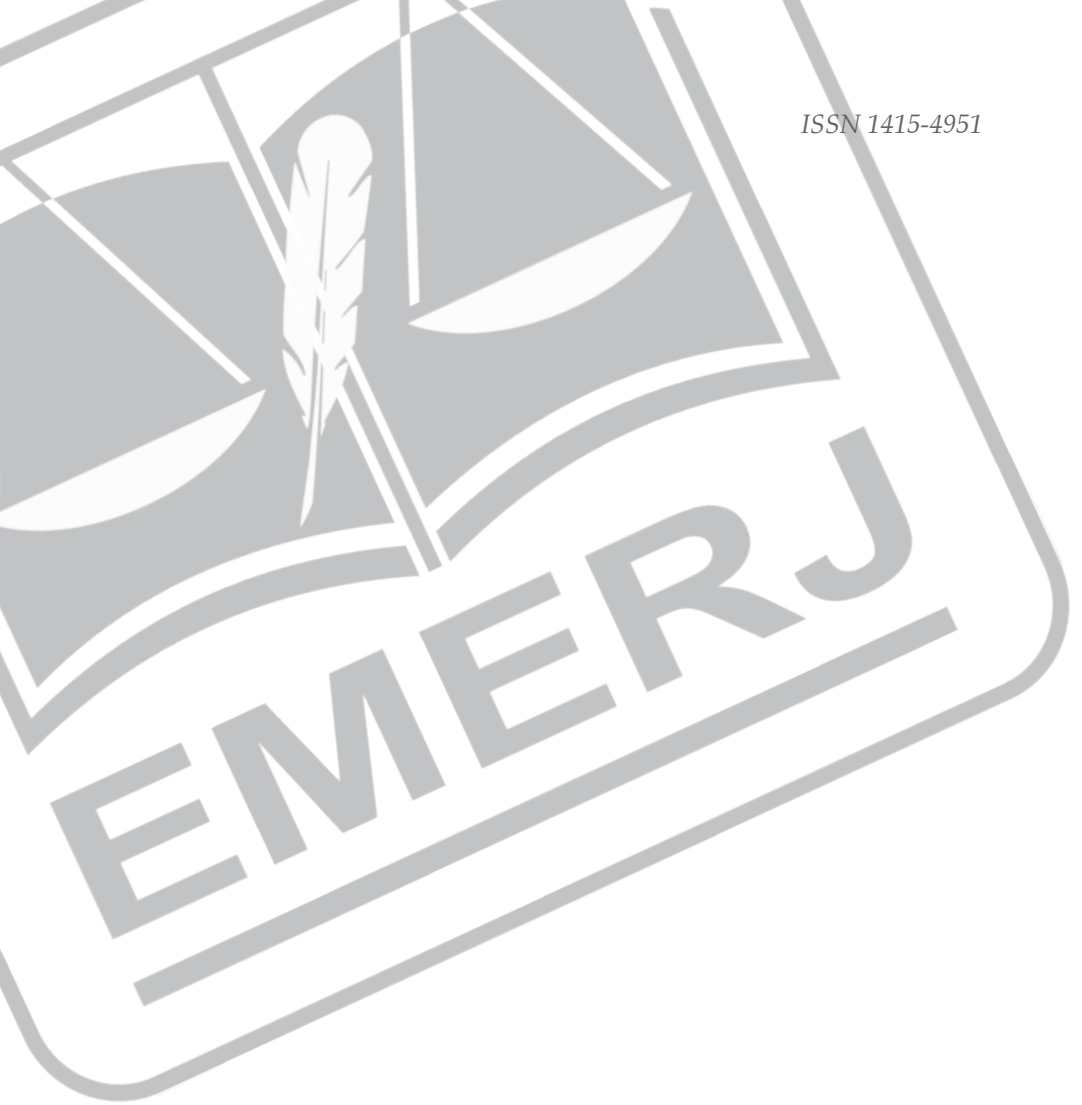


ISSN 1415-4951



Revista da EMERJ

Setembro/Dezembro
V. 22 - n. 3 - Ano 2020

Rio de Janeiro

A Versão e a Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor

Cássio Benvenuti de Castro

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2013). Doutorando em Direito pela UFRGS (2017). Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

Sumário: Introdução. 1 O primado da tutela dos direitos e a decorrente adequação da técnica processual. 2 Os tipos presuntivos, o “vertimento legislado” do ônus da prova e o desvio de normalidade legal-narrativa como vértice da inversão judicial do ônus da prova no CDC. Conclusão. Referências

Summary: Introduction. 1 The primacy of the protection of rights and the dialog between procedural technics. 2 The presumptions, the “law disposition” about the burden of proof, and the anormal narratives as the cause to the judge reverse the burden of proof in the consumer law. Conclusion. References

Resumo: O Código de Defesa do Consumidor estabelece um sistema à parte, embora conectado, em relação ao processo civil. Tanto que o CDC pauta normas de direito e de processo de maneira peculiar. A leitura do contexto do código surpreende uma grande maioria de normas presuntivas ou de implicações-tipo, o que denota o vertimento ou atribuição do ônus da prova algo diferente do CPC, uma atribuição ou vertimento supostos pelo próprio legislador. A inversão do ônus da prova, propriamente dita, somente ocorre em caso expressamente previsto (art. 14, §4º, do CDC), hipótese em que, *ope judicis*, conforme o art. 6º, VIII, o julgador deverá inverter o ônus de provar. Uma sistemática que rebaixa o ônus argumentativo do consumidor afeta-lhe o standard da prova para ratificar a suficiência da “evidence” e torna dispensável, aos operadores, que requeiram – para qual-

quer caso – a inversão do ônus da prova, porque o legislador já verteu o ônus tal como o requerido.

Abstract: The Consumer Defense Code establishes a special system, although connected, in relation to civil procedure law. So much that the CDC rules material rights and process rights on a peculiar way. The reading of the context of the code surprises a great majority of presumptive norms of standard implications, which denotes the verification or attribution the burden of proof something different from the CPC, an attribution are supposed by the legislator itself. The reverse of the burden of proof, properly so-called, only occurs in an expressly case (article 14, §4, of the CDC), in which case, *ope judicis*, according to art. 6, VIII, the judge must reverse the burden of proving. A system that lowers the consumer's argumentative burden, affects the standard of evidence to ratify the sufficiency of evidence, and makes it unnecessary for traders to require, in any case, the reversal of the burden of proof. Because the legislator had already positioned the burden as required.

Palavras-chave: processo civil; ônus da prova; standard; consumidor

Keywords: procedure law; burden of proof; standard; consumer

INTRODUÇÃO

Em avassaladora maioria de demandas referentes ao Código de Defesa do Consumidor, um tópico levantado pelos operadores do Direito é referente à “inversão do ônus da prova”. Também pudera, de maneira inédita, o CDC positivou o art. 6º, VIII, em seu texto, prevendo a inversão do ônus da prova para amplificar a tutela da posição jurídica do consumidor.

A questão é que o texto do dispositivo não pode ser apreendido isoladamente, na medida em que o próprio conjunto do CDC já predispõe – explicitamente – uma nova “versão” do ônus da prova, diferente do que acontece nas regras gerais do Código de Processo Civil.

Assim, será que é necessário que os operadores tanto insistam na inversão do ônus da prova? Qual é o interesse em “inverter o que já está vertido”?

O presente estudo apresenta essa sorte de reflexões, através de uma metodologia mais descritiva que crítica. Porque o texto do Código de Defesa do Consumidor é assertivo, basta que se analise um sistema jurídico (a proteção do consumidor) como um sistema diferenciado das regras gerais do CPC.

1 O PRIMADO DA TUTELA DOS DIREITOS E A DECORRENTE ADEQUAÇÃO DA TÉCNICA PROCESSUAL

A tutela jurisdicional do consumidor remete a um desdobramento institucional da defesa do consumidor enquanto direito fundamental (art. 5º, XXXV e XXXII, da CF). Por isso a inafastabilidade da lesão ou da ameaça a direito do consumidor, ou seja, a proteção da posição jurídica do consumidor, em um sentido amplo, torna-se um imperativo para que o Estado elabore técnicas que estruturam essa solução de compromisso, o que sobremaneira repercute no standard do convencimento judicial e na “versão” do ônus da prova – em decorrência.

A tutela implica-se na técnica, pois o processo está impregnado pelo direito material.

Desde a Constituição, ocorre um *continuum* normativo para a proteção do consumidor, que está positivado no texto de disposições sobre as posições jurídicas, tanto na seara do direito material, como na administrativa e jurisdicional¹. Em especial,

1 A questão da sobreposição da tutela jurisdicional em relação à tutela do direito ratifica o dever institucional de assegurar uma convivência civilizada. Uma questão que pode ser observada pela dupla face da proporcionalidade. Luciano Feldens afirma que “na atualidade, tem-se como inequívoco que os direitos fundamentais, ao revés do que propugnado por um modelo liberal clássico, não tem sua eficácia restringida a um plano negativo, ou seja, de direitos de defesa ou de omissão do indivíduo frente ao Estado. Mais que isso, como valores objetivos que orientam por inteiro o ordenamento jurídico, reclamam dentro da lógica do Estado Social, prestações positivas no sentido de sua proteção”. O autor define a dupla instrumentação da proporcionalidade, em direito penal (a ser refletido no plano dos direitos humanos e transnacionais): além de vedar uma excessiva voracidade punitiva, os mecanismos de tutela (proteção) também implicam medidas eficazes para a proteção dos anseios dos ofendidos e, assim, promovem a manutenção do equilíbrio democrático da situação triangular Estado, perturbador da ordem jurídica e vítima. Ele conclui: “a doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima da proporcionalidade à noção da proibição do excesso (übermassverbot). Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas com uma de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela de-

a proteção do consumidor entregue pela jurisdição consiste na tutela jurisdicional, que é o resultado do processo, um produto que encerra a imperatividade e a deontologia preordenada pelo Estado-juiz e que, portanto, subentende a organização de mecanismos eficientes em busca desse alvitre.

