produto¹⁰¹, podendo, contudo, ser orientado por médicos e outros profissionais da área de saúde.

Possivelmente porque tais métodos têm reconhecidamente grande dificuldade de execução e alta chance de falha e, também, pela não recomendação usual dos médicos de sua adoção exclusiva, não localizamos processos os envolvendo, de modo que não nos alongaremos na explicação do seu funcionamento.

Cumpra, apenas, indicar quais são os métodos mais conhecidos que compõem essa categoria: (i) abstinência sexual, (ii) coito interrompido, (iii) tabelinha, (iv) acompanhamento do muco cervical e (v) acompanhamento da temperatura basal.

3.2.2 Métodos de barreira

Os métodos de barreira tem a missão de evitar o encontro do óvulo com o espermatozoide através da contenção física, normalmente dos espermatozoides¹⁰².

Compõem essa categoria os seguintes métodos: (i) *condom*; (ii) espermicidas; (iii) diafragma e (iv) sistemas intrauterinos.

O *condom* – também conhecido com camisinha ou preservativos – é método contraceptivo que busca impedir o contato do sêmen com o canal vaginal. Assim, o sêmen é retido no *condom* e impedido de chegar ao útero. Há tanto o *condom* masculino como o *condom* feminino.

O *condom* é um método bastante eficaz quando utilizado corretamente. Todavia, seu uso comum costuma comprometer significativa a eficácia do método. Muitas vezes o (a) usuário (a) não sabe colocá-lo ou retirá-lo adequadamente no pênis ou na vaginal. Há casos, também, que por motivos diversos (baixa qualidade do produto e problemas de acondicionamento, por exemplo) o produto rompe e sua eficácia é comprometida, já que não impede o acesso dos espermatozoides ao canal vaginal.

Os espermicidas são substâncias químicas que atuam comprometendo a vitalidade dos espermatozoides e servindo de barreira física ao acesso ao útero. São pouco eficazes.

¹⁰¹ *Op. cit.*

¹⁰² *Op. cit.* p. 463.

O diafragma é “uma membrana de silicone, em forma de cúpula, côncavo-convexa, circundada por um anel flexível”¹⁰³. O diafragma é inserido na cavidade vaginal de forma que cubra a parede vaginal anterior. Sua inserção é feita pelo(a) usuário(a) horas antes do coito. Seu mecanismo contraceptivo é, portanto, impedir o acesso dos espermatozoides ao útero e tubas. Sua taxa de ineficácia é alta devido, sobretudo, à dificuldade de inserção correta.

Os sistemas intrauterinos são produtos que são inseridos no útero com finalidade contraceptiva. Existem dois tipos principais, o DIU de cobre e o DIU com hormônio.

Acredita-se que o DIU de cobre evita a gravidez através da liberação de pequenas quantidades de íons de cobre no ambiente uterino que provocam uma reação inflamatória modificando as características histológicas e bioquímicas do ambiente uterino de forma a (i) comprometer a vitalidade e mobilidade dos espermatozoides, (ii) diminuir a sobrevivência do óvulo e (iii) comprometer o desenvolvimento do endométrio .

O DIU hormonal (Mirena®) libera uma pequena quantidade de progesterona. Ele causa atrofia no endométrio e, pela ação local da progesterona acaba suprimindo os receptores endometriais do estrogênio e da progesterona. Há também um espessamento do muco cervical, “criando uma barreira à penetração espermática”. Ademais, pela presença constante da progesterona, a hipófise pode diminuir a produção de seus hormônios, de forma que a ovulação não ocorre.

Os Dispositivos Intrauterinos são inseridos por médico em consultório ou ambiente hospitalar. Têm alta taxa de eficácia, longa durabilidade – de cobre, até 10 anos e hormonal, até 5 anos – e independe de atuação constante do(a) usuário(a).

3.2.3 Métodos hormonais

Os métodos hormonais se dão através da utilização de drogas que contêm doses de hormônios em doses suficientes para garantir a gravidez, normalmente impedindo a ovulação¹⁰⁴.

O principal hormônio utilizado nesses métodos é a progesterona. Com a progesterona na corrente sanguínea, o hipotálamo não estimula a hipófise a produzir

¹⁰³ *Op. cit.* p. 465.

¹⁰⁴ *Op. cit.* p. 469.

os seus hormônios. Com a inibição da produção dos hormônios hipofisários (folículo estimulante e luteinizante) os folículos do óvulo não são estimulados e a ovulação não ocorre. Sem óvulo, não ocorre a fecundação, naturalmente.

Além da inibição da ovulação, os hormônios também atuam sobre o muco cervical, espessando-o e dificultando o acesso ao útero, e sobre o endométrio, atrofiando-o com o tempo.

Os métodos hormonais se apresentam de diversas formas: (i) pílulas orais, (ii) pílulas vaginais; (iii) anéis vaginais, (iv) implantes, (v) adesivos e (vi) injetáveis.

As pílulas dependem do comportamento da(o) usuária(o) que precisarão lembrar de utilizá-la diariamente. Por esse motivo, o uso típico e o uso perfeito apresentam taxas de ineficácia muito díspares.

O anel vaginal também depende de colocação da usuária e de sua atitude. O controle, contudo, é mais fácil, uma vez que a usuária o insere no canal vaginal no início do ciclo precisando retirá-lo apenas após 21 (vinte e um) dias, inserindo um anel novo após uma semana, reiniciando assim um novo ciclo.

No mesmo sentido, os adesivos e injetáveis dependem de lembrança periódica da(o) usuária(o).

Os implantes, por sua vez, são pequenas cápsulas ou bastões de material plástico que são inseridos, normalmente, na face interna do braço. Eles liberam hormônios gradualmente na corrente sanguínea. São inseridos por médicos e tem longa durabilidade, normalmente em torno de 03 (três) anos.

A taxa de eficácia com uso típico e uso perfeito são muito próximas, uma vez que a utilização independe de atuação da(o) usuária(o).

Em todos os casos, contudo, há possibilidade de gravidez, pois o corpo feminino, apesar dos hormônios, pode promover a ovulação.

3.2.4. Cirurgias esterilizantes

As cirurgias esterilizantes são métodos anticoncepcionais definitivos. Desse modo, o homem ou a mulher perdem sua fertilidade de forma perene.

A laqueadura é cirurgia esterilizante na qual é realizada a obstrução ou interrupção das tubas uterinas. Desse modo, a passagem do óvulo e dos espermatozoides é bloqueada, impedindo que a fecundação ocorra.

Na vasectomia, o canal deferente masculino é cortado, de forma que os espermatozoides produzidos nos testículos não chegam até a uretra. Assim, o sêmen expelido pela pessoa que se submeteu a esta cirurgia não é composto por espermatozoides, mas apenas pelos líquidos que produzidos pela glândulas acessórias.

Após a vasectomia, é necessário que a pessoa que a realizou aguarde um período de aproximadamente 03 (três) meses para ter relações sexuais sem a utilização de outro método contraceptivo. Isso porque o epidídimo armazena e amadurece os espermatozoides, de forma que o sêmen continua recebendo os gametas masculinos durante algum tempo. Para verificar o sucesso da cirurgia e a efetiva esterilização, é necessário realizar espermograma, exame no qual o sêmen é analisado para verificar a quantidade dos espermatozoides.

Nenhuma das duas cirurgias aqui apontadas são métodos contraceptivos de eficácia absoluta. Isso porque as tubas uterinas e os canais deferentes podem se recanalizar e a fertilidade voltar ao normal. Essa situação decorre, no mais das vezes, de uma resposta natural do próprio corpo.

