

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

GABRIELLA REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA., ré na ação ajuizada por **SUPERGASBRAS ENERGIA LTDA.**, ambas qualificadas nos autos nº 5017857-70.2020.8.0020 (evento 1), em trâmite na 1ª Vara Cível da comarca de Criciúma, interpõe, com fundamento nos artigos 994, inciso II, e 1.015, inciso XI, do Código de Processo Civil, **AGRAVO DE INSTRUMENTO** contra decisão proferida na instância inferior (evento 33), segundo os motivos de fato e de direito expostos a seguir:

I - CONTEXTO

1. No dia 16 de outubro de 2020, a autora ajuizou “ação de cobrança”. Nos termos da petição inicial, a provocação do Poder Judiciário foi motivada pela “resilição imotivada e unilateral”, imputada à ré, de avença firmada entre as partes (“CONTRATO DE FORNECIMENTO DE GÁS LIQÜEFEITO DE PETRÓLEO – GÁS LP GRANEL E COMODATO”). Por conta disso, requereu então a autora “o pagamento”, pela ré, “da pena convencional prevista nas cláusulas 14.1, 14.1.2 e 14.1.3”, valor que alcança R\$ 205.748,41 (evento 1).

2. Dos documentos anexados, destacam-se (I) o contrato social; (II) a manifestação de desinteresse da ré em permanecer vinculada à autora por mais 5 anos, até o dia 19 de maio de 2025; (III) a notificação e a contranotificação extrajudiciais das partes; e, sobretudo, (IV) o contrato em questão, firmado em 2015 (evento 1).

3. No dia 1º de dezembro de 2020, a ré apresentou contestação, em que alegou: (I) o preço do gás liquefeito de petróleo ofertado pela autora enquanto fator determinante da contratação havida entre as partes; (II) injustificado, pois carente de qualquer embasamento oficial, e contínuo aumento do preço do gás LP nos tratos sucessivos; (III) previsão dos parâmetros do “reajuste” nas cláusulas 6.1 e 6.2 do contrato; (IV) descumprimento, pela autora, da boa-fé objetiva, especialmente quanto aos deveres anexos de lealdade e informação, instituto que precisa ser observado pelas partes durante toda a vigência contratual; (V) “prestação de contas” dos reiterados aumentos de preço mediante apresentação, em e-mails encaminhados pela autora à ré, de notícias publicadas na internet; (VI) descoberta, em cálculos limitados pela deficiência informacional da autora, do espantoso descompasso entre os “reaustes” operados e os efetivos aumentos no preço do insumo apenas no momento em que já operada a renovação automática do contrato; (VII) negociação das partes quanto ao preço no período que culminava à renovação automática do contrato, como forma da autora garantir a prorrogação contratual por mais cinco anos; (VIII) independentemente da incidência, ou não, do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica que mantinham as partes, a necessidade, pela distribuição dinâmica do ônus da prova, de impelir a autora a exhibir documentação; (IV) responsabilidade da autora pela rescisão do contrato, independentemente do enfoque jurídico conferido à situação (dolo, erro, lesão superveniente, onerosidade excessiva ou vício redibitório), o que afasta a aplicação da pena convencional. Por tudo isso, requeu a ré, dentre outros pedidos: (a) a incidência do CDC; (b) a exibição, pela autora, “de documento que exponha, de forma clara e inequívoca, a evolução do ‘reajuste’ do preço do ‘Gás LP’, conforme os abastecimentos realizados em favor da ré ao longo dos anos, nos exatos termos do contrato firmado entre as partes, no dia 2 de março de 2015”; e (c) a improcedência da demanda (evento 10).

4. Dos documentos anexados, destacam-se: (I) troca de e-mails entre as partes; e (II) evolução do preço do gás LP, conforme cálculo subsidiado pelas informações das quais dispunha a ré (evento 10).

5. No dia 10 de fevereiro de 2021, a autora apresentou réplica, em que alegou: (I) “confissão”, pela ré, “da confirmação da quebra contratual”; (II) inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica que existia entre as partes, considerando a teoria finalista; (III) composição do preço do gás LP realizada a partir de critérios da Agência Nacional do Petróleo, não resumidos à variaçãodo valor do insumo, no qual se incluem “impostos de diversas naturezas, frete, despesas operacionais, dentre outros”; (IV) legalidade da cláusula contratual relativa ao “reajuste”; (V) “reajustes de preços realizados de acordo com a Petrobras”, como sugerem notícias retiradas da internet – três atinentes ao “GLP industrial”, duas, ao “gás de cozinha” – e com as cláusulas 6.1 e 6.2 do contrato; e (VI) impossibilidade de exigir-a exibição dos documentos pretendidos, por competir à ré a comprovação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora. Por fim, a autora reiterou os pedidos iniciais (evento 15).

6. No dia 24 de fevereiro de 2021, Sua Excelência o Juiz de Direito saneou o feito: (I) considerou inaplicável o CDC à hipótese dos autos; (II) ficou como pontos controvertidos “a) a existência ou não de aumento invulgar do preço do Gás LP, e b) a obrigatoriedade ou não de arcar com a penalidade prevista no item 14.1 do Contrato de Fornecimento de Gás Liquefeito de Petróleo”; e (III) designou audiência de conciliação, instrução e julgamento (evento 18).

7. No dia 8 de março de 2021, a ré opôs embargos de declaração, em que alegou omissão na análise do pedido de exibição de documento, a partir da distribuição dinâmica do ônus da prova, providência autorizada expressamente pelo Código de Processo Civil e pela jurisprudência nacional, independentemente da incidência, ou não, do Código de Defesa do Consumidor. No recurso, logo no início, sustentou-se (evento 27):

Concorda-se, em absoluto, com a delimitação objetiva da demanda consignada por Vossa Excelência. Acontece que, como aduzido na contestação (evento 10), não dispõe a ré das informações necessárias para bem demonstrar a sua defesa. Quem as possui – obrigatoriamente, pois, supostamente, com base nelas é que os sucessivos aumentos foram realizados – é a autora.

A providência – emissão de ordem de exibição dos documentos competentes, requerida na contestação (evento 10) – não fica obstada pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos, o que também se estabeleceu no despacho saneador (evento 18) – circunstância que será, no futuro, com o manejo do recurso apropriado, questionada.

8. No dia 26 de março de 2021, a autora apresentou contrarrazões, em que alegou a adequação da decisão embargada, e impossibilidade de redistribuição do ônus da prova, por (I) não estar a autora “em posição privilegiada quanto ao material probatório”; (II) inexistir “extrema dificuldade ou mesmo impossibilidade da parte (ré) de se desincumbir do ônus que lhe competia”; e (III) ser vedado a imposição de produção de “prova diabólica” (evento 31).

9. No dia 6 de abril de 2021, Sua Excelência o Juiz de Direito rejeitou os embargos de declaração, nestes termos (evento 33):

No caso em apreço, a interposição de embargos revela intenção de rediscutir a distribuição do ônus da prova, o que deve ser feito por meio de recurso adequado, pois os vícios ensejadores de correção em sede de aclaratórios são aqueles existentes no próprio texto.

Logo, inadequada a via eleita.

Ante o exposto, conheço dos embargos de declaração opostos e, no mérito, nego-lhes provimento.

10. Assim, a ré, agora, devolve a análise da questão incidental a este Tribunal de Justiça.

II - RAZÕES

11. O recurso seguirá esta linha argumentativa: (I) serão apresentadas razões, de fato e de direito, que motivam a atração das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica havida entre as partes, seja pela “vulnerabilidade informacional” da agravante, seja pela “vulnerabilidade técnica”, seja pela “vulnerabilidade contratual” – ou outra(s) espécie(s) de vulnerabilidade(s) capaz(es) de fazer atrair o CDC, admitidas pela doutrina mais autorizada e pela jurisprudência nacional, como será demonstrado – por ela enfrentada durante e após o término do contrato com a agravada; (II) subsidiariamente, independentemente da natureza jurídica a ser atribuída à relação que existia entre as partes (estritamente civil, comercial ou de consumo), o pleito recursal será pela imperativa redistribuição do ônus da prova, de maneira dinâmica, como expressamente autorizado pelo Código de Processo Civil em vigor, em especial quanto à exibição de documento que demonstre, analiticamente, a evolução do preço do “Gás LP” repassado pela agravada à agravante, nos moldes contratados. Tudo com o fito, ao menos nesta fase do processo, de obrigar a agravada a apresentar em juízo a documentação respectiva, ainda que no interesse da agravante, pois detentora exclusiva dos dados necessários para elaborá-la.

12. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à hipótese dos autos. Desde 1988, estabelece a Constituição Federal: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII, da CF). Congruentemente, ainda, mais ao fim do texto constitucional, previu-se enquanto um dos “princípios gerais da atividade econômica” do Estado brasileiro a “defesa do consumidor” (art. 170, V, da CF). O constituinte originário foi incisivo – do contrário, não apontaria a premissa em mais de uma oportunidade, inclusive no rol de “direitos e garantias fundamentais”, tampouco incitaria o Congresso Nacional, “dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição”, a elaboração do CDC – ao garantir proteção à parte vulnerável de determinadas relações jurídicas, pois percebera “que as normas legais existentes, especialmente aquelas do Código Civil – apenas se destaca, como ainda será profundado nesta petição, a contínua evolução da legislação estritamente civil, especialmente, no que aqui interessa, quanto ao respeito aos mais variados deveres anexos contratuais, continuamente desrespeitados pela agravada, como a boa-fé objetiva, com seus consectários, desde a pactuação até o término do contrato –, mostravam-se incapazes de lhe assegurar proteção eficaz”¹.

13. Foi a “primeira vez na história dos textos constitucionais brasileiros” que a ordem jurídica, em normas da maior envergadura hierárquica, identificou os consumidores “como grupo a ser especialmente tutelado através da ação do Estado”. Sem dúvida, esse movimento é reflexo, como tantos outros no Direito nacional e estrangeiro, da horizontalização dos direitos fundamentais, com uma profundidade peculiar, pois desiguais, até a incidência da Lei (CDC) as condições técnicas etc. de

¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 7.

um dos polos (consumidor) quanto ao outro (fornecedor). As relações antes eminentemente privadas passaram “a sofrer uma influência direta da Constituição, na nova ordem pública por ela imposta”. O que era deixado “ao arbítrio da vontade das partes” passou a obter “relevância jurídica nova e um consequente controle estatal”². Como todos sabem, esse fenômeno é a exteriorização, em um dos ramos do Direito, da eficácia positiva dos conhecidos direitos de terceira geração, nos quais os limites entre o público e o privado, embora sempre presentes, em maior ou menor grau, não resplandecem senão após a avaliação do caso concreto, das características de cada relação contratual – e a hipótese dos autos, este Tribunal poderá evidenciar, as particularidades do contrato firmado entre as partes exige postura ativa do Estado, a fim de regularizar o manifesto descompasso existentes na relação havida entre agravante a agravada.

14. A proteção de grupos vulneráveis, com toda razão, por reflexo do regime anterior vivenciado no Brasil, ocupou relevante parcela da Constituição Federal, muito embora só depois de determinado tempo, mais ou menos longo, a depender do nível de preocupação do Estado acerca de cada tema, “encorajada” por pressões internas e/ou internacionais, ocorrera a instrumentalização legal e/ou jurisprudencial dessa(s) defesa(s). Os exemplos são vastos, além da proteção conferida ao consumidor (arts. 5º, XXXII, 170, V, da CF, e 48 do ADCT), objeto desta demanda, no texto constitucional, normatizou-se o combate ao racismo e a outras formas de preconceito (arts. 3º, IV, 4º, III, e 5º, XLII, da CF), o combate ao antisemitismo (arts. 3º, 4º, III, da CF – HC 82.424/STF), a proteção à mulher (art. 226, § 4º, da CF), a proteção à criança, ao adolescente e ao idoso (arts. 226 a 230, da CF), a proteção à pessoa com deficiência (arts. 23, II, e 24, XIV, da CF), a proteção aos índios (art. 231 da CF) e quilombolas (art. 68 do ADCT), à população LGBT (arts. 3º, 4º, III, e 5º, XLII, da CF – ADO 26/STF) etc.