A tutela jurisdicional é o valor que decorre do provimento jurisdicional, um somatório de forças que enseja a tutela do direito, pois ela ratifica a densidade normativa da tutela abstratamente prevista pelo legislador. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira resume que “a tutela normativa material (eficácia e efeitos de conteúdo material) – ressarcitória, restituitória, inibitória, de remoção do ilícito etc. – mostra-se, contudo, abstrata, prevista para o geral das espécies. Assim, a cada tutela material (ressarcitória, restituitória, de remoção do ilícito etc.), deve corresponder, no plano processual, de modo concreto, uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos processuais ou jurisdicionais), regida pelas normas próprias desse plano (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva *lato sensu*)”².

A efetividade da tutela jurisdicional (CRFB, art. 5, XXXV) “é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”³.

Logo, a tutela jurisdicional efetiva é uma resposta qualificada a ser prestada pela jurisdição, sendo mais preciso, ou

correr, ao lado da proibição de excesso, a proibição de infraproteção ou de proteção deficiente (üntermasverbot) a um direito inequivocamente reconhecido como fundamental”. A defesa do consumidor, além do aspecto negativo, também se desdobra positivamente. Ver FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 98 e 108, respectivamente.

2 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 12.

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

quição incisivo, falar-se em acesso à tutela jurisdicional⁴ que falar em acesso à justiça ou, ainda, falar em acesso à jurisdição⁵. Isso enfatiza a colocação da tutela jurisdicional no epicentro da teoria do processo. A efetividade da tutela jurisdicional é um valor, um gênero, do qual são desdobramentos: a adequação da tutela jurisdicional (ponderação entre princípio da efetividade e princípio da segurança jurídica), a especificidade da tutela jurisdicional (integridade, identidade e integralidade), e tempesividade da tutela jurisdicional.

Não adiantaria prever direitos e posições jurídicas, abstratamente, se a tutela não fosse alcançável no plano concreto da vida das pessoas. Assim, a tutela jurisdicional qualificada projeta uma crescente acessibilidade⁶ institucional, por intermédio de técnicas judiciais e extrajudiciais, que harmonizam as necessidades sociais e econômicas do consumidor, daí promovendo a igualdade material entre os agentes do mercado. A gratuidade da justiça (art. 5º, LXXIV da CF e Lei 1.060/50) e o reaparelhamento da Defensoria Pública (art. 134, §2º, da CF pela EC 45/2004) encerram um conjunto de perspectivas que permitem que o consumidor, economicamente débil, reclame perante os órgãos do Judiciário.

4 O acesso à justiça encerra duas perspectivas: o aspecto formal, com a possibilidade instrumental do acesso a órgãos judiciários, e o aspecto substancial, que afirma uma “série de providências ao encargo do Estado visando a contemplar e a superar a situação de hipossuficiência do consumidor, assegurando a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados, de modo a equilibrar a posição das partes no processo em vista de uma decisão justa”. MIRAGEM, Bruno Nubens. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 651/2.

5 A diferença é sublinhar o epicentro da teoria do processo – a tutela jurisdicional, e não mais a jurisdição.

6 A doutrina de Cappelletti inaugurou a preocupação da maior acessibilidade à justiça, demonstrando que a humanização do processo reclama a organização de institutos que amplifiquem o ingresso de demandas cujo foco é a pacificação social e com a justiça do direito material. Uma frente de trabalho que também é avistada em Cristina Rapisarda, que praticamente seguiu os três passos outrora definidos por Cappelletti – a questão da assistência judiciária, a transindividualização da tutela e a proposta de meios alternativos para resolução de conflitos –, com a diferença de que Rapisarda parece enfatizar uma reforma institucional “desde dentro” do processo, mesmo com a utilização de parâmetros e procedimentos que aproximam o direito material do processo e resultam num modo-de-ser do formalismo, tanto que a doutrina de Rapisarda influenciou nitidamente autores brasileiros como Dinamarco e Marinoni. Ver CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça: conclusão de um projeto internacional de investigação jurídico-sociológica. Trad. Hermes Zaneti Jr. *Processo, ideologias e sociedade*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 76/7; e RAPISARDA, Cristina. *Tecniche Giudiziali e stragiudiziali di protezione del consumatore: diritto europeo e diritto italiano*. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 36. Padova: Cedam, 1981, p. 685/721. Talvez por ser um civilista ou, talvez, porque não aborda mais diretamente figuras institucionais, apesar de sinceramente utilizar uma sistematização de remédios processuais como conectários das previsões do direito material (também desde fora do processo e bem à semelhança da *common law*), a doutrina brasileira não utiliza (como deveria) assumidamente os ensinamentos de Adolfo di Majo. Ver *La tutela civile dei diritti*, vol. 3. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.

Essas técnicas, que antecedem o ajuizamento da demanda, possuem conexões à *maneira-de-ser* do processo, porque a tutela jurisdicional *adequada* organiza o formalismo do processo de acordo com as finalidades a serem atingidas, daí sopesando internamente os princípios da efetividade (ou efetividade no sentido estrito⁷) e da segurança jurídica. Com efeito, um consumidor economicamente frágil reclama uma resposta mais rápida que uma resposta segura, uma resposta mais célere que uma resposta exauriente. Vale dizer que quanto maior a efetividade, acaba sendo menor o nível de segurança⁸, e vice-versa, uma polaridade assimétrica que expressa o postulado da ponderação entre esses sobreprincípios do formalismo processual.

Duas baixas colaterais figuram ao lado da justiça gratuita e da pontual preponderância da celeridade sobre a segurança – a gratuidade impulsiona o *overload* de demandas na jurisdição, e quanto mais demandas, menos tempo para o juiz analisar a individualidade dos casos.

A massificação é característica do mercado de consumo e resulta em uma resposta jurisdicional que intensifica ou procura amplificar a defesa do consumidor, sendo que o compromisso pelas soluções céleres internalizam o fator *erro judicial* como uma margem absorvida pelo recursionismo e por mecanismos integracionistas de unificação de entendimentos jurisprudenciais (súmulas, recurso repetitivo e repercussão geral).

Consoante as imposições valorativas do sistema, portanto, na ponderação dos princípios que convivem para organizar o formalismo interno do processo, hoje, as reformas legislativas apreendem que prepondera a efetividade em detrimento da segurança jurídica, jogando a um segundo momento a possibilidade de controlar o erro, como um *solve et repete* processual. Note-se que a efetividade, aqui, é tratada como um princípio que dialoga

7 A efetividade no sentido estrito é um princípio endoprocessual que dialoga com o princípio da segurança jurídica, mesmo internamente ao processo, o que enseja uma solução de adequação que, de resto, atende à efetividade como um valor. Ou seja, a efetividade da tutela jurisdicional é um princípio, mas também consiste em um valor, desde que observada a funcionalização do formalismo no sentido de realizar a justiça e a pacificação, daí, desde fora do processo.

8 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria, op. cit.*, p. 145.

com a segurança jurídica e, assim, elas conformam a adequação da tutela jurisdicional.

Assentada essa questão, fácil constatar que o juiz elabora a decisão com base nas narrativas processuais e nas provas apresentadas, e somente em um segundo momento é que o sistema empresta outras técnicas jurídicas que surpreendam uma solução de reversibilidade da decisão, de alguma forma, solução ancorada através da repetição dos julgamentos – o que de comum acontece, o que repete em termos de demandas e sentenças.

Basta analisar o grau de reversibilidade de julgamentos em recurso repetitivo, para concluir que a sistematicidade dos casos é que leva a medidas recursais ou cassacionais. Afinal, a vulnerabilidade econômica do consumidor pode ser irreversível ou, ainda, pode ser reputada mais irreversível que a situação do fornecedor.

A adequação⁹ da tutela jurisdicional firma uma moldura interna do formalismo para atender as necessidades do direito material. No caso do direito do consumidor, isso acontece quando a norma elabora procedimentos diferenciados e que se valem de técnicas de sumarização que internalizam os próprios riscos que remetem ao reforço na reversibilidade extroversa¹⁰.

A tutela jurisdicional também deve ser *específica*, o que resulta no ponto de estrangulamento máximo entre processo e direito material. A especificidade é sintetizada pela teoria dos três “is” – identidade, integridade e integralidade da tutela jurisdicional para com o direito material¹¹.

A especificidade da tutela jurisdicional afirma o dever de prestação da tutela concreta o mais similar possível àquilo que

⁹ O processo está impregnado do direito material. Ou seja, o nexó teleológico será para satisfazer o direito material no plano da realidade. Todavia, alguns aspectos da tutela genericamente chamada efetiva tocam ao direito material, no desdobramento do processo, como a adequação, e outros tocam ao direito material em linha de chegada, como a especificidade. Um resultado de gênero pode ser sintetizado na efetividade, mas o cenário analítico permite separar o fio condutor ao ponto vertical, já que a tutela jurisdicional efetua a ligação entre o processo e o direito.

¹⁰ A reversibilidade introversa (ou introspectiva) reflete a clássica percepção da mudança de orientação pelo próprio julgador, quando ele *aprofunda* a cognição. Isso é juridicamente possível, mas pragmaticamente contingente – basta observar as demandas correntes nos tribunais e refletir sobre quantas vezes um juiz *muda* de posição em seus julgamentos correntes. A reversibilidade que possivelmente melhor atende as rotinas é extroversa, porquanto firmada em estruturas recursais e cassacionais, e que, de resto, preserva a celeridade da prestação jurisdicional.

¹¹ CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Ação anulatória*: de acordo com o CPC/73 e o Projeto no Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2014, p. 130.

seria proporcionado pela normatividade do direito material. Marinoni¹² refere como uma proteção da norma¹³, não com a velha dicotomia entre direito e processo, antes com a projeção de toda a dinâmica processual para satisfazer as necessidades do direito material no plano da realidade, proporcionando modalidades que concretizem o direito. O histórico dualismo entre direito e processo é redimensionado desde fora do processo, sendo que as necessidades do direito material polarizam o sentido das técnicas que os institutos processuais especializam¹⁴.