As referidas cirurgias são reguladas pela lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que, como visto, trata do planejamento familiar.

O art. 10 da referida lei traz estabelece que a cirurgia de esterilização voluntária só pode ser realizada em caso de risco à vida da(o) gestante ou do concepto ou, quando cumulativamente atendidos todos os seguintes requisitos: (i) em pessoas plenamente capazes, (ii) maiores de vinte e um anos ou com dois filhos vivos, (iii) após o discurso de sessenta dias da manifestação da vontade, (iv) após aconselhamento de equipe multidisciplinar que vise dissuadir a esterilização precoce.

Em todos os casos é necessário o registro da “expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes”¹⁰⁵, além da manifestação expressa do cônjuge, caso esteja vigente sociedade conjugal.

A pessoa incapaz poderá ser esterilizada mediante autorização judicial.

Concluimos com o presente e breve Capítulo, portanto, que inexistente método contraceptivo de eficácia absoluta. Todos os métodos contraceptivos têm a finalidade

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. *Lei do Planejamento Familiar*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em 02 fev. 2018 às 18h19.

de reduzir a chance de concepção e alguns conseguem uma redução a um percentual mínimo.

Ademais, muitos métodos contraceptivos dependem do bom uso do(a) usuário(a) para que seu potencial contraceptivo tenha a máxima eficácia possível. Esses métodos têm, usualmente, taxas de ineficácia por uso perfeito e uso comum bastante díspares.

Abaixo, tabela disponibilizada pelo manual da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), comparando as taxas de eficácia para o uso perfeito e típico dos métodos contraceptivos:

Anexo 3 - Tabela sumária da eficácia dos anticoncepcionais

Método	% de mulheres com uma gestação não desejada		% de mulheres em uso com 1 ano ³
	Uso típico ¹	Uso perfeito ²	
-1	-2	-3	-4
Nenhum método ⁴	85	85	
Espermicidas ⁵	29	18	42
Coito interrompido	27	4	42
Métodos baseados na fertilidade	25		51
Método dos dias-padrão ⁶		5	
Método dos dois dias ⁶		4	
Método da ovulação ⁶		3	
Espanja			
Mulheres com paridade	32	20	46
Nullíparas	16	9	57
Diafragma ⁷	16	6	57
Condom ⁸			
Feminino	21	5	49
Masculino	15	2	53
Pílulas combinadas e só de progestágeno	8	0,3	68
Adesivo cutâneo	8	0,3	68
Anel vaginal	8	0,3	68
AMPD	3	0,3	56
DIU			
Tcu 380A	0,8	0,6	78
Com LNG	0,2	0,2	80
Implanon	0,05	0,05	84
IT	0,5	0,5	100
Vasectomia	0,15	0,1	100

Pílulas contraceptivas de emergência: Tomadas dentro das primeiras 72 horas após o coito desprotegido - redução do risco de gravidez por, no mínimo, 75%⁹
Amenorreia da lactação – altamente eficaz, temporariamente¹⁰

4 PRECEDENTES SOBRE ÔNUS DE PROVA NAS DEMANDAS INDENIZATÓRIAS COM CAUSA DE PEDIR FUNDADA EM GRAVIDEZ DURANTE O USO DE MÉTODO CONTRACEPTIVO

Como os Tribunais entendem que deve ser distribuído o ônus probatório nas demandas indenizatórias que têm como causa de pedir os danos decorrentes do advento de uma gravidez durante o uso de métodos contraceptivos?

Para responder a essa pergunta é necessário, primeiro, delimitar a existência ou inexistência de responsabilidade dos fornecedores pela gravidez. É o que faremos a seguir.

4.1 A RESPONSABILIDADE PELOS DANOS DECORRENTES DE UMA GRAVIDEZ INDESEJADA OCORRIDA DURANTE O USO DO MÉTODO CONTRACEPTIVO

Conforme conclusão obtida no “Capítulo 3” dessa monografia, é possível que uma pessoa dotada do sistema reprodutor feminino engravide mesmo que se valha de algum método contraceptivo.

Essa gravidez pode ocorrer por três motivos: (i) mau uso do método; (ii) defeito do produto ou do serviço utilizados com fins contraceptivos e (iii) índice de falibilidade natural do método escolhido.

Os pontos (ii) e (iii) acima indicados são diferentes, como visto no “Capítulo 3”, porque todos os métodos contraceptivos têm um índice natural de falha e isso não se constitui em defeito, porque é da própria natureza do produto ou do serviço.

A seguir, nos debruçaremos no estudo sobre a responsabilidade por cada um desses motivos que podem levar à gravidez durante o uso de anticoncepcionais.

4.1.1 Responsabilidade quando a gravidez decorre de mau uso do método contraceptivo

O mau uso do método contraceptivo pode decorrer de (i) culpa exclusiva da(o) usuária(o); (ii) culpa do médico que não acompanhou ou instruiu corretamente o(a) paciente ou (iii) falha na informação prestada pelo fornecedor do método contraceptivo.

4.1.1.1 Mau uso por culpa exclusiva da(o) usuária(o)

O mau uso ou uso indevido decorrente da desídia do(a) usuário(a) será caracterizado pela desatenção às orientações médicas e indicações da bula ou pela prestação de informações insuficientes ou inverídicas ao médico na consulta em que se discuta a contracepção.

Ocorre mau uso por responsabilidade exclusiva do (a) usuário (a) quando, por exemplo, ele(a): (i) utiliza contraceptivo oral combinado e não o ingere conforme indicação médica e bulária ou não observa as interações medicamentosas indicadas pela bula ou pelo médico, (ii) deve fazer exames periódicos para verificar a correta localização do aparelho – caso do DIU – e não os faz; (iii) mantém o mecanismo contraceptivo em seu corpo após o período recomendado – caso do DIU, dos implantes, do anel vaginal e outros-, (iv) insere o anel, a camisinha feminina ou o diafragma de forma incorreta no canal vaginal, (v) utiliza a camisinha masculina indevidamente ou (vi) não informa o médico que usa ou usou medicação que interage com o método contraceptivo escolhido.

Caso o mau uso decorra de culpa exclusiva do(a) usuário(a) não há responsabilidade do médico, do fornecedor ou do fabricante do método contraceptivo pela gravidez por aplicação do art. 12, § 3º, III (fornecedores) e 14, §3º, II (médicos), ambos do Código de Defesa do Consumidor.

4.1.1.2 Mau uso por culpa médica

O médico pode se equivocar na prescrição, na instrução ou na inserção do método contraceptivo.

Há equívoco na prescrição quando a(o) paciente não atende aos requisitos para o uso do método contraceptivo e, ainda assim, o médico o(a) orienta a utilizá-lo. São exemplos desse equívoco (i) a prescrição de contraceptivo a paciente que faça uso de medicação que diminua ou corte a eficácia anticoncepcional¹⁰⁶ e (ii) paciente

¹⁰⁶ É o caso, por exemplo, do anel vaginal (Nuvaring®) e alguns fármacos para tratamento de epilepsia, tuberculose, infecções por HIV e outras doenças infecciosas (caso do antibiótico, cuja interação é bastante conhecida) e medicamentos à base da planta Erva de São João. Fonte: NUVARING: etonogestrel e etinilestradiol. Farmacêutico responsável Marcos C. Borgheti. São Paulo: Schering-Plough, 2017. Bula de Remédio.

que tem alguma condição que diminua a eficácia contraceptiva do método contraceptivo indicado¹⁰⁷.

