

ARTIGO

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A CRIAÇÃO DE PROVAS DIABÓLICAS

REVERTIR LA CARGA DE LA PRUEBA EN LAS RELACIONES CON LOS CONSUMIDORES Y LA CREACIÓN DE PRUEBAS DIABÓLICAS

REVERSING THE BURDEN OF PROOF IN CONSUMER RELATIONSHIPS AND THE CREATION OF DIABOLICAL EVIDENCE

Arthur de Azevedo Gomes Freitas Neto ¹

RESUMO

A presente pesquisa buscou estudar qual o limite da inversão do ônus da prova em favor do consumidor para não criar uma prova diabólica em desfavor do réu. Assim, os objetivos do artigo em questão foram: analisar o limite da inversão do ônus da prova nas relações de consumo para não criar uma prova diabólica em desfavor do réu; compreender a inversão do ônus da prova no Processo Civil brasileiro; conhecer o conceito histórico da prova e a definição de prova diabólica; demonstrar algumas situações em que a inversão do ônus da prova nas relações de consumo cria uma prova diabólica em desfavor do réu e analisar o limite da referida inversão nas relações sob a exegese do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, foi utilizado o método da pesquisa bibliográfica para alcançar os objetivos acima elencados. Por fim, a presente pesquisa contribuiu para a sociedade, uma vez que o tema direito do consumidor é protegido constitucionalmente e é muito presente nas ações que tramitam perante o poder judiciário brasileiro. Sendo de suma importância que se analise as situações em que a paridade de arma entre as partes pode ser afetada, uma delas é a inversão do ônus da prova, gerando para o fornecedor o encargo de produzir uma prova negativa ou diabólica.

¹ Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (UNIFLU). Email: afreitas014@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor; inversão; ônus da prova; verossimilhança; hipossuficiência.

RESUMEN

Esta investigación buscó estudiar el límite de invertir la carga de la prueba a favor del consumidor para no crear pruebas diabólicas en perjuicio del demandado. Así, los objetivos del artículo en cuestión eran: analizar el límite de la inversión de la carga de la prueba en las relaciones de consumo para no crear pruebas diabólicas en perjuicio del demandado; comprender la inversión de la carga de la prueba en el Procedimiento Civil brasileño; conocer el concepto histórico de prueba y la definición de prueba diabólica; demostrar algunas situaciones en las que la inversión de la carga de la prueba en las relaciones de consumo crea pruebas diabólicas en perjuicio del demandado y analizar el límite de dicha inversión en las relaciones bajo la exégesis del Código de Protección al Consumidor. En este sentido, se utilizó el método de investigación bibliográfica para lograr los objetivos antes enumerados. Finalmente, esta investigación contribuyó a la sociedad, ya que el tema de los derechos del consumidor está protegido constitucionalmente y está muy presente en las acciones que se tramitan ante el poder judicial brasileño. Es sumamente importante analizar las situaciones en las que la paridad de armas entre las partes puede verse afectada, una de las cuales es la inversión de la carga de la prueba, creando para el proveedor la carga de presentar pruebas negativas o diabólicas.

PALABRAS CLAVE: Consumidor; inversión; carga de la prueba; probabilidad; hipossuficiencia.

ABSTRACT

The present research searched to study the limit of the inversion of the burden of proof in favor of the consumer in order not to create a diabolical proof in the detriment of the defendant. Thus, the objectives of the article in question were: to analyze the limit of the reversal of the burden of proof in consumer relations so as not to create a diabolical proof to the detriment of the defendant; understand the inversion of the burden of proof in the Brazilian Civil Procedure; know the historical concept of proof and the definition of diabolical proof; demonstrate some situations in which the inversion of the burden of proof in consumer relations creates a diabolical proof in favor of the defendant; analyze the limit of the referred inversion in the relations under the exegesis of the Consumer Defense Code. In this sense, the method of bibliographic research was used to achieve the objectives listed above. Finally, the present research contributed to society, since the issue of consumer rights is constitutionally protected and is very present in the actions that are being processed before the Brazilian judiciary. It is extremely important to analyze the situations in which the parity of weapons between the parties can be affected, one of them is the reversal of the burden of proof, generating for the supplier the burden of producing a negative or diabolical proof.