A integridade da tutela jurisdicional determina que seja entregue ao jurisdicionado nada mais que essa necessidade do direito material. Finalmente, a integralidade da tutela jurisdicional orienta que seja prestado ao jurisdicionado tudo o que seria previsto pelo direito material. Considerada a complexidade e a fragmentariedade de significativo acervo das relações em direito do consumidor – retratos da própria massificação, em que o volume numérico dos negócios encerra o lucro na contrapartida de preços individuais que não estimulam o custo e o tempo da demanda individual –, a integridade e a integralidade funcionam técnicas processuais transindividuais.

A tutela transindividual (arts. 91 e seguintes do CDC e Lei 7.347/85) produz o efeito de englobar a cifra de consumidores que normalmente não reclamariam em juízo, bem como evita decisões individuais contraditórias e economiza o próprio serviço

12 *Técnica, op. cit.*, p. 22 e 114.

13 Proteção das normas, no sentido de tendente universalização, e a busca por uma igualdade material. Provável que o próprio Marinoni não tenha imaginado uma proteção da norma no sentido jakobiano, cuja teoria funcional exacerbada, em direito penal, faz antecipar a tutela para o fator da punição, daí que acabam sendo considerados crimes os ilícitos formais ou de mera conduta, independente do resultado material – por exemplo, punir o porte de arma antes mesmo da prática do roubo; punir a embriaguez ao volante antes mesmo de um acidente culposo ou doloso. Não que o direito civil não produza esse tipo de modalidade, inclusive, porque a figura das presunções e ficções legais é onipresente, em direito. Ocorre que a segurança de foro jakobiana é de uma rigidez que não comporta as flexibilidades ou adequações concretistas que Marinoni repetidamente defende, e que parece ser assimilada à proteção do preceito, que também é referenciada na doutrina italiana. Ver RABITTI, Maddalena; BELLELLI, Alessandra; DINACCI, Giampiero. I remedi fra tutela individuale, tutela colletiva e tutele alternative. In CARLEO, Liliána Rossi (a cura di). *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 215. Pelo menos, aparentemente interpretando o diálogo entre os autores. Ver JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 10/13.

14 “Non è certo il processo la sede nella quale si definiscono e qualificano i bisogni di tutela, bensì la legge sostanziale, e con riferimento ai rimedi ivi riconosciuti, è tuttavia il processo la sede in cui tali scelte sono destinate a tradursi in tecniche e forme adeguate”. Adolfo di Majo, *Tutela, op. cit.*, p. 07.

judiciário. Dentre outras consequências estimáveis, o foco é assinalar as seguintes repercussões paradigmáticas dessa técnica.

Quer dizer, é verdade que a tutela transindividual pode ser reputada ressarcitória, porém, mesmo quando tendencialmente ressarcitória, ela também projeta efeitos prospectivos e assume inegável caráter preventivo, atualmente batizado de inibitório ou de remoção do ilícito¹⁵. A preventividade ou prospectividade nada mais representa que a proteção da norma ou tutela do preceito, o que consolida uma juridicidade com efeitos *ultra partes*, ou *erga omnes*, como preferir o legislador (art. 103 do CDC). A despeito da nomenclatura, para além da entropia eficaz está a repercutividade que a realidade polariza por intermédio dessa espécie de tutela, à medida que uma solução de preceito ou de norma não pessoaliza, mas atende a categorias ou classes que a própria norma pré-seleciona.

A efetividade da tutela jurisdicional também deve ser integral e integradora, portanto, em termos de transindividualidade, ela alinha um estado de coisas jurídicos tanto retrospectiva-ressarcitória como prospectiva-preventivamente¹⁶, com o reflexo intersubjetivo que a norma estabelece. Na verdade, a tutela transindividual é funcional e preponderantemente preventiva, porque o maior interesse é remover ou prevenir a ocorrência da contrariedade à norma. Justamente, essa modalidade de tutela permite estruturar o processo em outras bases, que não aquelas classicamente orientadas pelo direito privado. Ora, como a proteção da norma supera as contingências meramente individuais, assim o dano deixa de ser o único referencial para a prestação da tutela jurisdicional, e sendo trabalhada a evitação do dano,

15 RAPISARDA, Cristina. *Tecniche Giudiziali*, op. cit., p. 708.

16 “A exigência de justiça formal, de tratar igualmente casos iguais, tem tanto uma aplicação prospectiva quanto retrospectiva. É por isso que uma decisão judicial justificável precisa estar fundada numa regra de Direito que não seja nem *ad hoc* nem *ad hominem*”, que pode ser um resumo da ponderação ou da polaridade assimétrica que debate o movimento integracionista com o movimento pragmatista da experiência jurídica (Dworkin *versus* Posner), sem uma solução de exclusão, assim como o procedimentalismo dialoga com o substancialismo. MACCORMICK, Neil. Usando precedentes. *Retórica e o Estado de direito*: uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 197. Ainda, ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 235 e seguintes; e POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 230 e seguintes.

ou melhor, com a antecipação da proteção devida pela tutela jurisdicional para que, assim, ela previna os danos perpetrados ou repetidos contra o consumidor¹⁷, a figura do ilícito é colocada no epicentro do problema da tutela. O ilícito não depende da demonstração da culpa, o que reaparela como uma regra geral o nexo de imputação objetivo na tutela do consumidor.

Nesse plano evolutivo, a categoria do ilícito é vigorada como núcleo da tutela jurisdicional da posição jurídica do consumidor, o que reflete um reaparelhamento do nexo de imputação na operação jurídica. O ponto de partida, em direito do consumidor, é a figura do ilícito, hoje, sendo largamente admitido também para a tutela individual. Dispensável falar em culpa. Logo, um julgamento que analisa descumprimentos *prima facie* das normas jurídicas – a contrariedade a normas – dispensa um aprofundamento do convencimento judicial, porque é dispensável analisar o velho elemento aberto da culpa. Também é dispensável surpreender todas as derivações do dano, em outras palavras, um julgamento cujo referencial é o ilícito relativiza o standard do convencimento judicial. As questões referentes ao dano deixam de compor o instrumental pertinente à prova e passam a integrar o polo da leitura normativa do efeito da imputação como uma quebra da normalidade dos eventos do mercado – é o efeito borboleta das práticas consumeiristas que repercute na solução das demandas individuais.

Assentado que o debate entre a segurança e a efetividade orienta o formalismo processual desde dentro do processo, levando em conta a adequação da tutela jurisdicional, necessário surpreender, ainda, a *tempestividade* da tutela jurisdicional, que pondera o fator do tempo desde fora do processo, mesmo, à medida que o processo deve observar uma duração razoável, e sem dilações destemperadas em cotejo à realidade social. Isso implica a relativização ou superamento do excesso de formalismo, seja através de técnicas, como a criação de juizados especiais e a instrumentalização do seu rito sumaríssimo (Lei 9.099/95), seja por intermédio de técnicas conciliatórias que tornam obrigatória a

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 709.

audiência preliminar no procedimento ordinário mesmo (art. 331 do CPC na redação da Lei 8.952/94 – e a perspectiva atual do CNJ e do Novo CPC), seja através de mecanismos extrajudiciais de composição civil.

O que todas essas técnicas afirmam é que a pontual preponderância do valor do consenso por sobre uma busca epistemicamente rígida acaba sendo mais socialmente privilegiada. O sistema privilegia a celeridade, nesse tipo de demanda. Daí que a inequívocidade probatória é relativizada pela internalização, na adequação do formalismo, do fator tempo como vértice na solução dos conflitos. A tese habermasiana sopesa procedimentalismo e substancialismo no paradigma jusconstitucional, sopesando o diálogo e o consenso como soluções democraticamente válidas, em nome da pacificação social. Atualmente, mais vale um compromisso de consenso, e que ele seja efetivo-realizável entre os interessados, que uma busca infinita em direção à verdade.

O processo civil é polarizado pela tutela jurisdicional qualificada, e a postura institucional determinada pelo jusconstitucionalismo brasileiro estabelece uma metodologia que interconecta fatores macro e intrassistêmicos, com isso, produzindo reflexos extrajudiciais e intrajudiciais. No diálogo entre as normas que estruturam as referidas técnicas, hoje, positivadas na legislação brasileira, para conferirem efetividade à tutela jurisdicional, necessário constatar que o standard do convencimento judicial não pode agravar ou dificultar a defesa da posição jurídica do consumidor.

A duração razoável do processo não permitiria isso. A preponderância da efetividade sobre a segurança não permitiria isso. Muito pelo contrário, se todo o ordenamento jurídico brasileiro, desde a previsão dogmática do texto das normas, encarrega o consumidor da produção de um mínimo de provas, para que lhe seja entregue a tutela jurisdicional, o juiz não pode exigir provas intensas, ou um grau de prova que dificulte a defesa da posição jurídica do consumidor.

Por imperativo tendenciado nessa estruturação, o juiz estará convencido antes mesmo do que ele restaria convencido na

média geral dos casos do direito privado. Ora, o consumidor é um vulnerável, e tal posição jurídica impulsiona a balança do formalismo em direção à tutela do direito do vulnerável. Daí que o consumidor deve produzir um mínimo de prova para demonstrar a respectiva posição jurídica e o desdobramento da relação que o colocou nessa posição – por exemplo, o fato de ser consumidor e estar sendo cobrado abusivamente. Trata-se de um patamar de prova menor que o standard da preponderância de provas.

A facilitação da defesa do consumidor repercute, inclusive, no convencimento judicial, no grau de suficiência das provas para evitar um julgamento com base na regra do ônus da prova.

2 OS TIPOS PRESUNTIVOS, O “VERTIMENTO LEGISLADO” DO ÔNUS DA PROVA E O DESVIO DE NORMALIDADE LEGAL-NARRATIVA COMO VÉRTICE DA INVERSÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA NO CDC

No Direito brasileiro cuja regulamentação geral é conferida pelo Código de Processo Civil, anota-se a *normentheorie* para se atribuir ônus da prova ao demandante, para o encargo de provar o fato constitutivo da respectiva afirmação. De outro lado, o réu tem o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo da afirmação do demandante (art. 373 do CPC). O ordenamento jurídico trata do tema nessa formatação geral, hoje em dia, com a possibilidade da dinamização do ônus da prova conforme o próprio CPC antecipa.