Há equívoco na instrução quando o médico não orienta o(a) paciente sobre o uso do método contraceptivos e os cuidados necessários para o atingimento máximo da eficácia contraceptiva. É o caso, por exemplo, do médico que recomenda o uso da pílula em periodicidade diversa da indicada pela bula ou do profissional que não orienta a usuária do DIU a fazer as ultrassonografias e exame especular na periodicidade necessária para verificar seu posicionamento na cavidade uterina.

O médico também pode falhar no momento da inserção do método contraceptivo, quando o método dependa desse ato médico, e esse erro pode repercutir na diminuição da capacidade contraceptiva do anticoncepcional. É o caso dos sistemas intrauterinos (DIUs de cobre e Mirena®) e dos implantes subdérmicos.

Em todas essas hipóteses, há falha na prestação de serviço e, portanto, responsabilidade civil do médico pelos danos advindos da gravidez indesejada e, se for o caso, do hospital ou clínica a que o médico está vinculado, por aplicação do art. 14 do CDC.

4.1.1.3 Mau uso por informações equivocadas ou insuficientes pelo fornecedor

O mau uso também pode decorrer de falha na informação por parte dos fornecedores de métodos contraceptivos.

É o caso da bula ou instrução de uso que instrui equivocada ou insuficientemente a forma de uso do método fornecido. Exemplo disso é a bula de contraceptivo oral que indica periodicidade de ingestão da pílula diversa daquela que permite a verificação do efeito contraceptivo.

Nesse caso, há responsabilidade do fornecedor face ao quanto previsto no art. 12, *caput*, parte final, do CDC.

4.1.2. Responsabilidade quando a gravidez decorre de defeito

Defeito é um conceito jurídico indeterminado. O Código de Defesa do Consumidor o delimita nos artigos 12, §§1º e 2º e 14, §1º. Por esses artigos se

¹⁰⁷ Caso do médico que se equivoca na medição para prescrição do tamanho do diafragma e acaba prescrevendo o diafragma de tamanho errado.

constata que o produto defeituoso é o produto que possui um vício de qualidade por insegurança decorrente de *periculosidade adquirida* e *periculosidade exagerada*. O sistema protetivo do consumidor excluiu, portanto, do conceito de produtos defeituosos aqueles que possuem *periculosidade inerente*¹⁰⁸.

Sendo assim, será defeituoso o método contraceptivo que possua periculosidade adquirida ou exagerada, mas jamais aquele que possua periculosidade inerente (todos, no caso).

A ressalva é importante porque todos os métodos contraceptivos têm uma taxa de ineficácia *normal* e *previsível*, de forma que nenhum é capaz de extirpar completamente o risco de gravidez quando pessoas férteis dotadas de genitálias sexuais diferentes copulam. Sendo assim, podemos afirmar que todos os métodos guardam uma periculosidade inerente e não podem ser considerados defeituosos quando a gravidez ocorra dentro da taxa natural de ineficácia.

4.1.2.1. Responsabilidade quando a gravidez decorre de defeito no produto

A gravidez durante o uso de contraceptivos pode ocorrer por defeito do produto anticoncepcional utilizado. Nesse caso o produto, por problema de projeto, fabricação, fórmula, manipulação, apresentação ou acondicionamento não forneceu a eficácia contraceptiva que se espera legitimamente dele.

Nesse tópico trazemos o exemplo clássico das pílulas de farinha que ocorreu em 1998 com lotes do anticoncepcional Microvlar® da Schering do Brasil.

O Microvlar foi lançado no mercado nacional em 1985 e foi a pílula anticoncepcional mais vendida no país na década de 90. Entre 12 de janeiro e 21 de abril de 1998 a empresa realizou testes de uma nova embalagem e, para isso, usou pílulas feitas de farinha, ou pílulas bobas, que, após o teste, seriam remetidas para incineração. Ocorre que, de acordo com a Schering, algumas dessas cartelas contendo as pílulas de farinha foram furtadas e revendidas para algumas farmácias, sendo consumidos por algumas mulheres e muitas engravidaram¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. p. 159. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

¹⁰⁹ AVELINO, Márcia Reis da Silva. *A importância da ética nas organizações*. Monografia (Especialização em Gestão Empresarial) – AVM Faculdade Integrada, Universidade Candido Mendes. Rio de Janeiro, 2012.

Embora se trate de um problema de administração do laboratório, que foi negligente com os lotes de pílulas de farinha, o produto que foi efetivamente consumido era defeituoso.

Sendo assim, como exemplo de produto anticoncepcionais defeituosos temos: (i) pílulas sem hormônio ou com dosagem de hormônio diferente da anunciada; (ii) DIUs de cobre sem cobre ou com quantidade de cobre inferior à indicada na bula; (iii) camisinha –feminina ou masculino – que, por problema na fabricação, no transporte ou no acondicionamento pelo fornecedor, foi adquirida furada.

Quando a gravidez decorre de defeitos do produto, há responsabilidade do fornecedor, nos termos da norma extraída do art. 12, *caput* e §1º do CDC.

4.1.2.2. Responsabilidade quando a gravidez decorre de defeito na prestação do serviço

A gravidez ocorrida após as cirurgias de laqueadura ou vasectomia podem decorrer de erros na realização desses procedimentos cirúrgicos.

Caso o cirurgião erre no momento da execução do procedimento requerido, deixando de cortar ou fechar os canais deferentes masculinos na vasectomia ou de interromper as trompas de falópio na laqueadura.

Nessas circunstâncias, há responsabilidade do médico e do hospital ou clínica que prestaram o serviço, nos termos do art. 14 do CDC.

4.1.3 Responsabilidade quando a gravidez ocorre dentro da taxa de falibilidade normal e previsível do produto

A gravidez durante o uso de contraceptivos pode ocorrer ainda que não exista defeito no produto ou procedimento médico utilizado ou consumido com finalidade contraceptiva.

Nenhum método contraceptivo possui eficácia absoluta porque a vocação do corpo humano para reprodução é acentuada, não tendo a medicina avançado ao ponto de conseguir driblá-la completamente.

Com base nisso, analisaremos a responsabilidade pela gravidez decorrente da taxa natural de falha do método em duas situações: (i) quando não houve falha de

informação a respeito da possibilidade de ineficácia e (ii) quando houve falha de informação a respeito da chance de ineficácia do método.

4.1.3.1 Responsabilidade quando não houve falha de informação a respeito do risco de gravidez pelo fornecedor ou pelo médico

O fornecedor e o médico não respondem pela possibilidade de concepção dentro das taxas anunciadas de falha do método.

O fornecedor não responde, em primeiro lugar porque não há responsabilidade sem obrigação.

Sérgio Cavalieri Filho, em seu Programa de Responsabilidade Civil, ensina que “*Obrigação* é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, consequente da violação do primeiro”¹¹⁰.

O fornecedor se obriga a oferecer método contraceptivo que reduza as chances de gravidez ao percentual por ele indicado (normalmente na bula), não a anular essa possibilidade. Logo, se o fornecedor entregou método contraceptivo sem defeito, adimpliu sua obrigação e, portanto, não tem responsabilidade pelos eventuais danos decorrentes do evento gravídico.

Em segundo lugar porque não existe nexos de causalidade entre o uso de contraceptivos e a ocorrência de gravidez.

A gravidez é um estado consequente da fecundação do óvulo pelo espermatozoide e da posterior implantação do embrião no útero. Esse estado, como explicamos no “Capítulo 2”, acontece em razão do ato sexual entre pessoas férteis de sexos diferentes ou da submissão a técnicas de reprodução assistida, nunca da utilização de método contraceptivo.

