



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Inversão do Ônus da Prova no Direito do Consumidor e as Garantias do Contraditório e da
Ampla Defesa

Douglas da Silva Dias

Rio de Janeiro
2014

DOUGLAS DA SILVA DIAS

A Inversão do Ônus da Prova no Direito do Consumidor e as Garantias do Contraditório e da
Ampla Defesa

Artigo Científico apresentado como exigência para conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Artur Gomes

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C, Tavares Júnior

Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2014

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR E AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Douglas da Silva Dias

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: Com a evolução do direito consumerista e a ascensão econômica de parcela considerável da população brasileira, surgem, nas relações cliente x empresa, cada vez mais situações de potenciais conflitos que tendem a serem dirimidos nos tribunais. Nesse diapasão, a produção de provas em determinadas ocasiões afigura-se extremamente penosa por esbarrar na complexidade dos serviços oferecidos, no grande volume de dados a serem preservados pelas empresas ou na natural impossibilidade de se comprovar determinado fato. Junte-se a isso a sistemática da inversão do ônus da prova, destaque do Código de Defesa do Consumidor, muitas das vezes aplicada de maneira imprópria pelos magistrados, e chegamos, em alguns casos, a inviabilização da defesa por parte do réu, numa clara afronta aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, notadamente no que concerne à produção de provas de fatos negativos ou de provas diabólicas, impossíveis de serem trazidas ao processo. Tal situação gera impacto no índice de sucesso das demandas cíveis com reflexos negativos no resultado das empresas e conseqüente repasse desse custo para o preço de produtos e serviços.

Palavras-chave: Consumidor. Processo Civil. Prova. Inversão do Ônus. Prova Negativa. Prova Diabólica. Contraditório. Ampla Defesa.

Sumário: 1 Introdução. 2. Prova: Conceito e Objeto. 3. A Inversão do Ônus da Prova na Sistemática do CPC e CDC. 3.1. Momento da Inversão. 4. O Fato Negativo e Sua Comprovação. 5. O Ônus da Prova e o Novo CPC. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade avivar a discussão acerca da inversão do ônus da prova no processo civil, notadamente, naquelas demandas que versam sobre as relações de

consumo com especial destaque para as ocasiões em aquela inversão recair sobre a prova de fatos negativos ou inexistentes.

Tal debate é pertinente na medida em que se verifica que uma solução engendrada para equilibrar a balança processual, quando usada indiscriminadamente, pode representar uma ofensa aos princípios constitucionais consagrados do contraditório e da ampla defesa.

Para tanto, e visando um melhor entendimento do assunto em questão, o presente trabalho está dividido em capítulos. No que se segue, a discussão recai sobre a prova. Em breves considerações, busca-se pontuar alguns aspectos sobre esta parte importante do processo. No capítulo seguinte, aborda-se a sistemática da inversão do ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor, bem como o momento mais propício para sua efetivação.

Na sequência, trata-se do fato negativo e sua comprovação e se existe ou não incompatibilidade com a inversão do ônus da prova, notadamente quando tal expediente recair sobre a prova considerada diabólica.

O capítulo 5 traz um quadro comparativo acerca das alterações do Código de Processo Civil que estão em discussão no Congresso Nacional¹.

Importante ressaltar que toda a análise proposta no presente trabalho parte da certeza de que todas as condições da ação e os pressupostos processuais estejam presentes e que foram analisados pelo juiz em sede de admissibilidade da demanda. O recorte se insere no momento da produção das provas, ainda que reconheça que, em se tratando da defesa da parte em juízo, não se pode olvidar de nenhum aspecto que possa implicar no sucesso da demanda. Tal delimitação deve-se a busca pela melhor compreensão do tema sob exame.

2 PROVA: CONCEITO E OBJETO

A noção de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a busca incessante da descoberta da verdade. De fato, a definição clássica de prova liga-se diretamente àquilo que comprova a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração clara e evidente.

¹ Projeto de Lei 8.046/2010, em tramitação no Congresso Nacional. O seu texto base foi aprovado em 26/11/2013 pelo plenário da Câmara dos Deputados.

Luiz Guilherme Marinoni² define prova como: “Todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.”.

Nota-se, da definição acima, que o elemento probatório é essencialmente de construção do conhecimento do Magistrado acerca dos fatos do processo. Como todo meio retórico e dialético, consubstancia-se no indispensável debate entre as partes, cada uma com seu ônus ou encargo, com a finalidade de trazer para o tempo presente do processo os obscuros e esmaecidos fatos pretéritos.