KEY WORDS: Consumer; inversion; burden of proof; likelihood; hyposufficiency.

1- INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo é entender como a inversão do ônus da prova nas relações de consumo está relacionada à criação de provas diabólicas em desfavor do réu (fornecedor). O presente tema tem íntima relação com a proteção conferida pelo artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, uma vez que o mencionado diploma legal prevê que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Considerando este contexto, este artigo visa analisar o limite da inversão do ônus da prova nas relações de consumo para não criar uma prova diabólica em desfavor do réu. Estabelecer o limite é relevante, uma vez que é um tema muito presente nas ações que tramitam perante o poder judiciário.

A inversão do ônus da prova no direito processual civil brasileiro é um assunto que gera algumas controvérsias e tem sua aplicação diretamente ligada à procedência ou improcedência das ações, já que determina a quem incumbe provar os fatos necessários ao convencimento do Juiz natural da causa, seja para reconhecer o direito, seja para afastá-lo.

Para alcançar o objetivo geral acima proposto, será necessário atingir os seguintes objetivos específicos: compreender a inversão do ônus da prova no Processo Civil brasileiro; conhecer o conceito histórico da prova e a definição de prova diabólica; demonstrar algumas situações em que a inversão do ônus da prova nas relações de consumo cria uma prova diabólica em desfavor do réu; analisar o limite da referida inversão nas relações sob a exegese do Código de Defesa do Consumidor.

A metodologia a ser utilizada para alcançar os objetivos do presente projeto é a pesquisa bibliográfica, que é elaborada tendo por base os materiais já publicados, como livros, revistas, jornais, teses e dissertações. A principal vantagem desse método é permitir ao pesquisador alcançar uma gama de fenômenos maior do que alcançaria pesquisando diretamente. (GIL, 2022).

Assim, por meio da análise de doutrina, legislação, obras acadêmicas e jurisprudência, pretende-se fazer uma pesquisa qualitativa acerca das informações para analisar o limite da inversão do ônus da prova nas relações de consumo para não criar uma prova diabólica em desfavor do réu.

O referencial teórico deste trabalho será a doutrina dos autores: Alexandre Freitas Câmara, Fredie Didier Jr, Flávio Tartuce e Haroldo Lourenço. Bem como a jurisprudência dos tribunais e a legislação sobre o tema.

Assim, o primeiro capítulo desse artigo inicia com uma breve contextualização acerca da prova e do ônus da prova no Processo Civil brasileiro, passando por

conceitos fundamentais para compreensão do tema e para atingir os objetivos supramencionados.

2- A PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com o Livro III do Código de Processo Civil brasileiro, são sujeitos do processo: as partes e seus procuradores, o Estado-juiz e os demais auxiliares da justiça, como por exemplo os servidores do poder judiciário e os peritos e assistentes técnicos.

Dessa forma, as partes geralmente se encontram em posições antagônicas. Isso quer dizer que o autor almeja a procedência da ação com o provimento dos seus pedidos, e o réu pretende que a ação seja julgada improcedente e que os pedidos do autor sejam rejeitados.

Nessa organização, o autor deve expor os fatos na petição inicial e o réu deve rebater na contestação os fatos trazidos pelo autor. Incumbe ao juiz para o qual o processo foi distribuído analisar os fatos, as provas dos autos e decidir a controvérsia existente entre as partes.

2.1. Conceito de prova

Inicialmente, será analisado o conceito de prova, segundo Miguel Teixeira de Sousa (2020, p.30), já que para ele a prova pode ser definida como: “a demonstração da verdade dos factos alegados em juízo.”

Isso quer dizer que incumbe as partes produzirem meios hábeis a comprovar o que estão aduzindo no processo para que, assim, possam obter o convencimento do julgador e, conseqüentemente, uma decisão favorável.

Dessa forma, a correspondência entre o processo e o mundo também implica a correspondência da prova com o mundo: o que é provado em um processo deve corresponder ao que existe no mundo (TEIXEIRA, 2020).