É possível, repetimos, que a portadora da genitália feminina engravide *durante* o uso perfeito do método contraceptivo. Mas é absolutamente impossível que ela engravide *porque* utilizou um método contraceptivo, qualquer que seja.

Nenhum método anticoncepcional expõe o óvulo ao espermatozoide. Nenhum método contraceptivo implanta o embrião no útero.

Sendo assim, não há nexos causal entre os possíveis danos advindos de uma gravidez não planejada e a utilização de método anticoncepcional não defeituoso.

¹¹⁰CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. fls. 02.

Terceiro: o fornecedor não responde pela possível concepção durante o uso de anticoncepcional hígido porque não criou risco para os direitos de outrem com o exercício habitual de sua atividade.

Novamente, a gravidez é um risco inerente e indissociável às relações com penetração peniana vaginal. A atividade consistente no fornecimento de método contraceptivo não cria ou mesmo aumenta o risco de gravidez, pelo contrário, o diminui.

Deste modo, a atividade habitualmente exercida pelo fornecedor de anticoncepcionais não ameaça qualquer direito do consumidor, na verdade permite que ele exerça, com maior segurança, seus direitos sexuais e reprodutivos.

Por fim, em quarto lugar, não há responsabilidade do fornecedor no cenário ora discutido porque, caso se entenda – por absurdo – que o uso do contraceptivo contribui para o risco de gravidez, trata-se de periculosidade inerente ao produto ou serviço.

Embora o Código de Defesa do Consumidor tenha nítida intenção de proteger o consumidor, considerando-o parte hipossuficiente nas relações de consumo, não pôde abrigá-lo contra todos os riscos existentes no mercado.

Assim é porque eventualmente o consumidor será legitimamente exposto a produtos e serviços que “trazem um risco intrínseco atado a sua própria qualidade ou modo de funcionamento”¹¹¹, especialmente quando a sociedade, ponderando entre os ônus e os bônus proporcionados por aqueles bens de consumo decide por tolerar suas potencialidades lesivas em razão dos seus benefícios manifestos.

Os produtos ou serviços de periculosidade latente ou inerente são, talvez, o maior exemplo de riscos que não foram incorporados pelo sistema protetivo das relações de consumo, já que os danos deles decorrentes não comportam reparação.

É no rol desses bens de consumo que os métodos contraceptivos devem ser enquadrados quanto a todos os efeitos colaterais previstos na bula e, especialmente, quanto à ocorrência de gravidez no curso do seu uso perfeito.

Esse enquadramento decorre do perfeito atendimento da periculosidade oferecida pelos contraceptivos aos requisitos para que o bem de consumo seja de periculosidade inerente, quais sejam, a normalidade e a previsibilidade:

¹¹¹BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Em síntese, para que a periculosidade seja reputada inerente, dois requisitos devem estar presentes: a normalidade e a previsibilidade. Têm eles a ver com a expectativa legítima dos consumidores. A regra geral, portanto, é a de que os danos decorrentes de periculosidade inerente não dão ensejo ao direito de indenizar. [...] ¹¹²

O evento gravídico durante o uso de anticoncepcionais é normal e previsível. A normalidade decorre da prescindibilidade de defeitos no método ou no seu uso para que a gravidez ocorra. Já a previsibilidade se constata com a disponibilidade prévia das taxas de eficácia de cada método, seja através da bula, do médico ou da notoriedade do risco.

Destarte, o risco de gravidez, interpretado como perigo normal e previsível do método contraceptivo escolhido, não dá azo à reparação em caso de sua concretização, por se tratar de bem de consumo de periculosidade inerente.

Dessa forma, caso não haja desinformação por parte dos fornecedores e do médico, não há responsabilidade civil destes pela gravidez ocorrida dentro da taxa de ineficácia normal e previsível do método escolhido.

4.1.3.2 Responsabilidade quando houve falha de informação a respeito do risco de gravidez pelo fornecedor ou pelo médico

O fornecedor e o médico respondem pelo vício de informação, ou seja, respondem quando afirmarem ou induzirem o consumidor a acreditar que o método contraceptivo possui eficácia absoluta.

No caso dos médicos cirurgiões responsáveis pela cirurgia de laqueadura e vasectomia a responsabilidade é ainda maior. Como vimos em tópico próprio do Capítulo anterior, a lei nº 9.263/1996 estabelece no art. 10 uma série de requisitos para que essas cirurgias esterilizantes sejam realizadas.

Entre essas exigências existe a obrigação de consentimento informado, expresso e escrito por parte do paciente.

Assim, caso se constate que houve defeito de informação, o médico e/ou o fornecedor serão responsabilizados com fulcro nos arts. 14, *caput*, e 12, *caput*, todos do Código de Defesa do Consumidor.

¹¹²*Op.cit.*

Delimitados os casos de responsabilidade ou irresponsabilidade dos fornecedores pela gravidez ocorrida durante o uso de algum método contraceptivo, interessa analisar os precedentes que tratam da distribuição do ônus probatórios em demandas dessa natureza.

4.2. ANÁLISE DE PRECEDENTES SOBRE ÔNUS DE PROVA EM DEMANDAS INDENIZATÓRIAS QUE VERSAM SOBRE A OCORRÊNCIA DE GRAVIDEZ DURANTE O USO DE MÉTODOS CONTRACEPTIVOS

Os Tribunais Pátrios já foram instigados diversas vezes a julgar demandas indenizatórias cuja causa de pedir é a gravidez durante o uso de métodos contraceptivos.

Embora algumas demandas visem imputar ao fornecedor a responsabilidade ainda que inexista defeito ou vício de informação, certo é que no mais das vezes os (as) consumidores (as) vão a Juízo alegando defeito do produto ou do serviço ou vício de informação.

Nesse cenário, e considerando as disposições do Código de Defesa do Consumidor, a quem compete a prova do defeito ou da insuficiência das informações? O defeito é fato constitutivo do direito do autor conforme parece indicar o art. 12, *caput*, do CDC ou a ausência de defeito é fato impeditivo, conforme interpretação que pode ser extraída do art. 12, §3º, II do mesmo CDC?

A inversão do ônus da prova nesse cenário é comum? A ocorrência de gravidez durante o uso de método contraceptivo garante a verossimilhança das alegações ou a inexistência de anticoncepcional de eficácia absoluta retira esta verossimilhança?

São essas as perguntas que buscaremos elucidar com os tópicos seguintes.

Informamos que analisaremos sobretudo os precedentes dos Tribunais de Justiça dos estados de São Paulo, do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais, face à organização do sistema de busca de seus sítios eletrônicos e ao volume de casos relacionados à temática.

4.2.1. A prova do mau uso do método contraceptivo

Na prática, o maior problema de falha contraceptiva decorre do mau uso do método pelo(a) próprio(a) usuário.

Nas demandas em que esta questão é trazida à tona é preciso avaliar a quem compete comprovar o mau uso e a quem compete comprovar que o mau uso decorreu de falha na informação (quando for o caso).

4.2.1.1 Ônus da prova do mau uso

O uso correto do método contraceptivo é fato que deve ser provado pela parte autora ou o mau uso compete ao réu?

A dúvida decorre da leitura do art. 12, §3º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor:

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:
[...]
III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro¹¹³.

Pelo texto legal, poder-se-ia extrair norma segundo a qual o ônus de comprovar o uso incorreto do método contraceptivo seria do fornecedor e não do consumidor.