15. A nível legal/jurisprudencial, essa instrumentalização deu-se através de normas ou determinações judiciais inseridas nos seguintes textos/decisões todos bem conhecidos no mundo jurídico: Lei nº 7.716/1989 (combate ao racismo e a outras formas de preconceito), Lei nº 11.340/2006 (proteção à mulher), HC 82.424/STF (proteção à liberdade religiosa e, causticamente, combate ao antisemitismo), Lei nº 8.078/1990 (proteção à criança e ao adolescente), Lei nº 10.741/2003 (proteção ao idoso), Lei nº 13.146/2015 (proteção à pessoa com deficiência), Lei nº 6.001/1973 (proteção aos índios), Lei nº 4.887/2003 (proteção aos quilombolas) e ADO 26 (proteção à população LGBT). À luz desse cenário, é nítido que “o próprio Congresso Nacional estabeleceu um verdadeiro padrão protetivo de implementação legislativa para a colmatação dos comandos constitucionais protetivos de direitos e garantias fundamentais de diversos e tradicionais grupos vulneráveis”. Como ressaltado por Sua Excelência o Ministro Alexandre de Moraes, esse cenário “comprova a existência de verdadeiro padrão protetivo de implementação legislativa na atuação do próprio Congresso Nacional” (STF, ADO 26).

16. Especialmente quanto às relações de consumo assim também compreende o Superior Tribunal de Justiça, como ilustra o seguinte precedente:

O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. Assim, e nos termos do art. 7º do CDC, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo (STJ, REsp 1.009.591, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 13-4-2010).

² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. pp. 685-686.

17. Configurada – adotando-se uma ou outra teoria, mais ou menos restritiva, conforme será explorado – a relação de consumo, por atração dos artigos 2º e 3º (CDC), destacam-se certas normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, tanto de direito material, quanto processual, dirigidas ao fornecedor e mesmo ao Estado, ao atribuir-lhe responsabilidades fiscalizatórias e poderes para administrativa e/ou judicialmente coibir abusos. Dentre elas, e sem a necessidade de exemplificá-las exaustivamente, sobretudo neste trecho introdutório do recurso, adianta-se aquelas aplicáveis ao presente caso, selecionadas pelo simples critério topográfico no texto legislativo: “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo” (art. 4º, I, do CDC); “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo [...], sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (art. 4º, III, do CDC); “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo” (art. 4º, VI, do CDC).

18. Como adiantado acima, a atração das normas protetivas em questão depende do enquadramento dos atores que entre si constituem relação jurídica a critérios específicos (arts. 2º e 3º do CDC). São relativamente claros os dispositivos mencionados – e não vale, em razão do vasto manuseio dos termos ali empregados na prática jurídica, citá-los como previstos na Lei. Em resumo: consumidor, pessoa física ou jurídica, é, na letra fria da lei, o destinatário final de produto ou serviço disponibilizado no mercado por fornecedor, igualmente pessoa física ou jurídica, ou mesmo entes despersonalizados. Menciona-se, ainda, o escopo absolutamente acertado do Poder Judiciário em evitar conferir “privilégio” – e esta é exatamente a palavra, quando não há desequilíbrio (vulnerabilidades), de qualquer(is) espécie(s), entre os interessados diretos no negócio – a uma das partes em contrato celebrado entre iguais. Neste caso, comercial ou estritamente civil, modificar relação jurídica, livremente estabelecida entre as partes, refugiria à finalidade do CDC, sem contar as manifestas consequências negativas, ocasionadas pela insegurança jurídica, aos negócios celebrados no território nacional, o que o Estado deve repelir com veemência.

19. A partir dessas premissas, adotou-se, num primeiro momento, o que veio a ser conhecido, na doutrina e na jurisprudência, como “teoria finalista”, ao se cogitar a incidência, ou não, do Código de Defesa do Consumidor. Seus pressupostos, como a evolução do Direito evidencia, são simplicados e, por isso, injustos: sem meias palavras, segundo aquela teoria, consumidor seria todo sujeito dotado do que se pode nomear de “vulnerabilidade estampada”, naqueles negócios figurados por pessoa (normalmente física) de incontestável fragilidade social, técnica e/ou econômica com relação ao “enérgico fornecedor”, pessoa (normalmente jurídica) de avantajado porte nacional ou internacional. Em resumo, a aplicação do CDC limitava-se a situações nas quais a subsunção de seus dispositivos pertinentes (arts. 2º e 3º do CDC) beirava a uma atividade, com o respeito devido, quase colegial, absolutamente simplista. Até aquele ponto, e por certo há méritos neste comportamento, contentou-se a comunidade jurídica a superar, por aplicação de mais um instrumento normativo, a vetusta “teoria clássica contratual” (*pacta sunt servanda*), e frear a incidência do Código de Defesa do Consumidor a situações claramente descabidas, evitando o fomento de privilégios e insegurança.

20. O equilíbrio foi alcançado, neste tópico deste específico ramo do Direito, a partir de uma nova leitura do Código de Defesa do Consumidor, também a cargo da doutrina e da jurisprudência – paulatina, como toda evolução duradoura, jurídica ou não –, mais condizente, respeitando as opiniões em contrário, com a dinâmica do mercado acerca do alcance dos conceitos de consumidor e fornecedor (arts. 2º e 3º, do CDC). O fenômeno, intitulado “teoria finalista mitigada” – outros termos utilizados expressam o mesmo sentido, como se verá especialmente na exposição de julgados – pode ser encarado, embora não tenha havido formal alteração legislativa, como aprimoramento do

comando constitucional de proteção do grupo vulnerável aqui tratado: outros atores, os quais, anteriormente, seriam de pronto descartados enquanto consumidores passaram a ostentar, sempre após minuciosa avaliação do caso concreto, o direito – e, desta vez, não privilégio, considerando a disparidade entre os contratantes, cujas modalidades serão ainda abordadas, notadamente aquelas aplicáveis à hipótese dos autos – a tal condição, com seus consectários jurídicos. Situação equiparável deu-se com os julgamentos, já citados, do Habeas Corpus nº 82.424 (proteção à liberdade religiosa e, casuisticamente, combate ao antissemitismo) e da Ação de Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (proteção à população LGBT), ambos pelo Supremo Tribunal Federal.

21. A título de exemplo, interessante mencionar dois julgamentos levados a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça. Considerando o tempo em que realizados (2007 e 2010), são eles ainda um tanto “acomodados” na aplicação da “teoria finalista mitigada”, apesar de terem-na bem aplicado. Ainda, embora absolutamente pertinentes à pretensão recursal, citam-se em especial os precedentes abaixo por marcarem os estudos acadêmicos deste procurador, o que já sinalizava a mudança de paradigma: os exemplos do “caminhoneiro” e da “costureira” foram os mencionados pelo professor, para ressaltar a evolução jurisprudencial a respeito do tema. Enfim, são eles:

CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DESTINATÁRIO FINAL. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, **e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade**; espécie em que caminhoneiro reclama a proteção do Código de Defesa do Consumidor porque o veículo adquirido, utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua manutenção e a da família, apresentou defeitos de fabricação. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 716.887, Terceira Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. 22-3-2007).

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO. 1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor. 2. **Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.** 3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica. 4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro. 5. Negado provimento ao recurso especial (STJ, REsp 1.010.834, Terceira Turma, rela. Nancy Andrigui, j. 3-8-2010).

22. As razões de decidir desses casos iniciais avançaram. Somadas às vulnerabilidades técnica, jurídica ou econômica – o que já abranje uma larga escala da população nacional, independentemente de cuidar-se de “CPF” ou “CNPJ” – outras foram sustentadas pela doutrina e pela jurisprudência com o passar dos anos. Além do mais, e isto talvez seja ainda mais elementar, àquele esteriótipo inicial do consumidor avaliado segundo a “teoria finalista”, já comentado, foram acrescidas uma série de pessoas físicas ou jurídicas as quais, à primeira vista, jamais deveriam ser protegidas pelas normas do Código de Defesa do Consumidor; as relações jurídicas por elas firmadas com fornecedores, às vezes pessoas jurídicas até com poder aquisitivo inferior, seriam juridicamente

inviáveis em receber a tutela do CDC – pois, se isso ocorresse, não se estaria falando de direito, mas de privilégio, o que a Constituição Federal e as Leis da República repudiam, com absoluta razão. Abaixo, serão apresentados precedentes de variados Tribunais do país, em que se incluem alguns representativos da jurisprudência do STJ e do TJSC. Serão introduzidos casos variados, inclusive envolvendo o fornecimento de gás, objeto desta demanda, nos quais, com acerto, algum(s) fator(s) – e muitos deles compatíveis com a hipótese dos autos – convenceram o Poder Judiciário a fazer atrair o CDC, por aplicação da “teoria finalista mitigada”, na resolução dos litígios postos à apreciação.

23. Para iniciar a apresentação da jurisprudência, algo precisa ser dito. Além da necessidade, já citada, de verificação caso a caso, para avaliar a incidência adequada do Código de Defesa do Consumidor, pois, do contrário, o que já se repudiou nesta petição, “toda relação seria de consumo”³, com as indesejadas consequências; a argumentação jurídica – embora a prática, encorajada pela tecnologia, haja tornado o procedimento quase padrão –, tratando-se de precedentes judiciais, não parece adequado ao profissional limitar-se a transcrições de ementas de julgamentos – e, pior, nem sempre enquadradas à situação versada no caso em julgamento –, mas efetivamente comprovar a afinidade do julgado paradigma com a causa litigiosa. Isso não apenas para fins de “cotejo analítico”, indispensável em recursos de natureza extraordinária, mas para os “ordinários”, ainda que caracterizados, por força de lei, pela ampla devolutividade e raros casos de inadmissão. Assim, antecipando-se as desculpas por eventual alongamento da exposição, a jurisprudência será, agora, abordada, segundo o procedimento considerado (quase, por ausência de tempo) adequado – e mesmo leal para com o(s) magistrado(s) – pela agravante.

24. No Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do Recurso Especial nº 1.195.642 (Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 13-11-2012) foi analítico e preciso. O Tribunal, naquela ocasião, debateu a atração, ou não, do Código de Defesa do Consumidor a uma relação jurídica existente entre Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. e Juleca 2003 Veículos Ltda. Interessa aqui que o STJ explicitou, de maneira exaustiva, antes de abordar o objeto recursal, as espécies de vulnerabilidade admitidas no Direito, aptas a afastar o imponderado rigor da “teoria finalista”. Sustentou Sua Excelência a Ministra Nancy Andrighi: esta Corte tem “mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte, embora não seja destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade” (REsp 1.027.165/ES, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 14.06.2011. No mesmo sentido: REsp 1.196.951/PI, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 09.04.2012; 1.190.139/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 13.12.2011; e REsp 1.010.834/GO, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 13.10.2010).

25. Foi destacado pelo STJ:

Cuida-se, na realidade, de se admitir que, em determinadas hipóteses, que **a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade** que, vale lembrar, constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor (STJ, REsp 1.195.642, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 13-11-2012).

26. Quanto às formas de vulnerabilidade, foram conceituadas as mais consolidadas no

³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. X.

Direiro, em conformidade com seu avanço na tutela mais justa dos interesses da sociedade:

- A **vulnerabilidade técnica** implica ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo. No sistema do CDC, ela é presumida no caso do consumidor não profissional, mas pode, excepcionalmente, alcançar o consumidor profissional, nas hipóteses em que o produto ou serviço adquirido não tiver relação com a sua formação, competência ou área de atuação.
- A **vulnerabilidade jurídica ou científica** pressupõe falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo. Ela se presume para o consumidor pessoa física não profissional. Essa presunção se inverte no caso de profissionais e pessoas jurídicas, partindo-se da suposição de que realizam seus atos de consumo cientes da respectiva repercussão jurídica, contábil e econômica, seja por sua própria formação (no caso dos profissionais), seja pelo fato de, na consecução de suas atividades, contarem com a assistência de advogados, contadores e/ou economistas (no caso das pessoas jurídicas).
- A **vulnerabilidade fática ou socioeconômica** abrange situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor.

