

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Márcio Ricardo Staffen; Mariana Ribeiro Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-409-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Globalização. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito) realizado entre os dias 09 e 11 de novembro de 2021, tendo como tema central o “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”, com apoio institucional de importantes centros de ensino, a saber, Widener University Delaware Law School, Estados Unidos, Universidad de Alicante, Espanha e Università degli Studi di Perugia, Itália, em conexão com a Escola de Ciências Jurídicas e Sociais e o Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UNIVALI, assim como do Mestrado Profissional em Direito da UFSC.

O IV Encontro Virtual do CONPEDI, realizado virtualmente, manteve a seriedade e qualidade da produtividade características das edições anteriores, e oportunizou a continuidade da integração com pesquisadores em tempos tão adversos e desafiadores.

As professoras Dr.^a Daniela Menengoti Ribeiro, da Universidade Cesumar (Unicesumar), Dr.^a Mariana Ribeiro Santiago, da Universidade de Marília (UNIMAR) e o professor Dr. Márcio Ricardo Staffen, da Faculdade Meridional (IMED) foram honrados com a coordenação das atividades do Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo I” e com a coordenação dessa obra.

Os trabalhos desse Grupo de Trabalho se deram na tarde do dia 13 de novembro de 2021, ocasião em que os autores expuseram suas pesquisas e debateram temas que estão no centro das especulações de um conjunto significativo dos estudiosos do direito.

Com o objetivo de dinamizar as apresentações, os artigos foram organizados em blocos temáticos, ficando assim dispostos:

**A DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE E-COMMERCE PELO FOMENTO
A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO**

**TUTELA DO CONSUMIDOR E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709
/18)**

O DIREITO À PRIVACIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: COMO AS EMPRESAS DEVEM PROTEGER OS DADOS PESSOAIS DOS CONSUMIDORES DE ACORDO COM A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

SOCIEDADE DO CONSUMO E A MONETIZAÇÃO DE DADOS: UM ESTUDO SOBRE O CONTROLE DE DADOS E SUA VALORIZAÇÃO NO BRASIL

O CONSUMO DE ALIMENTOS ULTRAPROCESSADOS E SUA DIVULGAÇÃO, INCLUINDO PUBLICIDADE DIRECIONADA À CRIANÇA: DIREITO BRASILEIRO E DIREITO INTERNACIONAL

A PUBLICIDADE DO SAMPAIO CORRÊA FUTEBOL CLUBE X ATUAÇÃO DO ESTADO: UM GOL CONTRA A LIBERDADE

A PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM JOGOS ELETRÔNICOS: ESTUDO COMPARADO ENTRE O REGULAMENTO EUROPEU E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A EXIGIBILIDADE DA TENTATIVA PRÉVIA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO E O ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA À LUZ DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, INSTRUMENTOS PARA EFETIVA TUTELA DOS DIREITOS DA PESSOA CONSUMIDORA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE ALIMENTOS COM CORPOS ESTRANHOS

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DO GÊNERO ALIMENTÍCIO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A AQUISIÇÃO DE ALIMENTOS IMPRÓPRIOS PARA O CONSUMO

COMPLIANCE MÉDICA: NOVA VISÃO DO TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO COM EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A SOCIEDADE DO CONSUMO DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL: REFLEXÕES SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, SUPERENDIVIDAMENTO E E-COMMERCE

ANÁLISE DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS SOBRE O SUPERENDIVIDAMENTO E O ENDIVIDAMENTO DE RISCO NO BRASIL

SUPERENDIVIDAMENTO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEI Nº 14.181/2021 E O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

O SOLIDARISMO COMO FORMA IDEOLÓGICA DE PROTEÇÃO DO SER HUMANO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

REFLEXÕES À LUZ DA HISTÓRIA SOBRE A DEFESA DO CONSUMIDOR: DA ANTIGUIDADE ATÉ JOHN KENNEDY

Os coordenadores agradecem as contribuições acadêmicas dos autores Andre Quintela Alves Rodrigues, Áurea Moscatini, Clayrtha Raissa Nascimento Goncalves, Cleber Sanfelici Otero, Cristina Anita Schumann Lereno Terzidis, Denise Ribeiro Gasparinho Duailibe Costa, Devanildo de Amorim Souza, Elida De Cássia Mamede da Costa, Enedino Januario De Miranda E Silva, Estéfani Luise Fernandes Teixeira, Fabricio Vasconcelos de Oliveira, Francine Cansi, Gabriela Kalif Lima, Jackeline Prestes Maier, João Gabriel Yaegashi, Karen Lopes Kczam, Letícia Gomes Kieski Klosovski, Lucas Henrique Lopes Dos Santos, Luís Fernando Schiebelbein, Luiz Fernando Afonso, Maria Claudia Ribeiro Quaresma Gomes, Marina Weiss Gonçalves, Maynara Cida Melo Diniz, Monica Teresa Costa Sousa, Nelson Gilmar Tavelin Filho, Oscar Ivan Prux, Osmar Fernando Gonçalves Barreto, Paulo Sergio Velten Pereira, Ronny Max Machado, Rosane Leal Da Silva e Salomão Akhnaton Zoroastro Spencer Elesbon.

Além de se revelar uma rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo I” também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica do CONPEDI pela participação abrangente de pesquisadores de diversas regiões em seus eventos.

Registramos também o importante apoio técnico e a impecável organização do CONPEDI na pessoa da Anelise Dandolini, que acompanhou os trabalhos deste Grupo de Trabalho e atendeu prontamente às demandas dos participantes.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da coordenação desta obra e do CONPEDI, e desejamos a todos uma excelente leitura.

Maringá, Paraná

Marília, São Paulo

Passo Fundo, Rio Grande do Sul

Novembro de 2021

Prof.^a Dr.^a Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro, da Universidade Cesumar (Unicesumar),

Prof.^a Dr.^a Mariana Ribeiro Santiago, da Universidade de Marília (UNIMAR),

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen, da Faculdade Meridional (IMED).

PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, INSTRUMENTOS PARA EFETIVA TUTELA DOS DIREITOS DA PESSOA CONSUMIDORA

PROOF AND REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF, INSTRUMENTS FOR EFFECTIVE PROTECTION OF RIGHTS OF THE CONSUMER PERSON

Lucas Henrique Lopes Dos Santos ¹

João Gabriel Yaegashi ²

Cleber Sanfelici Otero ³

Resumo

O estudo traz uma discussão quanto à inversão do ônus da prova no CDC para uma efetiva tutela dos direitos da personalidade da pessoa consumidora. Em pesquisa dialética, há uma análise do ônus da prova e sua inversão no direito do consumidor, bem como exposição da tese contrária à inversão. Pesquisa bibliográfica é realizada, valendo-se da doutrina e da legislação pertinente à temática. Verifica-se que o novo CPC prevê exceções à distribuição estática do ônus da prova, então não há mais uma inversão irrestrita.