Analisemos, pois, alguns precedentes para verificar o entendimento de alguns Tribunais nacionais sobre o ônus de prova nesse ponto específico.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando a Apelação Cível nº 0004738-57.2009.8.26.0150¹¹⁴, entendeu que o uso correto é fato constitutivo do direito do(a) usuário(a) do método contraceptivo, cabendo a ele(a) a sua comprovação.

Tratava-se de demanda indenizatória movida por usuária de contraceptivo hormonal injetável em face do fabricante do contraceptivo e da rede de farmácia na qual foi realizada a aplicação.

A bula indicava que o contraceptivo deveria ser injetado entre o 7º e o 10º dia do ciclo menstrual para que a máxima eficácia contraceptiva fosse alcançada. A autora não conseguiu comprovar que procurava a farmácia ré para injetar o medicamento no período correto e, em consequência, teve sua pretensão rejeitada:

¹¹³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 28 fev. 2018 às 20h46.

¹¹⁴ TJSP. Apelação Cível nº 0004738-57.2009.8.26.0150. Relator: Desembargador Gilberto Leme. DJe 13/12/2017.

Abaixo, transcrição de trecho do voto do relator sobre o ônus de prova:

Não há dúvida acerca da relação de consumo existente entre as partes. No entanto, não se pode também ignorar que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6.º do Código de Defesa do Consumidor não tem aplicação automática, sendo imprescindível a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência. Somente nas hipóteses do art. 38 do CDC (correção da informação ou comunicação publicitária) é que a inversão é automática. Portanto, o que se verifica é que as regras do Código de Processo Civil não foram alteradas pelo Código do Consumidor, devendo ser observado o disposto no art. 373 do NCPC, ainda que se trate de relação de consumo.

[...]

Assim, ainda que a utilização do aludido medicamento tenha sido feita sob prescrição médica, nos termos da declaração de fls. 20, **não se desincumbiu a autora de demonstrar que o fazia de acordo com as instruções contidas na bula**, sendo que há advertência no sentido de que a ausência de observação das recomendações poderia comprometer a eficácia do produto.

Também não se há como atribuir a culpa pela eventual aplicação incorreta do medicamento à corré Rede Drogal, pois, como se infere das instruções de uso, a única recomendação é de que o medicamento seja injetado entre o 7.º e o 10.º, de preferência no 8.º dia, a partir do início de cada menstruação, cuja verificação cabe apenas à usuária.[...]

Em outro caso, o mesmo Tribunal proferiu entendimento também nesse sentido.

Naquela oportunidade, a autora, usuária da pílula Ciclo 21 engravidou após sete anos do uso do contraceptivo. A sentença foi de improcedência por falta de prova por parte da autora de que teria ingerido as pílulas corretamente. O TJSP manteve a sentença:

Ademais, outros fatores também apontados pela r. sentença não permitem concluir-se pela verossimilhança das alegações da autora, pois a bula do medicamento acostada pela ré (fls. 60/61) indica que existem cuidados a serem tomados durante a sua administração (dosagem, período de utilização, intervalos etc), não sendo possível asseverar se esses cuidados foram corretamente observados pela apelante e nesse sentido não basta simples alegação sua de que tomou os medicamentos “corretamente”, além de conter informação técnica de que não se tratam de produtos 100% eficazes.¹¹⁵

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, também manifestou entendimento de que o bom uso compõe o fato constitutivo nas demandas de indenização por gravidez durante o uso de contraceptivos:

¹¹⁵ TJSP. Apelação Cível nº 3000959-74.2013.8.26.0062. Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini. DJe 06/04/2016.

A Apelação nº 0306689-84.2017.8.21.7000¹¹⁶ foi interposta em demanda na qual a parte autora, descendente de japonês usuária de contraceptivo hormonal injetável, alega que é extremamente organizada e preza pelo planejamento familiar com extremo rigor. Apesar da alegação de que sua organização seria praticamente uma característica inata ao seu grupo étnico, o TJRS entendeu que a autora não fez prova suficiente do bom uso do anticoncepcional, ônus que lhe competia por ser fato constitutivo do seu direito:

[...]Assim, cabe à autora a demonstração de que usou regularmente o produto, de acordo com as prescrições e orientações. Somente se tal prova efetivamente foi produzida é que se pode pensar em transferir para a parte contrária o ônus de provar que não houve defeito do produto ou do serviço. No caso em tela, a autora comprovou ser pessoa de hábitos rigorosos, levando vida metódica e planejada. Embora se trate de circunstância relevante, a reforçar a credibilidade da versão autoral, era imprescindível produzir prova mais consistente e relevante, como a juntada das prescrições médicas, a oitiva da ginecologista que acompanhava a autora, oitiva dos profissionais que ministravam a injeção, prontuário do serviço público de saúde que fornecia o medicamento, retendo a prescrição médica, etc. Tais provas, contudo, não vieram aos autos.

[...]

Destarte, apenas com base nas agendas da autora (fl. 25), bem como com a juntada de duas caixas do **contraceptivo** (fl. 21), e a oitiva de uma técnica de enfermagem que uma vez acompanhou a aplicação do **contraceptivo**, não há como se ter como provado que efetivamente a autora seguia rigorosamente as prescrições para o **uso** do medicamento.

Concluimos, portanto, com base nos precedentes analisados, que o bom uso, especialmente nos casos de contraceptivos cujas taxas de ineficácia entre o uso ideal e o uso habitual são abruptamente distintas, é interpretado como fato constitutivo do direito do(a) usuário(a) do anticoncepcional.

4.2.1.2 Ônus da prova de que o mau uso decorreu de falha na informação

¹¹⁶ TJRS. Apelação Cível nº 0306689-84.2017.8.21.7000. Relator: Eugênio Facchini Neto. DJe 15/12/2017.

Quando o mau uso do método contraceptivo decorre de falha na informação, vimos que há responsabilidade civil do fornecedor.

Nesse cenário, a quem compete a prova?

Em demanda¹¹⁷ ajuizada por mulher que engravidou após a realização da laqueadura, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que o ônus de comprovação da prescrição correta dos cuidados pós-cirúrgicos seria do médico, por inversão do ônus probatório, e, também, pela dinamização da carga probatória autorizada pelo CPC.

Nesse caso, a necessidade do colhimento da manifestação expressa e escrita pela realização do procedimento, prevista pelo art. 10 da lei do planejamento familiar, é argumento considerado suficiente para a atribuição do ônus probatório ao profissional da medicina.

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E HOSPITAL. LAQUEADURA TUBÁRIA. ESCLARECIMENTOS SOBRE A FALIBILIDADE DO MÉTODO **CONTRACEPTIVO**. DEVER DE **INFORMAÇÃO** CUMPRIDO. **GRAVIDEZ** INDESEJADA. DESCUIDO DA GESTANTE. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADA. O dever de **informação** é consectário lógico da boa-fé objetiva, e seu descumprimento, por si só, configura negligência, apta a gerar a obrigação de indenizar do médico, com base no art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Uma vez comprovada a culpa do médico que faz parte do corpo clínico do hospital, este responde solidariamente ao profissional. Caso em que apontada omissão no dever de esclarecimento à paciente sobre a falibilidade - ainda que mínima - da laqueadura tubária. Doutrina de Miguel Kfoury Neto: "A possibilidade de recanalização espontânea ou de **gravidez** extratubária, embora estatisticamente pequena, é real e independe da atuação do profissional. Por isso, incumbe ao médico provar que esclareceu tais circunstâncias ao paciente, orientou-se sobre os cuidados pós-operatórios (manutenção, durante certo tempo, das cautelas contraceptivas)." Hipótese em comprovada a observância ao dever de **informação**, porquanto a paciente assinou documento declarando-se ciente de que o método **contraceptivo** não garantiria 100% de esterilidade. Nestas condições, deveria e poderia ter tomado outros cuidados a fim de evitar a **gravidez** indesejada. Cesárea realizada sem riscos para a gestante, e com nascimento de uma criança saudável. Improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (grifamos)

Em outra oportunidade, também foi essa a linha trilhada pelo TJRS.

