



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

SIMONE BARBOSA DE LUCENA

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

RECIFE -PE  
2022

SIMONE BARBOSA DE LUCENA

## **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

**Área de Concentração:** Direito Privado

**Orientadora:** Dra. Fabíola Albuquerque Lobo

RECIFE -PE  
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do  
programa de geração automática do SIB/UFPE

Lucena, Simone Barbosa de.

A inversão do ônus da prova no direito do consumidor / Simone Barbosa de  
Lucena. - Recife, 2022.

61 p.

Orientador(a): Fabíola Albuquerque Lobo

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de  
Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Consumidor. 2. Ônus da prova. 3. Hipossuficiência. 4. Vulnerabilidade. 5.  
Verossimilhança. I. Lobo, Fabíola Albuquerque. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

SIMONE BARBOSA DE LUCENA

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR TRABALHO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Aprovado em: 09 / 05 / 2022

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>o</sup>. Dra. Fabíola Albuquerque Lobo (Orientadora)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof<sup>o</sup>. Dr. Paulo Bandeira (Examinador Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof<sup>o</sup>. Dra. Cristiniana Cavalcanti Freire (Examinadora Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo o estudo da inversão do ônus da prova com o fundamento no Código de Defesa do Consumidor. Este que trouxe várias inovações jurídicas procura favorecer a ideia de um contrato mais social com a participação do consumidor mais protegido juridicamente. Logo, a inversão do ônus da prova é estudada como uma das garantias que visam ao equilíbrio das relações contratuais concomitantemente o estudo explora os princípios que embasam a Lei 8078/90 e os conceitos que permitirão uma maior compreensão ao tema: prova, hipossuficiente, vulnerabilidade, relações de consumo, consumidor, fornecedor. Ao decorrer do estudo é demonstrado a participação de outros Códigos que contribuem subsidiariamente na aplicação e execução da normatividade do Código de Defesa do Consumidor nas ações consumeristas. Dessa maneira, são analisados as formas e os momentos de inversão do ônus probandi e como isso pode ser influenciado pelo julgamento do magistrado.

**Palavras-chave:** Consumidor; Ônus da prova; Hipossuficiência; Vulnerabilidade; Verossimilhança

## ABSTRACT

The scope of this work is to study the reversal of the burden of proof with the based on the Consumer Protection Code. This brought several innovations legal seeks to favor the idea of a more social contract with the participation of the consumer more legally protected. Therefore, the reversal of the burden of proof is studied as one of guarantees aimed at balancing contractual relationships concomitantly, the study explores the principles that underlie Law 8078/90 and the concepts that will allow a greater understanding of the topic: proof, hyposufficient, vulnerability, consumer relations, consumer, supplier. During the course of the study the participation of other Codes that contribute subsidiarily to the application and enforcement of regulations of the Consumer Protection Code in consumerist actions. In this way, the forms and moments of reversal of the onus probandi and how this can be influenced by the judgment of the magistrate.

**Keywords:** Consumer; Burden of proof; Hyposufficiency; Vulnerability; Verisimilitude.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 AS RELAÇÕES DE CONSUMO</b> .....	<b>10</b>
2.1 DEFINIÇÃO .....	10
2.2 AS RELAÇÕES DE CONSUMO DURANTE A HISTÓRIA.....	12
2.3 OS DESAFIOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NA NOVA ORDEM POLÍTICA E SOCIAL .....	14
2.4 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	16
2.5 O CONSUMIDOR.....	20
2.6 O FORNECEDOR .....	24
<b>3 PROVAS</b> .....	<b>26</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES .....	26
3.2 CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA.....	27
3.3 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA.....	29
3.4 ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	30
3.5 ESPÉCIES DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA .....	34
<b>4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR</b> .....	<b>36</b>
4.1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO.....	37
4.2 O ARTIGO 6º, INCISO VIII DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR .....	41
4.3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO INSTITUTO DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO.....	43
<b>5 O MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS</b> .....	<b>46</b>
5.1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DESPACHO INICIAL .....	46
5.2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO .....	47
5.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SENTENÇA.....	49
5.4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS QUANTO AO MOMENTO DE INVERSÃO PROBATÓRIA .....	51

5.5 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E DO ADIANTAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS.....	54
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>58</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As relações de consumo sempre foram marcadas por conflitos que resultam das trocas envolvendo a mercadoria e o capital. A inversão do ônus da prova, que tem provocado diversos debates acerca da sua aplicabilidade temporal em diversas situações práticas, surgiu da necessidade que o consumidor possuía para provar as suas alegações quando submetido ao Código de Processo Civil. Essas dificuldades tornavam, às vezes, impossível de se fazer provar que um certo objeto saiu da loja ou da fábrica com algum tipo de defeito ou vício. Isto se dava porque normalmente era requerida a prova pericial para poder constatar os problemas questionados.

A massificação contratual, exemplificada pela explosão dos contratos de adesão, marcados por cláusulas padronizadas, estabelecidas e impostas por apenas uma das partes, sem a possibilidade de participação da outra, marca a desigualdade da relação jurídica que sempre favorecia o mais forte, no caso o fornecedor.

A autonomia da vontade, limitada por normas jurídicas de interesse social e de ordem pública, veio substituir a concepção liberal da plena autonomia da vontade e da liberdade contratual com o intento de efetivar princípios que favoreçam aos detentores do capital e dos meios de produção em desvantagem ao consumidor. De acordo com Picoli, L. (2015, p. 14) cabe ao juiz, percebendo a vulnerabilidade de uma das partes, e a dificuldade de essa constituir meios probatórios, cooperar no sentido de elucidar a questão, de maneira a garantir o equilíbrio na relação jurídico-processual e a boa-fé entre as partes conforme à norma fundamental.

O presente trabalho tem como objetivo analisar qual momento adequado para que o juiz declare a inversão do ônus probatório identificando a aplicabilidade dos princípios processuais nos casos em que houver verossimilhança e mostrando, com isso, que o ônus da prova é um direito básico do consumidor e tudo deverá ser em prol da efetivação, inclusive a inversão a seu favor.

Tendo a certeza das lacunas deixadas pelos ordenamentos jurídicos e mais precisamente, pela Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, com o seu artigo 6º, inciso VIII, que contém a determinação de inversão do ônus da prova de forma imprecisa, não determinar qual o momento exato dela acontecer, gerando diversas interpretações, in verbis:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Há três correntes principais que dividem essa dúvida sobre os momentos: da inicial, do despacho saneador ou do pronunciamento da sentença.

A abordagem terá a metodologia quantitativa com o escopo de unir a doutrina à jurisprudência enriquecendo com a pesquisa exploratória os diversos casos surgidos durante a pesquisa. Faz-se necessário, a partir da exploração de diversas fontes bibliográficas, analisar e comparar argumentos de diversos autores, além de verificar com alguns julgados o comportamento do magistrado tendo como base a utilização do instrumento de inversão do ônus da prova para, enfim, obter um conhecimento mais evidente sobre o tema. Desse modo, esse estudo torna-se relevante e ao mesmo tempo, nos obriga a aprofundarmos na teoria dos princípios fundamentais que são a base da teoria desse instrumento judicial.

Sabendo que o principal objetivo desse instituto para o Código de Defesa do Consumidor é deixar mais justo o processo judicial para a parte mais carente e permitir que este possa usar meios de defesa. Como a decisão do juiz, fundamentada unicamente em suas avaliações, poderá, em determinadas situações, não atender às pretensões da referida inovação, o que poderia fomentar frustrações na parte não favorecida, faz-se necessário uma abordagem ampla sobre o tema. Logo, no primeiro capítulo, as relações de consumo será o tema que permitirá uma maior compreensão a esse assunto sendo complementado pelo capítulo seguinte com o desígnio de explorar conceitos imprescindíveis à explanação das ideias.

No terceiro capítulo, com a exegese conceitual de prova analisando a importância dela não apenas como um meio de legitimar direitos, mas também, como instrumento de concretizar o processo judicial justo e coerente com a verdade do fato. Em seguida, dando continuidade a temática do meio probatório, apresentaremos a inversão do ônus da prova e explorando esse instrumento como e quando ele poderá acontecer nos processos consumeristas com base em julgados com a opinião de alguns doutrinadores.

Desse modo, a discussão por um processo jurídico mais justo nunca irá se exaurir. No entanto, seguindo a metodologia da exploração de fontes bibliográficas,

análise de artigos científicos e da jurisdição, o acompanhamento da jurisprudência e a utilização, como elemento comparativo, de alguns processos julgados que tiveram esse mecanismo jurídico na resolução da lide, na tentativa de elucidar uma forma de equilibrar as relações entre fornecedor e o consumidor na relação processual.

## 2 AS RELAÇÕES DE CONSUMO

### 2.1 DEFINIÇÃO

Relações de consumo são relações jurídicas que envolvem três elementos: de um lado o consumidor de um produto ou serviço, de outro o fornecedor e entre eles o produto ou serviço que está sendo negociado. Elas abrangem as relações jurídicas contratuais que incluem compra e venda de produtos ou prestação de serviços. O vínculo intersubjetivo que une esses três elementos torna essas relações jurídicas, ou seja, decorrentes da lei e estabelecendo direitos fundamentais. Sérgio Cavalieri Filho (2019, p.71) esclarece o entendimento sobre as relações jurídicas:

Para sua conceituação, parte-se da atividade social do homem. Vivendo-se em sociedade, necessariamente nos relacionamentos com os nossos semelhantes, ensejando relações sociais. Muitas dessas relações são de natureza afetiva, cultural, religiosa, recreativa, vale dizer, sem relevância jurídica; outras, entretanto, têm natureza econômica, familiar, funcional, pública etc, exigindo, pela sua relevância social, disciplina jurídica. As relações sociais reguladas pelo Direito tornam-se relações jurídicas. (...) Podemos, então, conceituar relação jurídica como toda relação social disciplinada pelo Direito. Preferem outros defini-la como toda relação da vida social que produz consequências jurídicas.

Ser reconhecida como uma relação de consumo legitima o uso das normas dos dispositivos e princípios contidos no CDC. Estar em concordância com a utilização dele favorece a parte vulnerável, o consumidor, e permite a aplicação subsidiária de outras legislações que venha facilitar o entendimento entre as partes, porém a averiguação pragmática dentre as relações jurídicas dificulta o acesso a esse enquadramento pela necessidade de se configurar uma relação consumerista. Assim, Wanessa Maria de Andrade de Lira (2009, p.1) confirma:

A importância de se identificar uma relação de consumo dentro de um negócio jurídico está no fato de poder se estabelecer com precisão a competência para a incidência do CDC como corpo legal para dirimir os conflitos, pois se configurada tal relação o consumidor poderá experimentar todas as vantagens relativas à sua aplicação.

Nas relações contratuais normatizadas pelo Código Civil há uma presunção de equiparação entre as partes contratantes, o que não acontece com as relações de consumo, regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Nessas existe o consumidor

que é a parte presumidamente mais fraca da relação e o fornecedor, que pela previsão legal, se destacaria pela superioridade, entre eles estaria um vínculo jurídico. Este se daria pela obtenção de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor. Sobre essa os elementos da relação de consumo, Ada Pellegrini Grinover (2011, p.555) ressalta que se:

“A aquisição for apenas meio para que o adquirente possa exercer outra atividade, não terá adquirido como destinatário final e, conseqüentemente, não terá havida relação de consumo, A chave para identificação de uma relação jurídica como sendo de consumo é, portanto, o elemento teleológico: destinação final, ao consumidor, do produto ou serviço.”

Para Ada Pellegrini, o elemento teleológico da relação de consumo seria a finalidade que o consumidor adquire o produto ou serviço como destinatário final e esse é indicativo da relação consumerista. O problema dessa visão na prática se deve pelo fato dela ser extremamente restrita e dificilmente contemplaria o consumidor profissional, principalmente a pessoa jurídica. Questão muito bem analisada por Francisco Drula Belache (2015, p.1):

A aplicação da teoria finalista chega ao ponto de ser injusta, eis que uma pessoa jurídica, uma microempresa, onde seus sócios ou proprietários, em regra, são pessoas simples, leigas, sem formação superior, não tendo condições de visualizar, entender e superar problemas técnicos, informacionais de utilização do produto ou serviço, fica excluída da proteção do código consumerista, por não ser destinatária final do produto ou serviço.

Tendo em vista o acesso à ordem jurídica de forma mais justa, na tentativa contemplar um número maior de consumidores, a teoria finalista foi ampliada, principalmente por iniciativa da jurisprudência do STJ que passou a atender o critério da vulnerabilidade do consumidor quanto ao aspecto econômico e não apenas o critério de destinação final previsto no conceito padrão do CDC, por ser mais adequada ao aparato da Constituição para a efetiva defesa da parte fraca da relação jurídica, a teoria finalista aprofundada foi reconhecida como uma evolução da finalista pura e hoje está sendo a mais aceita.

A ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, descreve muito bem, as características da teoria finalista aprofundada ou teoria finalista mitigada:

(...) a jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que

a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que 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. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). 5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. 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 (...). (BRASIL, 2012, p. 1)

## 2.2 AS RELAÇÕES DE CONSUMO DURANTE A HISTÓRIA

Desde a antiguidade a prática do consumo já ocorria, vários povos em suas aldeias exploravam o comércio em larga escala. Essas atividades faziam parte da cultura dos povos. Com a expansão do Império Romano, houve a fuga da população para o campo e as cidades sofreram uma evasão populacional. O comércio sofreu consequências, porque a produção era limitada à subsistência dos produtores. Em seguida a queda desse império, o Feudalismo, por ser uma fase em que a moeda não era usada como meio de troca, houve uma estagnação comercial. E isso só será superado com o surgimento dos burgueses que renovarão as práticas comerciais com diversos povos. Sobre esse tema, Maria Bernadete Miranda complementa (2017, p.1):

Com a Revolução Francesa a classe social emergente, a burguesia, dá o seu primeiro passo para se ascender ao poder, não só na França, mas em todo o mundo, semeando entre as nações e no tempo os ideais revolucionários burgueses de igualdade, liberdade de iniciativa e justiça comutativa. Era o declínio do feudalismo.