A defesa do consumidor é um direito fundamental cuja perspectiva objetiva, desde antes do CPC/2015, já viabilizava a relativização da regra geral sobre o ônus da prova. Nesse compromisso jusconstitucional, o legislador estabeleceu como um dos direitos básicos do consumidor, no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Na prática do foro, tal dispositivo enseja uma avalanche de verdadeiros pedidos, através dos quais se postula a “inversão do ônus da prova”, nos termos do CDC.

Entretanto, em direito do consumidor, a inversão do ônus de provar por decisão judicial (*ope judicis*) é uma manobra subsidiária porque excepcional. Daí que o pedido para inverter o ônus da prova – inversão que pode ser efetuada de ofício –, na melhor técnica, deveria ser um arrazoado peculiar, raramente utilizado, tendo em vista que o próprio legislador se antecipou ao juiz para, no próprio texto do CDC, “verter” o ônus da prova em uma modalidade diferenciada em relação ao Código de Processo Civil.

Note-se que a rotina do CDC é tutelar a posição jurídica do consumidor, inclusive, em juízo, daí que a própria lei (*ope legis*) *verte o ônus da prova em benefício do consumidor*, na medida em que o legislador elaborou um sistema jurídico diferenciado, um sistema jurídico que se vale de diversos esquemas de *tipos presuntivos*, como um direcionamento da proteção da posição jurídica do consumidor. Atualmente, na consolidação dos valores que dialogam na feitura das normas, não se trata de, meramente, impor um direito subjetivo – pelo contrário, na era da descodificação, os micro ou macrossistemas jurídicos estipulam posições jurídicas, e dessas posições são extraídas formas especiais de tutela.

Logo, quando a legislação demarca tipos presuntivos e, dissonante da rotina do CPC, acaba por redistribuir o ônus de provar, a modalidade da inversão do ônus da prova *ope judicis* torna-se operação subsidiária à redistribuição legal. Vale dizer que a inversão do ônus da prova, por determinação judicial, remanesce aos casos em que não é devida a redistribuição dos encargos através dos tipos presuntivos – em especial, a inversão do ônus da prova é devida, se for o caso, para a hipótese da responsabilidade do profissional liberal, onde é reclamada a culpa como nexo de imputação.

Desenvolvendo o texto do art. 6º, VIII, do CDC, a doutrina¹⁸ elabora considerações sobre a verossimilhança das alega-

18 DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, vol. 788, junho de 2001, p. 92 e seguintes.

ções, bem como sobre a hipossuficiência do consumidor, enquanto pressupostos para a inversão judicial do ônus da prova. No presente capítulo, o foco não é debater a ênfase no aspecto subjetivo¹⁹ da inversão judicial do ônus da prova, mas chamar a atenção para determinadas peculiaridades dogmáticas a partir do próprio texto da norma do art. 6º, VIII, do CDC, que, embora implicitamente discorra sobre a distribuição do ônus da prova como regra de instrução, repercute, em especial, no standard do convencimento judicial para a tutela do consumidor.

Com efeito, o texto do art. 6º, VIII, do CDC estabelece um elenco exemplificativo de ferramentas para a facilitação da defesa do consumidor, em juízo, ao escrever: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova”. A palavra “inclusive” surpreende que outras técnicas para a facilitação da defesa do consumidor são possíveis, além da técnica da inversão judicial do ônus da prova. Dentre as outras técnicas, que podem ser lembradas pela referência positivada, evidente que está a redução da intensidade do standard do convencimento judicial para a tutela do consumidor.

A relativização do standard do convencimento judicial, ou melhor, o preenchimento do standard para que o juiz se repute convencido e, assim, afaste-se de um julgamento com supedâneo no critério processual do ônus da prova, é decorrente de uma metodologia através da qual o legislador articula os seguintes modelos argumentativos consequenciais, ou modelos funcionais: (a) a elaboração de tipos presuntivos que, desde uma previsão abstrata, pelo legislador, já vertem o ônus da prova de maneira favorável ao consumidor; (b) e a previsão legal da inversão do ônus da prova por decisão do juiz, a depender do caso concreto, porém, quando a verossimilhança das alegações ou a hipossufi-

19 O aspecto subjetivo do ônus da prova é uma regra de instrução, que reparte os encargos de provar às partes. O aspecto objetivo do ônus da prova é uma regra de julgamento, decorrente daquele aspecto subjetivo, mas se trata de um critério do qual o juiz se vale quando as provas não preenchem o standard do convencimento, daí o julgamento ocorre por um desempate de natureza processual. Um aspecto não sobrevive sem o outro, agora, a pontual ênfase é quanto à regra de julgamento, porque o sistema jurídico reconhece juridicamente que a dúvida judicial é fundada quando ultrapassada a fase do convencimento judicial, quando o standard não é cumprido para convencer o juiz. Daí a importância da definição do standard, o que é possível no entrechoque do preconceito com o texto.

ciência do consumidor podem ser inferenciadas “segundo regras ordinárias de experiência”.

Existe liberdade de critérios a serem eleitos pelo juiz?

Justamente, quando o art. 6º, VIII, do CDC se refere ao “critério do juiz”, é preciso trazer à reflexão que tal critério está limitado pelo sistema jurídico, inclusive, com a força desses dois suportes metodológicos que encerram um compromisso, desde o legislador constitucional e até chegar à previsão do legislador infraconstitucional.

A questão dos tipos presuntivos e a questão do raciocínio inferencial, ambas em conjunto, permitem uma aproximação dogmática na busca do standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor, com base no texto da norma. Na prática, essas questões desenham o critério que orienta o juiz, daí um critério reclamado pelo âmbito de proteção das normas do sistema jurídico, e com a sorte de controlabilidade que a regularidade dos enunciados jurídicos promove – o primeiro indicativo legal, o tipo presuntivo, (a) opera no sentido positivo, afirmando uma posição jurídica em benefício do consumidor; o segundo indicativo legal, o recurso inferencial, (b) opera no sentido negativo, depurando as hipóteses contrárias à posição jurídica do consumidor e, assim, autorrestringe²⁰ o standard do convencimento.

Quando a própria lei redistribui o ônus da prova, algo diverso da regra geral tradicionalmente prevista no CPC (art. 373 do NCPC *versus* os tipos presuntivos do CDC), em realidade, *não ocorre uma inversão do ônus da prova por operação do juiz, antes ocorre uma mera atribuição do ônus da prova, daí com fundamento no direito material, desde o direito material, que é pré-ponderado pelo legislador que elaborou o CDC.* O importante é constatar que o direito do consumidor brasileiro é comumente estruturado por intermédio de tipos presuntivos, que melhor ou otimamente privilegiam a defesa da posição jurídica do consumidor e que, por decorrência, reservam, ao fornecedor, o encargo de afastar as presunções le-

20 A denominação autorrestricção se deve à natureza meramente dogmática da pretensão do ensaio, que não avança em questão de lógica ou, mesmo, de fundamento jusfilosófico. Ver MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 203 e seguinte; e Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais, op. cit.*, p. 276 e seguintes.

galmente antecipadas em benefício do consumidor. A leitura do texto de algumas normas remete a essa sorte de proteção.

A referência a alguns tipos legais são autodidáticos.

Na responsabilidade pelo fato do produto, o art. 12, §3º, do CDC estabelece que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocação do produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” Na responsabilidade pelo fato do serviço, o art. 14, §3º do CDC estabelece que “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Vale dizer que os danos decorrentes do acidente de consumo somente não serão ressarcidos, ao consumidor, quando, e somente quando, o fornecedor excepcionar a presunção tipificada nas regras legais.

O art. 23 do CDC refere que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”. O elemento normativo da culpa não permite afastar a consequência jurídica que tutela o consumidor, em face dos vícios dos produtos e dos serviços, até porque a culpa não pode ser alegada como justificativa. O esquema de proteção contra os vícios, no direito do consumidor, é diferente da abordagem utilizada pelo Código Civil e, em geral, pelo direito privado.

Deveras, o sistema de defesa do consumidor enaltece a proteção da confiança como uma base do ordenamento, tanto que a definição de vício que compromete o dever de adequação do produto ou serviço é a segurança (arts. 12, §1º e 14, §1º) ou a finalidade (arts. 18 e 20, §2º), aspectos decorrenciais ou derivativos de um estado de coisas que o próprio legislador regulamentou como padrão. Daí que o dolo ou o elemento normativo culpa possuem falhas estruturais na consideração da responsabilidade, o que implicou o afastamento desses pressupostos em se tratando de direito do consumidor.

Exemplo mais candente está gravado na Medida Provisória número 2.172-23, de 23 de agosto de 2001, que, recentemente, reforçou o esquema de imputações previsto pelo CDC, quando ela “estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração”.

Essa Medida Provisória é veemente no respectivo art. 3º, ao estabelecer que “nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação”.

O texto da norma é clarividente e implicativo no sentido de reputar provado quando, e sempre quando, não está contraprovado – trata-se de argumentação fundada em consequências que, desde fora, desde o direito material, está avistada a qualidade da posição jurídica privilegiada, ao consumidor, sendo que somente uma impugnação fundada pode retirar a força da presunção legalmente atribuída.

A declaração da nulidade de cláusulas contratuais pode ocorrer de maneira direta (abstrata, art. 83 do CDC) ou com base no conteúdo mesmo das cláusulas contratuais, quando a nulidade é decorrente da abusividade referenciada por critérios que repercutem a concretude dos casos (arts. 51, 53 e 6, V do CDC), salienta Cláudia Lima Marques²¹. Agora, qualquer ponderação judicial – mais abstrata ou mais concretista – deve perceber a natureza categórica da legislação, quando se aponta a sanção da nulidade, até porque a própria lei estabelece que a interpretação do contexto das cláusulas contratuais entre si, bem como a interpretação do conteúdo das cláusulas, no confronto com as demais normas do sistema, deve resultar em uma interpretação benéfica ao consumidor (art. 47 do CDC).