27. Avançou a Excelentíssima Ministra – em tema sensível para o presente caso:

- Além das três espécies acima, nosso atual estágio de evolução social e tecnológica trouxe relevância também para a **vulnerabilidade informacional**. O que antes podia ser considerado uma espécie de vulnerabilidade técnica, ganhou importância e individualidade com a denominada era da informação ou era digital, período que sucede a era industrial e que se caracteriza pela troca de informações de maneira globalizada e em tempo real. Isso, de um lado, implicou amplo acesso à informação, mas, por outro, conferiu enorme poder àqueles que detêm informações privilegiadas. Essa realidade, aplicada às relações de consumo – em que a informação sobre o produto ou serviço é essencial ao processo decisório de compra – evidencia a necessidade de se resguardar a vulnerabilidade informacional do consumidor. Note-se que, no mais das vezes, o problema não está na quantidade de informação disponibilizada, mas na sua qualidade, sobretudo quando há manipulação e controle pelo fornecedor, influenciando diretamente na decisão do consumidor.

28. Finalmente, interrompendo brevemente a sequência jurisprudencial, apenas para “finalizar” – termo pouco apropriado, uma vez que “não há como ignorar que a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo”, como situação na qual “a relação de dependência de uma das partes frente à outra” (STJ, REsp 1.195.642, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13-11-2012), como será reiterado à frente do presente recurso – as espécies de vulnerabilidade a doutrina ainda aponta um modelo de vulnerabilidade bem específico: a “**vulnerabilidade contratual**”. Esta variante atua durante toda a existência da relação jurídica⁴:

A fragilidade do consumidor manifesta-se com maior destaque em três momentos principais de sua existência no mercado: antes, durante e após a contratação. É, portanto com os olhos voltados para o *iter* contratual do consumidor que o legislador e os órgãos de implementação atuam. Em outras palavras: toda a vulnerabilidade do consumidor decorre, direta ou

⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 9.

indiretamente do empreendimento contratual e toda a proteção é ofertada na direção do contrato. Daí a importância que assume a matéria contratual no amplo círculo de proteção do consumidor⁵.

29. Se não bastasse toda a carga teórica transcrita acima, o STJ avançou: “todavia, a despeito da identificação *in abstracto* de todas essas espécies de vulnerabilidade, não há como ignorar que a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo” (STJ, REsp 1.195.642, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 13-11-2012). Assim, apesar das diversificadas modalidades apresentadas, não restringiu o Tribunal, como outros julgamentos poderão comprovar, na análise de cada caso, a possibilidade de indentificar-se outras formas de vulnerabilidades aptas atrair, por força da “teoria finalista mitigada”, a legislação em debate a relações jurídicas a princípio, numa visão apressada e desconectada com a atual evolução jurídica, consideradas comerciais ou estritamente civis. Ainda, finalizou – na verdade, para evitar repetição, pois outras parcelas relevantes do julgado ainda serão tratadas neste recurso – o Tribunal:

Em síntese, numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora (STJ, REsp 1.195.642, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 13-11-2012; e STJ, REsp 1.358.231, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 28-5-2013).

30. Continuando, a decisão tomada no Recurso Especial nº 476.428 (Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 19-4-2005) levou o Superior Tribunal de Justiça a decidir lítigio envolvendo a distribuição de gás, travado entre Agrip Liqueficação S.A. e Gracher Hotéis e Turismo Ltda., questão que reflete em boa medida a hipótese dos autos. No voto, seguido à unanimidade pelo colegiado, a Excelentíssima Ministra Nancy Andrighi ressaltou que “a relação jurídica qualificada por ser ‘de consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro”. Isso por ser da “essência do Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I)”.

31. Ainda ressaltou Sua Excelência, com destaque a outras espécies de vulnerabilidade:

Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que **a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame**. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; **pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores**. Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, **a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não**

⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. pp. 9-10.

(STJ, REsp 476.428, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 19-4-2005).

32. Seguindo o voto:

Por outro lado, o CDC equipara a consumidor tanto as pessoas vítimas do fato do produto ou serviço (art. 17), **bem como aquelas vítimas das práticas comerciais abusivas ou contrárias às políticas de consumo delineadas no Código** (art. 29). Na hipótese dos autos, outrossim, observa-se que a fornecedora não se preocupou em atender às exigências da sua atividade comercial. Primeiro porque, em flagrante violação ao art. 31 do CDC, **a oferta do produto não se operou de maneira correta, clara e precisa - no que se refere à característica do produto, quantidade e composição**. Depois, porque não respeitou o sistema ressarcitivo estipulado pela Portaria nº 23/93, do Departamento Nacional de Combustíveis, que prevê a ponderação das sobras de gás na determinação do preço (desconto do valor da sobra aferida), fato que se não revela uma conduta dolosa da fornecedora (por omissão), certamente determina a sua culpa (negligência). Com essas considerações, seja por reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa jurídica empresária, em face da suprema necessidade do bem para o exercício da atividade hoteleira (**vulnerabilidade fática**), da natureza adesiva do contrato de compra e venda estabelecido (**vulnerabilidade jurídica**), e da impossibilidade de extração total do produto dos botijões (**vulnerabilidade técnica**); ou seja, **por equiparação, em razão da exposição da sociedade empresária às práticas comerciais abusivas, o CDC deve ser aplicado à hipótese, ainda que por fundamentos diversos daqueles esposados pelo acórdão recorrido** (STJ, REsp 476.428, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 19-4-2005).

33. O Superior Tribunal de Justiça ratificou o entendimento exposto acima no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 728.797 (Quarta Turma, rel. Min. Marco Buzzi, j. 22-5-2018), no qual figuraram como partes o Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. e Metalúrgica Rodolfo Glaus Ltda., ao afirmar que “este Tribunal formou jurisprudência no sentido de que a teoria finalista deve ser mitigada nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não se enquadre nas categorias de fornecedor ou destinatário final do produto, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou hipossuficiência técnica, autorizando a aplicação das normas previstas no CDC. Precedentes”. O mesmo constou dos acórdãos resultados dos julgamentos pelo STJ do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 93.042 (Quarta Turma, rel. Min. Marco Buzzi, j. 17-8-2017), no qual litigavam Banco Santander Brasil S.A. e Odair Donato Júnior; e do Agravo Interno no Recurso Especial nº 694.717 (Terceira Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 24-11-2015), cujos recorrentes eram Man Latin America Indústria e Comércio de Veículos LTDA e Transneto 2000 Locadora e Turismo Ltda.

34. Transcreve-se trecho do acórdão (AgInt-AREsp 728.797), no qual Sua Excelência reproduziu da decisão tomada pelo Tribunal de origem, passagem útil para esta pretensão recursal:

Embora a autora seja pessoa jurídica, a relação havida entre as partes é de consumo, já que a tomadora do empréstimo é vulnerável perante o fornecedor, instituição financeira detentora de conhecimento técnico sobre o objeto do negócio. Após inúmeras discussões acerca da configuração do consumidor e da abrangência do termo “destinatário final”, extraído do art. 2º da Lei 8078/90, inclusive com alternatividade entre a Teoria Maximalista (objetiva) - que exige para a configuração da figura do consumidor apenas a realização de um ato de consumo, ou seja, a retirada do bem do mercado -; e a Teoria Finalista (subjetiva) - que exige, além da retirada do bem do mercado, que sua utilização satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente, não sendo possível com ele desenvolver outra atividade produtiva -, atualmente tem-se entendido por temperar tais correntes, a fim de haver adequado ajustamento ao real objetivo da legislação consumerista. Assim, observa-se, na caracterização da figura do consumidor, o

critério da vulnerabilidade, este entendido em suas concepções técnica, jurídica, fática ou socioeconômica e informacional. [...] Assim, verificada a situação de vulnerabilidade da demandante-consumidora em relação ao demandado-fornecedor, imperativa a mitigação da Teoria Finalista, a fim de se conferir melhor equilíbrio entre as partes litigantes. Deve ser mantida, portanto, a decisão agravada nesse ponto (AgInt-AREsp 728.797, Quarta Turma, rel. Min. Marco Buzzi, j. 22-5-2018).

35. No julgamento do Recurso Especial nº 1.358.231 (Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 28-5-2013), envolvendo Nagel Serviços de Logística Ltda. e Prégia Coltelli Comércio Internacional, trecho relevante do acórdão destacou que “a doutrina tradicionalmente aponta a existência de 3 (três) modalidades de vulnerabilidade: técnica, jurídica e fática”, sobre as quais, no primeiro julgado citado do STJ nesta petição, conceituou-se muito bem. Ainda, ratificou-se neste precedente: “mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional”. Dessas modalidades (vulnerabilidades técnica, jurídica, fática e informacional), importa, para a resolução da presente causa, de alguma forma, todas elas, como será explicitado. Como, por ocasião do julgamento mencionando anteriormente (REsp 1.195.642), todas essas as vulnerabilidades foram abordadas pela relatora nos mesmos termos da decisão ora destacada, não há sentido em, aqui, mais uma vez, apesar da qualificação conceitual, transcrever seus significados. Também se destacou aqui (REsp 1.358.231) – e ressaltam-se novamente os pontos para que as transcrições não soem “entendimento isolado” do STJ, acompanhada pelos Tribunais do país, como se verá – que a “casuística” ainda poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade”, além, mesmo “numa relação empresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas, “da necessidade, para aferição da condição especial, da “relação de dependência de uma das partes frente à outra”.

36. Para finalizar a exposição de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, retira-se da ementa do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 694.717 (Terceira Turma, rel. Min. Raul Araújo, j. 15-10-2015), cujas partes eram Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. e Remo Comercial de Equipamentos Ltda., algo também já delineado, ainda que em outros termos, em decisão citada anteriormente: “o STJ excepcionalmente admite a incidência do CDC nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas, quando evidente que uma delas, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra”.

37. Passando ao conjunto de precedentes que ilustram a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre a matéria, incia-se a abordagem com o julgamento do Agravo de Instrumento nº 0162116-56.2013.8.24.0000 (Terceira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Túlio Pinheiro, j. 23-11-2017), o qual contou como partes Banco Santander Brasil S.A. e Comercial de Alimentos Poffo Ltda. Da decisão, importa destacar o argumento da instituição financeira recorrente, não acolhido pelo Tribunal, para tentar afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor àquele caso. Segundo o banco, a parte contrária não poderia figurar “como ‘consumidor final’ de bens e serviços contratados, posto que os mesmos foram utilizados para o fomento, como no presente caso para o incremento de sua produção, de seus negócios”. Além do mais, sustentou “que referida sociedade empresária não poderia ser considerada hipossuficiente/vulnerável, por se tratar de sociedade empresária de grande porte, com diversas filiais neste Estado, com capital social que ultrapassa R\$ 12.500.000,00 e que perfectibiliza contratos, como aqueles que são objeto da lide revisional em tela, na ordem de R\$ 2.312.000,00”.

38. Interessante foi a argumentação principal utilizada pelo TJSC, pois reputou consumidora final Comercial de Alimentos Poffo Ltda., ainda que os “serviços de natureza financeira” tenham sido

contratados “para o regular desenvolvimento de sua atividade econômica”, ou seja enquanto insumos:

Logo, a recorrida deve ser considerada consumidora, porquanto enquadra-se como destinatária final, na medida em que contratou a prestação de serviços de natureza financeira junto à recorrente para o regular desenvolvimento de sua atividade econômica. Neste cenário, afiguram-se irrelevantes as arguições deduzidas com o propósito de afirmar ser a agravada sociedade empresária de grande porte, haja vista que a definição do conceito de consumidor, como visto, está atrelada à qualidade de destinatária final do produto ou serviço, e não a sua condição econômico-financeira (TJSC, AI 0162116-56.2013.8.24.0000, Terceira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Túlio Pinheiro, j. 23-11-2017).