Palavras-chave: Direito do consumidor, Prova, Inversão do ônus da prova, Responsabilidade civil, Direitos da personalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This study brings a discussion about the reversal of the burden of proof in the CDC to the effective protection of the consumer's personality rights. In dialectical research, there is an analysis of the burden of proof and its inversion in consumer law, as well as an exposition of the thesis against the inversion. Bibliographic research is carried out, using the doctrine and legislation relevant to the subject. It was found that the new CPC provides for exceptions to the static distribution of the burden of proof, thus there is no longer an unrestricted inversion of the burden of proof.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consumer law, Proof, Reversal of the burden of proof, Liability, Personality rights

¹ Mestrando no Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciências Jurídicas na Universidade Cesumar (UNICESUMAR, Maringá/PR). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL, Londrina/PR). Advogado.

² Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR, Maringá/PR). Bolsista CAPES. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM, Maringá/PR). Advogado.

³ Doutor em Direito Constitucional (ITE, Bauru/SP). Docente no Programa de Mestrado e Doutorado e Graduação em Direito (UNICESUMAR, Maringá/PR). Professor na Especialização em Previdenciário (UEL, Londrina/PR). Juiz Federal (4ª Região).

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Consumidor é uma ramificação do Direito que dispõe sobre as relações jurídicas estabelecidas entre os consumidores de bens e de serviços e seus fornecedores. Ele é visto pela sociedade como o direito daquele que adquire bens de consumo, para que fique protegido contra fraudes, tenha assegurada a qualidade dos bens e serviços requeridos, além de obter transparência, segurança e informação (EFING,2020). Esta área do Direito passou a ser vista como relevante a partir do momento em que foi verificada uma desigualdade entre consumidor e fornecedor, bem como a necessidade de se regulamentar juridicamente essa relação. Trata-se de um direito fundamental para garantir a segurança de ambas as partes, solidificando que o consumidor tenha acesso ao Poder Judiciário para buscar a reparação dos danos ao seu patrimônio ou a sua moral quando não há prestação de serviço adequada ou o devido fornecimento de bem ou serviço.

No Brasil, a proteção ao consumidor recebeu uma atenção muito significativa, tanto que está expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em dois dispositivos de relevo. Primeiramente, verifica-se dentre os direitos fundamentais, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988). Não se reconhece apenas como direito fundamental individual de as pessoas estarem protegidas nas relações de consumo, mas a defesa do consumidor também está disposta como um dos princípios de necessária aplicação e orientação da Ordem Econômica, como bem estabelece o art. 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V. defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

A proteção do consumidor, em razão do enorme destaque conferido pelo legislador constituinte, seria insuficiente se ocorresse apenas restritamente no direito privado, de maneira que a tutela também precisaria ocorrer no Direito Penal, mas especialmente no Direito Processual, além de outras áreas do ordenamento jurídico. No art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o legislador constituinte, além de prever a edição do Código do Consumidor, também fixou a viabilidade de, eventualmente, como forma de simplificar a defesa do consumidor, inverter o ônus da prova em seu benefício. De um lado, não se poderia pensar em

termos de justiça se consumidores, em situação de contenda, tivessem que sempre demonstrar a culpa do produtor na produção de um bem com defeito ou de um fornecedor de serviço viciado, principalmente quando a técnica de produção ou de elaboração são de conhecimento limitado aos que realizam a oferta no mercado. Assim, em Direito do Consumidor, o ônus da prova é tema de suma importância haja vista a sua repercussão no processo, devendo-se levar em consideração que a sua igual distribuição nem sempre atende a necessidade da parte hipossuficiente.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) de 1990 (BRASIL,1990) prevê, no inciso VIII do art. 6º, a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, sem que esse traga aos autos nenhum documento hábil a comprovar suas alegações, fato que pode causar onerosidade excessiva à parte contrária, gerando uma sobrecarga no Poder Judiciário, com demandas que sequer possuem as condições indispensáveis e necessárias à propositura de uma ação. Não obstante a possibilidade de inversão do ônus da prova no CDC, essa sistemática foi alterada pelo § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 (BRASIL, 2015) que previu exceções à distribuição estática do ônus da prova no CDC. Nesse contexto, eis o problema guia de pesquisa a objetivar a elaboração deste artigo: quais os requisitos que permitem a consagração da inversão do ônus da prova no CDC com o advento do CPC/2015, e como as alterações trazidas poderão contribuir para o melhor andamento dos processos e segurança jurídica do polo passivo da relação de consumo?

Ante o questionamento proposto, o presente estudo apresenta uma discussão acerca da inversão do ônus da prova no CDC com vistas à efetiva tutela de direitos fundamentais e da personalidade da pessoa consumidora. Por ser um tema polêmico, a divisão do ônus da prova recebe a investigação dos maiores conhecedores do direito, provocando sempre muitos debates perante a dificuldade de uma forma melhor de aplicação e efetivação de regras em cada um dos casos definidos. O interesse pelo tema está vinculado ao fato de que o CPC/2015 imprimiu mudanças importantes no que tange ao ônus probante em ações consumeristas. Nesse sentido, pretende-se demonstrar que essas mudanças foram acertadas e repercutirão positivamente no Poder Judiciário, tendo em vista que se espera redução no número de demandas propostas e maior segurança jurídica ao polo passivo da relação de consumo. Assim, o estudo se justifica no sentido de demonstrar que o fato de o consumidor ser a parte hipossuficiente não pode permitir o abuso de direito, devendo haver equilíbrio para que se chegue a decisões realmente justas.

Como metodologia, emprega-se o método dialético, com análise dos argumentos

apresentadas pelas teses e antíteses referentes à inversão do ônus da prova, em pesquisa exploratória bibliográfica, valendo-se da doutrina e da legislação pátria pertinentes à temática enfrentada. O método de procedimento utilizado é o comparativo, pois realiza comparações sobre o ônus da prova em diplomas legais passados e os atualmente existentes no Brasil. Para fins didáticos, o artigo está subdividido em três seções: na primeira, aborda-se o ônus da prova e sua inversão no direito do consumidor; na segunda, discorre-se sobre o momento da inversão do ônus da prova e a questão da automaticidade; e, por fim, na terceira seção, discute-se a tese contrária, ou, melhor dizendo, os posicionamentos contrários à inversão do ônus da prova.

2 ÔNUS DA PROVA E SUA INVERSÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

A prova tem importância capital para a solução do litígio. Direito desamparado de prova é como se não existisse: *eadem est non esse et non probari*. A prova é a alma do direito aplicado ao caso concreto (ZOLANDECK, 2021). Na ausência ou inconsistência da prova, o juiz vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da prova, ou seja, sempre que houver o *non liquet*. Daí surge a necessidade de provar para vencer, sendo o ônus da prova não uma obrigação ou dever, mas um encargo, uma vez que a parte a quem incumbe fazer a prova do fato suportará as consequências e prejuízos da sua falta e omissão. Ônus significa carga, fardo, peso, gravame. Daí o encargo que as partes têm no processo não só de alegar, mas igualmente de provar o que se alega (MIRAGEM, 2016). O ônus perfeito é aquele em que, do descumprimento de uma atividade processual, necessariamente advirá uma consequência danosa, enquanto, no ônus imperfeito, a consequência danosa é possível, mas não necessária.