Nessa mesma esteira de raciocínio, decreta Alexandre Freitas Câmara:³ “Prova é todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito de determinado fato.”.

Como efeito, tem-se que o objeto da prova é, dessarte, a afirmação de um fato da lide, com a finalidade de formar a convicção do Magistrado. Aquele que quer provar deverá utilizar-se de meios apropriados e adequados e juridicamente idôneos, que variam conforme a natureza do fato, com respeito aos princípios e às normas constitucionais e processuais.

Nem tudo aquilo que é discutido no processo necessita ser provado ou comprovado. O que se busca provar são somente os fatos. Dessa forma, o direito discutido no processo não necessita ser provado, pois deve ser de conhecimento do Juiz, exceto nas situações previstas no art. 337 do CPC, hipóteses em que o Magistrado poderá exigir que sejam provados, visto que não é função do juiz conhecer o direito do mundo todo.

Nas relações de consumo, no mais das vezes, não há a necessidade de um grande esforço para a desincompatibilização do ônus probatório. Contudo, como o Diploma Consumerista consagrou o instituto da inversão do ônus da prova como facilitador da defesa da parte hipossuficiente, tal expediente gera situações de afronta a princípios constitucionais, como será visto mais adiante.

Importante esclarecer que ter ônus não significa ter obrigação. A obrigação nasce do descumprimento de um dever jurídico. Quem não cumprir uma obrigação voluntariamente será forçado a adimplí-la. Se existe uma obrigação, é porque existe um direito subjetivo de alguém, portanto seria errôneo afirmar que a parte tem a obrigação de provar.

² MARINONI, L. *et al. Prova* – 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

³ CÂMARA, A. *Lições de direito processual civil*. V. I. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 397.

Já o ônus não pressupõe a existência de direito de outrem. Nas palavras de Fredie Didier Jr. ⁴“ônus é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação”. Em verdade, o detentor do ônus é quem tem interesse em cumpri-lo, pois, se não o fizer, pode sofrer as consequências.

O ônus da prova é, pois, o encargo atribuído a uma das partes de demonstrar a existência ou inexistência daqueles fatos controvertidos no processo, necessários para o convencimento do juiz.

Frise-se que boa parte da doutrina não diverge quanto a definição do que seja ônus da prova, concordando também que a não produção da prova seja uma faculdade, não bastando, *per se*, para determinar o resultado final do processo. É importante tal lembrança porque pode existir a falsa percepção de que ao não produzir a prova, por faculdade ou impossibilidade, a parte estaria selando seu destino no processo. O que não condiz com a realidade. Para Marinoni:⁵ [...]” a ideia de ônus da prova significa apenas que a não produção da prova pode, ainda que com probabilidade, apenas eventualmente resultar em julgamento desfavorável.”.

De índole tradicionalista, o Código de Processo Civil atualmente em vigor, em seu art. 333, incumbiu à parte autora a prova do fato constitutivo do seu direito; por outro lado, coube a parte ré a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da contraparte.

Nesse diapasão, o diploma processual associa, de maneira efetiva, o ônus probatório àquele que aduz a questão de fato, competindo à parte contrária somente a negação do fato constitutivo, sem qualquer responsabilidade probatória, exceto quando da alegação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral. Trata-se de uma visão rígida, estática e inflexível do ônus da prova.

Para o perfeito entendimento da matéria em discussão, tal sistemática, ou seja, a aplicação estrita do art. 333 do CPC, não se revela apta a atender às peculiaridades das lides levadas a juízo. Esse sistema estático tampouco responde adequadamente ao entrave existente entre o ônus da prova e a prova impossível de ser feita (prova diabólica) ou de difícil produção por quem alega.

⁴ DIDIER JR, F. *et al.* *Curso de direito processual civil* vol. II – 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 73.

⁵ MARINONI, L. *et. al. op.cit.*, 2011, p. 187.

Como o processo é dinâmico, não seria razoável fixar o ônus da prova de forma estática, surgindo daí a necessidade de revisão desse conceito. Nota-se que a própria dinâmica da relação jurídica processual demanda a necessidade de inversão do ônus probatório.

Na contramão dessa rigidez da distribuição do ônus probatório, surge no macrosistema de proteção e defesa do consumidor o art. 6º, VIII, do Código Consumerista, que adota um posicionamento mais dinâmico de distribuição e autoriza, a critério de juiz, a inversão do ônus da prova quando for verossímil a alegação da parte e/ou quando for ela hipossuficiente.