2.2. O ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015

Saber o que significa ônus da prova é primordial para que se analise a possibilidade de sua inversão. Assim, o referido ônus é um encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato (DIDIER, 2015).

Nesse sentido, Segundo HAROLDO (2015, p. 29):

O ônus da prova indica que a parte que não produzir se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável. Provar não é um dever jurídico. No caso do dever e da obrigação não há uma sujeição jurídica, sim uma ordem, que descumprida importará em sanções. O ônus, por outro lado, traz apenas possíveis prejuízos a quem tem o ônus e não o faz.

Assim, o ônus da prova deve ser analisado a partir de duas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva. Segundo Didier Jr (2015, p.107):

Numa primeira perspectiva, elas são regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando, como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em ônus subjetivo.

Nesse sentido, o artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015 disciplina que é ônus do autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito. Por outro lado, disciplina também que é ônus da parte ré comprovar a existência de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor. Conforme abaixo citado:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O fato constitutivo é o fato gerador do direito do autor, é a forma como o autor pretende provar o nascimento de seu direito (DIDIER JR, 2015).

Por outro lado, nas palavras de Chiovenda (2000, p.23), fato impeditivo é:

Um fato de natureza negativa, a saber, a falta de uma das circunstâncias que devem concorrer com os fatos constitutivos a fim de que estes produzam os efeitos que lhes são peculiares e normais.

Já o fato extintivo, nas palavras de Didier JR (2015, p.112): “é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito – tal como o pagamento, a compensação e a decadência legal.”

Por fim, os fatos modificativos, segundo Nery Júnior (2000, p.605):

São os que possuem a eficácia de modificar a relação jurídica, são os que impedem que o pedido do autor seja acolhido de forma integral, como pleiteado na inicial, em virtude de modificações ocorridas entre os negócios havidos entre autor e réu, sendo que o juiz até poderá julgar procedente o pedido do autor, mas com as modificações que a situação concreta impõe.

Assim, a consequência para o descumprimento do ônus probatório está diretamente relacionada com a procedência ou improcedência da ação. Se o autor não conseguir cumprir o referido ônus e comprovar os fatos constitutivos de seu direito, em regra, a ação terá que ser julgada improcedente.

Por outro lado, caso o réu não demonstre a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, o juiz deverá julgar a ação procedente. Entretanto, mesmo que nenhuma das partes litigantes consiga cumprir os seus respectivos ônus, ainda cabe ao poder judiciário solucionar o litígio.

Isso porque, vigora no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da vedação ao *non liquet*, segundo o qual o juiz não pode se eximir de julgar a controvérsia, ainda que haja lacunas na lei.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, há três espécies de inversão do ônus da prova: inversão legal, convencional e judicial. A inversão convencional é aquela que decorre da manifestação de vontade das partes e pode ocorrer a qualquer tempo no processo (Amorim, 2016).

A possibilidade de tal inversão está prevista nos parágrafos 3º e 4º do artigo 373 do Código de Processo Civil, in verbis:

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Assim, conforme previsão legal, há duas situações em que não poderá acontecer a inversão convencional do ônus da prova: quando recair sobre direito indisponível da parte e quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

De outro lado, o parágrafo 4º do supramencionado artigo reforça a possibilidade da inversão convencional antes ou durante o curso do processo judicial.

Sobre a limitação da inversão quando ela tornar excessivamente difícil para outra parte o exercício do direito, o legislador quis atingir as situações nas quais é necessário comprovar um fato negativo indeterminado (Amorim, 2016).

Acerca da inversão legal do ônus da prova, também conhecida como inversão *ope legis*, esta ocorre quando a lei determina que, em uma situação, a distribuição do ônus aconteça de forma diferente da prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil (DIDIER, 2015).