21 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1150/1.

A tutela declaratória da nulidade de cláusulas, ou tutela revisional de cláusulas contratuais, ou ainda a tutela desconstitutiva de cláusulas contratuais, são espécies que reclamam uma adequação do contrato aos padrões estipulados pela lei de ordem pública, que está entabulada nas regras do direito do consumidor. Assim, o maior trabalho para o Judiciário, nessas hipóteses, é coletar o contrato ao processo, porque nem sempre o contrato está à disposição do consumidor.

Na impossibilidade de o contrato ser apresentado, pelo consumidor, o próprio ordenamento fixa uma presunção de veracidade das afirmações, em benefício do consumidor, quando ocorre o descumprimento do dever da exibição do contrato (art. 400 do NCPC), porque é ônus do fornecedor armazenar as informações sobre a contratação. Finalmente, a declaração da nulidade, ou a revisão de cláusulas contratuais, que enseja o exame de dispositivos documentados em contratos, o exame de provas que são instrumentos pré-constituídos ao processo, ou provas que preexistem ao processo, acaba dispensando um aprofundamento do convencimento judicial – isso ocorre porque o critério do convencimento é comparativo-linguístico entre as normas categóricas elencadas em lei de ordem pública *versus* as disposições contratuais, em contratos que devem ser claros e precisos, porque é dever básico do fornecedor atender ao princípio da transparência.

Com a juntada do contrato ao processo, ou mesmo com a presunção da veracidade do afirmado pelo consumidor (art. 400 do NCPC), o juiz avalia as circunstâncias no entorno da formação, do desenvolvimento e dos efeitos da contratação. Óbvio que ele avalia tudo isso sem utilizar subjetivismos ou intuições misteriosas, mas antes o juiz coteja o negócio jurídico para com os critérios²² objetivos que a lei indica como indispensáveis à preservação do equilíbrio material na relação negocial, daí se valendo de fatores que vinculam a preservação da condição jurídica

22 Cláudia Lima Marques refere os critérios que a doutrina alemã utiliza para referenciar o controle do conteúdo do contrato, dentre os quais estão, exemplificativamente: o momento da contratação, a situação financeira dos negociantes, os efeitos decorrenciais a terceiros, por fato dessa contratação, a forma da contratação, o caráter adesivo ou paritário do contrato, a estraneidade ou a familiaridade entre os contratantes e o grau de desequilíbrio fático entre os negociantes. *Idem*, *ibidem*, p. 1151/2.

dos sujeitos²³. A cognição judicial percebe parâmetros jurídicos em confronto – contrato *versus* normas do ordenamento –, sendo que, em geral, pondera sobre práticas correntes do mercado, como juros, comissão de permanência, tarifa de serviços bancários, questão da adesividade ou hipervulnerabilidade²⁴, o que não representa uma intensificação ou majoração *de grau* do convencimento judicial.

Nesse diapasão, o legislador esquematiza tipos presuntivos que consistem em *técnicas para facilitar a defesa do consumidor em juízo*.

Tudo sopesado, evidente que no sistema do CDC – um sistema que reúne normas de direito material e de direito processual – o ônus de provar é organizado, algo diferente da regra geral do Código de Processo Civil, porque o dever de tutelar o consumidor abstrai o critério da posição jurídica do autor ou do réu (art. 373 do NCPC) no processo, para, então, determinar que o ônus de provar seja atribuído na função da categoria jurídica do sujeito. A questão da posição jurídica: logo, cabe ao fornecedor, em linha de princípio, desfazer a presunção legal. Conforme Barbosa Moreira, a presunção legal é uma norma especial em relação à regra geral: “a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de provar o contrário independentemente da sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu”²⁵.

Isso não quer dizer que o consumidor esteja dispensado da produção de qualquer prova no processo. Ele deve comprovar a própria posição jurídica assim como deve demonstrar a “normalidade” do “evento de consumo”, de maneira a conferir verossimilhança à narrativa. O Código do Consumidor que encerra toda uma gama de tipos presuntivos, desde a previsão abstrata,

23 A demonstração do desequilíbrio objetivo em uma contratação, o que sobremaneira é argumento repetitivo em contratos bancários, não requer dose significativa de particularismos. Vale dizer que o desequilíbrio que revisa, ou não revisa, uma determinada cláusula contratual é medida visualizada na virtude da repetição de demandas que, assim, salientam a falta de parâmetros que o fornecedor acusa quando ele se desgarra das práticas correntes do mercado. Uma posição semelhante em MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 721.

24 Respectivamente, artigos 54 e 39, IV, do CDC.

25 MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de direito processual* (primeira série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 60.

desde o âmbito de proteção das normas, desde o direito material, acaba, portanto, rebaixando o ônus argumentativo do consumidor, sendo que o consumidor somente deve demonstrar a sua posição jurídica (de consumidor) bem como a natureza da relação firmada (pretensão de tutela ressarcitória, revisional, mandamental, dentre outras).

Ou seja, o consumidor – assim comprovado como tal – deve apontar e demonstrar se houve um dano a ser ressarcido, se existe risco de ilícito, se é caso de algum vício do produto ou serviço, ou se a questão é pela invalidade de cláusulas contratuais, porque a derivabilidade desses enquadramentos é vinculada pela norma. A derivabilidade posta pela norma jurídica liga uma situação jurídica aos eventos que ela mesma, a norma, reputa socialmente relevantes.

Contudo, aqui, a derivabilidade é utilizada no sentido de coesão narrativa ou de heterointegração²⁶ da narrativa processual àquilo que está sendo argumentado no processo – nessa solução de presunção está o rebaixamento do standard, porquanto o juiz não elabora complexa operação mental para se reputar convencido. O convencimento advém ao natural das assertivas esquematizadas pelo legislador.

A derivabilidade, na virtude da norma, por exemplo, ocorre quando um consumidor alega que viajou de avião e que houve o extravio de sua bagagem, sendo que a companhia aérea somente devolveu os objetos após transcorridos dez dias de viagem, oportunidade em que o consumidor retornava ao seu país de origem. O consumidor postula a indenização por dano extrapatrimonial, e a lei refere, no âmbito de proteção textual da norma, que o fornecedor é responsável, quando ele presta o serviço de transporte e acontece esse tipo de evento, o que normativamente liga o dever de responder ao fato-base alegado.

Essa narrativa processual não merece reparos, ela está presumida como uma sucessão de acontecimentos (diacronia), aos

26 A coesão como justificação externa da narrativa, no sentido empregado por Jerzy Wróblewski e ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 228 e seguintes.

quais o contexto normativo confere coesão em narrativa processual (sincronia²⁷), ou seja, não se discute sobre a vinculação entre a categorização do sujeito e o evento que o teria prejudicado, a lei já presumiu essa ordem de eventos, essa ordem de premissas, mesmo com base em uma prova singela – um bilhete de passagem e o extrato de *check in* da bagagem. O legislador efetua o nexo de imputação entre as premissas da causa e efeito da norma. Agora, se o juiz decide que não houve dano extrapatrimonial porque a bagagem, afinal, fora devolvida ao cabo da viagem, mesmo ultrapassados dez dias, e mesmo quando o sujeito retornava de sua empreitada, é necessário ressaltar que tal pronunciamento não quebra o standard do convencimento judicial presumido, porque o afastamento da indenização não quebra o nexo de imputação que o legislador conectou funcionalmente.

O afastamento da indenização, somente, considera ausente um dano, enquanto um efeito mais consequencial que estrutural do fenômeno, isso quer dizer que a avaliação valorativa sobre o dano sopesa fatores mais econômicos que jurídicos. O juiz se considera convencido quanto ao desdobramento da causa e da consequência do evento, todavia, para ele, o dano está absorvido pela adequação social ou pela ausência de lesão significativa. Trata-se de uma maneira de considerar o fenômeno, que encontra certo respaldo na jurisprudência. O importante é deixar claro que retirar o dano, e não condenar o fornecedor, nessa hipótese, é coisa diferente do nível de standardização do convencimento – simplesmente, porque o juiz já está convencido sobre a causa-efeito, ele apenas não reputou economicamente viável a indenização, porque se trataria de “mero incômodo”.

De qualquer maneira, o tipo presuntivo, que é nota comum do CDC, não trata de dinamizar o ônus da prova (o que caracterizaria uma inversão judicial do ônus).

Em direito do consumidor, o tipo presuntivo *atribui ou verte*, desde a previsão abstrata, o ônus da prova, ao sujeito ou à

27 Utilizando outros referenciais, porém, diferenciando o que é matéria pertinente à apuração dos fatos (probatória) e matéria pertinente a uma valoração de conceitos jurídicos, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual* (segunda série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 70.

categoria que funcionalmente está ligada às circunstâncias ou às condições que justificam a imputação normativa. O princípio da proximidade²⁸ da prova ou princípio da referibilidade da prova, segundo Adolfo di Majo²⁹, encarrega, à parte processual, de comprovar o que está na sua esfera de controle objetivo.

Nesse sentido, o importante é convencer e demonstrar, ao juiz, que o conjunto de fatos coloca o sujeito processual na categoria jurídica de consumidor, sendo que os vínculos fáticos daí advindos não são elaborados por um processo mental³⁰ complexo e subjetivo, antes são consequências legais, portanto, elas decorrem de uma derivabilidade presuntiva posta – não meramente suposta – pela norma jurídica. O tipo presuntivo se antecipa ao processo mental do juiz, à medida que o legislador já levou em conta as conexões que *normalmente acontecem* entre os fatos que ensejam a categorização do sujeito como um consumidor e as respectivas ocorrências em termos de mercado de consumo (*quod plerumque accidit*).

O legislador previne conexões fáticas, ficando a descoberto soluções valorativas mais econômicas que jurídicas (o caso do dano). O que interessa para o standard do convencimento, portanto, é a prova do fato no conjunto de conexões imputativas que ele encerra.