Cinge-se justamente nesse binômio verossimilhança e hipossuficiência os maiores equívocos quando da inversão do ônus probatório, uma vez que, para uma parte da jurisprudência, apenas essas variáveis devem ser observadas. Do fruto de análise mais adiante, nota-se que a possibilidade de produção da prova também deve ser observada, sob pena de esfacelamento do equilíbrio processual e de afronta a princípios importantes da nossa Constituição, notadamente o contraditório e ampla defesa.

Não se pode negar que a adoção da teoria dinâmica da distribuição da carga probatória é garantia de processo que cerca o indivíduo de proteção na medida da sua capacidade probatória, portanto, está diretamente relacionada à transformação do acesso à justiça, ou seja, à renovação de um sistema pelo qual as pessoas efetivamente reivindicam seus direitos e consigam resolver seus litígios. Contudo, adotá-la de forma indiscriminada pode levar a um resultado diverso do pretendido pelo legislador.

3 A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS SISTEMÁTICAS DO CPC E CDC

Como dito anteriormente, a maioria da doutrina reconhece que o vigente Código de Processo Civil consagra a teoria estática do ônus probatório⁶. Portanto, qualquer possibilidade de inversão seria de aplicação excepcional. Ainda que se pudesse admitir uma certa flexibilização na interpretação da norma processualista, privilegiando uma abordagem mais integradora e harmônica, haveria que se ter parcimônia na abordagem da questão.

Pode-se destacar, inicialmente, o parágrafo único, do art. 333, do CPC, que autoriza a inversão convencional ou contratual quando prevê que as partes podem acordar quanto à regra de

⁶Nessa linha de raciocínio, Didier: “Distribuição (estática) do ônus da prova. Compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer”. (DIDIER JR, F. *et al. op. cit.*, 2009, p. 76).

distribuição do ônus, desde que não recaia sobre direitos indisponíveis das partes e não torne excessivamente difícil a uma delas o exercício de um direito. Assim, admite o CPC alteração contratual da regra de distribuição em se tratando de causas patrimoniais disponíveis.

Noutra seara, ocorre a inversão judicial quando há alteração do disposto em regras legais responsáveis pela distribuição deste, por decisão do juiz. Como exemplo, tem-se a inversão autorizada pelo Código de Defesa do Consumidor (inciso VIII, art. 6º) nas já citadas hipóteses de verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor.

Desse modo, a lei processual admite indiretamente a inversão do ônus da prova no § único do art. 333, condicionada aos requisitos insculpidos no Diploma Consumerista, referidos anteriormente.

Ocorre que alguns estudiosos do processo civil não aceitam bem a inversão do ônus da prova nesse ramo do direito. Sandra Aparecida Sá dos Santos⁷ só admite a inversão convencional, mas ainda assim, entende que a inversão das regras fixadas no art. 333, do CPC mostra-se ineficaz, ao fundamento de que se trata de matéria de ordem pública e pelo fato de que a atividade probatória tem por fim a prestação jurisdicional, destacando, ainda, a inoperabilidade da referida inversão frente aos poderes instrutórios do juiz que pode determinar produção de prova ainda que as partes tenham convencionado de forma inversa, em conformidade com o art. 130 do CPC.

Como dito anteriormente, a Lei 8.078/90, no seu art. 6º, VIII, inovou ao trazer determinações próprias e particulares que tratam especificamente das questões em que fornecedores e consumidores integram a relação jurídica, principalmente no que concerne a matéria probatória. Inovou ao facultar ao Juiz a possibilidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, excepcionando aquela regra geral trazida no art. 333 do CPC.

Parece claro que aquele dispositivo confere uma faculdade ao Magistrado e não um direito subjetivo da parte. Isso porque, não deve ser só a verossimilhança ou a hipossuficiência da parte que devem nortear a concessão daquele benefício.

Há que ser levado em conta se a inversão pretendida não se tornará numa verdadeira armadilha para a parte contrária. Sob a justificativa de se equilibrar uma eventual relação de consumo, não se pode colocar o adverso numa posição de desvantagem tal que se torne impossível a produção daquela prova, como nos casos narrados no capítulo 2 do presente artigo.

⁷ SANTOS, S. *A Inversão do ônus da prova* – 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 64.

Não há como se negar o acerto daquele dispositivo, mormente quando determina que a critério do juiz será deferida a inversão do ônus da produção da prova. Está claro que o legislador não quis tornar rígida uma norma que nasceu sob o signo do dinamismo, pois se assim fosse, tal diploma seria inflexível, só que sob o argumento de amparo ao consumidor.

O ponto nodal da celeuma está em se resguardar a possibilidade de equilibrar-se uma relação que por muitas vezes nasce defeituosa, sem que para isso, contudo, se tenha que desequilibrar a balança na outra direção. O que se busca, em essência, é o equilíbrio e a observância de todos os princípios e garantias existentes no direito.