A prova não pode ser construída apenas pelo ângulo do *onus probandi*, pois revela genuíno direito público subjetivo, cuja natureza é de ordem processual constitucional, e subjetivo por se tratar de uma faculdade, não de um dever (MARINONI; ARENHART, 2015). O instituto do ônus da prova não pode ser desprezado em face do direito constitucional de produção da prova, ou seja, enquanto vigorar o princípio do dispositivo no processo civil, em razão do qual a produção da prova depende da vontade das partes e, por inexistir um sistema de produção da prova franqueado pelo Estado, não há que ter sua importância diminuída.

A modalidade de defesa do réu pode ser processual (própria ou peremptória e imprópria ou dilatória) e/ou de mérito (direta e indireta), algo importante para o destino do encargo

probatório. O sistema processual civil dispõe sobre a divisão do ônus da prova no art. 373 do CPC/2015. Incumbe o ônus ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, acerca da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, no entanto poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, nos termos do parágrafo único do citado art. 373, em cujo conteúdo percebe-se a adoção da teoria da carga dinâmica probatória.

Assim, atualmente, tanto o CPC como o CDC viabilizam a destinação da prova por determinação judicial, ou seja, a critério do juiz, e não apenas por definição legal ou convencional, levando-se em conta, obviamente, os elementos do caso concreto para firmar entendimento fundamentado sobre a necessidade de se destinar o ônus da prova para a parte que inicialmente não tinha essa incumbência, mas tem maior possibilidade de o fazer.

A propósito, na legislação processual brasileira, há muito tempo, existe regra com consequência parecida ao que se estipulou como regra de inversão, diante da possibilidade de se convencionar a respeito. A norma brasileira teve inspiração no Direito italiano, considerando que o art. 2.698 do Código Civil italiano serviu de matriz ao parágrafo único do art. 333 do CPC/1973, pelo qual se admitia implicitamente a convenção como efeito de alterar o sistema de distribuição do *onus probandi* (LUCON, 1999).

No CPC, as regras de repartição ou convenção do ônus da prova ocorrem por obra do legislador pela positivação das hipóteses. No direito consumerista, em comparação, a inversão pode ocorrer por determinação judicial, a critério do juiz, e não apenas pela positivação das hipóteses, situação também trazida pelo CPC/2015, que estipulou, igualmente, outra regra de juízo, ao trazer a teoria da carga dinâmica probatória para dentro do instrumento processual.

Zolandeck (2021), após uma digressão sobre os fatos constitutivos e impeditivos do direito, conclui que o modelo legal trata de forma interessante sobre a inversão do ônus da prova, muito embora o problema resida na sua concreta aplicação, sugerindo maior meditação sobre a fase instrutória do processo. O autor ainda complementa, afirmando que a técnica da inversão do ônus da prova no quadro atual da tutela dos direitos é uma fenomenologia complexa e articulada, tendo em vista que a doutrina tradicional não tem encontrado respostas para muitas indagações, especialmente no que se refere à preservação do contraditório, exatamente porque abordam o ônus da prova como regra de julgamento.

A terminologia não foi adequadamente utilizada pelo legislador. Em verdade, a inversão do ônus da prova nada inverte, como bem explica Lucon: “Etimologicamente, inverter vem do

latim *invertere* e significa mudar a ordem de [...]. Portanto, quando se fala em inversão do ônus da prova quer o legislador dizer que, em determinadas situações, há a dispensa da parte de fazer prova de algum fato alegado por ela” (LUCON, 1999, p. 114).

Nesses casos, sustenta o autor que a lei dispensa o demandante de produzir prova sobre fato constitutivo de seu direito, ou, melhor dizendo, ao demandado não mais basta apenas impugnar, passa ele a ter o encargo, o fardo ou o ônus de fazer prova como um imperativo de seu próprio interesse. Apesar dessa facilitação, antes de dar prosseguimento ao tema, é importante mencionar que a inversão do ônus da prova não se trata de um direito do autor consumidor, de maneira que é preciso deslindar que:

[...] o primeiro passo na aproximação do tema proposto é reconhecer que, ao contrário do que comumente se vem afirmando, a inversão do ônus da prova não é um “direito básico do consumidor”. O direito outorgado ao consumidor pelo n. VIII do art. 6º do CDC, como “direito básico”, é a facilitação da defesa dos seus direitos em juízo: a inversão é, tão-somente, um meio através do qual é possível promover a facilitação (GIDI, 1995, p. 33).

A regra de distribuição do ônus da prova, como amplamente demonstrado na doutrina, mesmo sob o enfoque do Direito do Consumidor, segue a sistemática do sistema previsto no CPC, porém, se o caso revelar uma situação de hipossuficiência e as alegações do consumidor forem verossímeis, poderá o juiz inverter o ônus da prova a fim de lhe retirar a dificuldade de comprovação, como bem observou Gidi (1995, p. 33-34).

O art. 1º da legislação consumerista declara que as normas que protegem e defendem o consumidor são de ordem pública e de interesse social. Dispõe o CDC, no inciso VIII do art. 6º, que, dentre os direitos básicos do consumidor, está a simplificação da defesa de seus direitos, inclusive com a possibilidade de inversão processual do ônus da prova, em seu benefício, quando, a critério do magistrado, for verossímil a alegação ou se ele for hipossuficiente, consoante as regras de experiência (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2016).

O que se nota de plano são os requisitos para a inversão, quais sejam, verossimilhança e hipossuficiência, observáveis pelo juiz em conformidade com as regras ordinárias de experiência. Na concepção de Gidi, “a primeira perplexidade que toma de assalto o intérprete e o aplicador está na utilização da partícula ‘ou’, ao unir a hipossuficiência do consumidor à verossimilhança da alegação”. Diante disso, é possível indagar: exige-se a presença de ambos os requisitos ao mesmo tempo ou de um só? No entendimento do autor, “para que a inversão do ônus da prova

seja autorizada, tanto a afirmação precisa ser verossímil, quanto o consumidor precisa ser hipossuficiente” (GIDI, 1995, p. 34). O juiz, por exemplo, pode inverter o ônus da prova na discussão sobre um contrato bancário, determinando que o banco o disponibilize.