39. A argumentação secundária lançada na decisão também vai ao encontro dos interesses da agravante nos presentes autos. Segundo o TJSC, independeria, para incidência do Código de Defesa do Consumidor à hipóteses “o porte da empresa acionante” (Comercial de Alimentos Poffo Ltda.), considerando o “especializado aparato técnico-jurídico na confecção de contratos bancários” pela outra parte (Banco Santander Brasil S.A.). Além disso, o Tribunal levou em conta, ao fazer incidir o CDC no caso analisado, a “abrangência não apenas nacional” do banco e “o latente vácuo econômico-financeiro existente entre os contendores”, o que também deve repercutir no caso em análise – capital social do Banco Santander Brasil S.A.: R\$ 57.000.000.000,00 / capital social da Comercial de Alimentos Poffo Ltda.: R\$ 12.500,00.

40. A transcrição do trecho pertinente não deixa mentir:

De qualquer forma, por amor ao debate, ainda que se considerasse o porte da empresa acionante como fator determinante para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, vale dizer que o contrato social da agravada, conforme se extrai da cópia acostada às fls. 68/74, informa que esta é sociedade atuante no comércio e no varejo de mercadorias, em especial de produtos alimentícios, enquanto que a instituição financeira recorrente, com especializado aparato técnico-jurídico na confecção de contratos bancários, possui abrangência não apenas nacional, mas também sede em vários países, daí a se inferir, pois, o latente vácuo econômico-financeiro existente entre os contendores (TJSC, AI 0162116-56.2013.8.24.0000, Terceira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Túlio Pinheiro, j. 23-11-2017).

41. Outro julgamento cuja menção é indispensável foi o levado a efeito pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no Agravo de Instrumento nº 4035770-16.2018.8.24.0000 (Sexta Câmara de Direito Civil, rel. Des. André de Carvalho, j. 7-5-2019), em que eram partes no processo Cyan Química Ltda. e Dell Computadores Ltda. Na ocasião, foram constatadas pelo Tribunal as vulnerabilidades técnicas – “a vulnerabilidade técnica é a falta de conhecimentos técnicos específicos sobre o objeto (produto ou serviço) da relação de consumo, da qual o consumidor é parte” – e fática – “vulnerabilidade fática, espécie residual, abrangendo uma série de circunstâncias em que por falta de condições econômicas, físicas ou psicológicas do consumidor, este se coloca em posição de debilidade relativamente ao fornecedor. Ainda, destacou-se a estranheza do “produto objeto da contratação” ao “ramo de atividade da requerente” (Cyan Química Ltda.):

Ademais, o produto objeto da contratação – notebook – é estranho ao ramo de atividade da requerente, voltada para “a recuperação e fabricação de tintas em geral, e a recuperação e formulação de thinner e, geral” (Cláusula 4ª do Contrato Social Consolidado - fl. 12 dos autos de origem), **de sorte que desponta a vulnerabilidade técnica, marcada pela deficiência de conhecimentos técnicos específicos do consumidor sobre o objeto da relação de consumo** (TJSC, AI 035770-16.2018.8.24.0000, Sexta Câmara de Direito Civil, rel. Des. André de Carvalho,

j. 7-5-2019).

42. No julgamento do Agravo de Instrumento nº 4034736-06.2018.8.24.0000 (Quarta Câmara de Direito Comercial, rela. Desa. Janice Ubiali, j. 26-5-2020), no qual litigavam Banco do Brasil S.A. e Mecânica Industrial Mibo Ltda., frisa-se, apenas, para evitar ainda mais repetições, que a “condição financeira da correntista”, vinculada por contrato de “adesão”, por si, caracterizado por “cláusulas unilaterais, sem a possibilidade de discussão ou modificação substancial do seu conteúdo, o que acarreta a vulnerabilidade do aderente”, levou o Tribunal – fundamento o qual, ao lado de tantos outros, que serão listados no momento oportuno desta petição, também deve ser tomado na hipótese dos autos – a considerar a parte vulnerável (Mecânica Industrial Mibo Ltda.) inclusive “destinatária final da relação contratual”, como se vê:

No caso dos autos, a empresa agravada figura no contrato objeto da execução como devedora por ter utilizado os serviços prestados pela instituição financeira na condição de correntista, **equiparando-se à destinatária final na relação contratual, especialmente pelo fato de que a avença, realizada por meio de contrato de adesão, estabelece cláusulas unilaterais, sem a possibilidade de discussão ou modificação substancial do seu conteúdo, o que acarreta a vulnerabilidade do aderente** (AI 4034736-06.2018.8.24.0000, Quarta Câmara de Direito Comercial, rela. Desa. Janice Ubiali, j. 26-5-2020).

43. O julgamento, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina da Apelação Cível nº 2016.012734-3 (Quinta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Sérgio Renato Domingos, j. 12-5-2016), figurado por Val Transportes Terraplanagem Ltda. e Banco Itaú S.A., tem especial relevo para a decisão a ser tomada no presente recurso, por envolver a exibição de documentos somente acessíveis uma das partes, a demandada (Banco Itaú S.A.). No julgado, além de haver sido mantida a ordem de apresentação documental, as vulnerabilidades técnica e de informação foram constatadas em favor da demandante (Val Transportes Terraplanagem Ltda), o que impeliu o Tribunal a determinar a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor àquele caso, como se extrai do seguinte trecho:

O consumidor é aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final, o que representa a teoria finalista. Este destinatário é tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, excluindo o consumidor intermediário de seu amparo, assim entendido como aquele cujo produto retorna para a cadeia de produção e distribuição, compondo o custo de um novo bem ou serviço. **A despeito disso, o CDC, em seu artigo 29 (“Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”), trouxe o conceito de consumidor por equiparação, utilizado para mitigar o rigor daquela teoria e autorizar a incidência da norma protetiva nas hipóteses em que, embora não seja a parte destinatária final do produto ou serviço, encontra-se em situação de vulnerabilidade. É o que a doutrina denomina como teoria finalista aprofundada. Na realidade, o que se busca é não engessar o conceito de consumidor como somente aquele destinatário final do produto ou serviço, mas admitir, em determinadas hipóteses, que a pessoa jurídica possa ser equiparada ao consumidor por apresentar alguma vulnerabilidade (técnica, científica, jurídica, de informação etc), a fim de legitimar toda a proteção conferida ao consumidor, conforme o princípio estampado no artigo 4º, I, do CDC. Então, no caso, apesar de os negócios jurídicos terem por objeto contratos bancários, capital este supostamente utilizado como implemento à atividade empresarial da autora, o que poderia desnaturar sua qualidade de destinatária final, a vulnerabilidade técnica e de informação autorizam qualificá-la como consumidora. Isto porque, a vulnerabilidade técnica, originária da ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo, alcança o presente caso, pois o bem adquirido não guarda relação com a**

formação, competência e área de atuação da autora. Afinal, o requerido atua no setor econômico (banco) e a autora na atividade gastronômica, sendo incabível qualquer equiparação técnica. Também, é necessário destacar que, em se tratando de lide que versa sobre contratos bancários, as informações sobre o produto e o serviço são essenciais para o processo decisório de pactuação. **E, apesar de estarem disponíveis por vários meios aos consumidores e em grande quantidade, muitas vezes de fácil acesso, haja vista as facilidades geradas pela era digital que vivemos, não guardam a qualidade necessária para proporcionar ao consumidor sua correta interpretação** (TJSC, AC 2016.012734-3, Quinta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Sérgio Renato Domingos, j. 12-5-2016).

44. No julgamento da Apelação Cível nº 2016.021429-9 (Quinta Câmara de Direito Comercial, rel. Sérgio Renato Domingos, j. 12-5-2016), pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cujas partes eram Banco Safra S.A. e Top Line Embalagens Plásticas Ltda., novamente as vulnerabilidades técnica e informacional foram decisivas para a atração das normas inseridas no Código de Defesa do Consumidor àquela lide, como demonstra a transcrição abaixo:

Então, no caso, **apesar de os negócios jurídicos terem por objeto contratos bancários, capital este supostamente utilizado como implemento à atividade empresarial da autora, o que poderia desnaturar sua qualidade de destinatária final, a vulnerabilidade técnica e de informação autorizam qualificá-la como consumidora.** Isto porque, a vulnerabilidade técnica, originária da ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo, alcança o presente caso, pois o bem adquirido não guarda relação com a formação, competência e área de atuação da autora. Afinal, o requerido atua no setor econômico (banco) e a autora na atividade gastronômica, sendo incabível qualquer equiparação técnica. Também, é necessário destacar que, em se tratando de lide que versa sobre contratos bancários, as informações sobre o produto e o serviço são essenciais para o processo decisório de pactuação. E, apesar de estarem disponíveis por vários meios aos consumidores e em grande quantidade, muitas vezes de fácil acesso, haja vista as facilidades geradas pela era digital que vivemos, não guardam a qualidade necessária para proporcionar ao consumidor sua correta interpretação. Para tanto, basta verificar a quantidade de cláusulas que se busca discutir no feito (AC 2016.021.429-9, Quinta Câmara de Direito Comercial, rel. Sérgio Renato Domingos, j. 12-5-2016).

45. No julgamento, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, da Apelação Cível nº 0004241-60.2013.8.24.0020 (Quarta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 27-8-2019), na qual litigavam Schoopper Indústria e Comércio de Confecções Ltda. e Itaú Unibanco S.A., mais uma vez a adesividade dos contratos firmados entre as partes e a vulnerabilidade técnica de uma delas (Schoopper Indústria e Comércio de Confecções Ltda.) fez o Tribunal entender cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor:

E a norma consumerista é aplicada, também, à parte que, apesar de não ser tecnicamente destinatária final, estiver em situação desfavorável na relação negocial, caracterizada pela vulnerabilidade econômica, técnica ou fática. Assim, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cabível a Teoria Finalista Mitigada, **com intuito de trazer equidade aos envolvidos no negócio jurídico e proteger o lado tecnicamente hipossuficiente.**

[...]

No caso dos autos, a sociedade embargante figura no contrato objeto da execução como devedora por ter utilizado os serviços prestados pela instituição financeira na condição de correntista, **equiparando-se a destinatário final na relação contratual, especialmente pelo fato de que a avença, realizada por meio de contrato de adesão, estabelece cláusulas unilaterais, sem a possibilidade de discussão ou modificação substancial do seu conteúdo, acarretando na**

vulnerabilidade do aderente.

[...]

Desse modo, diante da aplicabilidade da norma consumerista ao caso concreto, **cabível a inversão do ônus da prova** para facilitar a defesa dos direitos arguidos pela parte executada, pois verossímil a sua alegação acerca das abusividades na avença celebrada, bem como **caracterizada a sua hipossuficiência técnica**, tudo em consonância com o disposto no art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 (TJSC, AC 0004241-60.2013.8.24.0020, Quarta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 27-8-2019)

46. Outros Tribunais do país seguem o mesmo direcionamento, como o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao decidir o Agravo de Instrumento nº 2045480-16.2013.8.26.0000 (25ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Walter Cesar Exner, j. 13-3-2014). Na ocasião, disputavam Totvs S.A. e Transportes Della Volpe S.A. Comércio e Indústria. Chama especialmente a atenção no julgado a constatação, pelo Tribunal, da “hipossuficiência técnica”, o que motivou a incidência do Código de Defesa do Consumidor à situação litigiosa, embora afastadas a “vulnerabilidade econômica” e a modalidade “jurídica”. Estes eram os capitais sociais das sociedades empresárias em litígio – capital social de Totvs S.A.: R\$ 1.382.508.564,43 / capital social de Transportes Della Volpe S.A. Comércio e Indústria: R\$ 144.000.000,00.

47. Os seguintes trechos deixam clara a posição do TJSP:

É inegável que os softwares encomendados pela autora e demais serviços conexos serviam para o desenvolvimento de suas atividades empresariais, como se depreende de simples leitura da inicial (fls. 66/88)

[...]

