

**II CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITO E INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL**

**ACESSO À JUSTIÇA, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E
TECNOLOGIAS DO PROCESSO JUDICIAL II**

A174

Acesso À Justiça, Inteligência Artificial e Tecnologias do Processo Judicial – II
[Recurso eletrônico on-line] organização Congresso Internacional de Direito e
Inteligência Artificial: Skema Business School – Belo Horizonte;

Coordenadores: Juliana Rodrigues Freitas; Jessyca Fonseca Souza; José
Alfredo Ferreira Costa. – Belo Horizonte: Skema Business School, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-265-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br

Tema: Um olhar do Direito sobre a Tecnologia

1. Direito. 2. Inteligência Artificial. 3. Tecnologia. II. Congresso Internacional de
Direito e Inteligência Artificial (1:2021 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

skema
BUSINESS SCHOOL

II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

ACESSO À JUSTIÇA, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E TECNOLOGIAS DO PROCESSO JUDICIAL II

Apresentação

Renovando o compromisso assumido com os pesquisadores de Direito e tecnologia do Brasil, é com grande satisfação que a SKEMA Business School e o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito apresentam à comunidade científica os 12 livros produzidos a partir dos Grupos de Trabalho do II Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial (II CIDIA). As discussões ocorreram em ambiente virtual ao longo dos dias 27 e 28 de maio de 2021, dentro da programação que contou com grandes nomes nacionais e internacionais da área em cinco painéis temáticos e o SKEMA Dialogue, além de 354 inscritos no total. Continuamos a promover aquele que é, pelo segundo ano, o maior evento científico de Direito e Tecnologia do Brasil.

Trata-se de coletânea composta pelos 255 trabalhos aprovados e que atingiram nota mínima de aprovação, sendo que também foram submetidos ao processo denominado double blind peer review (dupla avaliação cega por pares) dentro da plataforma PublicaDireito, que é mantida pelo CONPEDI. Os oito Grupos de Trabalho originais, diante da grande demanda, se transformaram em doze e contaram com a participação de pesquisadores de vinte e um Estados da federação brasileira e do Distrito Federal. São cerca de 1.700 páginas de produção científica relacionadas ao que há de mais novo e relevante em termos de discussão acadêmica sobre a relação da inteligência artificial e da tecnologia com os temas acesso à justiça, Direitos Humanos, proteção de dados, relações de trabalho, Administração Pública, meio ambiente, formas de solução de conflitos, Direito Penal e responsabilidade civil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de 36 proeminentes professoras e professores ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores. Cada livro desta coletânea foi organizado, preparado e assinado pelos professores que coordenaram cada grupo. Sem dúvida, houve uma troca intensa de saberes e a produção de conhecimento de alto nível foi, mais uma vez, o grande legado do evento.

Neste norte, a coletânea que ora torna-se pública é de inegável valor científico. Pretende-se, com esta publicação, contribuir com a ciência jurídica e fomentar o aprofundamento da relação entre a graduação e a pós-graduação, seguindo as diretrizes oficiais. Fomentou-se,

ainda, a formação de novos pesquisadores na seara interdisciplinar entre o Direito e os vários campos da tecnologia, notadamente o da ciência da informação, haja vista o expressivo número de graduandos que participaram efetivamente, com o devido protagonismo, das atividades.

A SKEMA Business School é entidade francesa sem fins lucrativos, com estrutura multicampi em cinco países de continentes diferentes (França, EUA, China, Brasil e África do Sul) e com três importantes creditações internacionais (AMBA, EQUIS e AACSB), que demonstram sua vocação para pesquisa de excelência no universo da economia do conhecimento. A SKEMA acredita, mais do que nunca, que um mundo digital necessita de uma abordagem transdisciplinar.

Agradecemos a participação de todos neste grandioso evento e convidamos a comunidade científica a conhecer nossos projetos no campo do Direito e da tecnologia. Já está em funcionamento o projeto Nanodegrees, um conjunto de cursos práticos e avançados, de curta duração, acessíveis aos estudantes tanto de graduação, quanto de pós-graduação. Em breve, será lançada a pioneira pós-graduação lato sensu de Direito e Inteligência Artificial, com destacados professores da área. A SKEMA estrutura, ainda, um grupo de pesquisa em Direito e Inteligência Artificial e planeja o lançamento de um periódico científico sobre o tema.

Agradecemos ainda a todas as pesquisadoras e pesquisadores pela inestimável contribuição e desejamos a todos uma ótima e proveitosa leitura!

Belo Horizonte-MG, 09 de junho de 2021.