3.1 MOMENTO DA INVERSÃO

A omissão do legislador quanto ao momento processual mais adequado para que o magistrado deva decidir a respeito da inversão causou divergências na doutrina e jurisprudência. Dúvidas existem se o correto seria no momento da prolação da sentença ou num momento anterior, o que veremos em seguida.

Para os que defendem ser este o melhor momento para a inversão do ônus da prova, como o Professor Nelson Nery Jr, fundamentam sua tese afirmando que as regras da inversão do ônus da prova são de julgamento da causa e que, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo o caso ou não de inversão do ônus da prova.

Para Nelson Nery Jr.⁸, o ônus da prova é regra de juízo. Ao manifestar-se acerca do tema em comento, afirma que a sentença é o melhor momento para a inversão. Sustenta que "a parte que teve contra si invertido o ônus da prova (...) não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo *non liquet* quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova."

Corroborando com esse posicionamento, decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

REsp 1125621 / MG RECURSO ESPECIAL
2009/0132377-8Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI Órgão Julgador T3 -
TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 19/08/2010 RECURSO ESPECIAL.

⁸ NERY JR. N.*et al.* *Código de processo civil comentado*, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 696.

DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.MOMENTO. SENTENÇA. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA.

1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo.

2. O Processo Civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um julgamento por presunção, essas regras devem ser aplicadas apenas de maneira excepcional.

(...)

5. Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência.

6. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favoráveis de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença.

7. Recurso especial conhecido e improvido.

Portanto, com base no acima exposto, a inversão no momento da sentença não violaria nenhum direito da parte, pois esta deveria estar preparada para possíveis inversões, produzindo toda e qualquer prova no momento em que lhe seja possível fazê-lo.

Há que se considerar que em assim agindo, o Magistrado não resolve o problema da produção de prova diabólica ou de fato negativo, pois se a prova não seria possível de ser produzida anteriormente a prolação da sentença, não haveria de sê-lo nesse momento.

No sistema jurídico pátrio, o estado-juiz, órgão prestador da tutela jurisdicional, não exerce a atividade que lhe é peculiar se não for provocado pela parte autora. Daí, deve o demandante propor uma ação na qual pleiteará, perante o Estado, determinada providência jurisdicional.

Assim, ato contínuo ao pedido da parte autora, deve o Estado-juiz oportunizar a parte adversa falar no processo, como forma de garantir a sua defesa plena.

Trata-se de garantia constitucional, assim como princípio que rege os atos processuais, a asseguarção do contraditório às partes que litigam judicialmente. Ademais, o justo processo, garantido constitucionalmente pelo devido processo legal, somente vigorará se respeitada a ampla defesa e o contraditório. Nas palavras de Alexandre de Moraes:⁹

⁹ MORAES, A. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 93.

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo uma condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Trata-se de conclusão lógica, diante de tais ensinamentos, que a inversão do ônus da prova na sentença violará princípios constitucionais além das regras processuais.

Como já dito, primordialmente recairá sobre a parte autora o ônus de trazer elementos necessários e suficientes ao convencimento do magistrado da veracidade de suas alegações, sob pena de ver rejeitado o seu pleito, independente da parte ré ter produzido prova em contrário, conforme inteligência do art. 333 do CPC. Entretanto, esta não é a essência do CDC, onde a regra geral incidente sobre o ônus da produção de provas poderá sofrer uma alteração a critério do Magistrado, consoante reza o art. 6º, inciso VIII, daquele Diploma.

Dessarte, justifica-se a inversão do ônus da prova anteriormente a sentença, já que, decidindo o juiz pela inversão somente na sentença, estaria retirando do fornecedor o direito de não produzir prova, o que, sem dúvidas, é muitas vezes a melhor estratégia a ser adotada, cuja garantia tem como nascedouro o princípio constitucional da ampla defesa.

Nessa linha de pensamento posiciona-se boa parte da Doutrina, dentre eles Luiz Guilherme Marinoni¹⁰, para quem “Nos casos em que o direito material impõe a inversão do ônus da prova, a sua inversão deve ocorrer na audiência preliminar quando a prova, por parte do réu, é ao menos possível.”

Nos ensinamentos de Antonio Carlos Bellini Jr.:¹¹ “A inversão do ônus da prova somente na sentença, sem que o magistrado tenha assinalado que iria fazê-lo, impede que o fornecedor realize as provas necessárias para sua defesa. Tal proceder acaba surpreendendo o fornecedor que acaba tendo seu direito cerceado”

Como arremate aos posicionamentos acima mencionados, opina Fredie Didier Jr.:¹²

A regra de inversão do ônus da prova é regra de processo, não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim deve o magistrado anunciar a

¹⁰ MARINONI, L. *et al. op. cit.*, 2011, p. 204.