28 Taruffo critica o critério da proximidade para a distribuição do ônus da prova, quando alerta que essa modalidade poderia ser epistemologicamente válida, porém, poderia levar a excessos. Para o autor, é mais aconselhável adotar um critério de sanções (*disclosure*) em que cada parte deveria produzir todas as provas que tivesse disponibilidade. *Uma simples verdade, op. cit.*, p. 267. A qualidade linguística do texto escrito por Michele Taruffo e a paixão com que ele defende a dimensão epistêmica do processo são, evidentemente, conquistadores. De qualquer maneira, um leitor brasileiro deve considerar, no mínimo, algumas particularidades. A jurisdição brasileira é diferente da italiana e, sobretudo, é diferente da jurisdição dos países mais evoluídos da Europa – a Alemanha e a Inglaterra. Além disso, qualquer dose de prática, nos tribunais brasileiros, é suficiente para constatar que uma vitória sem razão é mais comemorada que uma razão sem vitória. Um modelo processual fundamentado na boa-fé e na cooperação é louvável, sempre, e as normas devem impor esse estado ideal de coisas, isso está no art. 10 do NCPC. No entanto, um realismo moderado sopesa a implicação normativo-ideal no confronto com a cultura da desigualdade brasileira, principalmente, no interior desse país-continente, porque, aqui, são necessárias soluções socorristas em que, possivelmente, um imperativo processual epistêmico fundado na confiança acabaria perdendo espaço. O Estado-juiz deve prestar cooperação às partes, isso não se discute, mas normas rígidas de *disclosure*, que se estruturam por deveres *inter partes*, não necessariamente assimilarão uma dimensão epistêmica ao processo brasileiro. Antes, elas poderão produzir baixas colaterais em termos de aplicabilidade e alargamento do tempo no processo. O brasileiro não tem muito tempo, ele é pobre, ele trabalha demais, ele ganha pouco, ele deposita muita esperança em uma solução célere do processo civil de resultado.

29 O autor utiliza a denominação princípio da “vicinanza” ou da “riferibilità”. DI MAJO, Adolfo. *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 259.

30 Barbora Moreira, As presunções, *op. cit.*, p. 57.

Conforme Taruffo, “uma norma impõe ao juiz que tome por verdadeiro um fato alegado por uma parte, sem que desse seja dada qualquer prova (em particular por iniciativa da parte que alegou o fato); a verdade desse fato resta vinculante para o juiz se a outra parte não prova o contrário. Poder-se-ia observar, então, que as normas que estabelecem presunções fazem com que a decisão final ocupe-se dos fatos somente quando a prova contrária for fornecida. Se não houver prova contrária, a decisão não levará em consideração os fatos, visto que derivará diretamente da aplicação da norma que determina a presunção”³¹. Os tipos presuntivos elaboram um metajuízo. Em outras palavras, as presunções legais correntemente utilizadas no direito do consumidor brasileiro elaboram *um juízo sobre um juízo* de ponderação das normas. A própria legislação irradia uma tendência sobre o juízo do fato, quer dizer, para decidir sobre os fatos da causa, o juiz não precisa formular complexas operações mentais ou subjetivas, porque o prognóstico da causa já está de antemão assentado ou abreviado pelo módulo que o legislador considerou.

O Código do Consumidor refere que um sujeito deve ser indenizado quando ele é reputado consumidor e quando não é afastada a presunção legal que lhe protege. A presunção somente é afastada por intermédio de exceções taxativas, sendo positivado na lei um critério verofuncionalizado³². Os tipos presuntivos polarizam a balança em defesa do consumidor, assim, eles afirmam que um standard do convencimento fundado em um mínimo de atividade probatória enseja a tutela jurisdicional do consumidor e afasta o julgamento com base na regra do ônus da prova. Não é preciso que as provas sejam preponderantes ao consumidor; basta que as provas sejam mínimas, em benefício do consumidor. Quando essa impressão acontece, o ônus de desfazer a presunção encarrega a contraparte.

31 *Uma simples verdade*, op. cit., p. 263/4.

32 Verofuncional é uma lógica que assimila polaridades – ela opera em dicotomias, por intermédio de conjunção (“e”), disjunção (“ou”), negação (“não”), ou implicação material (“se...então”). Um legado do silogismo, sendo que os próprios corifeus do positivismo mais ortodoxo, mesmos os que talvez refutem uma standardização do convencimento judicial, são obrigados considerar essa lógica, pois é a velha lógica. Ver MACCORMICK, Neil. Argumentação fundada em exceções (*arguing defeasibly*). *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 318.

Logo, o standard do convencimento judicial na tutela jurisdicional do consumidor rebaixa o patamar comumente utilizado no direito privado, trata-se de um standard diferenciado, decorrente de um sistema protetivo diferenciado. Para evitar um julgamento com base na regra do ônus da prova, em direito do consumidor, não deve ser buscado uma convicção com a força da preponderância das provas, porque todo o sistema legal promove a facilitação da defesa do direito do consumidor.

O consumidor está encarregado de uma mínima atividade probatória, no sentido de demonstrar a sua categoria jurídica e, finalmente, não ter, contra si, argumentos contundentes que afastem a presunção legal. A doutrina brasileira³³ salienta que o modelo de constatação ou o standard do convencimento judicial denominado como uma mínima atividade probatória é uma construção do Tribunal Constitucional espanhol e consiste em um encerramento operativo tendente a eliminar dúvidas ou variações subjetivas que desqualificariam a racionalidade da solução judicial. Nisso, observa-se uma tendência em definir por método de eliminação, na medida em que a mínima atividade probatória seria tudo o que não pode ser afastado.

A crítica corrente é que não estaria claro o que significa essa mínima atividade probatória, qualitativa e quantitativamente falando, porque definir por eliminação³⁴ é exercício facultado a qualquer modalidade de standardização. Todavia, a caracterização da mínima atividade probatória atende, em primeiro lugar, à normatividade que o direito material polariza para a tutela jurisdicional do consumidor brasileiro. Além disso, a defesa do consumidor deve ser facilitada, inclusive, em juízo, o que determina o rebaixamento da intensidade ou do grau de confirmação para que o juiz se declare convencido e, assim, afaste um julgamento

33 BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 158.

34 A crítica também merece uma crítica em seus próprios termos, porque a standardização do convencimento não é um mecanismo de prova, porém, com base em um grau de confirmação, o standard afirma um critério. O tipo presuntivo – técnica mais utilizada pelo CDC – assenta uma maneira de olhar as coisas, daí equilibrando juridicamente o que é desigual faticamente. “Nessun ragionamento presuntivo è così evidente da sfuggire alla verifica del contraddittorio: la presunzione insomma non è un mezzo legale di prova, ma un criterio orientativo della ricerca”, e não apenas *della ricerca*, mas que também afirma conclusões ou práticas sobre o juízo do fato. Ver Alessandro Giuliani, *Prova in generale*, *op. cit.*, p. 533.

com base na regra do ônus da prova. Em segundo lugar, e também com reforço na dogmática do direito material, é necessário constatar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro combate o desequilíbrio fático entre os debatedores do processo através de normas jurídicas que estabelecem um norte para a definição da mínima atividade probatória, ou seja, uma suficiência de provas para convencer o juiz.

O modelo coerencial, o modelo hermenêutico e o modelo argumentativo, para a correção das soluções normativas, são somados ao modelo dedutivista, no atual quadrante constitucional. Não bastasse a conjuração jusfilosófica, o CDC estabelece uma cláusula de abertura em seu art. 7º: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

Para quem não confia nas tendências da teoria do direito, o texto da norma é cristalino ao pontuar que a defesa do consumidor pode se valer de disposições previstas em outras leis, inclusive na “legislação interna ordinária”. Ainda mais quando se trata de outra lei que, assim como o CDC, adensa o princípio constitucional da igualdade, tutelando os vulneráveis³⁵.

A Lei 8.213/91 é contemporânea do CDC e, além da proximidade temporal, essa lei também protege um vulnerável, contemplando a eficácia vertical³⁶ dos direitos fundamentais. É sabido que cada benefício previdenciário possui uma peculiaridade processual, por exemplo, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e aposentaria especial, em geral, consistem em benefícios que judicialmente demandam uma prova pericial. No entanto, mesmo um meio de prova pericial³⁷ não sig-

35 Ver MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

36 O CDC reproduz a eficácia horizontal, a lei previdenciária regulamenta a relação entre um particular e uma entidade pública, portanto, reflete a eficácia vertical do direito fundamental (*drittwirkung*).

37 O meio de prova pericial não é sinônimo de convencimento judicial aprofundado. Com efeito, o juiz avalia a perícia lendo as conclusões do perito, e daí tentando entender a linguagem técnica que o experto

nifica dizer que o convencimento deva ser aprofundado, como algures referido.

A leitura do texto da lei somada a uma pequena dose de prática nas rotinas dos foros surpreendem que o benefício de aposentadoria – mesmo com a prova pericial – concedido ao trabalhador rural, seja a aposentadoria por tempo de serviço rural, seja a aposentadoria por idade, encerra o mais difícil contexto de provas judiciais, em processo previdenciário. Porém, a dificuldade para provar o fato jurídico é decorrente do caráter histórico da lembrança relatada pela testemunha, na medida em que o segurado previdenciário, de resto, está se aposentando porque trabalhou desde há muito tempo. Isso não implica, por si só, em uma intensificação do standard do convencimento judicial. Nesses casos, embora se levante um particular museu sobre a vida do sujeito, algo histórico e perdido no tempo distante da juventude de uma pessoa idosa, a dificuldade das testemunhas em lembrar os fatos antigos é sopeçada pela recorrência dos próprios relatos, algo cultural. Com efeito, é notório que os habitantes do meio rural brasileiro são pessoas humildes, e que tais pessoas possuem dificuldades para arquivar demonstrações complexas. Inclusive, o legislador internaliza essa condição, daí facilitando a ratificação da prova oral, em processo previdenciário, pelo que ele denominou de “início de prova material”, consoante previsão do art. 55, §3^o³⁸, da Lei 8.213/91: “A com-

atestou. Um caso pode ser complexo sem ter perícia, e outros tantos casos podem ser simples, embora tenha ocorrido a perícia. Agora, se a perícia for sinônima de convencimento judicial aprofundado, das duas, uma: ou o juiz não poderia contrariar, jamais, a perícia; ou, de plano, o juiz deveria entregar o processo ao perito, e que o próprio experto elabore o julgamento. Afinal, o convencimento seria do perito, e não do juiz. Evidente que o sistema jurídico prevê que o juiz pode se distanciar das conclusões periciais, justificadamente – o juiz sempre deve justificar todas as suas impressões. Portanto, isso quer dizer que o sistema jurídico encerra critérios que tornam o convencimento aprofundado, ou não, a depender da natureza do direito material em debate, a depender da substância ou do objeto do processo, porque, desde uma previsão abstrata do ordenamento, desde um critério *merit-based* é que se fornecem os elementos sobre a intensidade do que significa a conclusão do “estar convencido”. O “estar convencido”, em sistemática jurídica-argumentativa, onde é inerente a pretensão de correção das decisões, acaba não sendo uma conclusão meramente pessoal – é uma conclusão decorrencial.