A verossimilhança tem íntima relação com a verdade. “Verossímil é o que é semelhante à verdade, o que tem aparência de verdade, o que não repugna à verdade, enfim, o provável” (GIDI, 1995, p.35). Em notas, Gidi faz um comparativo com o *fumus boni iuris* do processo cautelar, ao dizer que “poder-se-ia fazer, ainda que sem um certo rigor, uma aproximação entre a verossimilhança das alegações do consumidor e o *fumus boni iuris* do processo cautelar: seria, por assim dizer, uma espécie de *fumus boni facti*” (GIDI, 1995, p. 35). Compreendemos, não obstante, que o *fumus boni iuris* no processo cautelar representa a mera probabilidade da existência do direito, enquanto a verossimilhança seria mais próxima à constatação de existência do direito, embora na prática a aplicação por parte dos juízes ocorra de forma semelhante.

O critério empregado para aferir a hipossuficiência do consumidor não deve ser somente o econômico, tendo em vista outro importante aspecto de inferioridade, que diz respeito ao maior grau de conhecimento técnico por parte do fornecedor no referente às atividades por este desempenhadas. Portanto, não se nega a existência de desigualdade de conhecimentos técnicos a respeito do próprio objeto da relação consumerista, o que desencadeia consequências indesejáveis na instrução do processo, de maneira que o consumidor tenha a sua defesa simplificada em harmonia com as normas de proteção anunciadas (CAMPOS; EFING, 2018). Deste modo:

[...] a noção de hipossuficiência está ligada à idéia de facilitação da defesa do consumidor em juízo (art. 6º, inc. VIII, 1ª parte, CDC) e diz respeito tanto à dificuldade econômica quanto às deficiências técnicas do consumidor, em poder desincumbir-se do ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito. Verificado um desses pressupostos legais, o juiz tem o dever, não a mera faculdade, de inverter o ônus da prova, motivando as razões do seu convencimento (CF, art.93, inc. IX) (CAMBI, 2002, p. 507).

É de se recordar que a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor “é um dos meios através dos quais o direito procura atingir o seu objetivo maior de obtenção de justiça, compensando a real desigualdade em que se encontram os litigantes” (GIDI, 1995, p. 33). Porém, a facilitação da defesa não deve ter conotação pejorativa, no sentido de bajulação do consumidor que detém capacidade técnica e econômica para produzir a prova, hipótese em que se encarregará do encargo, a ele distribuído, por definição legal.

A responsabilidade civil prevista no art. 12 e seguintes do CDC é objetiva, exceto quanto aos profissionais liberais, de forma que “[...] resta ao consumidor provar o dano, o nexo de

causalidade entre a utilização ou aquisição, ou a simples exposição do produto ou serviço e o evento danoso, mas, em sendo invertido o ônus da prova, provará só o dano, uma vez que a prova da não-ocorrência do nexo causal caberá ao fornecedor” (GAMA, 2000, p. 28).

Em razão da responsabilidade objetiva, o consumidor não precisa provar a culpa do fornecedor, mas não está dispensado de demonstrar o dano e o nexo causal. Se for determinada a inversão do ônus da prova, conclui-se que a prova da inexistência do nexo causal deve ficar sob a responsabilidade do fornecedor, tanto que, no Direito lusitano, presume-se o nexo de causalidade, ficando a cargo do fornecedor provar a sua inexistência no caso concreto (GIDI, 1995).

A título de exemplo, a queda de um consumidor no interior de um *shopping center*, sob a justificativa de que o piso estaria escorregadio ou molhado, sem placas de aviso ou sinalização, comportaria, em tese, pedido de indenização, desde que comprovado o nexo causal e o dano. Tendo em vista que a responsabilidade é objetiva, a contraprova do fornecedor deverá ter enfoque na quebra do nexo de causalidade, sendo uma das possibilidades a culpa de terceiro ou a culpa exclusiva do consumidor (CDC, art. 12, § 3º, inciso III). Assim, se o fornecedor demonstrar que a queda ocorreu em razão do par de chinelos utilizados (recomendados só para uso interno em salão de beleza), rompe-se o nexo de causalidade e, dessa forma, o dever de indenizar é afastado. Nessa hipótese, admitem-se as imagens obtidas pelo sistema de segurança do estabelecimento.

Reitera-se. Em princípio, a prova dos fatos levados deve ser produzida pelo consumidor: “[...] a existência do dano, o montante do prejuízo, o nexo de causalidade, a culpa (nos casos de responsabilidade subjetiva), e mesmo a efetiva ocorrência do fato ilícito, nem todos poderão ser objeto de inversão do ônus da prova”, afinal “Somente aqueles fatos diretamente relacionados com a hipossuficiência do consumidor ensejam a inversão legítima” (GIDI, 1995, p. 37).

Nesse contexto, observa Zolandeck (2021), operando-se a inversão do ônus da prova, até mesmo a prova da existência ou inexistência do nexo de causalidade entre o evento e o dano passa a ser de responsabilidade do fornecedor. Essa fragmentação do sistema de distribuição do ônus da prova é criticada por parte da doutrina quando a tese contrária à inversão é discutida.

Por outro lado, também existem, no sistema, causas de não-responsabilização ou excludentes de responsabilidade, a teor do art. 12, § 3º, do CDC, ou seja, o fornecedor não será responsabilizado se conseguir provar que não colocou o produto no mercado, ou que, não obstante tenha colocado o produto no mercado, não existe defeito, ou, ainda, se provar a culpa exclusiva de terceiro. Dentro dessa dinâmica, nota-se que as excludentes são afirmações sobre

fatos impeditivos do direito do consumidor enquanto autor, chamando para o fornecedor o ônus da prova conforme o disposto no sistema legal de distribuição, não havendo inversão no caso.

Filomeno faz alusão à dissertação de mestrado de Cecília Matos, a qual fundamenta a inversão do ônus probatório do Direito do Consumidor nos termos seguintes:

A Lei 8.078/90 prevê a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, adequando-se o processo à universalidade da jurisdição, na medida em que o modelo tradicional mostrou-se inadequado às sociedades de massa, obstando o acesso à ordem jurídica efetiva e justa. Fortaleceu sua posição através da associação de grupos, possibilitando a defesa coletiva de seus interesses, além de sistematizar a responsabilidade objetiva e reformular os conceitos de legitimação para agir e conferir efeitos à coisa julgada *secundum eventum litis*. A inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida. É dispensável caso forme sua convicção, nada impedindo que o juiz alerte, na decisão saneadora que, uma vez em dúvida, se utilizará das regras de experiência a favor do consumidor. Cada parte deverá nortear sua atividade probatória de acordo com o interesse em oferecer as provas que embasam seu direito. Se não agir assim, assumirá o risco de sofrer a desvantagem de sua própria inércia, com a incidência das regras de experiência a favor do consumidor (MATOS, *apud* FILOMENO, 1998, p. 119-120).

A vulnerabilidade do consumidor é uma nova situação jurídica em estreita relação com o direito material. Pode haver dispensa quanto à prova de fatos constitutivos de seu direito de autor. A regra, portanto, não é automática ou incondicionada, a depender da existência da verossimilhança dos fatos alegados pelo consumidor em juízo e da comprovada hipossuficiência. O sentimento do juiz deve guiá-lo, ou seja, de forma a imaginar que o fato narrado pode representar a realidade em conformidade com as regras ordinárias da experiência técnica. Condicioná-la à verossimilhança evita uma absurda e impossível onerosidade para o fornecedor de bens ou serviços (LUCON, 1999).