¹¹ BELLINI JR, A. *A Inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Campinas: Servanda, 2006, p. 117.

¹² DIDIER JR, F. *et. al. op. cit.*, 2009, p. 82.

inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento(...).

Deve a inversão, pois, ser feita em momento que permita àquele que assumiu o encargo livra-se dele

O que se busca esclarecer não é a possibilidade das partes obterem sucesso ou não ao final da demanda, pois isso é só uma consequência. Busca-se sim o respeito às garantias constitucionais das partes no processo civil, concedendo oportunidades iguais às partes para se manifestar e produzir prova no processo é uma destas garantias. O processo não é um jogo e as suas regras devem estar sempre claras e oportunamente acessíveis às partes.

A jurisprudência também se posiciona nesse sentido:

EREsp 422778 / SP Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Órgão Julgador - SEGUNDA SEÇÃO Data do Julgamento 29/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 21/06/2012

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESADO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO.DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.

1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que diverjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso.

2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.

3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.

4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexu causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, **a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "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" (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011).**

5. Embargos de divergência a que se dá provimento. (grifo nosso)

Finalizando essa controvérsia, afigura-se que o momento mais apropriado para a inversão do ônus da prova seja anterior à prolação da sentença. Nesse caso, a solução mais adequada seria aquela que defere a inversão no momento do despacho saneador nos

procedimentos ordinários, onde o Juiz irá dirimir eventuais dúvidas acerca do processo e, possivelmente, fixar os pontos controvertidos sobre os quais versa a demanda e sobre os quais deverá recair a prova, tendo melhores condições de distribuir o ônus probatório.

Já no procedimento regido pela Lei 9.099/95, o melhor momento seria quando do despacho ordenando a citação do réu, em que o Magistrado já terá avaliado eventual pedido de tutela antecipatória e se o acervo probatório carreado pelo autor é suficiente ao deslinde da questão. Tal proceder possibilitará que o fornecedor produza eventual prova em audiência de conciliação, instrução e julgamento.

4 O FATO NEGATIVO E SUA COMPROVAÇÃO: DEFINIÇÃO

Inicialmente, cumpre destacar que a prova diabólica (*Probatio Diabolica ou Devil's Proof*) é aquela modalidade de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida como, por exemplo, a prova de um fato negativo, mas não somente esta.

Sendo assim, é importante salientar que prova diabólica é uma expressão genérica utilizada nas hipóteses em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil ou impossível de ser produzida. Logo, nenhum meio de prova possível é capaz de permitir tal demonstração

Dessa maneira, a prova diabólica, muitas vezes, ocorre nos casos em que se tem que provar algo que não ocorreu, o que gera confusões com a prova de fato negativo.

Nos ensinamentos de Gildo dos Santos¹³, verifica-se a diferença:

Ouve-se dizer, de modo reiterado, que não se provam as negativas, isto é, não se provam as alegações que negam fatos.
Isto é verdade, mas não em termos absolutos.
Em regra, não é possível realizar-se a prova sobre alegação negativa.
Se diante da afirmação do autor, o réu alegar que nunca esteve em determinado lugar, é compreensível que o demandado não possa fazer prova dessa declaração.

Entretanto, no exemplo acima, basta a comprovação afirmativa de que a parte ré esteve em outro lugar no período de tempo referido, que a prova estará produzida. Nesse caso, com base numa prova afirmativa, se atestou um fato negativo. Por conseguinte, não seria o caso de prova diabólica, pois existe possibilidade da parte se desincumbir do encargo.

¹³ SANTOS, G. *A Prova no processo civil* – 3..ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

O Código de Processo Civil Brasileiro estabelece no seu art. 334 que não dependem de prova os fatos notórios, os fatos confessados, os incontroversos e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Nota-se que o legislador se absteve de fazer referência à prova de fatos negativos, restando para a doutrina e jurisprudência complementar a lacuna.

Para Fredie Didier Jr.¹⁴, “somente os fatos absolutamente negativos (negativas absolutas/indefinidas) são insusceptíveis de prova – e não pela sua negatividade, mas sim pela sua indefinição.”. De fato, é praticamente impossível se provar que uma pessoa nunca usou um telefone celular de determinada marca. Isto se deve a condição de que haveria a necessidade de se afirmar um indeterminado número de assertivas para provar tal fato.