Os produtos do Oriente foram atrativos a uma maior circulação de moedas intensificando o desenvolvimento comercial entre os povos e construindo a estrutura própria das transações financeiras. Para Maria Bernadete Miranda (2017, p.1):

O incremento do comércio exigiu novas técnicas para acelerar a produção, a Revolução Industrial entra em cena, a produção de bens passa a ser em série e em massa, a Divisão Internacional do trabalho, também é implantada, e o homem não mais confecciona autonomamente os seus bens, e nem participa de todos os estágios da produção.

Com o aumento da população e a expansão das cidades, os comerciantes desenvolveram os meios de comunicação que divulgavam os produtos oferecidos pelos comerciantes e com a tecnologia passou a propiciar essa prática a todas as nações e reduziu as relações pessoais de consumo. A produção passa a ser em larga escala e o consumidor um ser anônimo e desconhecido. As empresas limitam o interesse ao lucro e a expansão de mercado. A disseminação de marcas ignora culturas e costumes locais, é o mercado vivo que precisa se alimentar insaciavelmente com a ampliação de mercados sufocando os pequenos comerciantes locais. Os Estados passam a perceber o consumidor como a parte fraca da relação comercial e desenvolvem mecanismos de tutela para ele. Sobre isso João Batista de Almeida (2015, p.20- 21) comenta:

A proteção jurídica do consumidor não é tema que diga respeito a um único país; ao contrário, é tema supranacional, pois abrange todos os países, desenvolvidos. A relevância do tema, as repercussões sentidas nos segmentos sociais dos vários países, a sensibilidade para os problemas sociais e os direitos humanos, em suma, todas essas modificações nas relações de consumo acabaram levando a ONU – Organização das Nações Unidas a se preocupar com a defesa do consumidor, atitude, aliás, esperada do organismo internacional, caixa de ressonância dos grandes temas que envolvem a melhoria da qualidade de vida dos povos.

Para evitar que os fornecedores cometam abusos durante o processo de comercialização impondo contratos de adesão com cláusulas abusivas, induzindo a compra com propagandas enganosas que levam o consumidor a adquirir o produto ou serviço sem a devida compreensão dos mesmos são criadas diversas leis e princípios que objetivam regulamentar essas relações consumeristas e proteger o consumidor e os seus interesses econômicos. Maria Bernadete Miranda (2017, p.1), comenta a necessidade dessa intervenção do Direito nas relações comerciais:

Nos dias de hoje, é bem clara a constante guerra travada por comerciantes, produtores, importadores, prestadores de serviços de um lado, e consumidores do outro, merecendo mais do que nunca a atenção do Direito, a fim de que este proteja os consumidores da insuficiência de bens e serviços; dos seus malefícios; dos preços exorbitantes; de propagandas abusivas e monopólios espoliadores.

A evolução das relações de consumo mostrou que os empresários sempre procuraram ditar as regras da demanda de produtos e serviços e por meio das formas de comunicação, dos sistemas de crédito e da expansão dos mercados, constituindo grande controle político, econômico e cultural nas diversas regiões do mundo. O Estado precisou rever sua participação nesse cenário de diversas disputas.

### 2.3 OS DESAFIOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NA NOVA ORDEM POLÍTICA E SOCIAL

A sociedade de consumo foi resultado de uma construção histórica imposta pelo poder econômico para garantir mercados consumidores. Os meios de comunicação e o avanço tecnológico foram imprescindíveis na construção desse fenômeno socioeconômico característico das sociedades ocidentais modernas. Sobre esse tema, Cláudio Nunes Farias (2016, p.1) acrescenta

Vivemos a realidade fática inserida numa sociedade de consumo onde a dialética do fornecedor versus consumidor é mais complexa que a dialética capital versus trabalho, sendo que os papéis vivenciados pelos agentes econômicos nem sempre se encontram definidos de forma absoluta e imutável. Ao contrário, em verdade, verifica-se que nós todos somos consumidores – os indivíduos, as empresas, o Estado, os órgãos nacionais e internacionais, sendo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) a preciosa bússola orientadora das relações entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços.

O liberalismo com suas ideias meramente formais fez surgir o fenômeno da concentração econômica e a violenta forma de dominação do mercado e das diversas forças de trabalho. Surge a necessidade de regramento para evitar a falência das pequenas empresas e o esgotamento dos trabalhadores. Toda evolução tecnológica, o aprimoramento das técnicas de publicidade junto com o de comunicação e transporte, favoreceram a produção em massa e a exigência de um consumo em massa. Vê-se o sufocamento das culturas locais, a publicidade cria necessidades artificiais e padronizam estilos criando a moda. Sobre esse tema Miriam Fontoura (2006, p.62) acrescenta:

A economia proporcionou alterações objetivas e subjetivas, tanto na sociedade como um todo, como também no indivíduo, externa e internamente. Assim, o consumo se faz presente no moderno com toda sua força e é ponto de apoio usual do indivíduo, explicitando seu papel influenciador do estilo de vida moderno. Produz efeitos sobre a vida, seja pela

caracterização do viver o presente, pela preponderância da cultura objetiva sobre a subjetiva, pelo aprimoramento da divisão do trabalho e suas consequências, a mediação sujeito-objeto, a direta relação com o intelecto, distanciamento, indiferença, especialização, diferenciação, e estes, vem a configurar uma unidade de estilo de vida moderno.

Essa realidade propiciou o aparecimento de vínculos jurídicos variados com cláusulas predefinidas pelas empresas resultando em práticas abusivas, o que resultou no aumento das desigualdades econômicas e políticas entre os fornecedores e os consumidores motivando o Estado a intervir com a criação de sistema normativo e principiológico específico para defender a parte vulnerável da relação econômica, o consumidor. Assim, Cláudio Nunes Farias (2016, p.1) confirma:

Com o escopo de compatibilizar esses interesses sociais e econômicos tão diversos, o Estado procura harmonizá-los mediante políticas econômicas públicas e privadas que visem alcançar o ponto de equilíbrio entre os mesmos. Para tanto, o Estado busca efetivar a política econômica através de instrumentos que estejam em conformidade com a ideologia, com a base principiológica, com os valores e com os objetivos constitucionalmente consagrados.

O Direito brasileiro adotou um sistema normativo de tutela do consumidor com poder de ação intervencionista e de equiparação nas relações econômicas de consumo. A Constituição brasileira já previa a intervenção estatal na atividade privada a fim de proteger determinado grupo difuso. Dessa forma, Lucas Pinto Simão (2016, p.1) complementa:

É relevante a previsão constitucional de que “impõe-se ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor” (artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal) e que a ordem econômica deve observar o princípio da defesa do consumidor (artigo 170, V, da Constituição Federal), sendo que a carta constitucional foi além e estabeleceu que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (artigo 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal). As previsões constitucionais deixam claro que o Direito do Consumidor possui fundamento na Constituição Federal.

Com a globalização, o consumidor enfrenta uma situação de maior vulnerabilidade, há uma ampliação dos espaços de produção e de mercados consumidores, o que favorece o fortalecimento do fornecedor e dificulta a intervenção jurídica nessas relações comerciais. A nova ordem econômica prevê uma mínima intervenção estatal nos mercados devendo se limitar aos serviços essenciais. A desregulamentação da economia facilita o aumento da liberdade das empresas

permitindo a essas dispor do mercado comercial sem a preocupação com consumidor. Essa situação reforça a necessidade da tutela do poder público no sentido de dar proteção ao consumidor. João Batista de Almeida (2015, p.34-35) acrescenta:

O objetivo do Estado, ao legislar sobre o tema, não será outro senão eliminar ou reduzir conflitos, sinalizar para a serenidade do assunto e anunciar sua presença como mediador, mormente para garantir proteção à parte mais fraca e desprotegida. Objetivo importante dessa política é também a postura do Estado de garantir a melhoria da qualidade de vida da população consumidora, quer exigindo o respeito à sua dignidade, quer assegurando a presença no mercado de produtos e serviços não nocivos à vida e a segurança dos adquirentes e usuários, quer, por fim, coibindo os abusos praticados e dando garantias de efetivo ressarcimento, no caso de ofensa a seus interesses econômicos.

Somada a esses fatos, a internet veio aumentar a vulnerabilidade do consumidor, pois trouxe maiores riscos para seu acesso aos produtos e serviços oferecidos, às vezes, com vantagens melhores do que as divulgadas em lojas físicas. Os problemas são de variadas ordens: o produto não coincide com o oferecido, não atende a um tempo mínimo da garantia ou não há assistência técnica para o conserto, não há instrução quanto ao uso do produto ou quando há está com língua de difícil tradução, roubo de dados bancários porque o site não oferece segurança, enfim, são diversos perigos que surgem com o ambiente virtual e que por isso faz-se necessária a interferência jurídica nessa nova modalidade comercial.

#### 2.4 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O movimento que levou à criação do Código de Defesa do Consumidor é um fenômeno muito recente de pouco mais de algumas décadas e o seu caráter protetivo marcou o objetivo próprio de criação. Essa conseguiu alterar as bases do Direito das Obrigações e com a influência de trazer regras que visam à proteção do consumidor na esfera da sociedade de consumo.

A sociedade de consumo, termo muito comum no nosso cotidiano, refere-se às características ou fatores que reforçam o desequilíbrio na relação comercial, aqueles que detêm os meios de produção e os que dependem deles, consumidores. Para Bauman, (2008, p. 71), esta sociedade de consumo representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma

estratégia existencial consumista, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Assim, ser consumidor é fazer parte dessa organização aderindo ao modo de vida, da produção em massa, da publicidade em excesso, dos contratos por adesão e do ciclo de necessidade, consumo, descarte e alucinação coletiva por estar sempre aos ditames da moda. Bauman acrescenta que na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria (BAUMAN, 2008, p. 20). A função do direito garantidor do equilíbrio, como protetor da parte vulnerável e das legítimas expectativas nas relações de consumo, concretizou-se por meio da Constituição e sobre isso Cintia Rosa Pereira Lima (2013, p. 203) acrescenta:

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 explicitou a defesa do consumidor logo no artigo 5º, XXXII, incumbindo ao Estado promover a defesa do consumidor, tida como direito e garantia fundamental, revestindo-lhe da proteção das cláusulas pétreas. No artigo 24 da CF/88 está preceituado que “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VIII – responsabilidade por dano [...] ao consumidor [...]”. Mas adiante, no §5º do artigo 150, o constituinte dispõe: “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. No artigo 170 da Magna Carta, a defesa do consumidor é tida como um dos princípios da ordem econômica: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V- defesa do consumidor”. E ainda, no parágrafo único do artigo 175, constituinte preocupou-se em proteger os usuários dos serviços públicos prestados pelas concessionárias ou permissionárias. E por fim, no artigo 48 do ADCT estabelece o prazo de 120 dias da promulgação desta constituição para que o Congresso Nacional elabore o Código de Defesa do Consumidor.

Dessa maneira, a Constituição favoreceu condições e o alcance da defesa do consumidor com a criação de uma legislação específica para regulamentar e equilibrar as relações de consumo. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor inovou em vários aspectos e sobre isso, Sérgio Cavalieri Filho (2019, p.41) comenta:

O Código do Consumidor, temos repetido inúmeras vezes, foi a lei mais revolucionária do século XX. Revolucionária pelas profundas inovações que introduziu em nosso ordenamento jurídico. Embora destinadas às relações de consumo, essas inovações acabaram por influenciar todo o sistema jurídico brasileiro; a doutrina e a jurisprudência mudaram profundamente após a sua vigência. O Código do Consumidor tornou-se uma espécie de lente pela qual passamos a ler todo o direito obrigacional, contratos e institutos que geram relações de consumo.

Verifica-se, portanto, a importância do Código do Consumidor: por sua origem derivada de uma garantia constitucional, prevista no art. 5º, XXXII, CF e sendo, por

isso, uma lei principiológica o que significa que todos os seus dispositivos na prática são uma efetiva aplicação de um princípio que está contemplado em seu texto. Logo, tendo como base o princípio da vulnerabilidade, a tutela da parte consumidora foi assegurada no seu aspecto técnico, patrimonial e jurídico. “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” A constituição não deixava dúvidas quanto à função essencial atribuída ao Estado como garantidor da proteção e o Código de Defesa do Consumidor trouxe isso no 4º artigo, inciso I:

**Art. 4º** A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Na opinião de Leonardo Medeiros Garcia, (2020, p.1), a inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na Constituição Federal vincula o Estado e todos os demais operadores a aplicar e efetivar a defesa deste ente vulnerável, considerado mais fraco na sociedade. E é por essa preocupação em garantir o respeito aos direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos que o Código de Defesa do Consumidor trouxe em sua composição vários princípios, assim como o Princípio da Vulnerabilidade, os princípios da Função Social do Contrato, da Transparência, da Boa-Fé Objetiva e do Equilíbrio Contratual têm como escopo colocar as parte em situação de paridade, de equilíbrio nas relações de consumo e tantos outros que os tornam um Código principiológico por tê-los em toda sua extensão normativa. O STJ, representado pelo ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, analisa a criação dessas leis protetivas a exemplo do CDC: O Código de Defesa do Consumidor veio amparar a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há de ser justa (STJ, REsp. 90366/MG, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. DJ 02/06/1997).

Em um outro aspecto, Nelson Nery Júnior (2001, p. 13) esclarece que:

O CDC, por outro lado, é lei principiológica. Não é analítica, mas sintética. Nem seria de boa técnica legislativa aprovar-se lei de relações de consumo que regulamentasse cada divisão do setor produtivo (automóveis, cosméticos, eletroeletrônicos, vestuário etc.). Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei principiológica. Todas

as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica, que é o CDC. [...] Pensar-se o contrário é desconhecer o que significa o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, como lei especial sobre relações de consumo e lei geral, principiológica, à qual todas as demais leis especiais setorializadas das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas.