38 A normatividade desse texto da norma se concretizou em diversos enunciados jurisprudenciais, por exemplo: Súmula 6/TNU: «A certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início razoável de prova material da atividade rurícola.» Súmula 14/TNU: «Para a concessão de aposentadoria rural por idade, não se exige que o início de prova material, corresponda a todo o período equivalente à carência do benefício.» Súmula 34/TNU: «Para fins de comprovação do tempo de labor rural, o início de prova material deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar.» Súmula N^o 73 - TRF 4^a: “Admitem-se como início de prova material do efetivo exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental”.

provação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.”

A questão não é sopesar a Lei de Benefícios Previdenciários em relação ao direito do consumidor, antes é assinalar que a mínima atividade probatória – enquanto um standard que rebaixa o ônus de provar – não é algo inédito no sistema jurídico brasileiro. O que implica o manuseio do standard da mínima atividade probatória é a necessidade do direito material (*merit-based* – critério externo ao processo), é a vulnerabilidade do sujeito a ser tutelado pelo processo. Como o processo está impregnado do direito material, como a tutela jurisdicional deve emprestar uma solução qualificada às necessidades do sistema jurídico, o convencimento judicial deve observar esse diálogo entre as fontes jurídicas, que encerram um diálogo coordenativo de influências recíprocas.

Mais recentemente, a Lei 11.718/08 pormenorizou o que seria esse “início de prova material”, previsto na Lei de Benefícios Previdenciários, ao elencar um rol exemplificativo de documentos, e ao conferir uma nova redação ao art. 106 da Lei de Benefícios Previdenciários (LB): “A comprovação do exercício de atividade rural será feita, alternativamente, por meio de: I – contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social; II – contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; III – declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; IV – comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar; V – bloco de notas do produtor rural; VI – notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor; VII – do-

cumentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante; VIII – comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção; IX – cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou X – licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra.”

O início de prova material é um indicativo, porque não seria apenas esse início de prova material que solucionaria a questão em juízo. Daí resulta o seguinte: se a prova material é apenas um “início”, e se as testemunhas relatam fatos antigos, quiçá, praticamente esquecidos no tempo, como conferir certeza à conclusão que exsurge desse contexto?

O legislador subentende essas dificuldades. Mais que isso, o sistema jurídico presume que as provas são frágeis, quando isoladas, no processo previdenciário rural. Mesmo assim, o sujeito não pode ser prejudicado, porque se trata de um vulnerável, e ele não teria outros meios para produzir uma melhor prova. Na prática previdenciária, em juízo, aparecem três testemunhas para dizer que o sujeito trabalhava com a família, em uma pequena propriedade, e produzia X, Y e Z produtos. Isso não significa aprofundar a cognição. Isso não elucubra maiores complexidades no convencimento. De qualquer maneira, e respeitando uma crítica em contrário, é necessário salientar que o legislador, desde o direito material, implantou um sistema protetivo do vulnerável, através da Lei de Benefícios Previdenciários, repercutindo a expressão inédita do “início de prova material” como se ela fosse um “mínimo de provas”, como uma solução de alternatividade, algo diferente da velha prova de evidência. Tudo sopesado, desde o direito material, está para tutelar a posição jurídica de um vulnerável (idoso, enfermo, rurícola).

No direito do consumidor, inicialmente, esse quadro de imputações também é válido. Não para definir que a prova deve, necessariamente, ser documentada ou ter um “início de prova material”.

Muito pelo contrário.

Ora, *ninguém* duvida que um sujeito possa deixar o celular em uma loja, para o conserto, e além de a loja não entregar um documento em promessa de conserto, ainda pode acontecer de a loja devolver o celular com outros danos, daí totalmente quebrado. Também, *ninguém* duvida que um sujeito possa adentrar em um banco e, de quebra, ser assaltado, dentro do banco mesmo. Os exemplos são infinitos, pois *ninguém* duvida que um sujeito deixe o carro na garagem de um shopping e, nesse meio-tempo, ele tenha o som automotivo furtado.

As situações são corriqueiras, sobretudo massificadas.

Um cenário que retoma a necessidade do direito material do consumidor, desde as implicações constitucionais que remetem a um dever de proteção do vulnerável. Em direito do consumidor, parte-se do pressuposto finalístico da vulnerabilidade do sujeito. Condição jurídica que é reforçada pelo caráter massificado dos negócios encetados. Não se fala em longinquidade diacrônica (velhice) da prova tampouco início de prova material, todavia, é devido falar na posição de desvantagem argumentativa por ocasião da inerente vulnerabilidade que o sistema pressupõe somada à massificação dos negócios. Daí que a normalidade das narrativas, em direito do consumidor, culmina no encerramento de uma mínima atividade probatória como subproduto de uma metodologia processual que rearticula a verossimilhança, o que de normal ocorre, para com a desvantagem inerente, a vulnerabilidade.

O juiz é consumidor, o enfermo é consumidor, o pesquisador é consumidor, o político é consumidor, o recém-nascido também é consumidor. Até o governante é consumidor. Enfim, todo mundo já foi, ou será, um consumidor, o que resulta na impossibilidade de o legislador elencar um rol de provas mínimas para a tutela da posição jurídica do consumidor, assim como se formulou na Lei 8.213/91. No mesmo sentido, o legislador não poderia vincular o consumidor a provas documentais, até porque os grandes problemas estão quando não existem documentos para formalizarem as relações.

Atento à massificação das demandas, bem como levando em conta a premissa de que *#somostodosconsumidores*, o legislador conectou a facilitação da defesa do consumidor a regras de experiência (*quod plerumque accidit*), sendo que o sistema reflete o que de comum acontece na vida das pessoas.

Voltando ao texto do art. 6º, VIII, do CDC, sem muito esforço, é possível repartir a seguinte sistematização:

Art. 6º, 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) 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,
	(b) for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente
	(c) segundo as regras ordinárias de experiências;

O caráter exemplificativo das técnicas para a facilitação da defesa do consumidor, acima afirmado, remete a duas percepções finais. Situações que estão no texto da lei e aparelham a regra geral do standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor.

Em primeiro lugar, o CDC refere (itens ‘b’ e ‘c’): “verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Observe-se que não existe vírgula entre “verossímil ou hipossuficiente”, o que confere uma solução de alternativa em somatório. Ou seja, ambas as modalidades processuais chegam a serem alternativas entre si, mas elas duas devem ser adequadas ao que está após a vírgula – “segundo as regras ordinárias de experiência”.

Portanto, a questão da ordinaryidade da experiência é uma condicionante tanto para a questão da verossimilhança³⁹ como para a questão da hipossuficiência, o que, de resto, vai ao encontro do critério da mínima atividade probatória que o sistema ju-

³⁹ Contra, afirmando que, no caso especial do CDC, a verossimilhança não está atrelada ao *id quod plerumque accidit* – apenas a hipossuficiência é que estaria atrelada às regras gerais de experiência, ver Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso, op. cit.*, p. 87.

rídico de proteção do consumidor afirma desde a Constituição. A verossimilhança e a hipossuficiência, com efeito, são desdobramentos processuais de um mesmo substrato do direito material e da realidade social – a vulnerabilidade.

Em segundo lugar, as regras ordinárias de experiência (parte final do dispositivo) são uma referência *desde fora* a todo um esquema de facilitação da defesa do consumidor (parte inicial do dispositivo) – o que acontece, *inclusive*, com a inversão *ope judicis* do ônus da prova.

A diferença entre a verossimilhança⁴⁰ e a probabilidade é polêmica. Contudo, mesmo sem aprofundar em definições⁴¹, pode-se identificar que a prática aproxima a verossimilhança e a probabilidade⁴², compatibilizando-as através de um utilitarismo⁴³ argumentativo que, em um primeiro momento, assinala uma referência objetiva do possível (aspecto positivo) e, em um segundo momento, afasta uma razão que deixaria *anormal* a narrativa afirmada.

Comenta-se que a doutrina alemã encampa o standard da verossimilhança, porque esse critério pormenoriza o requisito da suficiência da prova para, assim, afastar o julgamento com base na regra do ônus da prova (art. 373 do NCPC). Nesses termos, “o convencimento reputar-se-á válido e legítimo na presença de um *alto grau de verossimilhança* em que as *dúvidas subjetivas*, ou seja, as *dúvidas do juiz ‘in concreto’* sejam descartáveis. Então, sob essa ótica, *dever-se-á, primeiramente, verificar se a convicção*

40 Nesse comentário sobre a verossimilhança também se encaixa a hipossuficiência pois, junto com a verossimilhança, a hipossuficiência está vinculada a regras ordinárias de experiência (art. 6º, VIII, do CDC), pelo menos, segundo o texto da norma elaborada pelo legislador brasileiro.

41 Calamandrei elenca a possibilidade, a verossimilhança e a probabilidade como padrões em uma espécie de escala aproximativa à questão da verdade. Ver CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza* nel processo civile. In CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). *Opere Giuridiche*, vol. V. Napoli: Morano Editore, 1972, p. 620/1.