A demanda tinha como causa de pedir a ausência de prescrição dos cuidados necessários após a cirurgia de vasectomia. O autor alegava que não foi informado que precisaria utilizar outro método contraceptivo durante o prazo de sessenta dias após

¹¹⁷ TJRS. Apelação Cível nº 0188048-74.2016.8.21.7000. Relator: Desembargador Túlio de Oliveira Martins. DJe 27/07/2017.

a realização da cirurgia e, também, realizar espermograma para verificar quando o sêmen iria deixar de conter espermatozoides, já que, como visto no Capítulo anterior, durante um período posterior à realização da cirurgia o sêmen continua recebendo espermatozoides do epidídimo.

Do voto do Relator se depreende que a prova de que o(a) paciente foi informado(a) a respeito dos cuidados necessários após a alta médica seria do profissional que fez a cirurgia.

Na hipótese fática em apreço, o conjunto probatório dos autos não demonstra tenha o médico co-demandado prescrito ao autor os cuidados pós-operatórios necessários à vasectomia conforme alhures declinado, notadamente o de manter método contraceptivo pelo período de sessenta dias após a alta hospitalar e de realizar exames de espermograma a fim de verificar a efetiva esterilização (azoospermia) do paciente. Não há no caderno probatório prova de que tenha o médico co-demandado observado tais cuidados com o paciente conforme preconizado pela literatura médica especializada, pelo contrário¹¹⁸.

Por falta da referida prova, o hospital onde a cirurgia foi realizada e o médico responsável pela cirurgia foram condenados em indenização por danos morais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, todavia, entendeu diversamente, considerando que o ônus de provar que a inexistência de informação sobre os cuidados após a vasectomia seria do autor, não cabendo a inversão do ônus de prova por ausência de verossimilhança das alegações:

Contudo, não há provas nos autos indicando que o apelante não tenha sido corretamente orientado a respeito dos cuidados que deveria ter depois do procedimento cirúrgico. Não há nenhuma prova sequer de cuidados necessários após a cirurgia. Inexiste, outrossim, comprovação de conduta lesiva ou vício na prestação de serviços que o réu não tenha cumprido o dever de informação sobre os riscos e cuidados necessários após a cirurgia. Inexiste, outrossim, comprovação de conduta lesiva ou vício na prestação de serviços.

[...]

Não há como acolher a inversão do ônus da prova, por ausência do requisito da verossimilhança das alegações. A inversão do ônus da prova não é regra geral fixada no Código de Defesa do Consumidor e, ao contrário, é medida de exceção, cujos requisitos para a concessão devem estar bem demonstrados.¹¹⁹

¹¹⁸ TJRS. Apelação Cível nº 70042848481. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. DJe 26/07/2011.

¹¹⁹ TJSP. Apelação Cível nº 1019961-25.2015.8.26.0602. Relator: Desembargador Djalma Lofrano Filho. DJe 28/06/2017.

É possível concluir, portanto, da análise dos precedentes ora indicados que o ônus da comprovação da inexistência ou falha de informação sobre o uso perfeito do método contraceptivo é da parte autora.

Há, contudo, divergência sobre a possibilidade de inversão do ônus probatório, tendo o TJRS entendido que o ônus deveria ser invertido, pois ao autor seria impossível a realização de prova negativa, enquanto o TJSP entendeu que o ônus não poderia ser invertido por inexistência de verossimilhança das alegações.

4.2.2 A prova da (in)existência de defeito do método contraceptivo

Considerando que os raciocínios sobre o ônus de prova relativo aos defeitos do produto e do serviço são distintos, analisaremos os precedentes separadamente.

4.2.2.1 Ônus da prova sobre a (in)existência de erro médico nas cirurgias de esterilização (laqueadura e vasectomia)

Conforme estudamos no Capítulo anterior, a vasectomia e a laqueadura são métodos contraceptivos cirúrgicos.

Na vasectomia os canais deferentes são cortados com vistas a impedir que os espermatozoides produzidos nos testículos chegue à uretra e componha o sêmen. Na laqueadura as trompas são interrompidas para impedir que a passagem do óvulo em direção ao útero em um sentido e o avanço dos espermatozoides em outro sentido.

Nesse cenário, caso a gravidez ocorra após a realização da cirurgia e considerando que o pós-cirúrgico foi observado, a quem incumbe a prova da (in)existência de erro médico?

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), julgando demanda indenizatória ajuizada por homem que teve filho após a realização da vasectomia em face do médico que realizou o procedimento cirúrgico, entendeu que o ônus da prova do erro médico incumbe ao autor:

De início, tem-se que a prova procurada com a perícia tem como objeto a questão sobre a ocorrência ou não de erro médico no procedimento de vasectomia realizado no autor. Sendo assim, a prova serve a um fato constitutivo do direito alegado pelo autor.

Não havendo a inversão do ônus da prova, como no presente caso, tal prova deve ser realizada primariamente pelo demandante, conforme o normatizado pelo Art. 373, I do CPC/15: [...]

Ainda que, principalmente com a entrada em vigor do CPC/15, o Juiz tenha assumido papel mais atuante na produção das provas de um processo, ainda lhe cabe papel primordialmente suplementar, cabendo à parte realizar as diligências cabíveis.¹²⁰

No caso em questão, para a comprovação do erro médico fazia-se necessária a realização de exames específicos, epididimodeferentografia e espermograma. Houve extrema dificuldade em localizar hospital apto à realização desses exames, de modo que o processo precisou ser julgado sem essa prova.

O TJSP, então, entendeu que o ônus da prova do erro médico seria da parte autora, por se tratar de fato constitutivo do direito à reparação e, em face da não produção da prova, fixou a inexistência de erro médico e manteve a sentença de improcedência da demanda.

Constatamos, pois, que o precedente indicado aponta que ônus da prova de existência do erro médico é do consumidor.

4.2.2.2 Ônus da prova da (in)existência de defeito do produto contraceptivo

Existe uma variedade significativa de métodos contraceptivos disponíveis no mercado. Para a nossa pesquisa sobre defeito nos produtos contraceptivos, nos voltaremos à análise da falha dos métodos de barreira e dos métodos hormonais.

Em demanda indenizatória movida contra produtor de método contraceptivo por alegado defeito do produto, o TJSP assentou que o ônus da prova do defeito seria do(a) consumidor(a):

A relação jurídica em discussão se acha disciplinada pela Lei n. 8.078/90, do que se infere, não se olvida, efetiva possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º da apontada legislação consumerista; não há confundir-se, no entanto, no respeitante à inversão do ônus da prova, incidência do Código de Defesa do Consumidor com prova do fato constitutivo do direito, ônus do qual não se desvencilharam as autoras - artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil/1973 (art. 373, I, NCPC).

[...]