Perceber a vulnerabilidade do consumidor torna evidente a importância da elaboração do CDC na esfera jurídica, por ser um instrumento de direito material e processual, para que o mesmo possa ser respeitado e venha a ter um tratamento que leve em consideração suas vulnerabilidades técnica, patrimonial e jurídica. Sobre isso, Leonardo Medeiros Garcia (2017, p.33) aprofunda:

A vulnerabilidade seria o marco central para que se aplicassem as regras especiais do CDC, que visariam, principalmente, fortalecer a parte que se encontra em inferioridade, restabelecendo o equilíbrio contratual. Destinatário final para o art. 2º somente poderia ser aquele que se encontra vulnerável, o que somente poderá ser averiguado no caso concreto pelo juiz, fazendo com que, mesmo aquele que não preenchesse os requisitos de destinatário final econômico do produto ou serviço pudesse ser abrangido pela tutela especial do Código.

O CDC traz no seu artigo 90 a previsão de uso subsidiariamente do CPC e da Lei de Ação Civil Pública com o fim de complementação para as diversas situações jurídicas que não venham contrariar suas deliberações normativas.

Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

**Art. 90.** Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

É importante acrescentar que o CDC, com base no artigo 83, permite todas as espécies de ações: de conhecimento, de execução e cautelar desde que sejam em defesa do consumidor podendo ser individual ou coletiva.

Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

**Art. 83.** Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Não esgotando o tema, o CDC traz nos artigos 17º e 29º os consumidores por equiparação complementando o parágrafo único do artigo 2º que traz a determinação para se equiparar ao consumidor: a coletividade de pessoas, ainda que

indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Dessa maneira, o Ministério Público é o legitimado para defender tais interesses da coletividade, consumidores por equiparação. Percebe-se a quantidade de inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor. A necessidade em conhecê-las demonstra a importância do seu estudo, o que faz vultoso o tempo dedicado a este mister.

## 2.5 O CONSUMIDOR

Como parte da relação de consumo, o consumidor vem conceituado no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 2º, caput, in verbs: “(...) consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” O entendimento dessa conceituação é muito importante para identificar corretamente as relações de consumo.

Conforme a conceituação do artigo 2º do CDC, o consumidor foi definido como toda pessoa física ou jurídica, e ainda, é complementada no parágrafo único, do mesmo artigo, como “equipara-se a consumidor a coletividade, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”, como explica, João Batista de Almeida (2015, p.59):

O conceito abrange, pois não apenas aquele que adquire para uso próprio, ou seja, como destinatário final, como aquele que o faz na condição de intermediário, para repasse a outros fornecedores. Daí a inconveniência de transplantar a concepção para o campo jurídico.

A dúvida recai sobre o consumidor que pode ser tanto um que adquire (compra diretamente) o produto ou serviço, como aquele que o consome ou o utiliza sem tê-lo adquirido (usa em proveito próprio ou de outrem). Assim como, José Geraldo Brito Filomeno (2014, p.26) esclarece a dúvida quanto ao aspecto atribuído a esse conceito:

O conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

É importante ressaltar o termo “destinatário final”, pois ele deixou margem para algumas interpretações. Como o Código de Defesa do Consumidor adota o aspecto econômico, deve-se concluir que esse termo se refere àquele que faz a retirada do bem do mercado de consumo ou usufrui do serviço contratado. Entretanto, a possibilidade de interpretações possibilitou o surgimento de correntes ou teorias doutrinárias sobre o conceito consumidor.

A corrente finalista aceita que a destinação final prevista no conceito padrão do CDC, isto é, defende um conceito estrito de consumidor referindo exclusivamente ao aspecto econômico da atividade do consumidor; O produto ou o serviço comprado ou contratado deve ser usufruído pelo próprio adquirente, conforme leciona, Thiago dos Santos Rocha (2018, p.1):

O finalismo procura encaixar no conceito de consumidor apenas aqueles que sejam considerados realmente vulneráveis na relação jurídica assimétrica de consumo. Para tal, considera como consumidor aquele que seja o destinatário final e econômico do serviço ou produto. Destinatário final porque o retira do mercado. Destinatário econômico porque não o emprega no mercado para fins de exercício de sua própria atividade, exaurindo a função econômica do bem.

A crítica à corrente finalista se deve a seu caráter extremamente restritivo, pois segundo ela dificilmente seria contemplado o consumidor profissional e sobretudo a pessoa jurídica. Devido às críticas, essa corrente evoluiu, principalmente a partir dos julgamentos do STJ que flexibilizou a norma legal nos diversos casos julgados, assim como reforça, Ricardo Lemos Gonçalves (2015, p.1):

Para que determinada pessoa física ou jurídica adquirente de produto ou serviço para fins econômicos se valha dos institutos do Código de Defesa do Consumidor deverá demonstrar sua condição de vulnerabilidade (técnica, jurídica ou econômica) frente a outra parte, de modo a caracterizar a relação de consumo e, conseqüentemente, passível de aplicação de CDC. Tal entendimento parte da mitigação da teoria finalista pela jurisprudência, a qual fixou entendimento no sentido que pessoas físicas ou jurídicas, mesmo que não destinatárias finais, sejam consideradas consumidores por equiparação (art. 29 do CDC) quando diante de situação de vulnerabilidade do uso da Lei n. 8079/90.

Pela teoria finalista aprofundada ou mitigada, o consumidor continua sendo o destinatário final fático do produto e quanto ao aspecto econômico, deverá analisada a vulnerabilidade dele na relação consumerista, assim como explica, Fabricio Bolzan de Almeida (2019, p.82):

Ademais, apresenta-se como uma corrente intermediária quando cotejada com as teorias tradicionais finalistas e maximalistas, pois, apesar de o STJ ter adotado a teoria finalista, passou a interpretá-la de tal forma a enquadrar no conceito de consumidor destinatário final a pessoa jurídica, desde que a vulnerabilidade desta esteja presente no caso concreto.

Assim, o parágrafo único do artigo 2º e os artigos 17 e 29 do CDC ampliam o conceito de consumidor, dada no caput do art. 2º do mesmo Código, passando a fazer parte do conjunto conceitual a coletividade de pessoas mesmo não identificadas, sendo chamados de bystanders ou por equiparação. O termo bystanders refere-se a uma pessoa estranha, ou seja, que não fazia parte da relação de consumo, mas sofre com as consequências danosas dela, tornando-se, dessa maneira, vítima, como reforça, Luís Antônio Rizzatto Nunes (2019, p.131):

Com efeito, a dicção do art. 17 deixa patente a equiparação do consumidor às vítimas do acidente de consumo que, mesmo não tendo sido ainda consumidoras diretas, foram atingidas pelo evento danoso.

No artigo 17 do CDC, expõe que: “Para efeitos desta Seção, são equiparadas a consumidores todas as vítimas do evento.” Percebe-se a intenção do legislador em ampliar a relação de consumo para todos aqueles que fazem parte da relação de forma indireta e que tenham sofrido algum dano por consequência disso. Nesse sentido, se um fato resultante da utilização do produto ou serviço resultar em algum dano à saúde da pessoa, assegurará a efetividade da proteção do CDC a essa, como exemplifica, Luís Antônio Rizzatto Nunes (2019, p.132):

Assim, por exemplo, na queda de um avião, todos os passageiros (consumidores do serviço) são atingidos pelo evento danoso (acidente de consumo) originado no fato do serviço da prestação do transporte aéreo. Se o avião cai em área residencial, atingindo a integridade física ou o patrimônio de outras pessoas (que não tinham participado da relação de consumo), estas são, então, equiparadas ao consumidor, recebendo todas as garantias legais instituídas no CDC.

A equiparação, prevista no artigo 29 do CDC, refere-se a toda coletividade exposta a alguma prática comercial. Ela permite uma interpretação extremamente extensiva, logo é preciso a análise da vulnerabilidade dos consumidores no caso específico para a definir se a relação de fato é de consumo, o que pode ser exemplificado através da jurisprudência e a aplicação do artigo 29 do CDC:

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS - APLICAÇÃO DO CDC - CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO - ART. 29 DO CDC - DÉBITO AUTOMÁTICO DE VALORES INDEVIDOS - DEMONSTRAÇÃO - CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO - ÔNUS PROVA - NÃO INCIDÊNCIA DA EXCLUDENTE - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - ERRO JUSTIFICÁVEL - INEXISTÊNCIA - RESTITUIÇÃO QUE DEVE SE DAR EM DOBRO - ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO DO DIPLOMA CONSUMERISTA - SENTENÇA MANTIDA. - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Mesmo sem ter entabulado qualquer relação jurídica com a empresa ré que envolvesse o terminal telefônico descrito na exordial, o autor foi exposto à prática comercial desenvolvida pela mesma, enquadrando-se, dessa feita, no conceito de consumidor por equiparação (art. 29 do CDC). 2. Em se tratando de obrigação com pagamento das prestações através de débito automático, os extratos bancários correspondem ao recibo de quitação das respectivas prestações. 3. O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços é do próprio fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC. 4. Não é só pela má-fé que se configura hipótese de restituição em dobro. Para a incidência do artigo (42, parágrafo único do CDC), basta a culpa. (TJ-MS - APL: 00458525420118120001 MS 0045852-54.2011.8.12.0001, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 05/02/2013, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 15/02/2013).

Percebe-se que esse artigo 29, do CDC representa um conceito amplo de consumidor, pois todas as pessoas serão consideradas como tal pelo simples fato de estarem expostas a qualquer prática comercial. Dessa forma, mesmo que não seja adquirido o produto ou serviço, será consumidor pelo simples de ter contato com a publicidade enganosa dos mesmos. Rizzato Nunes conclui afirmando que o consumidor protegido pela norma do art. 29 é uma potencialidade.

Os maximalistas entendem que a lei queria abarcar o maior número de pessoas com o conceito padrão de consumidor do caput do artigo 2º. Para eles, a destinação final remete à ideia de que basta a pessoa retirar o produto do mercado para ser considerada consumidora. Cláudia Lima Marques (2016, p.308) explica que:

Os Maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário físico do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para o uso nas

repartições e, claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família.

Desse modo, para essa teoria o que importa para ser consumidor é que não haja a intenção de revenda ou de intermediação. No entanto, uma grande indústria, ao comprar matéria prima para empregar na fabricação dos seus produtos, poderia se beneficiar com a utilização do CDC.

## 2.6 O FORNECEDOR

Segundo o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, in verbs:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

A leitura desse artigo mostra a amplitude do conceito que se refere a todos aqueles que podem ser considerados fornecedores, e também, às possibilidades de atividades aceitas. Como reforça Paiva, C. (2014, p.1) o legislador pretendeu dar ao conceito de fornecedor a maior abrangência possível, na medida em que são fornecedores, de um modo geral, todas as pessoas, e até os entes despersonalizados, que propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo.

Devido à ausência de parâmetros específicos, o legislador permitiu múltiplas situações em que são aceitas as configurações de fornecedor. Sobre a interpretação desse conceito, João Batista de Almeida (2015, p.65) esclarece:

Fornecedor é não apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos de venda espalhados por todo o território. Nesse ponto, portanto, a definição de fornecedor, se distancia da de consumidor, pois, enquanto este há de ser o destinatário final, tal exigência já não se verifica quanto ao fornecedor, que pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando que faça disso sua profissão ou atividade principal.

O Código de Defesa do Consumidor também enquadrado como fornecedor as pessoas jurídicas de direito público por perceber que o principal determinante para ser considerado fornecedor é a habitualidade com que a atividade ou o serviço é

exercido. Desse modo, elas podem figurar no polo ativo da relação de consumo, como fornecedoras de serviços e com maior capacidade para assumir o ônus probatório devido ao seu conhecimento técnico quanto ao produto ou ao serviço oferecido. É através do meio probatório que o consumidor, a parte vulnerável da relação de consumo, terá suas pretensões atendidas.

### 3 PROVAS

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES

Segundo Alexandre Freitas (2021, p.238) a prova é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa. No entanto, não se trata de um tema pacífico na doutrina a conceituação de provas, por isso é importante utilizar o conhecimento de mais de um estudioso para uma maior precisão conceitual. Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 849) expõe dois sentidos para conceituar provas:

Um *objetivo*, isto é, como instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc); e outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado. Prova é, pois, em sentido objetivo, “todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas”.

A produção de provas no processo judicial é direito que provém da Constituição e do Código de processo Civil, em desígnio de garantir o contraditório efetivo entre as partes, pois desse modo conseguem participar do procedimento de formação da decisão e influenciar na sentença. Inclusive, Rizzato Nunes (2019, p.868) acrescenta:

E a produção dessa prova preliminar necessária se fará pelas regras do Código de Processo Civil, a partir dos princípios e regras estabelecidos no CDC. Todavia, também essa prova, como qualquer outra que tiver de ser produzida, deverá guiar-se pelo que está estabelecido no art. 6º, VIII, do CDC (e também no art. 38, no caso específico da publicidade, como se verá).

Os meios de provas devem estar revestidos da necessidade de serem obtidos de forma legal, pois os princípios da moralidade e da lealdade não poderão ser ignorados sob o risco de a prova ser considerada ilegítima e não aproveitada no processo. O art. 369 do CPC/2015 dispõe:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código,

para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Esse meio, ligado à verdade dos fatos, busca influenciar a formação da convicção do magistrado que terá que analisá-la e fundamentar o acolhimento ou a sua rejeição. Segundo indica a lei, no art. 374 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, não dependem de prova:

**Art. 374.** Não dependem de prova os fatos:

- I - notórios;
- II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
- III - admitidos no processo como incontroversos;
- IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

A prova tem um papel fundamental no processo civil, pois através dela será construída e identificada a probabilidade máxima da verdade processual, assim como defende Rafael Ribeiro Albuquerque (2018, p.198 e 199):

No sentido processual, um fato só se considera provado se for possível o juiz atestar sua existência por meio de exame objetivo e racional das provas constantes dos autos. A “convicção” que não esteja esteada em provas é processualmente inválida, sob pena de uma grande insegurança jurídica. Em suma: o juiz, como destinatário das provas produzidas, aprecia-as livremente, atendendo apenas e tão somente aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, mesmo que não alegados pelas partes, mas deve, como requisito de validade de seu pronunciamento, indicar objetivamente, segundo uma operação lógica, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Como o NCPC adotou o princípio democrático da participação, o juiz e as partes de forma interativamente e harmoniosa deverão garantir um contraditório efetivo. É o que prevê o artigo 6º do NCPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

### 3.2 CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA

A expressão ônus da prova deriva do Latim, *onus probandi*, e significa encargo de provar. O ônus da prova nasceria da necessidade de provar um fato pela falta ou insuficiência de provas para retratar a veracidade dos fatos que uma das partes alega trazendo a participar a parte que tem melhores condições de produzir e servindo, para o juiz como critério de julgamento, já que a incapacidade de provar o fato pode ser

entendido como ausência de veracidade. Sobre isso, Alexandre Freitas Camara, (2021, p. 246) esclarece:

O que se quer dizer com isso é que, ao estabelecer uma distribuição, entre as partes, dos ônus probatórios, a lei processual fixa o modo como o caso concreto será decidido se houver insuficiência do material probatório. Neste caso, dever-se-á proferir decisão desfavorável àquele sobre quem incidia o ônus da prova daquilo que não esteja suficientemente provado. Explique-se melhor este ponto: ao longo do processo vão sendo feitas alegações a respeito de fatos que, sendo relevantes e controvertidas, tornam-se objeto de prova. Incumbe ao juiz, então, no momento de proferir sentença, examinar cada uma dessas alegações a fim de verificar se sua veracidade está ou não comprovada.