A questão se complica judicialmente quando o julgador entende, com base nas regras ordinárias de sua experiência e em presunções nem sempre legais, que uma negativa absoluta encerra a idéia de que coexistem possíveis relativas inseridas naquela afirmação negativa, implicando em alternativas positivas.

O Magistrado, diante da suposta impossibilidade da parte autora produzir a prova, e convencido de que, ainda que difícil, será menos oneroso para a parte ré sua produção, inverte o ônus da prova impingindo a parte ré um encargo da qual ela será incapaz de se desincumbir.

A compreensão de que uma prova negativa não é absolutamente impossível de produzida vem ganhando força, preponderando a tese que ela é sempre relativa, sendo não raros os julgadores que pretendem que os fornecedores/empresas se resguardem de maneiras das mais diversas, segundo seus próprios entendimentos, para praticarem a prova que os Juízes compreendem ser factíveis.

Na concepção dessa parcela de julgadores, a prova é sempre realizável se o fornecedor/empresa tivesse praticado este ou aquele ato antes do embate judicial, afastando a verdade real cada vez mais da processual. O importante seria o que a empresa poderia ter feito para se resguardar e não a análise do conjunto probatório existente nos autos do processo, numa situação incompatível com uma realidade do mercado.

Com efeito, é importante destacar a realidade empresarial e as suas limitações impostas pelo capital e pela realidade e, no mais das vezes pela própria legislação, a fim de não se inviabilizar a própria sociedade de consumo que a lei pretende agasalhar. Muitos se apegam a

¹⁴ DIDIER JR, F. *et al. op. cit.*, 2009, p. 87.

afirmações de que, não raro, as empresas preferem não investir em aperfeiçoamentos do seu processo produtivo, pois consideram que o custo do investimento seria muito maior do que o risco legal a que estariam expostas. Dessa forma a impossibilidade da prova seria, em muitos casos, responsabilidade da própria empresa.

Em parte tal afirmação se afigura verdadeira, contudo, não se pode partir de uma generalização de percepção que pode estar restrita a um grupo definido de empresas.

Em sendo alegado pela parte a existência de uma negativa absoluta, com sua impossibilidade de provar tal circunstância, a regra geral deve prevalecer para preservar o instinto de justiça inerente ao escopo geral da jurisdição, sem presunções possíveis ao mundo teórico e, ao contrário, em compasso com a realidade.

Muito se discute sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova e qual seria o momento mais adequado. Também como já visto, não se vislumbra nenhuma afronta a qualquer princípio constitucional quando se inverte o encargo probatório num momento capaz de oportunizar a outra parte a realização daquela prova.

Adicionalmente, aglutinam-se os casos de consumidores que alegam danos morais indiscriminadamente e sem qualquer amparo para as suas afirmações.

Nesses casos, a inversão do ônus da prova sobre a existência do abalo moral tem sido vista como um contrassenso e uma prova negativa absoluta para os fornecedores, uma vez que para as empresas é grande a dificuldade de se produzir prova negativa deste dano. Para a melhor parte da doutrina, o dano moral no direito do consumidor não pode ser presumido, devendo haver prova inequívoca da sua existência.

Cabe esclarecer que não há nenhuma contradição com o chamado dano moral *in re ipsa*, pois nesta modalidade existe a presunção geral que o dano decorre da própria natureza do fato ilícito, que deverá estar claramente comprovado no curso do processo.

Nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni:¹⁵

É evidente que o fato de o réu ter condições de provar a não existência do fato constitutivo não permite, por si só, a inversão do ônus da prova. Isso apenas pode acontecer quando as especificidades da situação de direito material, objeto do processo, demonstrarem que não é racional exigir a prova do fato constitutivo, mas sim exigir a prova de que o fato constitutivo não existe. Ou seja, a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência.

¹⁵ MARINONI, L. *et al. op. cit.*, 2011, p. 204.

Em outros casos, porém, a produção da prova é impossível às duas partes, e assim não há razão para inversão do ônus da prova na audiência preliminar. Contudo, diante da impossibilidade da produção de prova, o juiz não consegue formar sequer uma convicção de verossimilhança, mas, ainda assim, a inesclarecibilidade da situação de direito material não deve ser suportada pelo autor, como ocorre nos "casos comuns".

Resta claro que a inversão do ônus da prova, quando se tratar de prova diabólica, ou seja, aquela impossível de ser produzida por ambas as partes, deva ser evitada ao máximo, tendo em vista a possibilidade de atingimento das garantias asseguradas a todos os litigantes, e que devem ser assim mantidas no curso processo. Não significa dizer que o magistrado não vai julgar a lide ou negar a prestação jurisdicional ao requerente. Contudo, há que se ter parcimônia e se utilizar de outros meios existentes no processo para a solução da contenda, é o *munus* do Magistrado, que não deve se transferido às partes.