Não lograram as autoras, enfim, demonstrar a existência de defeito no medicamento utilizado, tampouco, e em consequência, seu nexo de causalidade com a gravidez dita não planejada [...]¹²¹

¹²⁰ TJSP. Apelação Cível nº 0000207-05.2005.8.26.0493. Relator: Desembargador Viviani Nicolau. DJe 30/01/2018.

¹²¹ TJSP. Apelação Cível nº 0113821-04.2008.8.26.0001. Relator: Desembargador Tercio Pires. DJe 21/02/2018.

Em outra demanda, contudo, o mesmo Tribunal de Justiça entendeu que o ônus de prova da inexistência de defeito seria do fornecedor, por aplicação do art. 12, §3º, II do CDC:

É certo que ao se tratar de vício do produto cabe ao fornecedor produzir prova de que o defeito inexistente (art. 12, §3º, II do CDC), contudo, no caso sub judice inexistente qualquer indicação de qual seria o produto, especialmente qual seria o lote comercializado, inviabilizando qualquer produção de prova a respeito. Tendo a autora reclamado indenização por vício do produto cabia-lhe trazer as informações mínimas a respeito do produto tido como defeituoso, a fim de que a fornecedora pudesse produzir a prova que lhe cabia sobre a inexistência do defeito.¹²²

Já se percebe, portanto, que os precedentes sobre o tema são difusos, não havendo consenso sobre a temática do ônus da prova quando o consumidor de método contraceptivo alega defeito no produto.

Alguns desembargadores do TJSP sustentam que compete ao consumidor comprovar a existência de defeito, enquanto outros desembargadores do mesmo Tribunal entendem que compete ao fornecedor comprovar a inexistência do vício de qualidade.

4.2.3 Ônus da prova sobre a falha de informação a respeito do risco de gravidez durante o uso do método contraceptivo

A falha de informação sobre os riscos do produto pode ser causa de pedir de demanda indenizatória dirigida contra o fornecedor ou o prestador do método ou técnica anticoncepcional.

Mas, no caso de indenizatórias movidas por suposta falha de informação da possibilidade de gravidez, a prova dessa falha compete ao consumidor ou ao fornecedor?

4.2.3.1 Ônus da prova nos casos de falha de informação sobre o risco de gravidez após a realização de procedimentos esterilizantes

¹²² TJSP. Apelação Cível nº 1005597-16.2015.8.26.0451. Relator: Desembargador Enéas Costa Garcia. DJe 30/01/2018.

No Capítulo anterior esclarecemos que a realização das cirurgias esterilizantes dependem do atendimento a uma série de requisitos previstos pela lei nº 9.263/96. O §1º do artigo 10 da referida lei impõe a necessidade de que seja colhido o registro da expressa manifestação de vontade do paciente após a informação sobre os riscos da cirurgia. Entre os riscos, enquadra-se a possibilidade de gravidez.

A quem compete comprovar que a informação a respeito do risco de gravidez após a submissão à laqueadura ou à vasectomia foi ou não foi prestada?

Sobre o tema se manifestou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) nos autos da demanda indenizatória de nº 0189333-68.2017.8.21.7000¹²³.

No caso, a autora engravidou após se submeter a uma cirurgia de laqueadura e requereu a condenação do médico por não ter sido esclarecida a respeito do risco de engravidar após a cirurgia.

O TJRS se manifestou no sentido de que o ônus de prova da falha de informação seria da autora, mas que, considerando a obrigação do médico de colher o consentimento expresso e informado e, por se tratar de relação de consumo, estaria autorizada a inversão do ônus da prova.

Sobre esse precedente específico, é relevante observar que a suspeita de alteração do prontuário militou contra o médico, sobretudo porque ele já tinha histórico de fraude de prontuários médico em processo anterior:

Nota-se em relação a tal documento, contudo, que está inteiramente preenchida com uma só caneta. Além disso, o documento juntado aos autos parece ser o original, e encontra-se em ótimo estado de conservação, mesmo sendo manuseado desde 2008. Isso, somado ao seu conteúdo, extremamente pertinente à defesa do réu, deixa em dúvida este juízo a respeito de sua veracidade – bem como da autenticidade do documento “admissão pré-operatória” – mormente por ter o réu histórico de adulteração de prontuário médico em defesa de ações judiciais por erro médico.

O Tribunal gaúcho reiterou seu posicionamento no julgamento da Apelação Cível nº 0188048-74.2016.8.21.7000¹²⁴.

No caso, o pleito indenizatório após a cirurgia de laqueadura também se baseava na inexistência de informação sobre o risco da gravidez.

¹²³ TJRS. Apelação Cível nº 0189333-68.2017.8.21.7000. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. DJe 05/09/2017.

¹²⁴ TJRS. Apelação Cível nº 0188048-74.2016.8.21.7000. Relator: Desembargador Túlio de Oliveira Martins. DJe 27/07/2017.

Abaixo, transcrição literal do voto do relator sobre o ônus da prova quanto ao descumprimento do dever de informação:

Ainda, quanto ao **ônus** da **prova** do descumprimento do dever de informação, é de ser admitida a inversão, pois exigir-se da parte autora **prova** de um *fato negativo*, isto é, de que não foi comunicada sobre os índices de falibilidade da **laqueadura** tubária, seria obrigá-la a fazer **prova** impossível. Este **ônus** probatório recai, pois, sobre os fornecedores do serviço (médico e hospital), até porque eles detêm melhores condições de arcar com o encargo, aplicando-se a Teoria da Carga Dinâmica do **Ônus** da **Prova**: "*a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto*".

Nesse caso, o médico se desincumbiu do ônus de prova que lhe foi imputado apresentando termo de consentimento pós-informado no qual há declaração de que a autora declara que foi cientificada da possibilidade de gravidez após a intervenção de laqueadura tubária.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), julgando a Apelação nº 0034457-79.2012.8.26.0053¹²⁵, também entendeu que o ônus de prova da falha de informação compete ao usuário do método contraceptivo que a alegar, mas nesse precedente não foi invertido o ônus de prova.

Abaixo, transcrição literal de trechos do voto do relator, Desembargador Ferraz Arruda, contextualizando o caso e indicando sua interpretação sobre o ônus probatório:

Porém, in casu, em se tratando de hipótese de planejamento familiar e diante da alegação de descumprimento do dever de informação, tenho para mim que a escorreita comprovação do consentimento inequívoco do casal, da mulher ou do homem sobre os riscos da intervenção cirúrgica contraceptiva mostram-se elementos hábeis à rejeição do pedido, especialmente diante da aplicabilidade ao caso concreto da regra de distribuição do ônus probatório insculpida no art. 333, I, CPC, do qual, diga- e de passagem, não se desincumbiram os demandantes.

O autor havia se submetido à cirurgia de vasectomia e assinou termo de consentimento no qual havia informação expressa do risco de gravidez na proporção de 0,41% no primeiro ano após o procedimento. Apesar dessa assinatura, o demandante afirmou que as informações prestadas sobre os riscos não foram claras. A demanda foi julgada improcedente e confirmada pelo Tribunal.

¹²⁵ TJSP. Apelação Cível nº 0034457-79.2012.8.26.0053. Relator: Desembargador Ferraz Arruda. DJe 21/05/2015.

Entendemos, portanto, que a orientação dos Tribunais pesquisados tem tendido ao entendimento de que o ônus de prova da prestação da informação do risco de gravidez após a realização das cirurgias esterilizantes é do consumidor, sendo caso de inversão do ônus da prova para o TJRS em razão da disposição do art. 10 da lei do planejamento familiar, enquanto o TJSP não faz essa consideração.