Para a parte, o ônus probatório não seria uma obrigação, mas uma participação ativa que derivaria da necessidade de evitar que sua situação em relação ao processo se tornasse mais favorável do que com a sua omissão. Humberto Theodoro Júnior comenta que não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. No entanto, o litigante irá assumir o risco de perder a causa se não assumir a responsabilidade de provar o fato alegado. Nesse caso, há uma conveniência da parte em participar ativamente do processo, pois o interesse em vencer a causa estaria em risco com a sua omissão. Assim, conceitua Sergio Cavalieri Filho (2019, p.380):

Ônus é uma conduta prevista pela norma no interesse do próprio onerado, que tem a faculdade de adotá-la. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito, podendo apenas prejudicar o próprio sujeito onerado. Obrigação é um dever jurídico prescrito pela norma em favor de outrem, cujo descumprimento configura ato ilícito. A principal diferença entre ônus e obrigação, portanto, consiste na existência de sanção para o caso de descumprimento da obrigação, o que não ocorre com o ônus, cujo descumprimento acarreta apenas eventual prejuízo da parte titular de um interesse

Por sua vez, o artigo 373 do NCPD, direciona o autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e que constam em sua petição inicial como origem da relação jurídica, enquanto ao réu, poderá tentar demonstrar a inverdade das alegações feitas pelo autor, porque a simples negação do fato alegado pelo autor não possibilitará o ônus probatório, mas quando for apresentado pelo réu um fato novo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, o que pode ser conferido expressamente na leitura desse artigo:

**Art. 373.** O ônus da prova incumbe:

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

Como pode ser percebido no referido artigo do Código Processual Civil, reparte o ônus da prova entre as partes, pois tem como base o Princípio de Cooperação o qual prevê a participação de todos os sujeitos do processo na sua formação processual. Entretanto, para o autor Alexandre Freitas Camara (2021, p. 248) o artigo em referência foi pouco abrangente quando citou as restritas situações a ser utilizado o ônus da prova e faz o seguinte comentário:

Este é texto normativo muito tradicional no direito processual civil brasileiro, mas que é claramente insuficiente para explicar todas as situações. É que de sua leitura ressalta a (falsa) impressão de que em um processo só poderiam ser discutidos quatro tipos de fato: constitutivo do direito, impeditivo do direito, modificativo do direito e extintivo do direito.

Percebe-se que a partilha do ônus da prova, na busca pela verdade, tem a intenção de atribuir aquele que tem melhores condições de trazer aos autos elementos capazes de um maior esclarecimento, o de provar a existência do fato, apesar de algumas lacunas em relação ao tipo de fato

### 3.3 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

A regra de distribuição do ônus da prova está prevista no artigo 373 do NCPC e estabelece que quem alega determinado fato atrai para si o dever de prová-lo. Trata-se de um método estático porque já está estabelecido em lei o encargo de cada parte; cabe ao autor provar os fatos constitutivos de suas alegações e ao réu provar a existência de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do possível direito do autor. Essa regra geral, ainda em uso, se baseia no princípio de igualdade entre as partes, ou seja, ambas possuem condições de produzir provas a seu favor. Desse modo, Flávio Tartuce (2021, p.630) ressalta:

Segundo a regra geral estabelecida pelo art. 373, I e II, do CPC, cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, deve provar a matéria fática que traz em sua petição inicial e que serve como origem da relação jurídica deduzida em juízo. Em relação ao réu, também o ordenamento processual dispõe sobre ônus probatórios, mas não concernentes aos fatos constitutivos do direito do autor. Naturalmente, se desejar, poderá tentar demonstrar a inverdade das alegações de fato feitas

pelo autor por meio de produção probatória, mas, caso não o faça, não será colocado em situação de desvantagem, a não ser que o autor comprove a veracidade de tais fatos. Nesse caso, entretanto, a situação prejudicial não se dará em consequência da ausência de produção de prova pelo réu, mas sim pela produção de prova pelo autor.

No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça em ações civis por danos ambientais e na tutela do idoso começou a utilizar a forma dinâmica de distribuição do ônus da prova, antes do reconhecimento legal. Essa inovação quanto ao sistema de distribuição do ônus probatório fazia parte de uma corrente doutrinária que defendia a distribuição dinâmica do ônus da prova entre as partes. Quando o Código Processual Civil de 2015 trouxe em seu artigo 373, § 1º, essa possibilidade não aboliu o sistema anterior, mas o tornou misto com a possibilidade de o juiz consentir a inversão do ônus probatório entre as partes caso encontre os requisitos processuais fundamentais para tal.

**Art. 373.** O ônus da prova incumbe:

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

Percebe-se a partir do dispositivo que houve uma consagração legislativa a atribuição do ônus da prova àquele que possuisse maior facilidade em produzir elementos probatórios e se livrar do encargo.

### 3.4 ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor, com base no Princípio da Equidade, normativa as diversas relações consumeristas principalmente entre desiguais e reconhece a vulnerabilidade do consumidor no seu artigo 4º in verbis:

Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

- I. - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- II. - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor.

Essa influência principiológica do CDC tem como base a Constituição Federal vigente que traz expressamente em seu 5º artigo, XXXII, a necessidade de o Estado fornecer proteção ao consumidor por reconhecer implicitamente a sua vulnerabilidade quando participante das relações consumeristas e normatiza:

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**XXXII** - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

No entanto, a vulnerabilidade precisa estar presente na relação para que o consumidor possa ser tutelado pelo Estado através do CDC que traz como um dos requisitos para o deferimento do dispositivo de inversão do ônus da prova, por parte do magistrado, a vulnerabilidade da parte autora, o consumidor, sobre isso, o autor Rizzato Nunes (2019, p.871) esclarece:

A vulnerabilidade, como vimos, é o conceito que afirma a fragilidade econômica do consumidor e também a técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc. Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais “pobre”. Ou, em outras palavras, não é por ser “pobre” que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material.

Existe uma controvérsia entre a doutrina e a jurisprudência em relação a necessidade dos requisitos da hipossuficiência e da verossimilhança das alegações presentes no artigo 6º do CDC. Alguns autores defendem a obrigatoriedade dos dois aspectos, outros apenas um para o deferimento do instrumento do ônus probatório pelo juiz. É o que assevera Leonardo Roscoe Bessa (2020, p. 80):

Diverge a doutrina quanto à necessidade da presença cumulativa dos requisitos – hipossuficiência e verossimilhança – para promover a inversão do ônus da prova. Em que pese a utilização da conjunção “ou”, o correto é realizar a inversão apenas se presentes ambos os pressupostos. O juiz não é um autômato: não tem sentido lógico inverter ônus da prova em face de alegação absolutamente absurda do consumidor, distanciada do que normalmente ocorre, ou seja, inverossímil. Imagine-se situação em que o consumidor alega que na sua bagagem havia despachado um casaco de couro no valor de R \$3.000,00 para viagem de verão, em local de época com

altas temperaturas. Portanto, a inversão não deve ocorrer quando a alegação não for verossímil, mesmo em face de hipossuficiência do consumidor. Também, não deve acontecer em face de verossimilhança desacompanhada da hipossuficiência do consumidor.

Assim, cabe esclarecer o conceito de ambos critérios para um maior entendimento. Assim comenta, Sergio Cavaliere Filho (2019, p.383), sobre essa temática:

Verossimilhança é a aparência de veracidade que resulta de uma situação fática com base naquilo que normalmente acontece, ou, ainda, porque um fato é ordinariamente a consequência de outro, de sorte que, existente este, admite-se a existência daquele, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Trata-se, como se vê, de conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo há de ser fixado pelo juiz, segundo as regras ordinárias de experiência, em face do caso concreto. No entender dos autores, verossímil é fato provavelmente verdadeiro, que tem probabilidade de ser verdadeiro, que parece verdadeiro. Em suma, verossímil é aquilo que é crível ou aceitável em face de uma realidade fática. Não se trata de prova robusta ou definitiva, mas da chamada prova de primeira aparência, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permite um juízo de probabilidade.

Essa aparência de veracidade deve ser identificada pelo juiz com a análise das evidências e fatos apresentados pelas partes, Sylvio Capanema Souza (2018, p.78) complementa essa teoria:

Portanto, para a aferição da verossimilhança deverá o magistrado verificar se, segundo as regras de experiência comum, a partir, por exemplo, do que se vislumbra diariamente no foro, seria provável, ou até possível, que aqueles fatos narrados pelo consumidor possam realmente ter acontecido. Sem prejuízo, é preciso observar que a verossimilhança vai se extrair de elementos constantes dos próprios autos, que tragam indícios de que a narrativa autoral, de fato, pode ser verdadeira.

Por sua vez, a hipossuficiência, que é examinada através da capacidade técnica e informativa, não pode ser sugerida a todos os consumidores, apenas aqueles que não possuam condições de produzir a prova necessária à instrução do processo. Sylvio Capanema de Souza (2018, p.79), jurista brasileiro, exemplifica essa situação:

O consumidor não tem o conhecimento técnico capaz de lhe permitir a produção da prova. É o que ocorre, por exemplo, em uma ação ajuizada por um consumidor que adquiriu um automóvel de uma grande montadora e viu determinada peça de seu veículo, mesmo ultrapassado o prazo da garantia, se deteriorar antes do tempo de sua vida útil. Nessa hipótese, o consumidor não detém o conhecimento do projeto, das técnicas e do processo utilizado para a fabricação do veículo, bem como daquela determinada peça. Apenas

o fornecedor tem meios de produzir essa prova, haja vista que detém o domínio dessas questões. Assim, a hipossuficiência do consumidor é técnica, pois ele não tem conhecimento técnico para entender o que efetivamente ocorreu no caso, não sendo possível, pois, produzir a prova.

Nota-se que é pacífico o entendimento em relação ao tema, o que complementa Humberto Theodoro Júnior (2021, p. 463) sobre o critério de hipossuficiência:

Naturalmente, quando o consumidor seja pessoa esclarecida e bem informada, quando tenha ciência do defeito do produto ou da causa do prejuízo, tenha acesso aos meios de prova necessários à demonstração do fato que alega, não haverá razão para desobrigá-lo do ônus da prova do fato constitutivo de seu direito. A inversão não terá cabimento, a não ser que, diante dos indícios já deduzidos em juízo, se torne verossímil sua versão. Já, então, não será a hipossuficiência que justificará a medida, mas a verossimilhança. Esta, porém, é importante destacar, não nasce simplesmente da palavra do consumidor, pois depende dos indícios que sejam trazidos ao processo. Sobre estes é que o juiz, segundo as regras da experiência, poderá chegar ao juízo de probabilidade.

Ressalta-se que sendo o ônus da prova um direito do consumidor e que existem critérios que condicionam o gozo do mesmo, caberá à faculdade do juiz observar e julgar a possibilidade do uso desse dispositivo. A presença dos critérios de verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência, que como já foi explicado, referente ao consumidor estar em desvantagem definirá a participação das partes na construção probatória do processo. Assim, José Geraldo Brito Filomeno (2018, p.408) exemplifica a vulnerabilidade técnica:

Tome-se o seguinte exemplo: um automóvel, por razões desconhecidas a priori, está em plena marcha, quando de repente ela é estancada, provocando seu capotamento, disso resultando ferimentos ou até morte de seus usuários, ou terceiros, ou então ferimentos, perda total do próprio veículo e outros danos advindos do acidente. Verifica-se, posteriormente, por meio de um auto de constatação, mas sem maiores aprofundamentos técnicos, que o referido acidente se verificou pela ruptura de uma das rodas, por conter fissuras. Como a prova em questão é de difícil produção – exame metalográfico –, a alegação do consumidor no sentido de que o acidente que sofrera resultara exatamente desse defeito, baseado no referido laudo de constatação, por exemplo, produzido pela polícia técnica, pode parecer ao magistrado que analisa a ação reparatória verossímil, ou seja, aparentando ser a expressão da verdade real, donde resulta a decretação da inversão do ônus probatório.

Quanto à verossimilhança das alegações, Humberto Theodoro Júnior (2020, p. 468), por sua vez, ressalta que se o consumidor não consegue trazer ao processo para sustentar a ocorrência do defeito ou do dano e de nexos causal entre ele e o dano

sofrido não será possível inverter o encargo probatório para o fornecedor, porque a situação apresenta-se, desse modo, imprecisa, vaga, confusa tornando-a sem embasamento teórico para constituição dos fatos alegados. Tudo ficaria apenas em suposições, e não de presunções, o que para o CDC não seria concebido o mecanismo da inversão do ônus da prova.