42 A probabilidade e a verossimilhança são operações que sempre se fundiram, na prática, mesmo na vigência do revogado art. 273 do CPC/73. Tanto é que o Novo CPC estabelece: “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” Note-se que a probabilidade é um elemento que deve ser somado aos demais – o perigo de dano “ou” o risco ao resultado útil do processo; em cada uma dessas últimas hipóteses, é caso da tutela de urgência satisfativa ou é caso de tutela de urgência cautelar. A probabilidade do direito é uma constante, mesmo que a crítica comente que o direito não seria provável, ele existe, ou não existe.

43 GIULIANI, Alessandro. b) Teoria dell’argomentazione. *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV. Milano: Giuffrè, 1975, p. 32.

foi atingida, para, logo após, examinar os elementos que dela se afastam, ou seja, as *dúvidas*. A qualificação teórica das dúvidas mencionadas na fundamentação da decisão é que servirão de *critério*. As dúvidas abstrato-negativas (teóricas) deverão ser desprezadas, enquanto que as dúvidas concreto-positivas viciarão a convicção judicial⁴⁴.

Esse movimento metodológico, que se atribui à doutrina alemã, em linha de princípio, efetua um exercício positivo para determinar a intensidade da prova que convence o juiz, e não desconsidera, para qualificar esse suporte, um outro movimento, daí negativo, que confronta aquele contexto probatório à normalidade inferenciada das regras experienciais. É quase um procedimento por eliminação, o que não elide a sua adoção como um critério acessório, proposta que ratifica a presente exposição.

As normas-tipo e a inversão judicial do ônus da prova, ambas sopesadas pelas regras ordinárias de experiência – ainda mais no cenário repetitivo e massificado das relações de consumo –, refletem esse esquema circular, que se trata de uma compatibilização argumentativa em dicotomias, conforme o padrão kantiano⁴⁵. O ordenamento jurídico brasileiro elabora um exercício argumentativo análogo, embora a nomenclatura ora defendida aqui se reporte a um standard da “mínima atividade probatória”. Isso acontece tanto porque existe uma lei brasileira (Lei 8.213/91) que flerta com a definição ensaiada, como porque a realidade social do consumidor brasileiro é algo diversa da realidade em que aplicada a doutrina tedesca.

Com uma variação definicional, Marinoni parece defender, na essência, o rebaixamento do standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor, quando ele refere: “Frise-se que, em um caso com esse (de defeito na composição de remédio), a relação de consumo é marcada pela violação de uma norma que objetiva dar proteção ao consumidor. O fabricante que viola essa norma assume o risco da dificuldade de prova da causalidade. Se a prova da causalidade é difícil, basta que o juiz che-

44 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39.

45 Kant, *Lógica*, p. 81.

gue a uma convicção de verossimilhança para responsabilizar o réu. Essa convicção de verossimilhança, é claro, não se confunde com a convicção de verossimilhança da tutela antecipatória, pois não é uma convicção fundada em parcela das provas que ainda podem ser feitas no processo, mas sim uma convicção que se funda nas provas que puderam ser realizadas no processo, mas, diante da natureza da relação de direito material, devem ser consideradas suficientes para fazer crer que o direito pertence ao consumidor.”⁴⁶ O autor arremata: “Essa convicção de verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova, e assim, em princípio, seria distinta da inversão do ônus da prova.”

No mesmo sentido, Eduardo Cambi⁴⁷ adverte sobre a especialidade da tutela jurisdicional do direito do consumidor, na medida em que a essência dos institutos desse ramo do direito material implica uma solução de compensação no lócus processual. Ou seja, as regras do processo civil, como o ônus da impugnação específica (art. 341 do NCPC), que outrora foram pautadas pela autonomia privada e pela isonomia formal, devem observar a vulnerabilidade do consumidor e a massificação dos negócios, fenômenos contemporâneos e que não permitem uma aplicação pura e simples de uma presunção contra o consumidor. Pelo contrário, o sistema jurídico estabelecido para a proteção do consumidor implementa uma reação aos ditames clássicos do direito privado e do velho processo civil – daí que as presunções, as normas-tipo e a normalidade das experiências, pendem para o lado do consumidor. Em contrapartida, isso relativiza o standard do convencimento, nessas hipóteses, e onera o fornecedor.

A doutrina é repleta de comentários sobre a inversão do ônus da prova, festejando o advento do CDC. Todavia, é muito difícil haver incursões no tocante ao standard do convencimento.

46 MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Academia brasileira de direito processual civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo103.htm>>, acesso em 27/06/15.

47 CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 401. O autor se reportava ao CPC/73, todavia, a regra se manteve na dicção do NCPC.

A explicação para a lacuna, talvez, está porque a terminologia não é adotada no texto da lei, e também porque a ponta do iceberg da questão obscurece o saneamento da compreensão.

Com efeito, o caso limítrofe previsto pelo sistema de tutela do consumidor acaba por confirmar a impressão sobre o standard da mínima atividade probatória. Trata-se da responsabilidade pessoal do profissional liberal (art. 14, §4º, do CDC).

Ninguém discute que, na responsabilidade civil do profissional liberal, pelo fato da teoria da proximidade, é necessário dinamizar o ônus da prova, ou inverter o ônus da prova, para que tal ônus seja atribuído ao fornecedor. Para essa inversão, basta que seja comprovada a categorização jurídica do sujeito, como um consumidor, o que supõe uma situação de vulnerabilidade e, de outro lado, uma proximidade do fornecedor às circunstâncias da prova.

Logo, mesmo que se sustente um maior encargo ao consumidor, nesses casos, essa pontual inversão que o sistema prevê acaba por meramente compensar os esquemas-tipo e as presunções que a grande maioria das hipóteses encerra. Vale dizer que a inversão do ônus da prova impera nos claros do sistema do CDC, daí conduzindo a uma solução de complementaridade àquela que o legislador já tivera protegido o consumidor. O processo civil e o CDC não desprivilegiam o profissional liberal, mas, elaboram, desde o critério *merit-based*, um esquema que preserva a responsabilidade subjetiva e, na volta, atribui um maior encargo probatório – ao fornecedor.

Ocorre uma prejudicialidade integrativa, quando o mínimo de provas não é suficiente para o julgamento. Em contrapartida, esse mínimo de provas acaba sendo suficiente para a inversão do ônus da prova.

Um esquema de imputação interfere no outro.

Assim, as regras ordinárias da experiência implicam uma solução-tampão aos vazios normativos dos tipos-padrão que o próprio CDC estabelece. As regras ordinárias de experiência são pontos de irrupção que até podem flexibilizar a frequência do CDC, em um caso especial, quando a narrativa está desviada do

ordinário. Porém, em um estado ideal de coisas jurídicas, a exceção do sistema (art. 14, §4º) ratifica os indicativos textuais que conformam uma regra geral, no direito brasileiro – a mínima atividade probatória preenche o standard do convencimento para a tutela jurisdicional do consumidor.

O consumidor deve demonstrar que ele se trata de um consumidor. Em decorrência, a vulnerabilidade atribuída pela rotina do sistema jurídica pressupõe a série de confirmações que os efeitos das normas fazem interagir para compensar tal desigualdade fática.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor encerra um sistema jurídico com relativa autonomia aos demais ramos do direito. Ainda, as respectivas normas ostentam um sincretismo entre o direito material e o direito processual. De maneira inédita, no ordenamento positivo, o CDC estabeleceu a possibilidade da inversão do ônus da prova – art. 6º, VIII e 14, §4º.

Ocorre que tais previsões não precisam ser requeridas em qualquer demanda referente à posição jurídica do consumidor. Em primeiro lugar, porque o CDC já pré-estabeleceu um conjunto de regras-tipo que implicam presunções narrativo-decisórias. Ou seja, o próprio legislador avisou: se o fornecedor não se desincumbir de comprovar a falta do defeito ou a ausência do dano, por exemplo, ele sofrerá as consequências previstas pelo sistema jurídico.

O Código do Consumidor, portanto, atribuiu ou verteu o ônus da prova em benefício da maior amplitude de tutela do consumidor. A lei supõe o que não precisa ser repetido na petição. Até pela sequência argumentativa que as narrativas do consumidor bastam que sejam adequadas aos tipo-presunções pautadas pelo Código. Trata-se de um sistema à parte do Código de Processo Civil.

Apenas subsidiariamente, nos casos previstos no próprio CDC (art. 14, §4º), é que ocorre uma inversão do ônus da prova

ope judicis. Na grande maioria dos casos, o legislador se antecipou, daí ser dispensável falar em “inversão” do que já está “vertido” – o ônus da prova em benefício do consumidor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). *Opere Giuridiche*, vol. V. Napoli: Morano Editore, 1972.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça: conclusão de um projeto internacional de investigação jurídico-sociológica. Trad. Hermes Zaneti Jr. *Processo, ideologias e sociedade*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Ação anulatória: de acordo com o CPC/73 e o Projeto no Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2014

DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, vol. 788, junho de 2001

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*, vol. 3. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli, 2009.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII. Milano: Giuffrè, 1988.

_____. b) Teoria dell’argomentazione. *Enciclopedia del diritto*

to, vol. XXV. Milano: Giuffrè, 1975.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

KANT, Immanuel. *Lógica*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Texto & Grafia, 2009.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACCORMICK, Neil. Usando precedentes. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 197. Ainda, ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Argumentação fundada em exceções (arguing defeasibly)*. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Academia brasileira de direito processual civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo103.htm>>, acesso em 27/06/15.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MIRAGEM, Bruno Nubens. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova. Temas de direito processual (primeira série)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual* (segunda série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010

RAPISARDA, Cristina. Tecniche Giudiziali e stragiudiziali di protezione del consumatore: diritto europeo e diritto italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 36. Padova: Cedam, 1981.

RABITTI, Maddalena; BELLELLI, Alessandra; DINACCI, Giampiero. I remedi fra tutela individuale, tutela collettiva e tutele alternative. In CARLEO, Liliana Rossi (a cura di). *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*. Torino: Giappichelli, 2012.