É certo que não se pode falar em vulnerabilidade econômica da autora, tendo em vista constar no seu site que “é uma das maiores empresas do transporte rodoviário de cargas do país” (<http://www.dellavolpe.com.br>), tampouco jurídica, por ser presumível que possua departamento jurídico próprio, como sói acontecer com as grandes empresas. **Não se pode afastar, no entanto, a hipossuficiência técnica da agravada, haja vista que o simples fato de possuir departamento de tecnologia da informação não faz com que ela tenha conhecimento profundo sobre o modos operandi do software e dos serviços desenvolvidos pela recorrente, tanto que afirmou ter contratado terceira empresa para levar a cabo as obrigações supostamente descumpridas pela agravante** (fls. 82) (TJSP, AI 2045480-16.2013.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Walter Cesar Exner, j. 13-3-2014).

48. No julgamento, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da Apelação Cível nº 70080246721 (Décima Câmara Cível, rel. Des. Gelson Tolim Stocker, j. 29-3-2019), na qual figuravam Golden Garden Brasil Ltda. e Grama Sintética Brasil Ltda, e Lera Construções Ltda., aplicou-se o Código de Defesa do Consumidor inclusive para determinar “a produção da prova” pela parte para a qual a determinação era “mais fácil” – e, no caso dos autos, nem se fale em parte cuja produção da prova é mais facilitada, considerando que a agravada é a única detentora, comparando ambos os polos, dos documentos e informações necessários para aparelhar a defesa da agravante. Sobre a extensão do “destinatário final” do produto ou do serviço, o Tribunal destacou que “tal dispositivo sofreu processo de mitigação de modo a considerar como consumidor, (tendo por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no artigo 29 do CDC), profissionais que não sejam apenas destinatários finais, desde que presente vulnerabilidade técnica, informacional, econômica ou contábil”. Isso por aplicação da “teoria finalista mitigada”.

49. O Tribunal de Justiça de Alagoas, na Apelação Cível nº 0714057-21.2018.8.02.0001

(Primeira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Fábio Bittencourt Araújo, j. 2-9-2020), em que litigavam Cielo S.A. e Rosimeire da Silva Cia Ltda., enfatizou: “convém salientar, por oportuno, que a aferição concreta da condição de "vulnerável da pessoa jurídica" não exige que todas as espécies de vulnerabilidade (técnica, informacional, jurídica, fática ou socioeconômica) estejam presentes; basta que ao menos uma delas reste evidenciada”. Além do mais, no tocante à “vulnerabilidade fática”, constou do acórdão elaborado pelo Tribunal:

Afirma-se que **a vulnerabilidade fática é a mais ampla dentre todas as espécies, por abarcar diferentes circunstâncias em que o indivíduo apresenta uma maior debilidade, sendo a principal delas referente à sua situação econômica. Sob esse prisma, a fragilidade do consumidor estaria assentada no fato de que ele não possui os mesmos meios ou a mesma capacidade econômica que o fornecedor com o qual contrata**. Dito isso, conforme explanado, considerando a evidente vulnerabilidade fática da empresa recorrida, não merece prosperar a tese da apelante segundo a qual o Estatuto Consumerista não pode ser aplicado ao caso em deslinde (TJAL, AC 0714057-21.2018.8.02.0001, Primeira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Fábio Bittencourt Araújo, j. 2-9-2020).

50. Ao decidir a Apelação Cível nº 0631840-95.2017.8.04.0001 (Terceira Câmara Cível, rel. Des. Airton Luís Corrêa, j. 10-9-2020), o Tribunal de Justiça do Amazonas, em litígio envolvendo Banco BMG S.A. e Pedrosa Vulcão, reconheceu as vulnerabilidades jurídica e informacional na relação jurídica submetida à julgamento. Daquela decisão, vale destacar, no presente recurso, a omissão da instituição financeira (Banco BMG S.A.) em fornecer informações relevantes referentes à contratação firmada com a outra parte (Pedrosa Vulcão). Sobre o tema, frisou-se: “vislumbra-se que a parte recorrida não detinha conhecimento das peculiaridades da forma pela qual a contratação se operaria, motivo pelo qual a ineficiência de informações pelo prestador do serviço ocasiona uma obrigação de reparar os danos advindos ao consumidor”. Ainda, ao avaliar o *iter* contratual, consignou o Tribunal: “a ausência de informação adequada à parte consumidora acabou por onerá-la, restando nítida a falha na prestação do serviço contratado”.

51. Valem ser transcritos outros trechos do julgado do TJAM:

Diante da aplicabilidade do CDC às relações bancárias, **se o banco se omite quanto à demonstração cabal de que prestou todas as informações necessárias ao consumidor acerca dos pontos do contrato celebrado, não há como aliviar a sua responsabilidade civil pelos danos suportados pelo consumidor**.

[...]

Sabe-se que, segundo o Código de Defesa do Consumidor, **a inversão do ônus da prova está presente, desde que presentes a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, sendo que, em relação a esse último requisito, ele se caracteriza não somente no âmbito econômico, mas também no jurídico e no técnico, uma vez que raras vezes o consumidor possui todos os dados caracterizadores do seu direito como, por exemplo, contrato bancário celebrado entre as partes e conhecimento técnico dos termos pactuados**.

[...]

Portanto, **a responsabilidade do fornecedor, segundo o próprio CDC, é objetiva e a inversão do ônus da prova se opera automaticamente (ope legis), sendo a vulnerabilidade do consumidor presumida, motivo pelo qual o recorrente precisa demonstrar cabalmente que a parte consumidora detinha conhecimento das peculiaridades em que a contratação se operaria, o que não o fez**. Competia à instituição financeira, de maneira clara e objetiva, explanar a modalidade de crédito que estava oferecendo ao consumidor, alertando, principalmente, sobre os benefícios e desvantagens da operação celebrada, em especial a forma

de pagamento (TJAM, AC 0631840-95.2017.8.04.0001, Terceira Câmara Cível, rel. Des. Airton Luís Corrêa, j. 10-9-2020).

52. No julgamento, levado a efeito pelo Tribunal de Justiça da Bahia, do Agravo de Instrumento nº 0013129-04.2016.8.05.0000 (Quinta Câmara Cível, rela. Desa. Carmem Lucia Santos Pinheiro, j. 23-8-2016), cujas partes eram Banco Santander Brasil S.A. e Rondon Comércio de Alimentos Ltda., o Tribunal apontou a existência das vulnerabilidades técnica, informacional e financeira. Quanto às duas primeiras, catalisadas pela adesividade do contrato, destacou-se: “no caso dos autos, restou evidenciada a vulnerabilidade informacional e técnica da empresa Agravada, na medida em que sequer teve oportunidade de discutir as cláusulas do contrato firmado com a instituição financeira, principalmente, em relação aos encargos cobrados. Quanto à última, consignou-se: é evidente a sua vulnerabilidade financeira, levando-se em consideração o poderio econômico do Banco Santander Brasil S/A.

53. Do acórdão do TJBA, ainda vale citar:

Por sua vez, **a Teoria Finalista Mitigada compreende que podem ser admitidas certas exceções quanto ao campo de aplicação do conceito de “destinatário final” expresso no CDC, de modo que a norma consumerista deverá incidir sempre que a pessoa física ou jurídica apresentar uma vulnerabilidade – técnica, fática, econômica ou informacional – capaz de provocar desequilíbrio na relação contratual.**

[...]

No caso dos autos, **restou evidenciada a vulnerabilidade informacional e técnica da Agravada, Rondon Comercio Alimentos LTDA, na medida em que sequer teve oportunidade de discutir as cláusulas do contrato firmado com a instituição financeira, principalmente, em relação aos encargos cobrados, por se tratar de contrato de adesão. Ademais, é evidente a vulnerabilidade financeira da Agravada em relação ao Agravante, levando-se em consideração o poderio econômico do Banco Santander Brasil S/A** (TJBA, AI 0013129-04.2016.8.05.0000, Quinta Câmara Cível, rela. Desa. Carmem Lucia Santos Pinheiro, j. 23-8-2016).

54. Outra decisão do Tribunal de Justiça da Bahia vale ser mencionada. Trata-se do julgamento do Agravo de Instrumento nº 002081-10.2016.8.05.0000 (Terceira Câmara de Direito Civil, rela. Desa. Sandra Inês Moraes Rusciolli Azevedo, j. 17-10-2018), no qual litigavam Megaferro Comércio de Ferragens e Ferramentas Ltda. e Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia. Constatou-se haver vulnerabilidades fática e técnica. Importa ressaltar nesta petição a abordagem acerca do objeto da relação jurídica havida entre as partes: energia elétrica. Não a reputou o Tribunal enquanto “insumo” – embora o produto, para a consumidora, claramente o fosse, por lidar com “comércio varejista, comercializando ferragens e ferramentas, materiais hidráulicos, cal, areia, pedra britada, tijolos, telhas, pedras para revestimento, tintas, materiais para pintura, materiais elétricos e vidros, conforme contrato social da empresa”.

55. Por outro lado, o TJBA, conquando tenha afirmado que, “como quase tudo hoje é movido à eletricidade, a simples utilização da energia elétrica para iluminação, alimentação de computadores, climatização, entre outros, não pode ser caracterizada como insumo de sua atividade comercial, caso contrário, nenhuma pessoa jurídica poderia ser caracterizada como consumidora”, logo após, com o respeito devido, parece haver se contradito: “nesse sentido, levando-se em consideração a letra fria da lei, não existiria pessoa jurídica consumidora, haja vista que, desde o gerenciamento até o serviço de limpeza de qualquer empresa, tem como objetivo o fomento de sua atividade comercial”. A incongruência, com o respeito devido, econtra-se neste trecho: e, nessa linha

de inteligência, uma boa iluminação do estabelecimento também seria uma forma de fomentar a atividade empresarial” – e fomento, naquele contexto, nada mais pode ser compreendido além de insumo (TJBA, AI 002081-10.2016.8.05.0000, Terceira Câmara de Direito Civil, rela. Des. Sandra Inês Moraes Rusciolelli Azevedo, j. 17-10-2018).

56. No julgamento da Apelação Cível nº 0102213-75.2015.8.06.0112 (Segunda Câmara de Direito Privado, rel. Des. Francisco Gomes de Moura, j. 14-10-2020) pelo Tribunal de Justiça do Ceará, cujas partes eram Companhia Energética do Ceará e Nordic Nordeste Distribuidora de Combustíveis Ltda., o voto acordado iniciou ressaltando a compreensão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema em tela, sempre à luz da vulnerabilidade: “o Superior Tribunal de Justiça aprimorou o entendimento para estabelecer que, à luz da Teoria do Finalismo Aprofundado, ainda que as pessoas jurídicas não estejam na condição de destinatárias finais dos produtos, em algumas hipóteses, serão equiparadas ao consumidor final (para fins de aplicação do CDC), ante sua vulnerabilidade, princípio nuclear da política nacional das relações de consumo”.

57. Tendo em vista esses concolidados preceitos no conjunto jurisprudencial do país, a respeito do tema de fundo, o TJCE apontou:

No caso em tela, **a parte apelada além de destinatária final do serviço, possui vulnerabilidade técnica e econômica em relação à empresa demandada/apelante, o que justifica a incidência da legislação consumerista, cuja aplicação se impõe em garantia da paridade de meios, do equilíbrio entre as forças constantes e da facilitação da defesa da hipossuficiente em juízo.**

(TJCE, AC 0102213-75.2015.8.06.0112, Segunda Câmara de Direito Privado, rel. Des. Francisco Gomes de Moura, j. 14-10-2020).

58. Na decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Ceará na Apelação Cível nº 0037144-90.2005.8.06.0001 (Terceira Câmara de Direito Privado, rela. Des. Marlúcia de Araújo Bezerra, j. 24-5-2017), cujas partes eram Banco do Nordeste do Brasil S.A. e Neblina Industrial de Mineração Ltda., chamou a atenção do Tribunal as vulnerabilidades técnica e jurídica da tomadora de crédito (Neblina Industrial de Mineração Ltda.), enquadrada na teoria de “consumidor intermediário”, como o trecho a seguir demonstra: “em que pese a parte autora não figure como destinatária final do produto adquirido, nada impede, na espécie, a aplicação das normas de proteção consumerista, consoante a teoria do finalismo aprofundado, segundo a qual consumidor será não só o destinatário final do produto, mas todo aquele que apresentar alguma vulnerabilidade em face do fornecedor, admitindo a figura do “consumidor intermediário”.