Sobre a última modalidade de inversão do ônus da prova, disciplina Daniel Amorim Assumpção (2016, p.660):

A inversão judicial, que ocorre por meio de prolação de uma decisão judicial que será fruto da análise do preenchimento dos requisitos legais passou a ser regra geral do Direito, de forma que em toda relação jurídica de direito material levada a juízo será possível essa inversão em aplicação da teoria, agora consagrada legislativamente, da distribuição dinâmica do ônus da prova

Nesse sentido, o autor faz referência à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova que está prevista no parágrafo primeiro do artigo 373 do Código de Processo Civil. De acordo com essa teoria, havendo o preenchimento de alguns requisitos legais, poderá o juiz distribuir o ônus *probandi* de maneira diversa da usual.

Isso posto, se faz necessário estabelecer o momento adequado para as referidas inversões. Conforme já dito anteriormente, a inversão convencional pode ocorrer antes ou durante o processo. Por outro lado, a inversão legal ocorre no início da demanda judicial (Amorim, 2016).

Ponto controvertido na doutrina é o momento adequado para a inversão judicial do ônus da prova. Sobre o tema segue o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no AGRG no RESP 1.450.473/SC:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. 1. Esta Corte Superior posicionou-se de forma clara, adequada e suficiente acerca da lide, não havendo qualquer omissão, contradição ou obscuridade que justifique a integração do julgado. 2. Na espécie, o acórdão embargado foi claro ao concluir que, segundo entendimento dominante do STJ, "a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas" (e-STJ fl. 627). 3. Por meio dos aclaratórios, é nítida a pretensão da parte embargante em provocar rejuízo da causa, situação que, na

inexistência das hipóteses previstas no art. 535 do CPC, não é compatível com o recurso protocolado. 4. Embargos de declaração rejeitados EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.450.473 - SC (2014/0066160-5) – Relator MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES.

Nesse viés, foi estabelecido o entendimento de que o ônus da prova ope judicis, como regra de instrução, deve ser estabelecido na fase de saneamento do processo, momento no qual será concedida a oportunidade da parte se desincumbir do referido ônus.

Esse entendimento está de acordo com o artigo 357, inciso III do Código de Processo Civil, o qual prevê que, ao sanear o processo, o juiz deve estabelecer o ônus da prova:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:
III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o artigo 373;

3- AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Conforme previsão do Constituinte originário no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, o Estado deverá promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Assim, visando dar efetividade a essa previsão, foi promulgada a lei nº 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor. Como o próprio nome diz, a mens legis para a edição da referida lei foi proteger o consumidor e assegurar que seus direitos sejam respeitados.

A relação de consumo é composta por duas partes: de um lado encontra-se o fornecedor de produtos ou serviços e, de outro, o consumidor. O Código supracitado traz em seus artigos 2º e 3º as definições dos personagens da relação de consumo, *in verbis*:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Dessa forma, quando uma pessoa física ou jurídica adquire um produto ou contrata um serviço na qualidade de destinatário final, ela será considerada consumidora e estará amparada pelo Código de Defesa do Consumidor.

De outro lado, quando uma pessoa física ou jurídica exercer atividade de comercialização de produtos ou prestação de serviços, esta será considerada fornecedora e deverá respeitar as normas do referido Código.

Para compreensão da relação de consumo, imperioso que se defina os conceitos de serviços e produtos. Para isso, o próprio Código os disciplina nos parágrafos 1º e 2º do seu artigo 3º:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Isso posto, o direito do consumidor está muito presente no cotidiano das pessoas. Seja na compra de um automóvel, na contratação do serviço de um plano de saúde, ou ainda, em atividades mais simples, como a compra de um produto pela internet.

3.1. A hipossuficiência do consumidor perante o fornecedor

A relação de consumo é uma relação desequilibrada por sua própria natureza. Isto é, o fornecedor possui maior capacidade econômica e técnica que o consumidor. Assim, visando equilibrar essa relação, foi estabelecida pelo legislador uma série de direitos para o consumidor.

Eles estão listados no artigo 6º da lei nº 8.078/90. Nesse tópico será abordado o direito à inversão do ônus da prova em favor do consumidor, previsto no artigo 6º, inciso VIII do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

Assim, nas relações de consumo há a chamada distribuição dinâmica do ônus da prova (TARTUCE, 2014). Segundo a qual, em determinadas circunstâncias, o juiz pode estabelecer o ônus da prova de maneira diversa da prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil, é o que disciplina o parágrafo 1º do referido artigo:

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

Contudo, para que a referida inversão ocorra o legislador estabeleceu alguns requisitos a serem observados e analisados pelo magistrado: quando as alegações do consumidor foram verossímeis ou quando ele for hipossuficiente perante o fornecedor.