Prof^a. Dr^a. Geneviève Daniele Lucienne Dutrait Poulingue

Reitora – SKEMA Business School - Campus Belo Horizonte

Prof. Dr. Edgar Gastón Jacobs Flores Filho

Coordenador dos Projetos de Direito da SKEMA Business School

O INSTITUTO DO ÔNUS DA PROVA NA RELAÇÃO DE CONSUMO VIRTUAL A PARTIR DE UMA ANÁLISE PROCESSUAL E CONSUMERISTA

THE INSTITUTE OF THE BURDEN OF PROOF IN THE RELATIONSHIP OF VIRTUAL CONSUMPTION FROM A PROCESSUAL AND CONSUMERIST ANALYSIS

Rafaella Ferreira Pacheco

Resumo

O tema do presente artigo envolve a análise do instituto do ônus da prova na relação de consumo virtual, de acordo com o Direito Processual Civil e o Direito do Consumidor. A referida pesquisa propõe a responder o seguinte problema: De que forma o ônus da prova incide nas relações de consumo virtuais hodiernas? Para responder ao problema proposto, destacam-se as hipóteses: Apresentar o instituto do ônus da prova; Investigar a aplicabilidade da inversão do ônus da prova no Direito Consumerista; Relacioná-lo com as relações de consumo virtuais. Para tanto, utiliza-se como referencial teórico, as lições de Humberto Theodoro Júnior.

Palavras-chave: Consumo virtual, Ônus da prova, Direto processual, Direito consumidor

Abstract/Resumen/Résumé

The theme of this article involves the analysis of the institute of the burden of proof in the relationship of virtual consumption, in accordance with Civil Procedural Law and Consumer Law. This research proposes to answer the following problem: How does the burden of proof affect today's virtual consumer relationships? In order to answer the problem, the following hypotheses are highlighted: Present the institute of the burden of proof; Investigate the applicability of reversing the burden of proof in Consumer Law; Relate it to virtual consumer relationships. Therefore, the lessons of Humberto Theodoro Júnior are used as a theoretical framework.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Virtual consumption, Burden of proof, Procedural law, Consumer law

1. INTRODUÇÃO

Com a crescente globalização do espaço moderno, novas formas de interação social foram surgindo. O advento das novas tecnologias e o desenvolvimento de *softwares* modificaram radicalmente a maneira com que a sociedade lida com as questões do dia a dia. Nesse sentido, em conformidade com o que se verifica no cenário hodierno, as práticas comerciais também se alteraram e passaram a incluir inovações tecnológicas, como as ferramentas digitais.

Dessa forma, no contexto contemporâneo, é comum observar diversas práticas comerciais digitais, em que todo o procedimento de compra é feito virtualmente, a exposição dos produtos ou serviços, a escolha por parte do consumidor, o pagamento, até a entrega do produto ou a prestação do serviço para o cliente. Por isso, em virtude de tais mudanças percebidas no comércio, novos imbróglis surgiram, os quais cabe ao Direito tutelar e promover o correto manejo do litígio, especialmente o Direito Processual Civil e o Direito do Consumidor.

Isso ocorre, pois a comunidade está inserida no paradigma jurídico constitucional de um Estado Democrático de Direito, de maneira que, nessa perspectiva

é preciso pensar a ordem jurídica como relevante instrumento para a construção de um ideal de Estado republicano, capaz de viabilizar a realização da justiça, da igualdade material e do bem comum, com fundamento na valorização do homem e em sua dignidade. (CASTRO, 2010, p. 225).

Por conseguinte, pensando na dignidade humana como o pilar mais importante em uma democracia, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República, é de extrema relevância tratar sobre um instituto de direito processual, como o ônus da prova, inserido no contexto de uma relação de consumo virtual, visto que, na prática, juízes e Tribunais terão que enfrentar tal controvérsia.

À vista disso, o tema do presente artigo envolve a análise do instituto do ônus da prova na relação de consumo virtual, no que tange a uma verificação de acordo com o Direito Processual Civil e o Direito do Consumidor. A referida pesquisa propõe a responder o seguinte problema: De que forma o ônus da prova incide nas relações de consumo virtuais hodiernas? Para responder ao problema proposto, destacam-se as seguintes hipóteses: Apresentar o instituto do ônus da prova no Direito Processual brasileiro; Tratar sobre a inversão do ônus da prova; Investigar a aplicabilidade da inversão do ônus da prova no Direito Consumerista; Relacionar tal instituto com as relações de consumo virtuais.

Para tanto, utiliza-se como referencial teórico da presente pesquisa, as lições sobre Direito Processual de Humberto Theodoro Júnior. No que tange a metodologia para a pesquisa, utiliza-se abordagem qualitativa, pelo método hipotético-dedutivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. O ônus da prova no Direito Processual Civil.