59. Apesar de considerar o objeto contratual enquanto insumo, o TJCE aduziu:

Inicialmente, deve-se registrar que, **em que pese a apelada não figure como destinatária final do produto adquirido, uma vez que o financiamento obtido junto ao banco ora apelante tinha por objetivo fomentar sua atividade econômica, nada impede, na espécie, a aplicação das normas de proteção consumerista. Isto porque a doutrina e a jurisprudência vêm adotando a teoria do finalismo aprofundado, segundo a qual consumidor será não só o destinatário final do produto, mas todo aquele que apresentar alguma vulnerabilidade em face do fornecedor, admitindo a figura do “consumidor intermediário”**.

[...]

No caso em tela, a parte autora empresa engarrafadora de água mineral não detém o mesmo nível de conhecimento técnico e jurídico envolvendo operações financeiras quanto o banco demandado, configurando a situação de hipossuficiência apta a atrair a aplicação da legislação

de consumo (TJCE, AC 0037144-90.2005.8.06.0001, Terceira Câmara de Direito Privado, rela. Des. Marlúcia de Araújo Bezerra, j. 24-5-2017).

60. Já o Tribunal de Justiça de Goiás, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 5309830-39.2019.8.09.0000 (Primeira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Carlos Roberto Fávaro, j. 18-2-2020), no qual litigavam AJ Transportes e GS Tecnologia Ltda., destacaram-se as vulnerabilidades fática e técnica: “não se pode olvidar, ademais, que a parte contratante se revela vulnerável fática e tecnicamente, uma vez que as questões relativas aos serviços contratados não guardam correlação com sua área de atuação”. Isso porque “não se afigura razoável concluir que a autora/agravante, empresa transportadora, detenha conhecimentos técnicos sobre área tecnológica específica, como a referente aos serviços de monitoramento de veículos, envolvendo especificidades, tais como o modo de funcionamento e localização dos equipamentos rastreadores, que se encontram ao alcance apenas da ré/agravada”. Por fim, concluiu: “deste modo, a relação jurídica encartada encerra relação de consumo, diante da equiparação da contratante à figura do consumidor, frente à sua vulnerabilidade técnica e fática, de sorte que a gênese e resolução do conflito estabelecido entre as empresas perpassam pelo exame das disposições que nortearam o contrato que firmaram”.

61. Da decisão tomada pelo TJGO, ainda vale citar trecho com transcrição doutrinária, por enfatizar a qualidade de consumidor, inclusive, a hipótese de “hotel que compra gás”:

Ao tratarem da temática, os autores Cláudia Lima Marques, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin e Bruno Miragem assim elucidam: **“Em casos difíceis, envolvendo empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços; provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente**. Assim, por exemplo, um automóvel pode servir para prestar os serviços da pequena empresa, comprado ou em leasing, mas também o é o automóvel privado do consumidor. Ou, de forma semelhante ao caso francês do sistema de alarme, uma empresa de alimentos contrata serviços de informática, que não serão usados em sua linha de “produção” a não ser indiretamente e a jurisprudência tende a considerar estes usuários mistos, ou consumidores finais diretos, como consumidores, uma vez que a interpretação da dúvida sobre a destinação final e sobre sua caracterização é resolvida, de acordo com os arts. 4º, I e 47 do próprio CDC, a favor do consumidor. **Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprova ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás.”** (In Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 5ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 124) (TJGO, AI 5309830-39.2019.8.09.0000, Primeira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Carlos Roberto Fávaro, j. 18-2-2020).

62. No julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.11.341912-1/001 (Décima Câmara Cível, rela. Des. Mariangela Meyer, j. 26-8-2014) pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que contava com as partes Banco do Brasil S.A. e Fenomena Indústria e Comércio de Calçados S.A., é possível extrair argumentos relevantes em favor da agravante, considerando a relativa semelhança com o presente caso. Conforme consignado pelo Tribunal, “comprovada a hipossuficiência informacional da parte perante a Instituição Financeira, que administra a sua conta-corrente, deve ser permitida a inversão do ônus da prova”. Constatou-se a vulnerabilidade informacional, apta a atrair o Código de Defesa do Consumidor àquela hipótese, mesmo diante dos capitais financeiros das sociedades empresárias envolvidas – capital social de Banco do Brasil S.A.: R\$ 90.000.000.000,00 / capital social de Fenomena

Indústria e Comércio de Calçados S.A.: R\$ 100.000.000,00.

63. Ainda, a inversão do ônus da prova foi para determinar a exibição de documentos “difíceis de se obter por uma das partes” – e, reitera-se, no caso dos autos é simplesmente impossível para a agravante, e não apenas difícil, acessar as informações necessárias para a sua defesa, sem a “cooperação” da agravada”, impelida pelo Poder Judiciário para tanto –, como registrado pelo TJMG:

Analizando detidamente os autos, **entendo que restou demonstrada a hipossuficiência dos agravados, diante dos documentos considerados difíceis de se obter pelos agravados, tais como, autorização de débito ou regularidade da devolução dos títulos. Por outro lado, a Instituição Financeira tem acesso, na condição de administradora da conta corrente dos agravados, às informações imprescindíveis à solução da controvérsia.**

Desse modo, comprovada a hipossuficiência informacional dos agravados perante o recorrente, mostra-se possível a aplicação das disposições consumeristas (AI 1.0024.11.341912-1/001, Décima Câmara Cível, rela. Des. Mariangela Meyer, j. 26-8-2014).

64. Julgamento com respercussões semelhantes ao apontado acima, desta vez tomado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, foi o do Agravo de Instrumento nº 0031263-68.2019.8.16.0000 (Décima Terceira Câmara Cível, rel. Des. Fernando Ferreira de Moraes, j. 25-10-2019), no qual litigavam Banco do Brasil S.A. e MS Equipamentos de Embalagens Ltda. O Tribunal reputou presentes as vulnerabilidades técnica e informacional, o que acarretou na atração das normas do Código Direito do Consumidor e a constatação da hipossuficiência processual da parte tutelada pela legislação especial, com efeitos sobre o ônus da prova. Portanto, afirmou-se: “dessa forma, considerando a dificuldade técnica em comprovar o fato constitutivo do seu direito, aliado ao fato de que tais documentos e informações, bem como, o conhecimento da metodologia do cálculo dos encargos e o direcionamento de alguns pagamentos estão no controle da Instituição Financeira, é cabível a inversão do ônus, em razão da hipossuficiência técnica e informacional dos agravados”.

65. Completou o TJPR:

Presente a vulnerabilidade técnica e informacional da sociedade empresária recorrente, o caso é de aplicação do CDC. No mais, quanto a inversão do ônus probatório, o art. 6º, inciso VIII do CDC dispõe que para a facilitação da defesa do consumidor em Juízo, pode o ônus da prova ser invertido quando as alegações forem verossímeis ou quando for o consumidor hipossuficiente. A hipossuficiência não se confunde com a vulnerabilidade, pois se apresenta exclusivamente no campo processual devendo ser observada se processualmente o consumidor tem ou não meios de obtenção da prova (AI 0031263-68.2019.8.16.0000, Décima Terceira Câmara Cível, rel. Des. Fernando Ferreira de Moraes, j. 25-10-2019).

66. No julgamento, pelo Tribunal de Justiça do Paraná, do Agravo de Instrumento nº 0006629-42.2018.8.16.0000 (Décima Sexta Câmara Cível, rel. Des. Lauro Lartes de Oliveira, j. 9-5-2018), cujas prtes eram Itaú Unibanco S.A. e Massa falida de Faville Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., apesar dos patamares dos capitais sociais dos envolvidos – capital social de Itaú Unibanco S.A.: R\$ 75.925.425.763,69 / capital social de Massa falida de Faville Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.: R\$ 5.710.000,00 –, e da parte tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor não se enquadrar “no conceito legal de consumidor (destinatária final do produto ou serviço)”, por se tratar o objeto da contratação de “incremento da atividade desenvolvida pela contratante”, a legislação especial foi aplicada, considerando a existência das vulnerabilidades “técnica, jurídica, econômica e até mesmo de de informação frente à instituição financeira”, inclusive para fins de “inversão do ônus da prova”, com

o fito de impelir a apresentação de documentos em juízo.

67. Os seguintes trechos do acórdão do TJPR não deixam mentir:

Não obstante a alegação de que a apelante, pessoa jurídica, não se enquadra no conceito legal de consumidor (destinatária final do produto ou serviço) por se tratar de contrato para a concessão de crédito voltado para o incremento da atividade desenvolvida pela contratante, salienta-se, nesse aspecto, que o Superior Tribunal de Justiça tem mitigado os rigores da Teoria Finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a pessoa física ou jurídica, embora não seja propriamente consumidora final, apresente-se em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica e até mesmo de informação frente à instituição financeira.

[...]

No presente caso, denota-se a vulnerabilidade técnica da pessoa jurídica autora em relação às normas contratuais firmadas unilateralmente pela instituição financeira, uma vez que a sua atividade se refere ao ramo industrial e comercial de alimentos e suas ramificações (certidão simplificada da Junta Comercial e comprovante de inscrição e de situação cadastral junto a Receita Federal – mov. 1.3), vale dizer, em nada relacionado aos negócios jurídicos bancários e do mercado financeiro. Diante do exposto, justifica-se a incidência da proteção das regras do Direito do Consumidor no caso dos autos.

[...]

Desse modo, apresenta-se necessária, no caso concreto, também a inversão do ônus da prova, em razão da hipossuficiência da agravada, que não se denota meramente sob o aspecto econômico, mas também em razão de sua hipossuficiência técnica e informacional em contraposição à instituição financeira, a qual, além de conhecimento técnico, detém em seu poder eventuais documentos necessários para o deslinde do feito (TJPR, AI 0006629-42.2018.8.16.0000, Décima Sexta Câmara Cível, rel. Des. Lauro Lartes de Oliveira, j. 9-5-2018).

68. Encerrando o conjunto jurisprudencial, destaca-se o julgamento, pelo Tribunal de Justiça de Roraima, da Apelação Cível nº 0010.12.715778-1 (Primeira Turma Civil, rela. Desa. Tânia Vasconcelos, j. 9-3-2018), em que figuravam como partes Eletrobrás Distribuição Roraima e Itikawa Indústria e Comércio Ltda. Segundo o Tribunal, “considera-se igualmente consumidor aquele que, mesmo destinando o serviço para fins econômicos (como é o caso dos autos), enfrenta o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade”; o que “significa que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo”. Finaliza o TJRR: “essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômica. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor”.

69. Antes de argumentar acerca da condição de vulnerável, das mais diversificadas modalidades admitidas pela doutrina e pela jurisprudência, da agravante frente à agravada, para efeitos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica havida entre as partes, é necessário retomar, evidentemente os aspectos do negócio celebrado, o que foi realizado, ainda que de forma breve, na contestação (evento 10). Como dito na instância inferior, aquela “defesa, por ora, é [era] simples” (evento 10) – justamente pois, para bem elaborá-la, a exibição de documentos requerida ao final era, e continua ser fundamental, constituindo a ordem de apresentação um dos pleitos recursais. Assim, renovando os pedidos de desculpas, mas com o intuito facilitar a visualização e o julgamento do presente agravo de instrumento, segue a peça por inteiro (evento 10):

Por cinco anos, mantiveram as partes vínculo contratual. Livremente pactuaram seus termos, inclusive a sua duração. Fator decisivo para a ré eleger a autora, dentre as sociedades

empresárias concorrentes e habilitadas para, enquanto fornecedoras de “Gás Liquefeito de Petróleo” foi o preço. A princípio, no momento da contratação, não haveria empecilho, por parte da ré, se os tratos sucessivos fossem estipulados em data superior – por evidência, anteriormente à autora, na vigência do contrato, manifestar comportamentos questionáveis, sobre os quais logo se abordará. Isso porque constituía-se, e assim permanece, a ré enquanto “empresa familiar”, como sugere o contrato social anexado, sem a mínima intenção de, voluntariamente, interromper a atividade produtiva. Seus sócios, empregados etc. em audiência, se necessário, poderão atestar.