### 3.5 ESPÉCIES DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova pode se apresentar de três formas ou espécies: convencional, legal e judicial. A forma legal, *ope legis*, é quando a lei determina e se constituirá como modo estático, porque será apenas uma aplicação dela ao caso. É o que acontece quando se trata de publicidade, o uso da inversão probatória será obrigatório, é o que dispõe o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor “**Art. 38.** O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Destaca-se que o CDC, também proíbe as cláusulas contratuais que estabeleçam a inversão probatória em prejuízo do consumidor. É o que prevê o artigo 51, VI, *in verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:  
VI-estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

A forma judicial (*inversão ope judicis*) que é estabelecido pelo próprio juiz e a convencional que é originada de um acordo entre as partes, por depender de requisitos analisados pelo magistrado e a segunda pela vontade das partes, são consideradas inversões dinâmicas e essa qualidade as tornam propensas às variações nas múltiplas relações processuais e conseqüentemente vinculadas à possíveis questionamentos. Desse modo, Renato Montans de Sá (2021, p. 322) conclui:

Conforme dito, o ônus da prova poderá ser legal, quando fixado pela lei (também denominado de estático, pois o legislador previa e abstratamente estabeleceu quem assumirá o encargo de provar o quê), convencional, quando fixado pelas partes, ou judicial, quando estabelecido pelo próprio juiz (estes dois últimos são categorizados como dinâmicos, pois analisados à luz das circunstâncias fáticas concretas da causa).

Lembrando que em qualquer inversão não haverá o desencargo do consumidor em participar da produção de provas, pois é de seu interesse a comprovação dos fatos alegados. O consumidor é liberado apenas quando a produção da prova for sobre os fatos constitutivos de seus direitos, porque nessas situações há o risco da iminência de não conseguir provar os fatos alegados. Sobre isso, o insigne professor, Sérgio Cavalieri Filho (2019, p.124) leciona:

Mas em qualquer de suas modalidades, a inversão do ônus da prova não importa dizer que o consumidor fica dispensado de produzir provas em juízo. Mesmo no caso de inversão *ope legis* (arts. 12, § 3º, e 14, § 3º), como autor da ação indenizatória deverá provar a ocorrência do acidente de consumo e o respectivo dano. O que a lei inverte, na inversão *ope legis*, é a prova quanto ao defeito do produto ou do serviço, e não a prova da própria ocorrência do acidente de consumo, ônus esse do consumidor. Não cabe ao fornecedor fazer prova da não ocorrência do acidente de consumo por não lhe ser exigível fazer prova de fato negativo. De regra, só se pode superar a alegação de prova negativa quando for possível provar uma afirmativa ou fato contrário àquele deduzido pela outra parte. Em outras palavras, quando for possível transformar a proposição negativa em uma afirmativa contrária, demonstrando-se o fato positivo do qual se extrai a verdade do fato negativo.

## 4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

O mecanismo da inversão do ônus da prova faz parte da política de tutela do consumidor e deve ser utilizado quando for necessário para estabelecer o equilíbrio processual entre as partes atribuindo a produção de provas a quem tiver melhores condições de produzi-la. Lembrando que pela regra geral, a prova de um fato incumbe a quem o alega, mas em algumas situações esse ônus poderá ser invertido. O especialista e doutor em Direito do Consumidor, José Geraldo Brito, explica que quando comprovada a vulnerabilidade do consumidor, é possível inverter o ônus da prova ficando a cargo do réu provar a inviabilidade do fato alegado pelo autor. No entanto, o uso desse instrumento, em alguns casos, depende da faculdade judicial e acontecerá desde que a alegação tenha aparência de verdade ou quando o consumidor for hipossuficiente. Desse dispositivo, José Geraldo Brito Filomeno (2018, p.410) explica:

Justifica-se, por outro lado, a inversão do ônus da prova, de modo geral, dentro da ciência consumerista, pela produção em massa, não dispondo o consumidor, manifestamente leigo, de meios para demonstrar a ocorrência, por exemplo, de um defeito ocorrido, quer na fase de projetos, quer na de execução, quer mesmo na de informação que ele recebe por meio de embalagens, prospectos, bulas, instruções, ou mensagem publicitária.

O objetivo desse recurso vem com a proposta do próprio Código de Defesa do consumidor, facilitar a defesa da parte mais vulnerável da relação consumerista, o consumidor, diante das diversas situações em que o sistema capitalista o expõe. Sérgio Cavalieri Filho (2019, p.122) com maestria explica o escopo dessa inovação:

A finalidade do dispositivo em questão é muito clara: tornar mais fácil a defesa da posição jurídica assumida pelo consumidor, na seara específica da instrução probatória. Distanciou-se o legislador, assim, dos tecnicismos e das formalidades inúteis, conferindo autêntico caráter instrumental ao processo, na busca da verdade real e da solução justa da lide. Isso porque, de regra e tradicionalmente, o ônus da prova de um fato ou de um direito é incumbência daquele que os alega. Daí o art. 373 do Código de Processo Civil (2015) dispor que ao autor compete a prova do fato constitutivo de seu direito (inciso I) e, ao réu, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do alegado direito do autor (inciso II). Tal proposição é compreensível quando se está diante de partes em igualdade de condições e quando a causa verse sobre direitos disponíveis, o que não ocorre nas hipóteses subsumidas à legislação consumerista.

#### 4.1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO

Os contratos eletrônicos são cada vez mais comuns como forma de constituir uma relação de consumo. Embora o Código Civil não tenha aludido a ofertas interpessoais por meio eletrônico ela tem se difundido muito com o uso da assinatura e da certificação digital reconhecidas legalmente pela Lei 11.419/2006, o que tornou essa prática extremamente disseminada, consolidando o entendimento da validade desses contratos e aceitando não apenas a assinatura digital, mas também, a eletrônica. Essa, durante muito tempo, representava dúvidas quanto a sua segurança, confiabilidade e autenticidade dos documentos eletrônicos, mas a restrição do comércio no período pandêmico obrigou as empresas a aceitar as diversas formas de constituição documental ampliando as diversas modalidades de documentação probatória devido a ausência de determinação legislativa que restringir tal atribuição. Sobre isso, André Rodrigues Silva explica:

Com isso, desde que os contratos eletrônicos estejam revestidos dos princípios e pressupostos contratuais previstos no Código Civil, não há argumentos que possam invalidar essa forma de se pactuar, sendo apenas necessário assegurar-se que o tipo de negócio pretendido não requeira formalidade ou solenidade específica (isto é, compra e venda de imóveis acima de 30 salários mínimos), hipótese em que o meio eletrônico não poderá suprir tal exigência legal.

Nesse sentido, os contratos eletrônicos conseguiram uma maior aceitação legal devido a pressão comercial imposta pelas medidas de contenção pandêmica reconhecendo, com a assinatura eletrônica, o tipo de firma que utiliza como meio de autenticação e validação o login e senha do signatário. No entanto, há restrições quanto a essa forma eletrônica de assinatura. É o que esclarece Fernando Arakaki:

Entretanto, vale ressaltar que há uma prática não recomendada que são as assinaturas digitalizadas, que é o ato de imprimir documentos, assinar, digitalizar e enviar para outra parte realizar a assinatura da mesma forma, ou ainda, apenas digitalizar as assinaturas e editá-los no documentos eletrônicos. Adotar essas práticas não terão a segurança jurídica respaldada pela Medida Provisória 2.200-2 por não atender nenhum dos requisitos que garantem a autenticidade das assinaturas e a integridade dos documentos assinados.

No que tange ao direito probatório, a pandemia fomentou uma maior aceitação de diversas formas provas, mesmo com ausência de documentação a prática fortalece o uso das mensagens eletrônicas ou qualquer forma de comunicação que possa servir de segurança a relação contratual, sobre isso, Paulo Lobo (2021, p.02) comenta:

O uso da assinatura e da certificação digitais torna indiscutível a autenticidade das mensagens. Sem uso delas, as mensagens eletrônicas passam a valer como meio de prova das manifestações de vontade, segundo o livre convencimento do juiz. A mensagem eletrônica, para ser vinculante como oferta, depende da caracterização de seu envio, que ocorre quando ela entra em um sistema de informação alheio ao controle do remetente ou da pessoa que enviou a mensagem eletrônica em nome do remetente, como estabelece o art. 15 da lei-modelo da Uncitral (United Nations Commission on International Trade Law).

Segundo a jurisprudência, mesmo quando a lei exigir a forma escrita para os contratos se estes forem concretizados de forma virtual como contrato eletrônico esse requisito estará satisfeito por mensagem eletrônica que terá a mesmo valor do documento escrito, é o que assegura Paulo Lobo (2021, p.90).

Quando a lei exigir forma escrita, este requisito estará satisfeito pela utilização do meio eletrônico que assegure as mesmas características do documento escrito, a saber, a inteligibilidade, a durabilidade e a autenticidade, e desde que seja passível a informação de ser reproduzida mediante impressão. E, segundo o art. 6º da lei-modelo da Uncitral, quando a lei requeira que certa informação conste por escrito, este requisito considerar-se-á preenchido por uma mensagem eletrônica, se a informação nela contida for acessível para consulta posterior.

O novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, dedicou uma atenção maior a esses contratos com uma seção específica aos documentos eletrônicos e determinou que a constituição de provas estaria condicionada a análise do juiz quanto ao valor probante de tal documento, é o que explica Rodrigo Rebouças (2018, p.100-101).

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015 – “NCPC”) traz uma seção específica (Seção VIII) aos documentos eletrônicos no Capítulo dedicado as Provas (Parte Especial, Livro I, Capítulo XII), tratando do tema em três artigos, quais sejam, artigos 439 a 441. O artigo 439 do NCPC determina em linhas gerais que nos processos convencionais (entenda-se por convencional o processo em meio físico), o documento deverá ser convertido para o meio impresso e verificada a sua autenticidade. Já o artigo 440 do NCPC, prevê a exceção à regra do artigo 439, ou seja, nas hipóteses em que o documento eletrônico não for apresentado em meio impresso (“não convertido”), caberá

ao juiz apreciar o valor probante de tal documento. Entendemos que o referido artigo seja aplicado às hipóteses de ser apresentado um documento eletrônico em qualquer mídia magnética ou outro meio físico de juntada em um processo físico (processo convencional).

Contudo, ainda há dúvidas sobre o que especificamente pode ser utilizado para constituir um meio probatório em um processo envolvendo os contratos eletrônicos. Esse questionamento, às vezes, favorece a preferência de alguns pelas relações contratuais de forma física, mesmo sabendo que independente do material que o confecciona, a prova poderá ser reconhecida como um documento, é o que prevê o CPC/2015 no art. 422:

**Art. 422.** Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

**§ 1º** As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.

**§ 2º** Se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte.

**§ 3º** Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica.

Com esse artigo o CPC reconhece as variadas formas de constituição do meio probatório favorecendo assim a confiabilidade, a segurança nas relações de consumo forma virtual, já que a prova permite ao consumidor uma maior legitimidade para recorrer ao judiciário e garantir a exigibilidade dos seus direitos como consumidor. É o que Patrícia Pinheiro (2021, p.27) complementa:

É importante ressaltar que a prova em meios eletrônicos é mais facilmente averiguada do que no mundo real, uma vez que há como rastrear quase tudo o que acontece. Esta memória de dados e acontecimentos entre máquinas, equipamentos, softwares permite que peritos especializados possam localizar, por exemplo, um hacker criminoso em qualquer parte do mundo, assim como identificar se uma compra foi feita em certo horário, por determinado IP e em determinado endereço.

Para muitos, em um meio digital, com extrema área de alcance, o maior obstáculo seria a dificuldade em encontrar o culpado quando há danos ou fraudes. Logo, a necessidade de regulação e atualização legislativa cria no usuário eletrônico a ansiedade por uma proteção mais específica que propicie uma blindagem contra os

riscos mais suscetíveis no comércio virtual. O Código de Defesa do Consumidor, sensível a essa necessidade, vai normatizar as relações de comércio virtual com a participação subsidiária de outros regramentos que auxiliam e atualizam de acordo com as diversas inovações do meio. É o que relata Tarcísio Teixeira (2015, p.62).

Somos partidários da tese de que uma legislação específica sobre comércio eletrônico estaria fadada a uma rápida obsolescência, haja vista as constantes inovações e alterações de comportamentos que este ambiente proporciona aos agentes econômicos. Além do mais, o que se observa nas últimas décadas é que na medida em que o tempo evolui cada vez mais as mudanças são aceleradas, muitas vezes não possibilitando a sua maturação pelo ser humano. Por isso, compreendemos que o mais importante é o ordenamento jurídico dispor de princípios (cláusulas gerais) que possam ser interpretados conforme o tempo e a circunstância. Entretanto, normas que tratam sobre o comércio eletrônico podem até advir, mas não devem se desprender totalmente da construção consolidada, ao longo de séculos, dos institutos jurídicos clássicos, como o contrato e a responsabilidade civil; deverão elas estabelecer princípios gerais para o comércio eletrônico dadas as suas peculiaridades e constantes alterações.

O Código de Defesa do Consumidor objetivando assegurar os direitos individuais e coletivos reconhece, como critério de hipossuficiência do nos contratos eletrônicos, a desinformação do consumidor em relação às tecnologias da informática. Sobre isso, Tarcísio Teixeira (2020, p.12) esclarece:

Assim sendo, o contrato celebrado na internet entre o usuário e o proprietário do provedor ou do site (seja o provedor de acesso ou site de compras de produtos e serviços) configura uma relação de consumo. Portanto, o usuário deve ser considerado consumidor e o proprietário do provedor/site fornecedor para todos os efeitos, até porque não há nenhuma incompatibilidade entre tais figuras e os conceitos trazidos pela lei. Uma vez diante de uma relação de consumo, no que couber, é aplicável o Código de Defesa do Consumidor nas relações firmadas no campo da internet, como o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, inc. I), a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, inc. VIII) etc.

Às partes da relação consumerista no ambiente virtual são atribuídos a fidelidade aos princípios que norteiam o Código de Defesa do consumidor assim como o da Boa-fé, da Informação, da Vulnerabilidade, da Razoabilidade, da Confiança que procuram assegurar proteção ao consumidor e com isso o equilíbrio negocial contribuindo para uma nova concepção social do contrato. Isso se estende às regras de inadimplemento contratual previstas no Código Civil e que receberam relevância com a criação de outras determinações normativas mais específicas ao comércio digital. Desse modo, Tarcísio Teixeira explica (2020, p.148):

Sobre a aplicação das regras de inadimplemento contratual estabelecidas no Código Civil para as obrigações firmadas na internet, vale a mesma consideração para o regramento do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, quanto à disciplina das cláusulas abusivas, ao contrato de adesão etc. Para tanto, deverá estar configurada a relação de consumo “típica” (em razão da aquisição de bens ou serviços pelo consumidor do fornecedor) ou a hipótese de consumidor “por equiparação” no campo da internet.