3.2. A inversão do ônus da prova nas relações de consumo

Imperioso que se analise se os requisitos da hipossuficiência e da verossimilhança das alegações devem estar presentes de forma alternativa ou cumulativa. Em julgado recente, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim decidiu:

0000105-06.2022.8.19.0000 - **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Des(a). CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - Julgamento: 07/03/2022 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDORA. ENERGIA ELÉTRICA. LAVRATURA DE TOI. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. PERÍCIA TÉCNICA.

INDEFERIMENTO. VEROSSIMILHANÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA CONFIGURADAS. REFORMA DO DECISUM. 1 - Recurso interposto insurgindo-se contra decisão indeferindo a inversão do ônus da prova, bem como a realização de perícia técnica, em demanda proposta por consumidora em face de concessionária de serviços públicos (Light S/A). 2 - Cabimento do recurso. Artigo 1.015, inciso XI do CPC que estabelece ser cabível agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre redistribuição do ônus da prova. Resp 1729110/CE. 3 - Autora-agravante asseverando literalmente falha na prestação de serviço pela concessionária de serviços públicos, qual seja, cobrança indevida de "recuperação de consumo de energia", em decorrência de irregularidade constatada pelos prepostos da ré ("medidor encontrado com a tampa quebrada"). 4 - **Requisitos delineados no inciso VIII, artigo 6º do Diploma Consumerista que não são cumulativos, bastando a presença de apenas um deles (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor) para assegurar o direito de inversão do ônus probatório. No caso concreto, os dois requisitos específicos restaram evidenciados no feito originário.** 5 - **Quanto mais não fosse, pelo princípio da carga dinâmica das provas, sendo o réu-agravado detentor do conhecimento técnico, informações, equipamentos e ferramental aptos a produção da prova, a ele compete fazê-lo.** Precedentes do TJERJ. 6 - Não é razoável a imposição de cobrança de valores refaturados de consumo de energia elétrica, sem a devida efetivação de perícia técnica, a fim de se constatar a existência ou não de eventual irregularidade, conforme apontado no TOI lavrado em 04/10/2018 (nº 9042551). 7 - PROVIMENTO DO RECURSO.

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 07/03/2022 - Data de Publicação:
14/03/2022

Dessa forma, é possível perceber que, na visão do egrégio tribunal, trata-se de conjunção alternativa e, por isso, basta que haja a presença de apenas um dos requisitos para que o ônus probatório seja invertido pelo juiz.

Isso posto, deve-se analisar e definir o que é verossimilhança das alegações. Segundo LOPES (2021), ela:

Pode ser entendida como o que tem aparência de verdade. É suficiente, ao propósito, a plausibilidade (aceitabilidade) da versão apresentada pelo autor. Naturalmente, terá o autor de provar a existência de relação de consumo como requisito prévio para se cogitar da inversão.

Nesse sentido, a verossimilhança tem íntima relação com a probabilidade do direito exigida pelo artigo 300 do Código de Processo Civil para concessão da tutela provisória de urgência:

Art. 300, CPC: 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.

Isso porque, dizer que as alegações soam verosímeis significa dizer que elas possuem indício de verdade, uma aparência de que os fatos narrados são verdadeiros e, por isso, passível de inversão do ônus *probandi*.

Passando à análise da hipossuficiência do consumidor perante o fornecedor, segundo TARTUCE (2014 p. 34), ela:

Vai além do sentido literal das expressões pobre ou sem recursos, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual. O conceito consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento.

Ressalte-se que a disparidade técnica e informacional tem sido amplamente reconhecida pelos tribunais nas relações de consumo, conforme trecho do julgado acima transcrito, que reconheceu a empresa ré como detentora de meios de informação, conhecimento técnico e equipamentos para produção de prova.