O instituto do ônus da prova é um instrumento processual brasileiro. Ele é utilizado para caracterizar a situação da parte no processo, determinando o encargo de trazer elementos que se mostrem capazes de certificar ou comprovar sua alegação. Tal instituto encontra-se previsto no artigo 373 do Código de Processo Civil. Esse dispositivo determina que o ônus de provar o fato alegado no processo cabe ao autor, quando constitutivo do seu direito, ou ao réu, quando ele alegar à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, salvo os casos de inversão do ônus da prova por atribuição do juiz ou por convenção das partes.

No primeiro caso, o encargo de provar os pressupostos fáticos do direito material é do autor, quando, na contestação, o réu apresentar uma defesa de mérito direta, isto é, quando ele apenas nega o fato constitutivo do direito do autor. Por outro lado, no caso do réu alegar uma defesa de mérito indireta - fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor -, o *onus probandi* é deslocado, pois “o réu implicitamente admite como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação” (JÚNIOR, 2015).

Segundo Humberto Theodoro o ônus da prova é uma “conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz”. Ou seja, a parte que alega o fato toma para si o encargo de prová-lo sob pena de perder a causa. Nesse sentido, o autor comenta:

No ônus da prova, portanto, verifica-se um aspecto de “regra de decisão”, qual seja, evitar o *non liquet* (recusa de julgar). Por meio desse mecanismo processual, impede-se que a causa se encerre sem julgamento por falta de prova. Decide-se o mérito, segundo a regra do *onus probandi*, desprezando-se a alegação de quem não provou o fato que lhe competia comprovar. Assim, o inaceitável *non liquet* (não julgamento) se transforma num *liquet* (julgamento do litígio) contra a parte que descumpriu a regra legal de distribuição dos encargos probatórios. (JÚNIOR, 2015).

Portanto, mesmo no caso de não haver provas suficientes, haverá sentença de mérito em desfavor da parte que tinha o ônus de provar o fato em razão da regra do *onus probandi*. No entanto, há de se falar no entendimento de que esse mecanismo de julgamento não é regra, e

sim exceção, uma vez que, de acordo com o entendimento do doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

Essa regra de julgamento, todavia, é *eventual e subsidiária*, ou seja, não é de aplicação necessária ou obrigatória pelo simples fato de a parte onerada não ter produzido a prova que lhe tocava. A regra fundamental é que a sentença de mérito será pronunciada segundo os fatos provados nos autos, de modo que, mesmo não tendo sido cumprido o *onus probandi*, ainda assim, poderá o julgamento ser favorável a quem nenhum esforço probatório efetivou. Existindo nos autos elementos reveladores da verdade do fato básico de apoio da versão defendida pelo litigante omissor, a sentença, ainda assim, será pronunciada em seu favor. A prova a que se vincula o juiz para decidir o mérito da causa é aquela existente nos autos, pouco importando quem a tenha carreado para o processo. A prova, uma vez presente nos autos, não é dessa ou daquela parte; é do processo, e como tal terá de ser conhecida e avaliada, em sua força de convencimento, pelo órgão judicial sentenciante. (JÚNIOR, 2015).

Ou seja, conforme o exposto, o juiz julgará de acordo com o conjunto das provas, caso estas o convençam, independentemente de quem tem o encargo do ônus da prova.

Por fim, além dos casos de conversão das partes, o §1º do artigo 373 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso, nos casos em que haja impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo, ou quando haja facilidade da outra parte em cumpri-lo, salvo se criar uma impossibilidade ou uma extrema dificuldade para a parte.

2.2. A inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor.

Apesar dessa distribuição do ônus da prova previsto no Código de Processo Civil, o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de proteger a parte vulnerável na relação de consumo, possibilitou a inversão do ônus da prova em favor deste. O artigo 6º, inciso VIII, estabeleceu como direitos básicos do consumidor, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (BRASIL, 1990). No entanto, como visto na literalidade desse dispositivo, a inversão não é automática. É necessário que seja demonstrado a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor.

Em relação à hipossuficiência do consumidor, impossibilidade de produção de provas técnicas durante a instrução processual, Humberto Theodoro afirma:

No caso, por exemplo, das relações de consumo, o consumidor (um não profissional) tem sempre dificuldade na demonstração da causa do defeito do produto ou do serviço, enquanto o fornecedor (um profissional) detém todo o conhecimento técnico a respeito da estrutura e do funcionamento do bem ou serviço fornecido. A causa e os

efeitos do acidente de consumo não são, objetivamente, indemonstráveis. O consumidor é que não se acha em situação de comprová-los adequadamente. (JÚNIOR, 2015)

Essa realidade é ampliada no comércio digital, assim como a vulnerabilidade do consumidor em relação aos fornecedores. No entanto, o Código de Defesa do Consumidor não deixou de tutelar essas questões. A quebra da confiança, isso é, da legítima expectativa criada no consumidor virtualmente, também foi tutelada por meio do direito de arrependimento, que é um direito potestativo do consumidor, ou seja, ele pode desistir da compra mesmo sem justificção. Para que isso aconteça, é necessário que a relação jurídica tenha se estabelecido fora do estabelecimento e sem o contato direto com o produto ou serviço.