Essa negociação marcada pela desterritorialização, imaterialidade e autonomia da exteriorização da vontade exige uma atenção maior em relação ao ônus da prova e a necessidade de inversão dela como garantia a segurança jurídica assegurada pelo CDC. O que remete a preocupação do fornecedor em conservar todos os meios que poderão servir de prova caso a ele seja incumbida essa responsabilidade. É o que explica Patrícia Pinheiro (2021, p. 57)

Esta situação gera uma preocupação cada vez maior dos fornecedores e lojas virtuais em fazer a guarda adequada das provas eletrônicas, uma vez que caberá a elas provar se determinado fato ocorreu ou não, inclusive se é situação até mesmo de auto fraude. Esta guarda adequada é essencial para proteção legal da empresa em relações de consumo sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor. Isso porque muitas vezes, sem preparar o terreno antecipadamente, a empresa pode ficar sem defesa!

#### 4.2 O ARTIGO 6º, INCISO VIII DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Quanto ao Código de Defesa do Consumidor, ele acompanhou a inovação do NCCPC e elencou em seu artigo 6º uma série de direitos básicos que teve a inspiração na resolução da ONU 39/428 de 1985, essa objetivava a proteção ao consumidor e orientava aos Estados sistematizar a norma de proteção ao consumidor atendendo ao comando constitucional de elaboração. Tendo como direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, os temas deveriam trazer como prioridade a equiparação entre as partes que compunham a relação consumerista, como explica Leonardo Roscoe Bessa (2020, p. 49):

Em abril de 1985, a Organização das Nações Unidas – ONU, por meio da Resolução 39/428, recomendou que os governos desenvolvessem e reforçassem uma política firme de proteção ao consumidor para atingir os seguintes propósitos: proteção da saúde e segurança; fomento e proteção dos interesses econômicos do consumidor; fornecimento de informações adequadas para possibilitar escolhas acertadas; educação do consumidor; possibilidade efetiva de ressarcimento do consumidor e liberdade de formar

grupos e associações que possam participar das decisões políticas que afetem os interesses dos consumidores.

A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor foi criada para atender ao objetivo de garantir proteção ao consumidor e foi reconhecida pelo Supremo Tribunal de Justiça através da jurisprudência em teses na edição de número 160 que trata das relações consumeristas e determina: “Na ação consumerista, o Ministério Público faz jus à inversão do ônus da prova, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus da demanda.” Dessa forma dependerá da iniciativa do juiz que por não estar obrigado a fazer essa distribuição com a sua omissão aplicará o dispositivo da regra geral, cabendo a produção de provas ao autor da ação. Segundo Sylvio Capanema de Souza (2018, p. 72), o direito assegurado por esse dispositivo tem importante influência no momento crucial para demonstrar a possibilidade de existência do direito reclamado pela parte em um processo judicial na fase probatória. Ele é um dos instrumentos normativos idealizados para dinamizar a constituição da atividade processual e facilitar o acesso à justiça. A partir da observação dos critérios de verossimilhança e de hipossuficiência, o magistrado, segundo as regras ordinárias de experiência, julgará a sua utilização na produção probatória. É o que se verifica no inciso VIII do referido artigo:

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...)

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (...).”

A dificuldade do consumidor em provar todas as vezes em que se sentiam lesados ou quando adquiriam um produto com defeito dificultava o acesso à justiça, foi o que motivou a utilização desse instrumento no CDC que leva em conta o critério de hipossuficiência técnica, que se refere ao desconhecimento ao serviço ou produto ofertado na relação consumerista. Isso possibilitou a formação ampla da relação processual com a plena garantia do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa. Mesmo assim, esse artigo deve ser analisado subsidiariamente ao Código de Processo Civil 2015 porque trata-se de uma exceção à regra de atribuir a quem alega o dever de provar o fato, por isso, será o juiz que analisará a relação processual consumerista e a presença dos requisitos já comentados, visando à equidade na

aplicação do direito e em sua interpretação. É o que sintetiza, Sérgio Cavalieri Filho (2019, p.63):

Há muito que se coloca ser a equidade um instrumento do juiz para integrar o Direito ou para ajustá-lo à realidade. Mas a equidade é antes de tudo parâmetro para a atividade legislativa, ideal condutor de todo o ordenamento jurídico. As leis devem ser justas e para serem justas não podem se afastar do ideal de justiça (equidade). Para haver congruência entre a norma e suas condições externas de aplicação – causa, suficiência, vinculação à realidade – é preciso se harmonizar com o ideal de justiça.

#### 4.3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO INSTITUTO DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

A inversão do ônus da prova é um instituto que visa ampliar o acesso à justiça e pode ser verificado no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, pois através dele é pacífico o entendimento da aplicação do Princípio da facilitação do Acesso à Justiça. É o que Gustavo Santana (2018, p. 46) esclarece:

Assim, o consumidor possui, além da Justiça, a possibilidade de prevenir ou buscar resolver qualquer problema referente à relação de consumo junto ao Procon, órgão administrativo que objetiva a orientação, educação e proteção dos consumidores contra eventuais abusos praticados pelos fornecedores. 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. Em termos processuais, o direito à facilitação da defesa através da inversão do ônus da prova é um dos instrumentos mais importantes trazidos pelo Código Consumerista e que possibilita a efetivação da proteção ao consumidor.

Conforme anteriormente analisado, o Código de Defesa do Consumidor incorporou, desde a sua criação, uma proposta de ser um microsistema jurídico de caráter inter e multidisciplinar, pois com ele foram criados institutos, regras, princípios, conceitos independentes que são aplicáveis sem a complementação feitas por outras leis ou por qualquer outro Código. Os direitos e deveres frutos de sua aplicação geralmente não necessitam da complementação de outros ramos do direito. A sua multidisciplinariedade decorre da capacidade que possui de tratar de vários assuntos que pertencem a outros ramos do direito exigindo dele a necessidade de um diálogo com outras fontes. Por sua origem constitucional, goza de legitimidade única e se transforma em um instrumento legítimo na defesa do consumidor diante da ordem social econômica e das diversas inovações impostas pelo capitalismo. Sobre isso,

podemos exemplificar com o artigo 38 do CDC, quando se tratar de questões relacionadas à publicidade, a inversão do ônus da prova se fará obrigatória: ope legis. Dessa forma, a análise do artigo, in verbis, faz-se necessária: **Art. 38.** “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.” Nesse caso, a inversão do ônus da prova não estará condicionada à faculdade do magistrado, pois trata-se de uma situação de inversão obrigatória que independerá da existência dos requisitos de hipossuficiência e de verossimilhança das alegações. Inclusive, é importante atribuir a essa obrigatoriedade a proveniência aos princípios da Veracidade e da não Abusividade da Publicidade, assim como explicita Fabrício Bolzan de Almeida (2020, p. 332):

A inversão obrigatória do ônus da prova é corolário dos princípios da veracidade e da não abusividade da publicidade, pois, se ao fornecedor incumbe veicular mensagens que não sejam capazes de induzir o consumidor em erro, bem como que não sejam violadoras de valores da coletividade, caberá também a ele – fornecedor- comprovar a veracidade de sua peça publicitária.

O Princípio da Equidade também exerce influência no instituto de inversão do ônus da prova, pois segundo ele, devido à vulnerabilidade do consumidor, faz-se necessária que as normas harmonizem a circunstância fática para favorecer o equilíbrio entre as partes, consumidor e fornecedor.

O magistrado ao analisar os critérios de verossimilhança e vulnerabilidade do consumidor deverá estar objetivando alcançar o equilíbrio da relação entre as partes em prol dos Princípios da Isonomia e da Razoabilidade, tão bem explicado por David Freitas Prado:

Destarte, percebemos que o ônus da prova será repassado para o detentor do poder econômico ou do conhecimento técnico, para provar contrariamente as alegações do autor, utilizando essa inversão como medida de efetivação dos direitos dos consumidores, a fim de equilibrar as forças na relação processual, aplicando-se, também, assim o princípio da isonomia e da razoabilidade. Também, não se pode esquecer a vulnerabilidade do consumidor, que no CDC, art. 4, inciso I, reconhece: o consumidor é vulnerável. Tal reconhecimento é garantido constitucionalmente, respeitando assim o princípio da isonomia.

Nota-se que com o dispositivo da inversão do ônus da prova, o Código de Defesa do Consumidor colocou em prática o Princípio do Acesso à Justiça, porque permitiu na relação consumerista uma maior satisfação dos jurisdicionados com a

prestação da proteção do consumidor. Em relação a essa ampliação do acesso à justiça, Sérgio Cavalieri Filho (2019, p.122) nos ensina:

A facilitação da defesa dos interesses dos consumidores decorre do reconhecimento de sua hipossuficiência fática e técnica – e, não raro, econômica –, o que acentua a sua vulnerabilidade, inclusive no âmbito do processo judicial. Esta garantia também é ampla e instrumental. Vale tanto para a esfera extrajudicial quanto para a esfera judicial, e não se restringe, apenas, à inversão do ônus da prova que, na hipótese, é tão somente um exemplo do princípio que se quer preservar.

Outro princípio que está muito presente com a inversão do ônus probatório é o Princípio de Cooperação entre as partes. Esse princípio regulamenta a participação de todos os sujeitos do processo na formação do provimento judicial e está previsto no artigo 6º do NCP. No que se refere ao Princípio de Cooperação entre as partes, Renato Montans de Sá (2021, p.322) ressalta:

Pelo princípio da cooperação (art. 6º, CPC) da qual as partes e o juiz devem colaborar para um processo justo e efetivo durante todo o processo e não faz sentido falar apenas em regra de julgamento ou apenas regra de instrução. Dessa forma, o ônus da prova assume a função de instruir as partes acerca da sua conduta na produção da prova e também como forma de consequência pela sua inatividade probatória.

Outro princípio envolvido na aplicação do instituto de inversão do ônus da prova é o da vulnerabilidade previsto no artigo 4º, inciso I no CDC e que já foi várias vezes mencionado e definido nos itens anteriores por ter fundamental importância para construção probatória nos processos consumeristas. Ele também está previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, XXXII e que reconhece a necessidade da proteção ao consumidor por se tratar da parte mais frágil na relação de consumo.

## 5 O MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

As operações de inversão do onus probandi suscitam debates devido às lacunas no Código de Defesa do Consumidor. Esse deixa de consagrar, sobre esse dispositivo legal, o momento processual adequado à inversão do ônus da prova nas relações consumeristas. Lembrando que essa dificuldade não existe nas espécies de inversão probatória convencional e inversão probatória legal, porque a primeira é determinada por um acordo entre as partes, portanto, o momento ocorre com a celebração do acordo, e quanto à espécie de inversão legal, por essa determinação já existir na própria lei, ela transcorre no início da demanda. É sobre isso que Humberto Theodoro Júnior (2021, p.468) esclarece:

No art. 6º, VIII, do CDC, não se instituiu uma inversão legal do referido ônus, mas, sim, uma inversão judicial, que caberá ao juiz efetuar quando considerar configurado o quadro previsto na regra da lei. Em outras hipóteses, o CDC realmente inverteu ipso iure o ônus da prova: em relação, v.g., aos defeitos de produtos (art. 12, § 3º, II) e de serviços (art. 14, § 3º, I), a lei protetiva do consumidor simplesmente estabeleceu a presunção do vício. Aí, sim, pode-se falar em inversão legal do ônus da prova. O mesmo, porém, não se passa com a situação disciplinada genericamente pelo art. 6º, VIII, onde a previsão da lei é de um poder confiado ao juiz para promover a inversão, se julgada cabível

Essa dúvida em determinar o momento de inversão é percebido quando se trata da espécie ope judicis porque depende da avaliação caso a caso para deferi-la. A análise do julgador em utilizar ou não o dispositivo e qual momento conveniente para favorecer o processo sem afetar o escopo dos princípios de sua origem, geram uma série de controvérsias na doutrina e na jurisprudência que se concentram em três correntes doutrinárias, cada uma, defensoras da aplicação da regra prevista no artigo 6º, VIII, do CDC, com aplicação em um determinado momento processual: com o despacho da inicial, na fase de saneamento e organização do processo, ou ainda, na sentença.

### 5.1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DESPACHO INICIAL

Essa corrente defende que o magistrado deve autorizar a inversão do ônus da prova assim que despachar a inicial, argumentando que a parte que ficasse com esse

ônus teria tempo suficiente para cumprir o ônus atribuído, e dessa forma, evitaria o elemento surpresa, garantindo a ampla defesa e o contraditório das partes

Todavia, a inversão probatória no despacho inicial não possui aceitabilidade na doutrina porque entende que nesse momento o magistrado não possui conhecimento de todos os fatos do processo. Contrário a essa corrente, Humberto Theodoro Júnior (2021, p.472) argumenta:

No despacho da inicial, é inconcebível o juízo de verossimilhança, acerca dos fatos apenas afirmados pelo autor, sem que antes se conheçam as contra-alegações do réu, e sem que a hipossuficiência do demandante tenha sido adequadamente demonstrada por ele, e convenientemente analisada pelo juiz; a regra do CDC deve ser entendida à luz do sistema do CPC/2015, onde a definição dos fatos controvertidos e da necessidade de prova deve ser feita pelo juiz no saneador (art. 357, III, do CPC/2015).

Os argumentos apresentados por Humberto Theodoro Júnior são coerentes com os de Sérgio Cavalieri Filho que também defende ser prematuro a ocorrência do dispositivo no despacho inicial porque nesse momento ainda não estariam definidos os pontos controvertidos sobre como se desenvolverá a instrução probatória. Como o fornecedor já tem conhecimento técnico sobre o fato que antecede a causa, e por isso não seria hipossuficiente, não teria dificuldades se fosse surpreendido com a inversão probatória. Renato Montans de Sá (2021, p. 324) entende que: Afastada está a fase inicial, na medida em que é recomendado que se aguardem as argumentações de defesa apresentadas pelo réu para se verificar com precisão a extensão daquilo pelo qual o magistrado irá decidir.