Acontece que, passados meses/anos da contratação, o **preço** – lembrando que foi esse o elemento decisivo que levou a ré a escolher a pessoa jurídica que lhe forneceria o respectivo insumo – do produto (Gás LP) passou a aumentar de maneira invulgar, aparentemente sem consonância com as linhas pactuadas. A autora, em momentos raros, justificava à ré, após provocação ou espontaneamente, acerca do crescimento dos valores. Contudo, nunca o fazia – na verdade, bem longe disso, pois chegou, inclusive, a encaminhar notícia publicada em endereço eletrônico, como forma de “prestar contas” de determinado aumento (anexo) – clara e analiticamente, muito embora poucos eram os elementos que teriam aptidão, segundo o acerto, para acrescer o valor do gás.

Veja-se o que diz o contrato a respeito (“CLÁUSULA SEXTA - REAJUSTE”):

6.1 - O preço do Gás LP será alterado, automaticamente, **sempre que houver aumento dos custos de matéria-prima e/ou majoração ou incidência de novo tributo.**

6.2 - O preço do Gás LP será reajustado, a cada período de 12 (doze) meses, sempre na data de aniversário deste contrato, **pela variação positiva do IGP-M.**

A ré tentou – e chegou a conseguir, embora o “acordo” pouco tempo tenha durado nas prestações continuadas típicas da evença debatida, enquanto vigia o contrato – negociar os acréscimos injustificáveis com a ré. Cogitava-se de que algo não estava certo na contratação. Ocorre que, como se viu, não se podia contar com a “ajuda” – na realidade, com o seu dever anexo de informar, agir com probidade etc., que deveria pautar sua conduta durante todo o vínculo contratual – da autora para elucidar a questão. Passou a ré, então, a coletar elementos e esquematizar o aumento do preço do Gás LP, com as informações de que dispunha. No entanto, quando finalizou o trabalho – e o resultado a que chegou é, de fato, espantoso (anexo) – já havia transcorrido o prazo para notificar a parte contrária sobre o desinteresse em renovar o vínculo jurídico.

Parece – e deduziu-se o “palpite” a partir da avaliação de ações judiciais em trâmite em vários estados brasileiros nas quais a autora pleiteia o mesmo objeto desta demanda: “PENA CONVENCIONAL”, pela ausência de prévia notificação aprazada – ser este o modo de agir da autora: primeiro, conquista seus clientes pelo **preço** ofertado; após, tomada a confiança do(a) comprador(a) – e, no decorrer da contratação, mediante algumas “cessões”, para reconquistá-lo(a) –, amparada em contrato padrão, que só lhe imprime vantagens, dilata excessiva e injustificadamente o valor do produto. A pesquisa abrangeu os 19 CNPJs vinculados à autora (anexo), no Brasil.

Esta defesa, por ora, é simples. A verdadeira contenda, aquela que poderá exigir maior esforço argumentativo dependerá da autora, da documentação que apresentará, conforme requerimento formulado na seção abaixo. O que vale, nesta ocasião e apenas de passagem, mencionar é que não importa a natureza jurídica do vínculo existente entre as partes, se o direito material prevalecente é comercial, civil ou de consumo – conquanto se defenda a incidência das normas inseridas na Lei nº 8.078/1990 na relação jurídica em tela, com

fundamento em variados precedentes de Tribunais do país, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, e em diversas passagens doutrinárias –, o comportamento da autora é que fez resolver o contrato prorrogado.

Seja por, a depender do enfoque jurídico, “dolo, erro, ou lesão superveniente”, seja, como já firmado/prorrogado o contrato, onerosidade excessiva, por vício redibitório, ou por vício em condição capaz de anular o avençado, foi a autora que deu causa à rescisão do contrato (18.1). **Não há espaço, portanto, para aplicação de “PENA CONVENCIONAL” em detrimento da ré.** Buscará, isto sim, a ré, além de possivelmente acionar outras esferas, a repetição de indébito de tudo que pagou a mais, em desacordo com o estipulado pelas partes.

70. Como apontam as peças, parcialmente anexadas a este recurso, integrante dos autos originários, pretende a agravada aplicar, aparentemente, no presente caso, o mesmo *modus operandi* (anti)comercial, em desfavor da agravante, que parece guiar sua postura comercial. Isso é o que os indícios apontam: sim, simples indícios na escala probatória, pois as informações e o conhecimento técnico detidos pela agravante (totalmente alheios à sua atividade comercial) até este momento processual, pois negada, no “despacho saneador” (evento 18), provimento confirmado na decisão agravada (evento 33), a exibição dos documentos necessários para averiguação da regularidade, ou não, dos preços aplicados pela agravada na venda contínua do “Gás LP”, nos termos acordados durante a sua execução, dos quais somente a parte contrária tem acesso. O padrão de conduta pode ser constatado, como aduzido na instância inferior (evento 10), o que também se transcreveu acima, a partir das numerosas demandas, espalhadas por todo o país, em “ações de cobrança” movidas pelos diversos “CNPJs” vinculados à agravada existentes no Brasil, com o objetivo único de auferir a multa contratual – nada módica, como será reiterado – “devida” pela rescisão antecipada e “desmotivada” dos contratos que celebra com os mais variados tipos de empresas.

71. Pedindo-se, novamente, desculpas pela repetição, mas ela é essencial para bem aparelhar este Tribunal ao decidir o presente recurso. Não para, desde logo, por evidência, resolver o mérito da lide e, por consequência, sendo uno o Estado, oficiar os órgãos governamentais competentes para averiguação aprofundada acerca da suposta conduta dolosa e repetidamente praticada pela agravada nos negócios jurídico – ou em boa parcela deles – em que figura, mas para garantir o deferimento dos pleitos recursais, como bem delineados na seção apropriada desta petição: (I) o sobrestamento do feito na origem, sobetudo pois já designada audiência de conciliação, instrução e julgamento; (II) a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos, considerando o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria; e (III) a determinação de exibição de documentos que demonstrem, de forma clara e analítica, a evolução do preço do objeto contratual ao longo dos anos de contratação, mesmo que em desfavor da agravada, pela redistribuição, ou distribuição dinâmica, do ônus da prova, independentemente da motivação jurídica que venha a sustentá-la (art. 6º, XIII, do CDC; ou art. 373, § 1º, do CPC).

72. Para tanto, indispensável é demonstrar, à luz dos ensinamentos parafraseados nesta petição, a qualificação de consumidora da agravante na contratação havida com a agravada. Apesar da (I) quantidade de julgados, nos quais se debateram os mais variados objetos contratuais; (II) das distintas denominações, conforme a exposição do magistrado responsável pelas relatorias dos acórdãos, para carterizar o mesmo fenômeno jurídico; (III) sem contar, com todo o respeito, a qualificação enquanto “consumidor final” de pessoas jurídicas que, por evidência, como reconhecido na(s) própria(s) decisão(es), transacionaram bens de nítido caráter de insumo de produção.

73. Sem esquecer que a “casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo” (REsp 1.195.642), bem explanados foram os conceitos consagrados de vulnerabilidades (técnica, jurídica/científica, fática/socioeconômica e informacional) presentes no primeiro acórdão do Superior Tribunal de Justiça abordado nesta petição (REsp 1.195.642), além da modalidade bem apontada por Claudia Lima Marques (vulnerabilidade contratual). Ainda, segundo outros precedentes do STJ e de diversos Tribunais do país, certas situações, em virtude do objeto contratual, da condição das partes, ou de ambos, o que faz mais sentido retomar ao avaliar especialmente a presente demanda, também devem elevar à condição de vulnerável certo contratante. Denota-se, além do mais, da leitura dos julgados, que a posição de “consumidor intermediário” ou “consumidor final”, segundo a teoria atualmente mais aceita (finalista mitigada), conquanto ainda seja relevante para aferir a atração, ou não do CDC – pois, como sempre ressaltado, cada caso é único e, assim, precisa ser avaliado em sua individualidade –, cedeu espaço para a categoria da “vulnerabilidade”, independentemente da(s) variação(ões) constatadas. Afinal, “a aferição concreta da condição de ‘vulnerável da pessoa jurídica’ não exige que todas as espécies de vulnerabilidade (técnica, informacional, jurídica, fática ou socioeconômica) estejam presentes; basta que ao menos uma delas reste evidenciada” (TJAL, AC 0714057-21.2018.8.02.0001).

74. Conjugando esse fatores, e levando em conta a “escala preferencial” da caracterização da(s) vulnerabilidade(s) aptas a tornar “consumidor” certo polo de uma relação jurídica, ao avaliar os traços do caso concreto, adiantados pela transcrição integral anterior (evento 10), pode-se constatar, com elevado grau de confiança, a existência de não apenas uma, mas, em maior ou menor grau, como será explorado, de todas – ou, ao menos, de todas as consagradas pela doutrina e pela jurisprudência – as vulnerabilidades (técnica, jurídica/científica, fática/socioeconômica, informacional e contratual), favoravelmente à agravante no negócio celebrado entre as partes, o que impele a atração do CDC à hipótese dos autos. Para melhor individualizar cada uma delas, melhor elencá-las em tópicos explicativos. Contudo, antes, indispensável é apresentar da forma mais clara possível as especificidades do vínculo jurídico que envolvia as litigantes: (I) a qualificação das partes (seus portes econômicos, suas dimensões no mercado e seus objetos sociais); (II) o objeto contratual (sua importância para a atividade empresarial da agravante); (III) o desenvolvimento das três fases do negócio (contratação, execução e rescisão); e (IV) a abusividade generalizada das cláusulas contratuais (não somente da denominada “REAJUSTE”).

75. Quanto (I) à qualificação das partes, denota-se, segundo os documentos anexados ao processo e/ou a este recurso, o manifesto desequilíbrio econômico existente entre as partes: enquanto o capital da agravante alcança R\$ 6.050.973,00, o da agravada chega a R\$ 485.766.236,00; isso sem contar a sede e a abrangência comercial de cada uma: a agravante possui sede em Criciúma, interior de Santa Catarina, no Brasil; já a agravada, na Holanda, além de ocupar, segundo o SindiGas de 2020 – “de Janeiro de 2020 à Agosto de 2020, segundo dados publicados no site da ANP” –, 19,91% do mercado nacional (3ª no país), no tocante à comercialização do “Gás LP”, atrás apenas da Ultragaz (23,28%) e da Liquigás (21,24%). Quanto (II) ao objeto contratual, a importância do insumo é inquestionável para a execução diária das operações da agravante, pois é utilizado para abastecer maquinário sem o qual a produção da agravante fica por completo obstada. Quanto (III) ao desenvolvimento das três fases do negócio (contratação, execução e rescisão), os graves problemas deram-se, como antes salientado, no *iter* contratual e na rescisão, uma vez que o preço inicialmente atrativo, com o tempo, tornou-se injustificável, apesar das tentativas, por meio de troca de mensagens eletrônicas, de tentar-se compreender o(s) motivo(s) da variação – e só se obteve como resposta, basicamente, notícias da internet acerca de aumentos no preço do gás (sim, esta foi a

“satisfação”), como, aliás, é possível também verificar na própria réplica (evento 15), na origem, em cuja peça a agravada teve a audácia de repetir o procedimento, inclusive apresentando notícias sobre o aumento do “gás de cozinha”, parâmetro utilizado pela agravante em sua planilha comparativa (evento 10) e, exatamente por isso, criticado pela agravada (evento 15). Quanto (IV) à abusividade generalizada das cláusulas contratuais, o fato não se limita à intitulada “REAJUSTE”, o anexo relativo aponta com clareza – “CLÁUSULA TERCEIRA – EXCLUSIVIDADE, CLÁUSULA QUARTA – ENTREGA DO GÁS LP, CLÁUSULA SEXTA – REAJUSTE – CLÁUSULA OITAVA – CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS E MULTA, CLÁUSULA NONA – SUSPENSÃO DO CRÉDITO E CLÁUSULA DÉCIMA – CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR”.