Já nos casos de responsabilidade por fato do produto e do serviço, ou de vício do produto e do serviço, posterior à 7 dias em razão do direito de arrependimento, aplica-se os mesmos dispositivos do comércio dentro do estabelecimento. Apesar do CDC estabelecer que responsabilidade do fornecedor, em regra, é objetiva, independente de culpa, em razão da teoria do risco, o consumidor ainda tem o ônus de provar os outros requisitos da responsabilidade civil: o ato ilícito, o dano e o nexo causal. É nesse sentido que a inversão do ônus da prova é de grande importância para assegurar a efetiva proteção ao consumidor.

Caso o juiz entenda que a parte não é hipossuficiente, e não veja verossimilhança nas alegações, há entendimento que ele poderá aplicar a inversão do ônus da prova do Código de Processo Civil:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com base em interpretação sistemática do ordenamento jurídico, admite a inversão do ônus da prova no processo civil que envolve relação de consumo, seja com base nas regras do Código de Processo Civil ou nas regras do Código de Defesa do Consumidor, determinando que o onus probandi recaia sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. (OLIVEIRA, 2019).

Fato este que também possibilita um maior equilíbrio na relação de consumo. Já em relação ao momento em que deve aplicar a inversão do ônus da prova, há quem entenda que o ônus da prova é uma técnica de julgamento, portanto seria aplicada na fase decisória. No entanto, esse entendimento entra em conflito com o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. De acordo com isso, o STJ unificou o entendimento, em concordância com esses princípios, e decidiu em favor do entendimento de que a decisão de saneamento seria a melhor opção para definir a distribuição do ônus da prova:

Diante de tal divergência, em 2011, a Segunda Seção do STJ unificou a sua jurisprudência, decidindo, através do julgamento do Recurso Especial 802.832 / MG[19], que a inversão ope judicis do ônus da prova, por influenciar no comportamento processual das partes, não pode ser determinada na fase de julgamento da causa, seja pelo juiz ou pelo tribunal de segunda instância, devendo

ocorrer na fase de saneamento do processo, preferencialmente, ou ao menos de modo a oportunizar a apresentação de provas pela parte que suportará o encargo probatório. (OLIVEIRA, 2019)

3. CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa constatou-se que o ônus da prova é um instituto extremamente relevante nas resoluções de litígios, uma vez que implica à parte o encargo de provar os fatos alegados em um processo. Dessa forma, a possibilidade de inversão do ônus da prova apresenta-se como um importante artifício para o autor em uma demanda, pois à ele não recai a imposição de atuar ativamente na atividade probatória, cabendo ao réu provar a sua inocência.

Nesse âmbito, inserem-se as relações de consumo, as quais foram modificadas em razão das novas tecnologias, de maneira que a utilização dos meios virtuais para a realização de compras é parte do cotidiano da população. Por isso, cumpre ao Direito analisar a questão e tutelar da melhor forma possível tal relação consumerista digital, uma vez que verifica-se a existência da hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor, tornando-se desiguais na resolução de eventual controvérsia.

Diante disso, verifica-se a pertinência da aplicação do instituto da inversão do ônus da prova no que tange às relações de consumo virtuais, uma vez que ele já é utilizado nos litígios consumeristas que não envolvem a tecnologia. Por conseguinte, demonstra-se igualmente justificável a utilização em demandas consumeristas digitais, pois a situação de vulnerabilidade do consumidor agrava-se ainda mais em virtude do obstáculo que é a tecnologia e a internet. Além disso, já existem outros artifícios criados pelo legislador e incluídos na legislação, por meio do Código de Defesa do Consumidor, que permitem que a parte mais débil se resguarde e tenha seus direitos protegidos, como o direito de arrependimento.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 16 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, 11 set. 1990.

CASTRO, Bernardo Vassale de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v.7, n. 13 e 14, p. 225, dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.domholder.edu.br/index.php/veredas/article/view/106>>. Acesso em: 19 out. 2020.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum vol. I. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, João Daniel Correia de. Inversão do ônus da prova no processo civil que envolve relação de consumo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5902, 29 ago. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/75913>>. Acesso em: 9 out. 2020.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Teoria Geral Das Obrigações**, vol. II, Rio de Janeiro:Ed. Forense, 1993.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 11 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.