Assim, a hipossuficiência não deve ser analisada sob a exegese do artigo 98 do Código de Processo Civil, que prevê as hipóteses de hipossuficiência para concessão do benefício da gratuidade de justiça, conforme abaixo citado:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

Nas relações de consumo, a hipossuficiência do consumidor vai além de possuir hipossuficiência de recursos. O que é analisado para inversão do ônus da prova é a maior capacidade e facilidade para produção da prova.

4- A PROVA DIABÓLICA

4.1. Conceito de prova diabólica

A prova diabólica ou negativa, segundo ALEXANDRE FREITAS CÂMARA (2005, p.12):

É expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração.

Para melhor compreensão do que significa prova diabólica, Didier Jr (2015, p.114) exemplifica:

Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo.

Assim, em determinadas situações, o encargo probatório é tão difícil, que se faz necessário provar fatos negativos, ou até mesmo fatos impossíveis de prova, criando em desfavor de uma das partes do processo uma verdadeira prova diabólica.

4.2. Situações em que a inversão do ônus da prova cria provas diabólicas

É importante analisar, nesse tópico, algumas situações em que a inversão do ônus da prova poderá criar uma prova diabólica para uma das partes litigantes.

Inicialmente, cita-se o seguinte julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

0277475-21.2015.8.19.0001 – APELAÇÃO

Des(a). FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS - Julgamento: 02/06/2022 - DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. SAQUES NÃO RECONHECIDOS NA CONTA BENEFÍCIO DA AUTORA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. 1. No caso, o banco apelante sustenta que os saques lançados na conta corrente da autora, ora apelada, foram realizados com a utilização de cartão magnético dotado de chip, cuja senha é de responsabilidade do correntista. 2. Nada obstante, cabia ao réu, ora apelante, demonstrar que não houve falha na prestação dos serviços. 3. **Acresça-se que determinar, in casu, que a autora, pessoa tecnicamente hipossuficiente, prove que não realizou os saques equivale a obrigá-la a produzir prova negativa, a chamada prova diabólica.** 4. Além do mais, é fato notório que os cartões, mesmo dotados de chip, podem ser objeto de clonagem ou mesmo de fraude perpetrada por funcionários da própria instituição financeira. 5. Logo, correto o julgado ao reconhecer a falha na prestação dos serviços. 6. Os danos morais são inegáveis, uma vez que, após os saques indevidos, a recorrida, pensionista, ficou descapitalizada. 7. Diante das peculiaridades do caso, a verba compensatória por danos extrapatrimoniais, modestamente arbitrada em R\$ 3.000,00 (três mil reais), deve ser mantida, visto que em conformidade com o disposto no art. 944 do CC, bem como com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 02/06/2022 - Data de Publicação: 07/06/2022

No presente julgamento, a corte em questão reconheceu que é do fornecedor o ônus de provar que os saques na conta corrente foram realizados pela autora e que, por isso, houve falha na prestação de serviços.

Reconhecer de maneira diversa, tornaria o encargo probatório extremamente difícil para a parte autora, uma vez que a ela incumbiria realizar prova de fato negativo. Isto é, provar que não realizou os saques de sua conta corrente utilizando o seu cartão com chip.

Em outro julgado, também do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi mantida a sentença de juízo de primeiro grau que julgou improcedente o pedido de indenização da parte autora por não ter comprovado minimamente os fatos constitutivos de seu direito, *in verbis*:

0015743-72.2015.8.19.0211 – APELAÇÃO

Des(a). CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA - Julgamento: 21/09/2022 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. Contrato de transporte. Pretensão reparatória de dano moral. Sentença de improcedência do desiderato autoral. Queda ao desembarcar de coletivo. Concessionária de transporte público. **Ausência de prova do fato constitutivo do direito da Autora, que nem,**

minimamente, restou demonstrado. Apesar de comprovado o dano, não restou comprovada a autoria e nem o nexu causal. Prova essencial e mínima que incumbia àquela, nos termos do artigo 373, inciso I, do CPC. Exigir da empresa Ré a prova de fato negativo (inexistência de autoria) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de difícil ou impossível produção. Responsabilidade objetiva que apenas exime a vítima de comprovar a culpa. Sentença que não merece alteração. RECURSO DESPROVIDO.