Em resumo, entende-se que o magistrado poder inverter o ônus da prova em benefício do consumidor, na presença isolada da “hipossuficiência” ou “verossimilhança”, desde que se reconheça a dificuldade que terá para produzir a prova necessária. Quer isso dizer que a “verossimilhança”, por si só, já é capaz de autorizar a inversão probatória no caso concreto, facilitando, desse modo, o exercício do direito de ação e de defesa por parte do consumidor. De uma forma ou de outra, resguardadas e respeitadas as teses em contrário, é nessa aptidão, sob o enfoque do Direito do Consumidor, que se extrai a possibilidade de ocorrer, a critério do juiz, segundo as regras de experiência, a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, hipossuficiente na relação consumerista, sob a condição de necessidade ou de alegação

verossímil, destacando-se que a inversão não ocorre automaticamente ante a necessidade do cumprimento dos requisitos citados. O momento da inversão suscita controvérsias.

Tema relevante relacionado à inversão do ônus da prova é o referente à responsabilidade civil dos profissionais liberais. No CDC, não há responsabilidade objetiva dos profissionais liberais, mas responsabilidade subjetiva, de forma que o consumidor precisa demonstrar a culpa do prestador de serviços, além do dano e do nexo de causalidade. Trata-se de algo que pode ocorrer em relação a engenheiros, arquitetos, contadores, corretores de imóveis, psicólogos e advogados, mas é mais comum em relação a médicos, provavelmente pela maior quantidade de atendimentos diários e porque tratam, de forma mais sensível, do direito à vida e à integridade física e psíquica das pessoas. Então, em defesa aos direitos fundamentais e da personalidade do consumidor, é possível que o juiz venha a determinar a inversão do ônus da prova.

A prova da culpa por ato médico e odontológico tido como evento adverso ou desvio/inobservância dos padrões normais de conduta é, sem dúvida, um dos principais desafios para os operadores do direito, em especial devido à complexidade técnica da matéria em diversas situações. Em se tratando de tratamentos e de técnicas específicas, as quais são muitas vezes desconhecidas pelos leigos, dificilmente o consumidor teria condições de comprovar a existência de dolo ou culpa em ato ou omissão do profissional da medicina ou da odontologia, de maneira que a inversão do ônus da prova pode ser recomendada para tanto. Em razão disso, é essencial que se realize a produção probatória nas ações que tratam de responsabilidade civil médica, porquanto é com as provas que “o magistrado pode ter noção geral do desenvolvimento da relação médico paciente, desde o início até a ocorrência do erro, inclusive possibilitando a visualização da conduta de cada um dos envolvidos no processo” (SCHAEFER, 2011, p. 87).

Um dos primeiros embates quanto à prova consiste na atribuição do ônus de sua produção, ou seja, na definição de qual parte deve provar e o que ela precisa demonstrar. Assim como é possível encontrar na doutrina quem se posiciona contrariamente à aplicação do CDC aos casos em que se discute a responsabilidade civil do profissional (médico ou dentista), também se verifica divergência quanto à aplicação da inversão do ônus da prova, prevista pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, ou se cabe a aplicação do art. 373 do CPC/2015, já que se entende que, ao inverter o ônus da prova, estar-se-ia, automaticamente, presumindo que há culpa do profissional.

Nesse contexto, ainda, esclarece-se que o CPC/2015, no § 1º do mesmo art. 373, autoriza distribuição dinâmica do ônus da prova em consonância com peculiaridades para produção de

determinada prova, o que, para alguns doutrinadores, permitiria uma repartição mais equilibrada e razoável da carga probatória que a resultante da aplicação da inversão do ônus da prova prevista pelo CDC (MIRAGEM, 2011).

A prova tem a finalidade de formar o convencimento motivado do julgador, ou seja, é norte para o julgamento. Ocorre que, na sua ausência ou insuficiência, o magistrado recorre à teoria da distribuição do ônus da prova com vistas a solucionar casos específicos e controvertidos. O sistema legal de distribuição do ônus da prova foi abrandado com a edição do CDC, cujas regras, por sobrepor o interesse público e coletivo aos interesses individuais, devem ser observadas em face das chamadas relações de consumo.

Cambi (2002), ao se referir sobre o alcance exegético do art. 6º, inciso VIII, do CDC, vai além, no sentido de ampliar a aplicação do dispositivo, como verdadeiro marco divisório para a tutela processual de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, pois o Poder Judiciário, diante das situações ou implicações do cotidiano em uma sociedade, não poderia desperdiçar o instituto, restringindo-o apenas às relações de consumo. Sugere, dessa forma, não limitar a inversão do ônus da prova tal como sistematizada no CDC apenas para as relações de consumo, indicando como precedente o art. 21 da Lei de Ação Civil Pública (LACP). Sobre isso, avançou o CPC/2015 consoante a sua nova dinâmica, ampliando-se às situações-hipóteses para relações jurídicas diversas das consumeristas.

Gidi aborda a inversão do ônus da prova como instrumento importante para compensar as desigualdades, recomendando o uso com vigor, por um lado, e com sabedoria e prudência, por outro: “É fundamental que o magistrado tenha sabedoria ao conciliar a prudência para utilizá-lo com sobriedade e a ousadia para utilizá-lo com vigor. É preciso uma conduta eminentemente moderada: nem pródigo nem parcimonioso deve ser o magistrado” (GIDI, 1995, p. 40).

Do ponto de vista da ciência, o consumidor está em situação inferior em relação ao fornecedor, razão de uma ponderada proteção. “O desequilíbrio é, como se usa dizer por vezes, de ordem técnica científica. A verdade, porém, é que se trata de tutelar o insciente, isto é, o *nonsachant*, de que fala François Chabas” (DALL'AGNOL, 2001, p. 97). Fala-se em ponderada tutela ao consumidor para não parecer desmedida, porque se espera a criação de uma cultura voltada a decisões racionais também para o consumidor, identificando e coibindo o oportunismo.

Ressalva-se no sentido de que não se entende tecnicamente correto o uso da expressão “inversão”, pois o que ocorre é a destinação da prova contrária ao autor ou ao réu e não a

ocupação do réu, por exemplo, na condição de autor a ter que provar fato constitutivo do direito, contra ele mesmo, o que justificaria o uso da expressão. Entende-se, então, tratar-se de regra de “destinação do ônus da prova” a esta ou àquela parte quanto à prova da afirmação sobre fato ou fatos relevantes que corroborem para a formação do convencimento do juiz e não de inversão.