## 5.2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

A inversão do Ônus da Prova no momento da decisão de saneamento é consagrada por essa corrente como regra de procedimento e como tal deve garantir o conhecimento às partes e o contraditório. Essa organização do processo é incentivada pelas ideias do Novo CPC, assim como em seu artigo 6º que consagrou o princípio da cooperação contribuindo para torná-lo democrático para a efetiva participação das partes na preparação e formação do provimento. O escopo dessa sistematização estabelece entre as funções do juiz o empenho em impor uma atuação conjunta para que se obtenha, em tempo razoável, a decisão de mérito justa e efetiva.

Com esse argumento Eduardo Talamini, em seu artigo sobre o tema, justifica os motivos de conceder a inversão probatória na fase de saneamento e organização do processo.

Rizzato Nunes também tem o mesmo ponto de vista sobre esse tema e argumenta que a análise dos critérios de hipossuficiência e verossimilhança pelo juiz exige esforço e tempo para garantir o contraditório e a ampla defesa. Rizzato Nunes (2018, p.874)

Então, novamente o raciocínio é de singela lógica: é preciso que o juiz se manifeste no processo para saber se a hipossuficiência foi reconhecida. E, já que assim é, o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento. Não vemos qualquer sentido, diante da norma do CDC, que não gera inversão automática (à exceção do art. 38), que o magistrado venha a decidir apenas na sentença a respeito da inversão, como se fosse uma surpresa a ser revelada para as partes.

Com base no processo civil, Eduardo Arruda Alvim (2019, p.621), também argumenta a favor dessa corrente com base no novo Código Processual Civil:

Por tal razão, afigura-se correta, à luz da CF/88, a previsão do CPC/2015, cujos arts. 373, § 1º, parte final, e 357, III, permitem concluir que o momento adequado para a flexibilização do ônus da prova é o saneamento. Ainda, deve-se lembrar que o CPC/2015 é regra geral, de forma que as disposições sobre o momento da redistribuição do ônus da prova incidirão sobre as relações de consumo, tendo em vista que o CDC (art. 6º, VIII) apenas dispõe sobre os pressupostos da inversão do ônus probatório, não havendo qualquer previsão sobre o momento da decisão que determina tal inversão. Assim, tanto nos processos regidos especificamente pelo CDC como naqueles que não versem relação de consumo, é por ocasião do saneamento do processo que o juiz deve determinar as provas pertinentes, encerrando com ele a fase postulatória e inaugurando a fase instrutória. Parece ser evidente que, se não determinar, de forma clara e inequívoca, a inversão do ônus da prova nesse momento processual, não será possível fazê-lo posteriormente, pois isso criaria para aquele a quem é transferido o ônus probatório um elemento “surpresa”, em claro desrespeito ao princípio da segurança jurídica e ferindo de morte o princípio do devido processo legal, como já se disse.

Reforçando esse argumento, Elpídio Donizetti (2020, p.495), com base no NCPC, também demonstra adesão a essa corrente:

De acordo com o CPC/2015, o encargo probatório deve ser atribuído casuisticamente, de modo dinâmico, concedendo-se ao juiz, como gestor das provas, poderes para avaliar qual das partes terá maiores facilidades na sua produção. Evidentemente, a decisão deverá ser fundamentada, justificando as razões que convenceram o juiz da impossibilidade de produção da prova

por uma das partes. Ademais, essencial ater-se ao dever do juiz de permitir que a parte possa se desincumbir do ônus probatório, conforme disposto na parte final do § 1º. Com efeito, a inversão do ônus da prova não pode violar o contraditório, impedindo que a parte sucumba em momento sentencial por não ter cumprido ônus que não lhe era devido anteriormente.<sup>30</sup> Situação como essa configuraria decisão surpresa, violando o art. 10 do CPC/2015.

Os argumentos apresentados e o objetivo dessa fase processual que se destina a assegurar eficiência jurídica e efetivar o contraditório e a ampla defesa, percebe-se que a fundamentação no artigo 357, III do CPC amplia a credibilidade doutrinária e jurisprudencial nessa corrente. Sobre essa temática, Renato Montans de Sá (2021, p.324) argumenta a adesão a essa corrente com a base nos princípios constitucionais e demonstra, desse modo, a importância do compromisso em garantir o prazo viável para as partes construírem elementos que efetivem o devido processo legal:

Conforme vimos no capítulo pertinente aos princípios, a possibilidade de influência, decorrente da moderna releitura do princípio do contraditório, impõe que se permita não somente a reação, mas a possibilidade de influenciar na decisão. Evidentemente que permitir a inversão na sentença fere de morte o princípio do contraditório, pois a parte não terá possibilidade de reagir sobre a inversão, sequer fazer atuar (desde que imposto à parte este encargo) os meios necessários para produzir as provas que lhe foram incumbidas. Ademais, fere a dimensão subjetiva do ônus da prova, daí por que a inversão deve ser feita, como dito, no momento em que a parte tenha prazo adequado para desempenhar esse encargo: no saneamento.

### 5.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SENTENÇA

Parte da doutrina defende essa corrente que segundo ela o momento adequado para o magistrado inverter o ônus da prova e o momento de sua aplicação seria a sentença, porque entendem que essa regra de distribuição seria uma regra de juízo e sendo assim orienta o juiz quando em uma situação os fatos não estão nítidos para fazer o julgamento, ou seja, não há condições para proferir decisão. Desse modo, Sylvio Capanema de Souza (2018, p.76) defende com maestria esse posicionamento:

Ocorre que, se no momento de decidir, o juiz verificar a necessidade de inverter a regra do ônus da prova, deverá ele proferir uma decisão expondo as razões pelas quais o ônus deve ser invertido e, assim, possibilitar à parte contrária produzi-la, na forma do § 1º do art. 373 do NCPC. Observe-se que o Código de Defesa do Consumidor não traz as regras processuais acerca do momento em que deve ser determinada a inversão do ônus da prova, de modo que se deve aplicar, mesmo nas relações de consumo, a regra geral do Código Processo Civil acerca do instante da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, ante a omissão do CDC. Como conclusão, cabe ao juiz, no momento de prolatar a sentença, verificar a existência ou não de

provas e, verificando a sua insuficiência, verificar a quem incumbia produzi-las. Constatando se tratar de uma hipótese de inversão, deverá ele determiná-la, intimando-se a parte do seu novo ônus, e possibilitando que ela produza a prova.

Sérgio Cavalieri Filho (2019, p.385), também argumenta a favor dessa corrente que para ele é mais correta. Sendo regra de julgamento, ele defende que seja utilizada em qualquer tipo de procedimento: ordinário, especial, sumário e juizados especiais.

Ainda há alguma controvérsia quanto ao momento em que deve se dar a inversão do ônus da prova. Alguns entendem que deve ser por ocasião do despacho liminar de conteúdo positivo; outros, na fase do saneamento do processo; outros, ainda, na sentença. As duas primeiras posições homenageiam o princípio do contraditório e da ampla defesa afirmando que, se for invertido o ônus da prova, terá que ser assegurada ao fornecedor a oportunidade de desincumbir-se do novo encargo, sob pena de violação do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Não nos parece o melhor posicionamento pelas seguintes razões: 1. por ocasião do despacho liminar de conteúdo positivo, ainda não se definiram os pontos controvertidos sobre os quais se desenvolverá a instrução probatória; 2. em muitos procedimentos (juizados especiais e rito sumário), não há a fase de saneamento do processo; 3. a inversão do ônus da prova não atribui ao fornecedor um novo onus probandi, como já assinalado. O ônus da prova que recai sobre o fornecedor sempre foi do seu conhecimento e versará sobre fatos constitutivos do seu direito quando autor, ou, quando réu, sobre fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do consumidor.

Apesar da grande aceitação por parte da doutrina e da jurisprudência, essa corrente recebe várias críticas quanto ao seu potencial ofensivo aos princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa e sobre o esse tema, Flávio Tartuce (2021, p.642) expõe o motivo de sua oposição a essa corrente:

O grande problema dessa corrente doutrinária é considerar o ônus da prova somente em seu aspecto objetivo, como regra de julgamento, desconsiderando seu aspecto subjetivo, pelo qual o ônus da prova funciona como uma regra de conduta das partes durante a instrução probatória. Entendo que uma inversão do ônus da prova somente no momento do julgamento surpreende a parte que até então não tinha tal ônus, em nítida afronta ao princípio do contraditório. Inverter o ônus da prova e não conceder oportunidade para que a parte produza a prova representa claro e manifesto cerceamento de defesa.

Humberto Theodoro Júnior (2021, p.469), também critica essa corrente por diversos fatores e explica o motivo de sua oposição, inspirado pelo NCPC.

Antes da contestação, nem mesmo se sabe quais fatos serão controvertidos e terão, por isso, de se submeter à prova. Torna-se, então, prematuro o expediente do art. 6º, VIII, do CDC. No momento da sentença, a inversão

seria medida tardia, porque já encerrada a atividade instrutória. É certo que a boa doutrina entende que as regras sobre ônus da prova se impõem para solucionar questões examináveis no momento de sentenciar. Mas, pela garantia do contraditório e ampla defesa, as partes, desde o início da fase instrutória, têm de conhecer quais são as regras que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre a qual se assentará, no fim do processo, a solução da lide. Assim, o art. 373, caput, do CPC/2015 em nada interfere sobre a iniciativa de uma ou de outra parte, e do próprio juiz, enquanto se pleiteiam e se produzem os elementos de convicção. Todos os sujeitos do processo, no entanto, sabem, com segurança, qual será a consequência, no julgamento, da falta ou imperfeição da prova acerca dos diversos fatos invocados por uma e outra parte. O sistema é claro e fixo no próprio texto da lei que rege o procedimento.

#### 5.4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS QUANTO AO MOMENTO DE INVERSÃO PROBATÓRIA

A 1ª jurisprudência a ser analisada traz a inversão do ônus da prova no julgamento da apelação com o entendimento da Quarta Turma do STJ que reconhece que essa inversão deveria ter ocorrido na fase de instrução ou, se em período posterior a essa fase, deveria oferecer, a quem foi imposto o ônus probatório, o tempo necessário para garantir o contraditório e a ampla defesa. O posicionamento do ministro foi reforçado pelo argumento de que a inversão do ônus da prova nesse momento processual estaria violando a garantia dos direitos das partes, tratando-se, desse modo, em um verdadeiro cerceamento de defesa e afronta aos ditames legais afetos às regras de instrução e julgamento. O que pode ser conferido na jurisprudência abaixo:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - NEGATIVA DE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA PELA SEGURADORA FUNDADA EM SUPOSTA APURAÇÃO DE FRAUDE - PROCEDIMENTO ILÍCITO DOLOSAMENTE ENGENDRADO PARA POSSIBILITAR A RECUSA DO PAGAMENTO DO CAPITAL SEGURADO, VISANDO A CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO, COM O ENVOLVIMENTO DE DOCUMENTOS FALSOS OBTIDOS NO ESTRANGEIRO - TRIBUNAL DE ORIGEM QUE MANTEVE A CONDENAÇÃO COM BASE NA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICADA ENQUANTO REGRA DE JULGAMENTO NO ÂMBITO RESTRITO DA SEGUNDA INSTÂNCIA.  
INSURGÊNCIA DA RÉ.

1. Existência de omissões relevantes cujo saneamento, pelo Tribunal a quo, se afigura imprescindível ao correto deslinde da controvérsia.  
2. Julgamento empreendido pela Corte local mediante a aplicação da inversão do ônus da prova, como regra de julgamento, já em sede de apelação.

2.2 A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, motivo pelo qual a decisão judicial que a determina deve

ocorrer antes da etapa instrutória, ou quando proferida em momento posterior, garantir a parte a quem foi imposto o ônus a oportunidade de apresentar suas provas.

Precedentes.

2.2 Inviabilidade da inversão do ônus probatório em sede de apelação, notadamente quando fundado em premissa equivocada atinente a suposta hipossuficiência da parte autora, visto que o órgão do Ministério Público não é de ser considerado opositor enfraquecido ou impossibilitado de promover, ainda que minimamente, o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

3. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido, para cassar os acórdãos dos embargos de declaração e apelação relativamente ao recurso manejado pela seguradora e determinar o retorno dos autos à instância precedente para, uma vez afastada a inversão probatória, proceda a Corte local a análise da apelação interposta pela ré como entender por direito.

Ficam prejudicadas as demais teses arguidas no reclamo.

(REsp 1286273/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 22/06/2021).

Conforme o entendimento do STJ, o relator do recurso foi contra a inversão probatória ocorrer na sentença ou na apelação, sobre isso o ministro Marcos Buzzi conclui:

A inversão do ônus da prova não é regra estática de julgamento, mas regra dinâmica de procedimento/instrução. Por ser regra de instrução, e não de julgamento, acaso aplicada a inversão do ônus da elaboração das provas, esta deve ser comunicada às partes antes da etapa instrutória, sob pena de absoluto cerceamento de defesa.

A 2ª jurisprudência a ser analisada a seguir traz o entendimento da inversão do ônus probatório ope judicis acontecer preferencialmente na fase de saneamento do processo. Trata-se de um REsp em que a controvérsia consiste em definir qual o momento processual para que o magistrado conceda a inversão do ônus da prova normatizada pelo art. 6º, VIII do CDC. O artigo 18 do CDC foi citado por se tratar de responsabilidade de vício no produto adquirido. Dessa forma, o relator menciona a importância do dispositivo de inversão, tanto de forma ope legis como de forma ope judicis, e enfatiza que a distribuição probatória constitui regra de julgamento (aspecto subjetivo), mas também, apresenta-se como regra de conduta para as partes (aspecto subjetivo). Como no tribunal será analisada a distribuição do encargo probatório como regra de conduta, essa inversão não poderia ocorrer com a fase do julgamento da causa pelo juiz ou pelo tribunal.

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 do CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE

JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts.12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC.

A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)

A 3ª jurisprudência traz o entendimento do artigo 14 do CDC que prevê a responsabilidade civil do médico subordinada a uma conduta culposa de sua função. Nesses casos é conveniente a aplicação do artigo 6º, VIII, do mesmo codex permitindo a inversão do encargo probatório por está facilmente entendido a hipossuficiência do autor em esclarecer os fatos tendo como base a sua construção probatória. O médico, por outro lado, detém melhores condições técnicas para constituir provas quanto à inexistência de falha ou culpa na sua conduta laboral.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL E MÉDICO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. NÃO PROVIMENTO.