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 21/09/2022 - Data de Publicação: 27/09/2022

Nesse caso, em que pese a possibilidade de inversão do ônus da prova nas relações de consumo, esta não foi realizada. Isso porque, se o ônus fosse invertido, o fornecedor teria que provar que a autora nunca caiu ao desembarcar de seus coletivos, o que foi reconhecido pelo tribunal como uma prova extremamente difícil ou impossível.

4.3. O limite da inversão do ônus da prova nas relações de consumo

Diante das situações mencionadas, imperioso que se estabeleça um limite para que a inversão do ônus probatório em favor de uma das partes da relação de consumo não torne excessivamente difícil o encargo da outra.

Para isso, é de suma importância que o artigo 373 do Código de Processo Civil seja observado, de modo que a inversão não ocorra quando o autor não cumprir seu encargo probatório mínimo, que é a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito.

Por outro lado, o magistrado julgador também deve observar os requisitos previstos no Código de Defesa do Consumidor antes de determinar a inversão do ônus da prova nas relações de consumo.

Assim, devem estar presentes, de forma alternativa, ou a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor. Sem que a referida inversão implique a prova de fato negativo por parte do fornecedor.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do demonstrado na presente pesquisa, o direito do consumidor é um direito fundamental previsto pela Carta Magna brasileira que foi efetivado pela edição do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, foram criadas algumas situações para beneficiar o consumidor – parte hipossuficiente da relação de consumo – perante o fornecedor. Entre elas, destaca-se a inversão do ônus da prova a seu favor.

Contudo, não é justo que pelo simples fato de existir uma relação consumerista, o magistrado inverta o ônus da prova de maneira automática, é necessário que sejam observados os requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor.

Pensar de maneira diversa, implicaria situações nas quais o encargo probatório do fornecedor se tornaria extremamente difícil ou, até mesmo, impossível. Criando-se provas de fato negativo, também conhecidas como provas diabólicas.

Nesse viés, se faz necessário estabelecer um limite para que a inversão do ônus *probandi* ocorra sem que o fornecedor seja prejudicado e, por outro lado, o consumidor seja excessivamente beneficiado.

Isso posto, chega-se à conclusão de que o ônus da prova deve ser invertido pelo juiz sempre que o autor da demanda cumprir de forma mínima seu encargo probatório do artigo 373 do Código de Processo Civil e, quando estiverem presentes, de forma alternativa, os requisitos da hipossuficiência técnica e da verossimilhança das alegações do consumidor.

Para a referida inversão ocorrer, a análise da presença dos requisitos mencionados deve ser feita caso a caso. Assim, é possível verificar as especificidades de cada situação e as consequências da inversão para que a paridade de armas entre as partes litigantes seja atingida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Institui o Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 setembro 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no AgRg no Recurso Especial nº 1.450.473 - SC (2014/0066160-5)**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 12 de novembro de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400661605&dt_publicacao=12/11/2014 Acesso em 09.NOV.2022

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento Cível nº 0000105-06.2022.8.19.0000**. Relator: Carlos Santos de Oliveira. Rio de Janeiro, 07 de março de 2022. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.1> Acesso em 09.NOV.2022

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0277475-21.2015.8.19.0001**. Relator: Fernando Cerqueira Chagas. Rio de Janeiro, 02 de junho de 2022. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.1> Acesso em 09.NOV.2022

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0015743-72.2015.8.19.0211**. Relator: Carlos Eduardo Moreira da Silva. Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2022. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.1> Acesso em 09.NOV.2022

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças preexistentes e o ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. V. II 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria De. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, Direito probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 7ª Edição. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

LOPES, João Batista. **Ônus da prova**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/461/edicao-2/onus-da-prova> Acesso em 27.OUT.2022

LOURENÇO, HAROLDO. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forença; São Paulo: Método, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª edição. São Paulo: Juspodivm, 2016.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil**: ensaio sobre o raciocínio probatório. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. 3ª Edição. São Paulo: Método, 2014.