3 O MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A QUESTÃO DA AUTOMATICIDADE

Tem-se nesta seção a discussão da tese que defende a possibilidade da inversão do ônus da prova, embora divergente quanto ao momento e à forma, acabando por assimilar a evolução científica consumerista. A dificuldade, enquanto ainda vigorava o CPC/1973, estava na identificação do momento em se deveria inverter o ônus da prova, pois que o legislador não o estabelecia, transferindo esse *munus* para as regras de interpretação das normas jurídicas.

A doutrina divergia se deveria o magistrado determinar a inversão do ônus no saneador (audiência do art. 331 do CPC) ou se poderia fazê-lo no momento da sentença:

Os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, nos comentários que tendem a ser tomados como verdadeira interpretação autêntica da lei, mantêm-se, todavia, desde a primeira edição da obra, fiéis à concepção de que o ato judicial de inversão tem na sentença seu momento adequado; e à mesma conclusão chegou, na doutrina mais recente, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (MOREIRA, 2000, p. 583).

A lição de Nery Junior e Nery traz o mesmo entendimento ao expressarem não haver momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão, porque “não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu”. Ressalvam que não haverá pré-julgamento só porque o juiz optou por inverter o ônus da prova antes de ser proferida a sentença, por exemplo, ao despachar a petição inicial ou no saneador, nem tampouco isso será motivo de suspeição do juiz (NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 821-822). Assim, embora entendam que a inversão é regra de juízo, não descartam a possibilidade de o magistrado proferir interlocutória a respeito antes da sentença.

Ocorrida a inversão, seja em qual momento for, não caberá à parte alegar cerceamento de defesa, pois o fornecedor anteriormente conhecia as regras do jogo e que, em havendo o *non liquet* referente à prova, seria possível ter contra ele invertido o ônus da prova (EFING, 2020).

A doutrina em comentário faz entender que o ônus da prova é regra de juízo, mas não esclarece se é dessa forma (regra de juízo) que encaram a regra que determina a sua inversão. Nesse sentido, questiona-se: seria essa regra de procedimento? No entendimento de Gidi (1995, p. 39), há, em verdade, uma regra de juízo e uma regra de atividade, conforme assim bem explica: “[...] se o ônus da prova é uma regra de juízo, já não se pode dizer o mesmo da norma que prevê a sua inversão, que é eminentemente uma regra de atividade”.

Ao se compreender dessa forma, ou seja, a inversão como regra de atividade, e não como regra de juízo, então a sentença não seria o momento adequado e indicado para a providência, mas, sim, um momento anterior a esta, conforme a atual sistemática adotada pelo CPC/2015.

A fase anterior à instrutória é a propícia para a inversão, pois o juiz já detém elementos suficientes para adotar a providência. Em razão de dispor de dados ainda na fase postulatória e de providências, a decisão de saneamento deve contemplar, desde que pertinente, a inversão do ônus da prova, dando início à atividade instrutória propriamente dita com as cargas probatórias distribuídas de forma transparente entre as partes (GIDI, 1995).

Diversamente, ao tratar da viabilidade de inverter o ônus da prova no sistema consumerista, Santos (2001, p. 58) assegura que o dispositivo legal “não objetivou criar nenhuma forma especial de procedimento, mesmo porque a inversão fica a critério do juiz, sem que a lei forneça qualquer critério informativo concreto que a obrigue”. Na sequência, o autor traz seu posicionamento sobre o momento da inversão do ônus da prova e consequências de sua adoção:

[...] para inverter-se o ônus da prova, há de haver decisão anterior, sujeita à preclusão, vincula o juiz a julgamento obrigatório futuro, de forma tal que, se, a final, julgar que a solução sobre o ônus deva ser outra, não poderá fazê-lo, em virtude da declaração acobertada por força preclusiva (SANTOS, 2001, p. 58).

Ao assim manifestar, a futura decisão estaria vinculada pela primeira que decidiu sobre o ônus. Logo, outra em sentido contrário estaria sujeita à preclusão. Sob esse prisma, o seu posicionamento não podia ser outro senão reservar para a sentença a inversão do ônus probatório. Percebe-se que há uma justificativa razoável para tal posicionamento, mas que não resiste à oportunidade de defesa e ao exercício pleno do contraditório, situação que fez com que o legislador repensasse a técnica do momento.

Aliás, ao discordar de que o juiz poderia atenuar a rigidez do art. 333 do CPC e poderia inverter o ônus probatório no saneador, Santos (2001, p. 58-59) leciona que, “quem vem ao

processo vem para provar, não utilizar da deficiência probatória de outrem. A lei, então, somente a lei, é que exercerá a função de instruir as partes dos respectivos direitos, deveres e obrigações”. Noutra oportunidade, manteve a sua posição inicial ao sustentar que “não há nenhuma norma de obrigatoriedade, nem mesmo de recomendação, que force o juiz a fazer juízo de antecipação cominatória, em autêntico julgamento prévio condicionado” (SANTOS, 2001, p. 59).

Moreira (1997) esclarece que a inversão do ônus da prova no CDC não ocorre da mesma forma que no CPC, sabendo-se que o CDC reservou ao juiz a possibilidade, ao contrário do critério legal do CPC. No que diz respeito ao momento, traz clássico exemplo da produção da prova técnica, hipótese na qual caberá ao juiz inverter o ônus da prova já na audiência conciliatória, viabilizando, dessa forma, no início da fase instrutória, o prévio conhecimento das partes não só a respeito dos fatos sobre os quais irá recair a prova, como também a qual delas toca o respectivo ônus.

Santos (2001) tem firmado que o ônus da prova deve ser invertido no momento do julgamento da causa, tendo em vista que as normas de distribuição do ônus são regras de juízo, e, portanto, servem para orientar o juiz quando existe um *non liquet* em matéria de fato.

Ao comentar um determinado julgado (AC 255.461-2) da 9ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Nunes (2015), apesar de argumentar que, no caso prático em análise, a inversão do ônus da prova não interferiu decisivamente, diz que a questão foi bem abordada, esclarecendo que o consumidor não está isento de formar alguma prova, principalmente no que se refere à hipossuficiência e verossimilhança, requisitos da inversão por decisão do juiz. Tal prova poderia ser formada a partir da petição inicial ou após se proceder à análise da contestação, o que autorizaria o magistrado a decidir no saneador.

A mesma lição é extraída do comentário de Moreira (1997), ao repetir os fundamentos de um estudo primitivo, quando sustentava, acompanhado da orientação doutrinária predominante, que a inversão aqui discutida deve ser ordenada pelo órgão incumbido de julgar o caso concreto, ou seja, cuida-se de inversão judicial. Por oportuno, a esta corrente, registra-se a adesão de Voltaire de Lima Moraes (1999) e Humberto Theodoro Junior (2019).