Tome-se como exemplo o setor financeiro, um dos principais alvos das demandas envolvendo consumidores. Só no ano de 2013, as trinta empresas mais demandadas nos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro responderam por 445.689 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, seiscentos e oitenta e nove) novos processos. Desses, 152.097 (cento e cinquenta e dois mil e noventa e sete), ou seja cerca de um terço do total, se refere a demandas em face de instituições financeiras.¹⁶

O volume de demandas é expressivo e não se dispõe de instrumentos capazes de mensurar a quantidade de processos onde se deferiu a inversão do ônus da prova e, mais especificamente, onde tal expediente resultou em embaraços para o esforço defensivo das empresas.

Entretanto, a percepção de que o instituto é usado em larga escala, muitas das vezes de maneira açodada, é inconteste.

Aprimorar as defesas nos processos significa que as contestações apresentadas devam refutar, pontualmente, as teses levantadas na inicial de maneira específica, evitando-se generalizações, conforme estabelece o art. 302, do CPC.

Dessa forma, quando houver o deferimento da inversão do ônus da prova, há que se insurgir contra a decisão pontualmente. Desconstruindo a tese autoral de que suas alegações possuem a verossimilhança necessária à adoção da medida.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/Maisacionadas>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

Adicionalmente, nas inversões deferidas na sentença, necessário se faz apelar sustentando violação de princípios da ampla defesa e contraditório, em desacordo com a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Frise-se que doutrina e jurisprudência percebem o consumidor de instituição financeira como um hipossuficiente por natureza, quer por sua condição técnica de baixo conhecimento da variedade de produtos e serviços ofertados pelas empresas; quer pela sua condição econômica, sempre desfavorável quando comparada aos fornecedores. Logo, o primeiro requisito para que o magistrado avalie a possibilidade ou não da concessão da inversão do ônus é, na maioria das vezes, preenchido.

Resta a verossimilhança das alegações, que nas palavras do Desembargador Sérgio Cavaliere Filho¹⁷ “é aquilo que é crível ou aceitável em face de uma realidade fática. Não se trata de prova robusta e definitiva, mas da chamada prova de primeira aparência...”. Ou seja, é ônus do autor produzir uma prova que possa despertar no Magistrado um sentimento de credulidade em relação ao alegado.

Nesse aspecto, a defesa tem sua maior possibilidade de êxito na tentativa de se evitar a inversão. Sendo assim, o exame das provas carreadas aos autos deve ser minucioso no intuito de se descobrir contradições, falseamentos e manipulações que, se não alegados em momento oportuno, podem incutir na cabeça do magistrado a errônea percepção de que as alegações do autor ostentam um grau de probabilidade de ter ocorrido.

Cumprido esclarecer que o ônus da prova do art. 331 do CPC incumbe a quem alega. Simplesmente a mera inversão nesta hipótese viola o próprio art. 6º, inciso VII, CDC, pois não estão preenchidos os requisitos ali insculpidos.

5 O ÔNUS DA PROVA E O NOVO CPC

Finalmente, há que se ressaltar que o Código de Processo Civil passa por reformulações no Congresso Nacional. O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, finalizado em junho de 2010 pela comissão de juristas instituída pelo ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009, e atualmente tramitando sob a denominação de PL 8046/2010, prevê as mesmas regras gerais a

¹⁷ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil* – 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 187.

respeito do ônus da prova, incluindo ainda, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica.

Na sequência, um comparativo sobre as principais alterações introduzidas nos artigos que disciplinam a distribuição do ônus da prova. Há que se ressaltar que, como o código ainda se encontra em fase de votação na Câmara dos Deputados, ainda há a possibilidade de alteração na numeração dos artigos, bem como, a partir dos destaques para votação em separado, mudanças no texto do projeto final.

Da análise das alterações ora aprovadas, verifica-se que o texto do artigo 333 do atual Código de Processo Civil, abaixo:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

foi reproduzido no art. 357 do Novo Código de Processo Civil, incluindo-se o termo “ressalvados os poderes do juiz”:

Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:
I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor

Já na primeira leitura verifica-se que a carga estática do antigo código começa a ser flexibilizada, pois positiva a faculdade do Magistrado, a partir da análise do caso concreto, distribuir de modo diverso o encargo probatório.