76. O contexto apresentado não deixa margem de dúvida sobre a presença da generalizada vulnerabilidade (técnica, jurídica/científica, fática/socioeconômica, informacional e contratual) da agravante na relação jurídica que havia com a agravada. Portanto, é imperativa a incidência do Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos.

77. Por outro lado, independentemente da incidência, ou não, do CDC, o ônus da prova precisa ser redistribuído nesta relação processual. Reconhece-se que, em regra, o encargo probatório é dirigido ao autor “quanto ao fato constitutivo de seu direito”; e, “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (art. 373, *caput*, I e II, do CPC). Nada obstante, a legislação também dispõe que, “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” (art. 373, § 1º, do CPC). Naquele caso, vislumbra-se a “distribuição estática do ônus da prova”; neste, a sua vertente “dinâmica”, como informam a doutrina e a jurisprudência. Na hipótese dos autos, pelos motivos expostos, a exceção é que deve vigorar.

78. O atual CPC – muito embora, na vigência do Código anterior, doutrina⁶ e jurisprudência (STJ, REsp 1.286.704, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrichi, j. 22-10-2013) já reconhecessem a possibilidade de redistribuir o ônus da prova de forma distinta da exclusivamente prevista na legislação de regência da época (art. 333, I e II, do CPC/1973), quando presentes certos requisitos, similares aos incorporados no regramento atual, para além, inclusive, das relações de consumo, que já gozavam, desde 1990, de previsão normativa específica (art. 6º, VIII, do CDC) – adotou expressamente ambas as teorias de distribuição do encargo probatório: a estática e a dinâmica. Isso para promover, caso a caso, melhor “reconstrução dos fatos investigados, buscando-se a maior coincidência possível com a realidade fática, tal como efetivamente ocorrida no tempo e no espaço”, cabendo ao juiz, agora mais próximo da verdade, “fazer o trabalho mental de selecionar os argumentos mais coerentes e, com base neles, formar o convencimento racional para então decidir a causa”⁷.

79. Expõe a doutrina⁸:

O ônus da prova, instituto de direito processual, deve ser analisado em conjunto com o direito material deduzido em juízo. A visão de que o ônus da prova utiliza como critério somente a posição jurídica da parte no processo está superada há tempos. Cabe ao magistrado proceder

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 43a ed. 2008. p. 191.

⁷ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) *in* Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5: direito probatório. Coord.: Fredie Didier Jr. et. al. 3a ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

⁸ BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 3, p.2179-833, dez. 2016.

à análise de forma contextualizada e não se ater somente ao fato de ser a parte autora ou ré. O processo é um instrumento para a obtenção do direito material e seu ideal de efetividade requer, necessariamente, um olhar panorâmico da relação jurídica. Essa interpretação coordenada das regras processuais à luz do direito material fomentou os critérios estabelecidos no CDC (art. 6º, VIII) e a Teoria da Distribuição Dinâmica no novo Código de Processo Civil (art. 373, § 1º).

80. Quanto à aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova mesmo na vigência do Código anterior, segue trecho do precedente do Superior Tribunal de Justiça mencionado acima, que demonstra sua incidência e imprescindibilidade nos conflitos de interesse submetidos à jurisdição brasileira, para o equacionamento justo das controvérsias:

Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, **uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova**, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso (STJ, REsp 1.286.704, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 22-10-2013).

81. E mais:

Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, **inclusive em bases constitucionais**, confere ampla legitimidade à aplicação dessa teoria, **levando-se em consideração, sobretudo, os princípios da isonomia (arts. 5º, caput, da CF, e 125, I, do CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (art. 5º XXXV, da CF), da solidariedade (art. 339 do CPC) e da lealdade e boa-fé processual (art. 14, II, do CPC), bem como os poderes instrutórios do Juiz (art. 355 do CPC)** (STJ, REsp 1.084.371, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 1º-12-2011).

82. A doutrina⁹ também já alertava:

Conforme as particularidades da causa e segundo a evolução do processo, o Juiz pode deparar-se com situações fáticas duvidosas em que a automática aplicação da distribuição legal do *onus probandi* não se mostra razoável para conduzi-lo a uma segura convicção acerca da verdade real.

83. No mesmo sentido, ainda sob a égide do antigo CPC, apresentam-se outros tantos julgados do STJ os quais, superando a literal disposição normativa da época (art. 333 do CPC/1973), redistribuíram o ônus da prova, nos mais variados temas de direito público e privado – responsabilidade civil por erro médico, disponibilização de página virtual, empréstimo compulsório, cobrança monitória de confissão de dívida, exibição de extratos bancários, impenhorabilidade de bens, nenhuma delas sujeita ao CDC – submetidas ao crivo do Poder Judiciário, considerando sempre a hipossuficiência da parte “beneficiada” com a redistribuição e as circunstâncias de cada caso: STJ, AgRg-AREsp 216.315, Segunda Turma, rel. Mauro Campbell Marques, j. 23-10-2013; REsp 1.135.543, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 22-5-2012; REsp 1.189.679, Segunda Seção, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 24-11-2010; REsp 619.148, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20-5-2010; e REsp 69.309, Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18-6-1996.

84. Naturalmente, a partir da vigência do CPC atual, a jurisprudência manteve a aplicação, também aos tipos mais diversos de relações jurídicas, mesmo àquelas não alcançadas pelo CDC, da

⁹ HUMBERTO, Theodoro Junior. *Curso de direito processual civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 43a ed., 2008, p. 191.

teoria dinâmica do ônus da prova, agora amparada em critérios legais bem definidos (art. 373, § 1º, do CPC), elaborados à luz da construção argumentativa realizada pelos Tribunais e doutrina há décadas, como se viu. Citam-se algumas decisões nesse sentido, todas do STJ: AgInt 1.452.682, Segunda Turma, rela. Mina Assusete Magalhães, j. 11-6-2019; AgInt-AREsp 1.292.086, Segunda Turma, rela. Mina Assusete Magalhães, j. 6-9-2018; REsp 1.667.776, Segunda Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 1º-8-2017; e AgRg-AREsp 844.281, Segunda Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 19-4-2016.

85. Como se denota da leitura dos julgados e da doutrina, a distribuição estática do encargo probatório nem sempre atende aos anseios de justiça esperados por aqueles que buscam o amparo do Poder Judiciário. Por isso, “o ônus da prova [...] deve ser analisado em conjunto com o direito material deduzido em juízo”¹⁰. Afinal, “de nada adianta o direito, em tese, ser favorável a alguém” se o interessado não conseguir “demonstrar que se encontre em uma situação fática” que autorize incidir a competente “regra jurídica”. Nesse cenário, “não se pode exigir de alguém provas além do que esteja ao seu alcance”, gerando-lhe “um ônus probatório diabólico” e, por consequência, negando-lhe o “direito fundamental à tutela jurisdicional adequada” e “efetiva”, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, XXXV). Ocorreria que “direitos lesados ou ameaçados”, aqueles “direitos materiais” judicializados, por resistência de quem se nega a respeitá-los, não receberiam a proteção devida e esperada de um Estado Democrático de Direito¹¹.

86. A relação existente entre a distribuição dinâmica do ônus probatório e a efetiva tutela de direitos é matéria recorrente na comunidade jurídica¹²:

As regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente que se vale o juiz para, diante de um quadro de carência probatória acerca de fato ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada no processo. **Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável de lhe ser negada a tutela dos direitos.**

87. Ainda¹³:

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

88. Portanto, verificados os pressupostos para sua aplicação, a redistribuição do encargo probatório conforme a capacidade de cada sujeito processual, sobretudo após a vigência do artigo

¹⁰ BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do onus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 3, p.2179-833, dez. 2016.

¹¹ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) in *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, vol. 5: direito probatório. Coord.: Fredie Didier Jr. et. al. 3a ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

¹² GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a Constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 294.

¹³ BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do onus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 3, p.2179-833, dez. 2016.

373, § 1º, do CPC, é medida impositiva. “Quer-se evitar”, com isso, “que dificuldades econômicas ou conjunturais de uma das partes, em produzir determinada espécie de prova, façam com que esta receba sentença de mérito desfavorável”¹⁴. Para superar esse óbice, fundado em premissas ultrapassadas, “o ônus da prova de determinado fato” deve recair “sobre a parte que encontra melhores condições fáticas, econômicas, técnicas, jurídicas etc. de demonstrá-lo no caso concreto”. Adotada essa premissa, como o fez expressamente o CPC em vigor, “não importa o lugar que o litigante” ocupe “no processo (demandante ou demandado), nem qual é a natureza dos fatos (constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos)”¹⁵ arguidos, o juiz deve distribuir o ônus probatório conforme as especificidades do caso concreto.

89. Finalmente, a redistribuição do ônus da prova, nos moldes expostos nesta petição, passará longe de fomentar “situação” de “impossível” ou “excessivamente difícil” “desincumbência do encargo” pela parte contrária, como pondera o artigo 373, § 2º, do CPC. Como sustentado, a ré é que não tem condições de apresentar os indicativos os quais, segundo a autora, foram responsáveis pelo contínuo aumento (até agora desmotivado, sem explicação) do insumo comercializado. Ainda, avaliando as forças contrastantes das partes que figuram nesta demanda, se “a grande questão sobre o ônus da prova não é o que se prova ou quem prova, mas quem sofre as consequências pela falta da prova”¹⁶, é sobre a autora, sem dúvida, que deverá pesar as consequências jurídicas de sua não desincumbência, se intimada para realizar a exibição e deixar, no prazo estipulado, de fazê-lo.

90. Assim, considerando o contexto dos autos, pelas razões expostas, independentemente do fundamento legal invocado, inserido no Código de Processo Civil ou no Código de Defesa do Consumidor, o ônus probatório de exibição dos documentos pretendidos deve recair sobre a autora.

III - PEDIDOS

91. Por tudo o que foi exposto, requer-se a este Tribunal:

- a) **a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso**, para sobrestar o andamento do feito originário (autos nº 5017857-70.2020.8.0020) até o julgamento deste agravo de instrumento, sobretudo pois já designada por Sua Excelência o Juiz de Direito audiência de conciliação, instrução e julgamento (evento 18) (art. 1.019, I, do CPC).
- b) a intimação da agravada para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 dias (art. 1.019, II, do CPC).
- c) a intimação da agravada para exibição, no prazo de 5 dias, sob as penas da lei e mediante a determinação das medidas cabíveis (arts. 396, 398, *caput*, e 400 do CPC) de documento que exponha, de forma clara e analítica, a evolução do “reajuste” do preço do “Gás LP”, conforme os abastecimentos realizados em favor da ré ao longo dos anos, nos exatos termos do contrato firmado entre as partes, no dia 2 de março de 2015 (cláusulas 6.1 e 6.2), pois preenchidos os requisitos para redistribuição do ônus

¹⁴ MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 208, p.304, 2012. 143.

¹⁵ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) in Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 5: direito probatório. Coord.: Fredie Didier Jr. et. al. 3a ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

¹⁶ MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Revista Justitia, São Paulo, n. 57, p. 96, 1995.

da prova independentemente do fundamento adotado (art. 373, §§ 1 e 2º, do CPC, e art. 6º, VIII, do CDC);

- d) independentemente da(s) vulnerabilidade(s) constatada(s) da agravante com relação à agravada, determinar a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica debatida nos autos.

92. Para fins de cumprimento do estabelecido no artigo 1.016, inciso IV, do Código de Processo Civil, seguem “nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo”:

DADOS PESSOAIS SUPRIMIDOS

CPF, e-mail e endereços omitidos para publicação pública.

Florianópolis/SC, 10 de maio de 2021.

RICARDO BORTOLOTTO MARTINELLO
OAB/SC 49.988