O referido autor, para defender o seu ponto de vista, fez alusão a um acórdão da 3ª Turma do STJ (Resp. 122.505-SP), segundo o qual a inversão do ônus da prova no CDC “[...] está no contexto de facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao “critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras

ordinárias de experiência (art. 6º, VIII)”. O exposto permite concluir que a inversão do ônus da prova não se dá de forma automática e depende das circunstâncias a serem apuradas pelo juiz da causa no contexto de tornar mais simples a defesa do consumidor (MOREIRA, 2000, p. 582).

Outra lição que, sem dúvida, faz sentido é a de Cambi (2002), ao alertar sobre as garantias constitucionais trazidas no art. 5º, inciso LV, determinantes de que a inversão do ônus da prova precisa ser realizada na fase do saneamento do processo, precisamente na audiência preliminar quando se referia ao CPC/1973, considerando o momento da fixação dos pontos controvertidos. Nada obsta, no entanto, que a inversão aconteça em momento posterior, desde que respeitado o direito de o fornecedor, em querendo, produzir a prova contrária.

Interpretando a doutrina acostada, seria de bom tom ao julgador pré-avisar o fornecedor acerca da inversão do ônus probatório, sinalizando, sempre que possível, quais são os fatos que cabiam ao consumidor e passam a ser de responsabilidade do fornecedor, quanto à prova.

Ressalva-se que, para parte da doutrina, principalmente para os defensores de que a inversão do ônus da prova é uma regra de juízo, de julgamento, a consequência é que viabilizaria ao magistrado inverter o ônus da prova apenas na sentença. Argumentam também que o fornecedor, ao vir para a lide de consumo, tem a consciência de que, em caso de deficiência probatória, poderá ocorrer a respectiva inversão (NOGUEIRA, 1998).

Outra ressalva que é interessante anotar se refere ao grau de zelo para com os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois o exagero não tem razão de ser diante do abuso do direito de defesa, como mitigar o julgamento antecipado da lide ou mesmo de inversão do ônus probatório na sentença, naquelas circunstâncias em que já estão consolidadas na doutrina e na jurisprudência, pois, conforme se sabe, apesar de a concepção de justiça ser dotada de elevado grau de subjetividade, há questões fáticas que merecem provimento ou improvimento de plano, preservando a celeridade e efetividade do processo (ZOLANDECK, 2021). Ocorre isso principalmente com relação às questões que envolvem os princípios gerais do direito, como aquele que proíbe o abuso do direito de defesa, além do princípio da boa-fé, da razoabilidade e da proporcionalidade. Diz-se isso porque existe um grau comum, inerente ao homem médio, a respeito da justiça e conseqüentemente da entrega da tutela jurisdicional justa.

Como visto, Moreira, dentre outros doutrinadores, acredita que a inversão do ônus da prova não é automática e deve ser vista no contexto de simplificação da defesa dos direitos dos consumidores. Já no que se refere à fase do procedimento em que deve ser determinada a

inversão, existem, segundo o autor, três correntes distintas: “para uns a inversão deveria ser ordenada ‘no próprio despacho inicial’; para outros, ‘apenas na sentença’; por fim, não faltou quem sugerisse dever o juiz adotá-la antes do início da instrução”. A propósito, o autor limita-se a informar a adesão de Theodoro Junior (2019) à terceira das correntes, com a defesa de que a inversão do ônus da prova precisa ocorrer antes do início à instrução, como entendem os juristas José Rogério Cruz e Tucci (2002) e João Batista de Almeida (2009). (MOREIRA, 2000, p. 582).

Como se percebe, a doutrina e a jurisprudência divergiam sobre o momento da inversão do ônus da prova, especialmente nas questões relacionadas ao direito do consumidor. O CPC/2015 resolve a divergência e adota uma hipótese única quanto ao momento, a princípio aplicável a todos os outros ramos do direito, ressalvada alguma norma especial. É no saneamento e nos atos que visam à organização do processo que o juiz deve definir a distribuição do ônus da prova, respeitado o conteúdo dos arts. 373¹ e 357, III, do CPC/2015. Para fins processuais, portanto, solucionou-se a questão do momento, a partir da positivação da regra, optando o legislador, em que pese as dúvidas quanto à técnica, pela preservação do contraditório, princípios fundamentais e inafastáveis no Estado de Direito, de fato o que mais coaduna os princípios da razoabilidade, da transparência e da eficácia da jurisdição aplicada ao caso concreto.

4 A TESE CONTRÁRIA

Para não ficar sem contraponto, em que pese discordar, há quem entenda que o legislador não foi feliz ao possibilitar a inversão do ônus da prova. Zenun (1999, p. 22), ao comentar o inciso VIII do art. 6º do CDC, afirma que a possibilidade de inversão “constitui absurdo, pois que o princípio geral está em que a prova cabe a quem alega”.

Esse entendimento está firmado no propósito de que não seria justificável, em nenhuma hipótese, referindo-se ao CDC ou a qualquer outro diploma legal, que o juiz, com base tão somente na petição inicial, procedesse à inversão do *onus probandi*, sob a justificativa de que não seria possível, sob sua ótica, vislumbrar a aparência da verdade, ou seja: o juízo de

¹ O art.373, § 1º do CPC/2015 ao adotar a teoria da carga dinâmica probatória estabelece 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, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

verossimilhança somente seria possível com a análise do conjunto probatório a ser perseguido nas demais fases do processo (ZENUN, 1999). Chega a referir, sem razão, que:

[...] o consumidor não pode e não tem o direito de, por simples palavras, sem a mais mínima prova, expor o fornecedor, muitas vezes inocente ou que tenha agido de boa-fé, à execração inominável, desvalorizando-o, enxovalhando-o, manchando o seu nome, para, depois, provar que o embusteiro consumidor agira dolosamente e, quase sempre, sem ter com o que reparar o dano causado ao infeliz fornecedor (ZENUN, 1999, p. 23).

Ao final da sua análise, expressa que, “para que haja justiça e não se cometa leviandade, o melhor, o correto, o aconselhável é que o ônus da prova fique para quem alegar e, com isto, evitar-se-ão os males irreparáveis ao fornecedor” (ZENUN, 1999, p. 23). Assim, o autor citado faz crítica veemente ao dispositivo consumerista que autoriza a inversão do ônus da prova.

No mesmo espírito e linha de raciocínio:

[...] verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor, per se, não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um *shopping center* luxuoso, requerendo, em face de sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que seu carro não estava estacionado nas dependências do *shopping* e que nele não se encontravam suas compras de Natal (GIDI, *apud* CIANCI, 2001, p.95).

Sustenta ainda que “a verossimilhança, de outro lado, com a devida ‘venia’ de larga doutrina, não se resume a uma mera plausibilidade de direito, mas a evidência desse direito, como do próprio termo resulta” (CIANCI, 2001, p. 95).