O parágrafo único do atual artigo 333, do Código de Processo Civil:

Art. 333 (...)
Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito

foi transportado para outro artigo, o de nº 359 no Novo Código, com a ressalva expressa do parágrafo único de que o juiz não poderá inverter o ônus nas hipóteses previstas naquele artigo:

Art. 359. É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Parágrafo único. O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses deste artigo

Já nesse aspecto, vislumbra-se uma possível controvérsia, uma vez que não parece claro se a vedação só se aplicaria à inversão convencional ou a todas as modalidades de inversão que possam implicar em excessiva dificuldade para a parte exercer o seu direito.

Parece adequado que a vedação do parágrafo único do art. 359 deva se aplicar a todas as formas de inversão, deixando clara a preferência do legislador em impedir a ocorrência da inversão nos casos em que a prova recair sobre fatos absolutamente negativos ou quando se tratar da prova diabólica

O artigo 358 do Projeto de Lei 8.046/10, do Novo Código de Processo Civil, transcrito a seguir:

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la

§ 1º Sempre que o juiz distribui o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Nítida consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, prestigiando o entendimento de que a decisão que inverte o ônus probatório é de procedimento e não de julgamento, pois determina que o juiz observe o contraditório e dê oportunidade para que a parte, a quem foi atribuído o ônus, produza a prova. Sepultando qualquer controvérsia a respeito da matéria.

Dessa forma, com a vigência do novo Código, quando essa ocorrer, o momento para a distribuição da prova ocorrerá na fase de instrução, sem maiores ilações, valorizando-se o princípio da ampla defesa e do contraditório, sem deixar de privilegiar a busca pelo equilíbrio entre as partes litigantes no processo.

Nota-se, também, que o caminho aberto com a edição do Código de Defesa do Consumidor se mostra o mais acertado, pois o Diploma Processualista se aproxima de maneira definitiva dos avanços ali gestados. Há que reconhecer, contudo, que o Novo Código de Processo

Civil apresenta-se mais equilibrado ao adotar garantias que impedem o cerceamento ou inviabilização da defesa nos casos descritos neste trabalho.

Se de um lado os fornecedores em geral tem ampliado o alcance das regras previstas no Código do Consumidor para a totalidade das relações jurídicas, num claro aumento dos riscos a que estão expostos, por outro, existe uma temperança maior na aplicação daquelas regras e uma visível eliminação das controvérsias acerca da aplicação dos institutos, o que pode significar o aumento da segurança

a jurídica na condução dos seus negócios.

CONCLUSÃO

Longe de esgotar o assunto, pois, na vigência do atual Código ainda persistem alguns debates sobre o assunto, bem como, noutra seara, inexistem formas de se obter dados estatísticos que possam melhor embasar a presente análise, o que se buscou com a realização deste artigo foi tão somente instigar a discussão sobre um tema que não recebe o devido aprofundamento por parte da doutrina. Até porque, como a sistemática visa ao equilíbrio de uma relação que no mais das vezes já nasce desequilibrada, a discussão da inversão do ônus da prova sob a ótica do fornecedor não merece maiores destaques.

Conclui-se que a aplicação da inversão do ônus da prova não é automática, que depende, ou deveria depender, de uma análise criteriosa do juízo, a fim de se evitar que o instituto venha a inviabilizar a ampla defesa e o contraditório do fornecedor de produtos e serviços, o que sem sombra de dúvidas não foi a intenção do legislador.

Como não existe vedação à adoção da inversão, mesmo quando implicar na produção da chamada prova diabólica, a correta observância dos requisitos ensejadores implica numa medida de justiça aos litigantes no processo. Isso, em nenhuma hipótese, significa óbice à proteção do consumidor, pois o respeito às regras processuais, e sobretudo, aos princípios constitucionais, é o pilar sobre o qual deva estar assentado o atuar do Magistrado.

A inversão do ônus da prova é excelente mecanismo de equilíbrio das relações processuais. Entretanto, por tudo que foi abordado, sua aplicação de maneira incorreta atinge justamente o objetivo central de sua proteção, o equilíbrio da relação processual. Não se trata de

afastar sua aplicação, muito pelo contrário, deve-se fomentar sua aplicação de uma maneira que atinja o máximo de eficácia do instituto sem se perder o horizonte das garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

BELLINI JR, Antônio Carlos. *A Inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Campinas: Servanda, 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/Maisacionadas>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. I. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil* 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil* V. II. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JR. Nelson; ANDRADE Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado*, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor* 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Código civil e legislação em vigor* – 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Gildo dos. *A Prova no processo civil*. 3..ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A Inversão do ônus da prova* – 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil* V. I. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008