1. A análise da controvérsia quanto ao momento processual para inversão do ônus da prova prescinde de novo exame de provas e de fatos, razão pela qual não incide o óbice previsto na Súmula 7 desta Corte.

2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que "a inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas" (REsp 802.832/MG, Rel.

Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 21/9/2011).

3. Agravo interno ao qual se nega provimento.

(AgInt no a REsp 355.628/RO, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017)

De acordo com o Relator Ministro Lázaro Guimarães, da quarta turma, a inversão ope judicis do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo porque é o momento em que o juiz decide as questões processuais e determina as provas que devem ser produzidas designando a audiência de instrução e julgamento. Haroldo Lourenço (2021, p. 285) sobre essa controvérsia, entende:

Havia discussão acerca do momento adequado para essa inversão, o STJ já pacificou o entendimento de que seria na fase de saneamento do processo, a fim de permitir, à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas, o que foi consagrado no CPC/2015, como se observa do art. 357, III, afirmando que tal redistribuição do ônus da prova deverá ser realizada no saneamento do processo.

## 5.5 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E DO ADIANTAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS

O adiantamento das custas processuais em decorrência à inversão do ônus da prova também é motivo de controvérsias. Isso ocorre porque nas relações consumeristas, com a inversão fundamentada no artigo 6º, VIII, do CDC, a parte que não tinha o encargo de produzir provar, o fornecedor, passará a ter esse ônus e essa nova situação faz surgir despesas que podem ser exemplificadas como custeio de perícias. A celeuma está justamente em quem assumiria esse compromisso com a inversão onus probandi. Flávio Tartuce (2021, p.648) sobre isso esclarece:

Sendo o ônus da prova uma regra de julgamento, estando ligado à necessidade de o juiz decidir, diante da ausência das provas para convencê-lo das alegações de fato narradas no processo, não guarda o instituto qualquer relação com a antecipação de despesas. É natural, entretanto, que, no caso de inversão do ônus da prova, a parte que não requereu a produção da prova passe a ter interesse em sua produção, considerando que, se aquele que requereu sua produção não adiantar as despesas, a prova não será produzida, com consequências danosas à parte contrária. Nesse caso, ainda que a prova tenha sido requerida pelo consumidor, o fornecedor, em razão da inversão do ônus da prova, terá interesse em realizá-la, devendo assim assumir o adiantamento dos valores nesse sentido.

Rizzato Nunes (2018, p.874) complementa:

Se a norma prevê que o ônus da prova pode ser invertido, então automaticamente vai junto para a outra parte a obrigação de proporcionar os meios para sua produção, sob pena de — obviamente — arcar com o ônus

de sua não produção. Se assim não fosse, instaurar-se-ia uma incrível contradição: o ônus da prova seria do réu, e o ônus econômico seria do autor (consumidor). Como este não tem poder econômico, não poderia produzir a prova. Nesse caso, sobre qual parte recairia o ônus da não produção da prova? Anote-se, em acréscimo, que, em matéria de perícia técnica, o grande ônus é econômico, relativo ao pagamento de honorários e despesas do perito e do assistente técnico.

Na prática forense, a realidade se afasta desse entendimento e se consagra com a parte autora, o consumidor custeando todas as custas processuais por temer não conseguir reunir os elementos probatórios suficientes que venham suprir às necessidades processuais. É o que complementa, Flávio Tartuce (2021, p.649):

Acompanho com tristeza, no dia a dia forense, a determinação de juízes, com esteio no entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça, determinando a inversão do ônus da prova e ao mesmo tempo determinando ao consumidor que adiante os honorários periciais. O mais surpreendente, entretanto, não é a postura dos juízes, mas dos advogados dos consumidores, que candidamente se submetem à determinação judicial e, muitas vezes com extremo sacrifício, realizam o depósito judicial.

Por outro lado, há o receio da onerosidade abusiva em às custas processuais por parte do consumidor mal-intencionado que visa a vantagem indevida obtida por meio das diversas oportunidades do comércio através do aproveitamento desse dispositivo, mas como bem explica Humberto Theodoro Júnior (2020, p.472)

Cabe bem, aqui, a advertência da boa doutrina de que “a finalidade da norma que prevê a inversão é a de facilitar a defesa dos direitos do consumidor, e não a de assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar”. Como só se pode impor ao réu uma inversão que seja útil a seu direito de defesa, claro é que dele em hipótese alguma se poderá exigir prova impossível, nem, igualmente, caberá à Justiça decidir em favor do autor baseado apenas na frustração da prova contrária imposta ao demandado. E muito menos é de tolerar-se que semelhante exigência se dê, sem motivação alguma, em lacônico despacho da petição inicial.

## 6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa ressalta a importância dos instrumentos processuais que tem o escopo de facilitar e até mesmo ampliar o acesso à justiça. O instituto de inversão do ônus da prova nas ações consumeristas apresenta-se como um eficaz meio de efetivação dos princípios que derivou o Código de Defesa do Consumidor.

Conforme foi visto, a força principiológica da Constituição Federal vigente tornou possível mecanismos normativos que tem o desígnio de proteger a parte vulnerável da relação processual, nesse caso, o consumidor.

A inversão probatória prevista no Código de Defesa do Consumidor mostrou-se como uma maneira de equilibrar as condições das partes nas ações processuais jurídicas. À medida que as pesquisas foram se acentuando, a compreensão quanto à necessidade dos requisitos legais de admissibilidade tornou evidente a ressalva do legislador em consagrar esse dispositivo uma exceção.

Conforme se observou, o texto em lei procurou ser coerente às aspirações constitucionais, mas se preveniu contra possíveis exageros de usos. Isso porque a tutela prevista ao consumidor deve sempre intencionar a equiparação das partes ao acesso à justiça, mas sem propiciar o enriquecimento ilícito.

Como prevê a origem do Código de Defesa do Consumidor, a cooperação das partes nos processos é fundamental para a justa decisão do magistrado em decidir qual momento ele julgará mais apropriado à sugestão de gozo de tal dispositivo, pois sendo ônus a parte incumbida não é obrigada a cumpri-la, no entanto, deverá suportar as consequências da possível omissão.

É muito importante o Código de Defesa do Consumidor ter como base o critério de vulnerabilidade, porque, assim, é o consumidor que recebe a tutela do Estado diante das diversas modalidades de oferta e consumo e a garantia da equidade torna-se compromisso em todas as fases processuais.

Quanto ao momento ideal para usufruto do dispositivo de inversão probatória, apesar das correntes defenderem momentos distintos e os próprios julgados em estudo apresentarem a pacificação pelo momento de saneamento do processo, acredito que o melhor momento que definirá é a situação e a análise crítica do magistrado. A faculdade em escolher o momento ideal é uma vantagem que não deve ser substituída pela fixação normativa, independente da fundamentação apresentada.

A flexibilização normativa já se apresentou consistente em diversos julgamentos em que o magistrado adaptou a norma ao caso julgado. São cada vez mais frequentes, na economia e no comércio, as mudanças que exigem do judiciário o poder da flexibilidade e da disponibilidade em buscar sempre a melhor forma de regular a relação consumidor e fornecedor diante das desigualdades fática, jurídica, informacional e técnica que afastam os dois.

## REFERÊNCIAS

- ADRIÃO, Rafael Ribeiro Albuquerque, MASCHIO, Fernanda M. Prati, SILVA, Rochele Oliveira, TEIXEIRA, Ana Luiza F. Quirino, GIANCOMELLI, C. L. Ferreira. **Instituições do Processo Civil**. Porto Alegre: SAGAH Educação S.A, 2018. p. 198-199.
- ALMEIDA, Fabricio.Bolzan. **Direito do consumidor esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.82.
- ALMEIDA, Fabricio.Bolzan. **Direito do consumidor esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p.332
- ALMEIDA, João Batista de; **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 20-21-34-35-65.
- ALVIM, Eduardo Arruda, GRANADO, Daniel Willian, FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 621.
- ARAKAKI, Fernando. **Validades do contrato e assinaturas eletrônicas em tempos de pandemia**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11825/Validade-dos-contratos-e-assinaturas-eletronicas-em-tempos-de-pandemia>.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o Consumo**, A transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 20-71.
- BELACHE, Francisco Drula. **Pessoa Jurídica Consumidora: teoria finalista mitigada**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37591/pessoa-juridica-consumidora-teoria-finalista-mitigada>. Acesso em: 07 nov. 2020.
- BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.49-80.
- CAMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 246-248.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 41-63-122-124-380-383-385.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 495.
- FARIAS, Claudio Nunes; PISKE, Oriana; SILVA, Cristiano Alves; **25 anos do CDC marco em inovação e cidadania**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2016-1/25-anos-do-codigo-de-protecao-e-defesa-do-consumidor-oriana-piske-claudio-nunes-faria-e-cristiano-alves-da-silva>. Acesso em: 07 nov. 2020.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do Consumidor**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p.408-410.

FONTOURA, Miriam. **O poder da marca e uma construção de estilo de vida: um estudo de caso dos alunos da PUCPR**. Tese (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Ciência Humanas Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 234, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de V.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Gerardo Brito; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.555. v. I: Direito material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).

GONÇALVES, Ricardo Lemos; **Da mitigação do conceito de consumidor do art. 2º CDC e da inversão do ônus da prova**. Disponível em: <https://cpfadogados.jusbrasil.com.br/artigos/327036427/da-mitigacao-do-conceito-de-consumidor-do-art-2-cdc-e-da-inversao-do-onus-da-prova>. Acesso em: 07 nov. 2020.

KHOURI, Paulo R. Roque A.; **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade Civil e direitos do consumidor. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2021. p.53.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de; **Revista do direito do consumidor**, n.47, jun/set, 2003. LIRA, Wanessa Maria de Andrade. **Relação de consumidor**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-68/relacao-do-consumidor/>. Acesso em: 07 nov. 2020.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil Contratos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 02-90.

LORENÇO, Haroldo. **Processo Civil Sistematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 285.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.308.

MARQUES, Cláudia Lima, MAGALHÃES, Lúcia Ancora Lopes de. MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor, 30 anos de CDC** da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.81.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Breve histórico do consumo e proteção do consumidor**. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/breve-historico-do-consumo-e-protecao-do-consumidor/>. Acesso em: 07 nov. 2020.

NERY JR., Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.3, p.44-77, set./dez. 1992.

NUNES, Luís Antônio Rizzatto; **Curso de Direito do Consumidor**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.131-132-868-871-874.

PAIVA, Clarissa Teixeira; **O que caracteriza uma relação de consumo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34128/o-que-caracteriza-uma-relacao-deconsumo>. Acesso em: 07 nov. 2020.

PICOLI, Luciano Gagno. O novo Código de Processo Civil e a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, Revista dos tribunais, 249, p. 14-18, nov. 2015.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 27-57.

PRADO, David Prado, FEIJÃO, Yuri Collyer, PAIVA, Breno Lopes. **Princípio da inversão do ônus da prova no CDC: Análise do critério judicial e o momento da sua declaração no processo**. Disponível em: <https://davidprado07.jusbrasil.com.br/artigos/445064134/principio-da-inversao-do-onus-da-prova-no-cdc-analise-do-criterio-judicial-e-o-momento-da-sua-declaracao-no-processo>. Acesso em: 10/11/2021.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos Eletrônicos: Formação e validade Aplicações Práticas**. 2 ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Almedina, 2018. p. 100-101.

RIDEEL, **Vade Mecum Rideel**. 28. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

SÁ, Renato.Montans. de. **Manual de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p.322-324.

SANTANNA, Gustavo. **Direito do Consumidor**. Porto Alegre: SAGAH Educação S.A, 2018. p. 46.

SANTOS, Thiago; **Dos conceitos de consumidor, fornecedor, produto e serviço no CDC**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67844/dos-conceitos-de-consumidor-fornecedor-produto-e-servico-no-cdc/2>. Acesso em: 07 nov. 2020.

SILVA, André Rodrigues Pereira; **A consolidação dos contratos eletrônicos em tempos de Covid-19**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-18/andre-silva-contratos-eletronicos-tempos-covid-19>. Acesso em: 07 nov. 2020.

SIMÃO, Lucas Pinto; **Fundamentos constitucionais do direito do consumidor**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/fundamentos-constitucionais-do-direito-do-consumidor/>. Acesso em: 07 nov. 2020.

SOUZA, Sylvio Capanema, WERNER, J.V. Vasi, NEVES, Thiago F. Cardoso, **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro. Forense, 2018. p.72-76-78-79.

TALAMINI, Eduardo, **Saneamento e organização do processo no CPC 2015**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/235256/saneamento-e-organizacao-do-processo-no-cpc-15>. Acesso em: 12/11/2021.

TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual**. Volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 630-642-648-640.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio eletrônico e legislação aplicável**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 12.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Digital e Processo Eletrônico**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 148.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico- conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 62

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 849-875-898.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 463-468-469-472.

JURISPRUDÊNCIAS: STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1195642 RJ 2010/0094391-6. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 13/11/2012. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj/inteiro-teor-22829800>. Acesso em: 07 nov. 2020.

MATO GROSSO DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível n. 0045852-54.2011.8.12.0001. Apelante: Brasil Telecom S/A. Apelado: Ivo Puorro. Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Campo Grande, MS, 05 de fevereiro de 2013. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, 15/02/2013. Disponível em: <https://tjms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128127950/apelacao-apl-458525420118120001-ms-0045852-5420118120001/inteiro-teor-128127960>. Acesso em: 07 de novembro de 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1286273/SP 2011/0236096-1. Relator: Ministro Marco DJ: 08/06/2021. JusBrasil, 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 16/11/2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 802832/MG 2005/0203865-3. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino DJ:13/04/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27802832%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27802832%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27802832%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27802832%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 16/11/2021.

STJ-AgInt n° AREsp 355628/RO-2013/0176931-8 Relator: Ministro Lázaro Guimarães DJ: 28/11/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 16/11/2021.