A tese levantada não convence, pois que a própria Política Nacional de Relações de Consumo, cosnaonmte o art. 4º, inciso I, do CDC, reconhece que, no mercado de consumo, o consumidor é vulnerável, de maneira que cabe o brocardo conhecido desde Aristóteles, pelo qual as situações iguais devem ter igual tratamento, e as desiguais, tratamento diverso, corolário lógico do princípio da igualdade. Ademais, a tendência da moderna teoria consumerista é a de não recepcionar a inversão do ônus da prova como uma regra de juízo, positivando-se a matéria, de maneira que, no próprio sistema legal de distribuição desse encargo, atribua-se ao fornecedor o dever de provar o contrário do alegado pelo consumidor e também os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor. Tal raciocínio é atribuído não apenas à teorização consumerista, mas principalmente a outros ramos do direito que têm em sua base a preservação dos direitos difusos e coletivos.

Aliás, alguns países, a exemplo de Portugal, já adotam a tese de que a prova, na relação de consumo, caberá sempre ao fornecedor. Entretanto, a teoria consumerista continuará encontrando resistência na doutrina processual, cuja regra é provar o alegado, evitando custos de transação exagerados para uma das partes da relação processual, quando a outra disponha de meios e recursos para produzir a prova dos fatos por si alegados (RUTHES, 2010).

Preferia-se remeter sempre ao caso concreto, pois é o caso que definirá as melhores estratégias de parte a parte e a melhor forma de administrar o conflito, cujo processo não traz mais a tradicional relação triangular, mas, sobretudo, uma relação de cooperação entre partes, juiz e advogado. Entendemos, pois, que a tese contrária a essa realidade não mais se justifica, até porque a própria norma do CPC atual amplia a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova, para outras lides, não propriamente consumeristas, mas a todas em que se utilize do processo para dar tratamento e solução ao litígio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou pesquisar os requisitos que permitem a consagração da inversão do ônus da prova no CDC com o advento do CPC/2015 e como as alterações trazidas poderão contribuir para o melhor andamento dos processos e segurança jurídica do polo passivo da relação de consumo. A relevância social desta pesquisa reside na possibilidade de esclarecer que não mais se opera em ações consumeristas a inversão irrestrita do ônus da prova, procedimento esse acertado e bem-vindo porquanto traz benefícios à administração da justiça e maior segurança jurídica ao polo passivo da demanda.

Com relação à relevância científica, buscou-se acrescer fundamentos junto aos doutrinadores que entendem que andou bem o CPC/2015 ao prever exceções à distribuição estática do ônus da prova, corrigindo então, uma lacuna deixada pela legislação processual anterior. Não se nega que a prova é um ônus, como bem diz a lei. Não é uma faculdade, como se correspondesse à indiferença de efeitos entre exercê-la ou não, ou como se pudesse ser realizada por capricho, sem objetivar fatos controvertidos, pertinentes e relevantes. Também não é singelamente um direito, como se o seu exercício pudesse gerar somente efeitos benéficos ao litigante que produziu a prova (CPC, art.371). Por ser um ônus, condiz com o princípio da autorresponsabilidade da prova, sofrendo o litigante as consequências pela própria escolha, seja

em produzi-la, seja por não a produzir.

A inversão do ônus da prova nas relações contratuais de hipossuficientes (CDC, art. 6º, VII) ganhou reforço no CPC com a figura da redistribuição do ônus de prova (CPC, art. 373, § 1º), pela qual o Juiz pode dispor de modo diverso, sensível a um quadro de impossibilidade ou de excessiva dificuldade no cumprimento do ônus probatório. Ressalta-se também que, diante de direitos indisponíveis ou quando se tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, não é possível convencionalizar sobre o ônus da prova.

A inversão do ônus da prova não é um direito fundamental do consumidor. O direito fundamental reside na facilitação da defesa de seus direitos em juízo: a inversão é apenas um meio por intermédio do qual existe a possibilidade de promover a simplificação. A inversão do ônus da prova, diante das chamadas relações de consumo, não é regra geral, pois que vinculada à hipossuficiência ou à alegação verossímil, consoante as normas ordinárias de experiência. Entende-se que a inversão do ônus da prova será possível na presença de um dos dois requisitos (hipossuficiência ou verossimilhança), quando, então, o deferimento será dever do magistrado, e não mera faculdade.

Referida inversão não é automática e precisa ser vista e analisada no contexto de facilitação da defesa dos direitos dos consumidores. Quanto ao momento ou à fase do procedimento em que deve ser determinada a inversão, existem três correntes distintas: para uns, a inversão deveria ser ordenada no próprio despacho inicial; para outros, apenas na sentença, e para alguns, antes do início da instrução, ressalvando-se que o CPC/2015, art. 357, inciso III, adotou a fase do saneamento e organização do processo para tal tarefa, tornando mais efetivas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. No entanto, mesmo posteriormente, verificando o juiz a necessidade de o ônus da prova ser invertido ou de atribuir a uma das partes a prova sobre uma determinada afirmação, deverá dar oportunidade para que o fornecedor se manifeste e, se necessário, exercite o seu direito à prova em contrário.

Chega-se ao fim desta pesquisa, concluindo-se que a inversão do ônus da prova só será considerada legítima se observado o pressuposto do devido processo legal, aliado ao princípio do contraditório que lhe é decorrente, com a consideração dos fundamentos de um processo de fato justo. Assim, o que se pode perceber é que existe uma tendência de que o princípio da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor seja cada vez mais relativizado. Impera agora o pensamento de que apenas após a análise do caso concreto e de suas peculiaridades é que, se for o

caso, será operada a inversão do ônus da prova, entendimento esse que reflete a harmonia entre o CPC/2015 e o CDC no que se refere à matéria ora abordada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

CAMBI, Eduardo. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6º, inc. VIII, do CDC. **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica**, n. 2, p.189-196, 2002.

CAMPOS, Fábio Henrique Fernandez de; EFING, Antônio Carlos e. A vulnerabilidade do consumidor em era da ultramodernidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 115, p. 149-165, 2018.

CIANCI, Mirna. A Responsabilidade do Estado e o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor sob o Enfoque da Teoria do Risco Administrativo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 90, v. 789, p. 94-105, jul. 2001.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DALL'AGNOL JUNIOR, Janyr Antonio. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Capítulo III- Dos direitos básicos do consumidor. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

GAMA, Rodrigues Ricardo *et al.* A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do

Consumidor. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, a. 48, n. 277, p. 25-38, nov. 2000.

GIDI, Antonio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 13, p. 33-41, jan./mar.1995.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. Garantias constitucionais do processo civil. *In*: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.114-115.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de processo civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 31, p. 63–69, jul./set. 1999.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 22. n. 86, p. 299-307, abr./jun. 1997.

_____. Inversão do ônus da prova e defesa do consumidor (considerações adicionais). **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 351, p.581-584. jul./set. 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. **A Prova no Direito do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 1998.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. **Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Sistema probatório do processo civil brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, a. 97, v. 335, maio/jun. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ZENUN, Augusto. **Comentários ao Código do Consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **Prova e o Ônus da Prova**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2021.