4.2.3.2 Ônus de prova nos casos de falha de informação sobre o risco de gravidez durante o uso de produtos contraceptivos.

Não localizamos precedentes nos Tribunais pesquisados em que se discutia a inexistência de informação do risco de gravidez pelo fornecedor. Acreditamos que a ausência de discussão nesse sentido pode ser atribuída ao fato de que as bulas e embalagens dos produtos contraceptivos costumam informar a taxa de eficácia do método contraceptivo.

CONCLUSÃO

Nos propusemos, no presente trabalho, a missão de elucidar o ônus probatório nas demandas cuja causa de pedir envolva gravidez durante o uso de contraceptivos a partir de uma análise de precedentes.

Constatamos, ao longo do trabalho, que várias são as hipóteses de pretensão indenizatória envolvendo o tema, de forma que realizamos a análise de precedentes sobre cada um desses debates.

Na discussão a respeito do ônus de prova quando se alega o mau uso, constatamos que o bom uso é considerado fato constitutivo do direito do autor, devendo ser comprovado por ele e não sendo normalmente admitida a inversão do ônus probatório no particular.

Quando a alegação envolvia mal uso por ausência de informação dos fornecedores, constatamos que este costuma ser entendido como fato constitutivo. O TJSP não costuma aceitar a inversão do ônus probatório, enquanto o TJRS o aceita sob a justificativa de que é caso de prova negativa, da qual o fornecedor poderia se desincumbir com maior facilidade.

Nos casos de alegação de que a gravidez ocorreu por defeitos, percebemos que não há consenso, pois o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo tem decisão no sentido de que o defeito é fato constitutivo e a ausência de defeito seria fato impeditivo.

Quanto, por fim, às alegações de ausência de informação sobre a possibilidade de gravidez durante o uso de contraceptivos, constatamos que é considerado fato constitutivo do direito do autor. O TJRS, contudo, entende pela inversão do ônus probatório, enquanto o TJSP costuma rejeitá-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVELINO, Márcia Reis da Silva. *A importância da ética nas organizações*. Monografia (Especialização em Gestão Empresarial) – AVM Faculdade Integrada, Universidade Candido Mendes. Rio de Janeiro, 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

BRASIL. *Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sexuais_reprodutivos_metodos_anticoncepcionais.pdf>. Acesso em 22 fev. 2018 às 11h17.

_____. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em 27 fev. 2018 às 16h57.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em 27 fev. 2018 às 17h14.

_____. *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 fev. 2018 às 12h44.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 28 fev. 2018 às 20h46.

_____. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. *Lei do Planejamento Familiar*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em 02 fev. 2018 às 18h19.

_____. 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 17 fev 2018.

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

CÂMARA, Alexandre Feitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 2. trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Edição Saraiva, 1965.

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. v.2. 12 ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2016.

FERNANTES, João Soares; FORTUNATO, JM Soares; CORREIA-PINTO, Jorge. *Fisiologia do sistema reprodutor feminino*. Disponível em: < <http://www.uff.br/WebQuest/downloads/FisiolApRepFem.pdf>> Acesso em 22 fev. 2018 às 12h39.

FINOTI, Marta. *Manual de anticoncepção*. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2015.

GOES, Gisele Santos Fernandes. *Teoria Geral da Prova: Aspectos Polêmicos*. Salvador: JusPodvim, 2005.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho processual civil*. Trad. Da 2ª ed. Por Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 203

GOUVEA, Lucio Grassi. Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real. *Processo Civil: Leituras Complementares*. Org.: DIDIER JR., Fredie. 4.ed. Salvador: JusPodvim, 2006. p. 199-213

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La verdade y la prueba. *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Coord.: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Pereira. 5.ed. Salvador: JusPodvim, 2007. p. 737-759.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da faculdade de Direito de Campos*. Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5. 2003-2004. p. 213-269.

LABORATÓRIO de Biologia do Instituto de Física de São Carlos (USP). *Sistema Reprodutor Humano*. [20--?], slide. Disponível em: < <http://biologia.ifsc.usp.br/bio2/apostila/apost-fisiol-parte7.pdf>> Acesso em: 26 fev. 2018 às 17h59.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Ismar Araújo de Moraes; ROCHA, Newton da Cruz. *Hipotálamo e Hipófise*. Disponível em: < <http://www.uff.br/fisiovet/Conteudos/hipotalamo.htm> >. Acesso em 02 mar 2018 às 15h50.

NUVARING: etonogestrel e etinilestradiol. Farmacêutico responsável Marcos C. Borgheti. São Paulo: Schering-Plough, 2017. Bula de remédio.

POLI, Marcelino Espírito Hofmeister; *et al.* Manual de Anticoncepção da FEBRASGO. *Femina*. nº 9, vol. 37. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2009. p. 460/492.

PUPPIN, Bárbara Altoé; BACHOUR, Rodrigo Maia. A distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015. IN: *Processo, jurisdição e efetividade da justiça I* [Recurso eletrônico on-line]. Org. CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 103/118.

SILVA, Lorraine Rodrigues Campos; FREITAS, Sérgio Henrique Zadona. A inversão do ônus da prova no direito do consumidor e a distribuição do ônus da prova no código de processo civil. In: *Processo, jurisdição e efetividade da justiça I* [Recurso eletrônico on-line]. Org. CONPEDI; UNICURITIBA. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A prova no processo do trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2003.

TJRS. *Apelação Cível* nº 0189333-68.2017.8.21.7000. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. DJe 05/09/2017.

_____. *Apelação Cível* nº 0188048-74.2016.8.21.7000. Relator: Desembargador Túlio de Oliveira Martins. DJe 27/07/2017.

_____. *Apelação Cível* nº 70042848481. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. DJe 26/07/2011.

_____. *Apelação Cível* nº 0306689-84.2017.8.21.7000. Relator: Eugênio Facchini Neto. DJe 15/12/2017.

TJSP. *Apelação Cível* nº 0000207-05.2005.8.26.0493. Relator: Desembargador Viviani Nicolau. DJe 30/01/2018.

_____. *Apelação Cível* nº 0113821-04.2008.8.26.0001. Relator: Desembargador Tercio Pires. DJe 21/02/2018.

_____. *Apelação Cível* nº 1005597-16.2015.8.26.0451. Relator: Desembargador Enéas Costa Garcia. DJe 30/01/2018.

_____. *Apelação Cível* nº 0034457-79.2012.8.26.0053. Relator: Desembargador Ferraz Arruda. DJe 21/05/2015.

_____. *Apelação Cível* nº 1019961-25.2015.8.26.0602. Relator: Desembargador Djalma Lofrano Filho. DJe 28/06/2017.

_____. *Apelação Cível* nº 3000959-74.2013.8.26.0062. Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini. DJe 06/04/2016.

VERONEZ, Djanira Aparecida da Luz. *Abordagem morfofuncional do sistema reprodutor masculino e feminino*. Disponível em: <
http://rle.dainf.ct.utfpr.edu.br/hipermidia/images/documentos/Abordagem_morfofuncional_do_sistema_reprodutor_masculino_e_feminino.pdf > Acesso em 24 fev. 2018 às 14h27.

_____ ; VIEIRA, Michele Patrícia Müller Mansur; REGATTIERI, Neysa Aparecida Tinoco. *Abordagem Morfofuncional do Sistema Endócrino*. p. 13. Disponível em: <
http://rle.dainf.ct.utfpr.edu.br/hipermidia/images/documentos/Abordagem_Morfofuncional_do_Sistema_Endocrino.pdf>. Acesso em 22 fev. 2018 às 11h53