

DIEGO CASSIANO LORENZONI CARBONE

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO CONSUMIDOR:
uma proposta de revisão dogmática.**

Monografia apresentada como requisito à conclusão do Curso de Especialização em Direito do Consumidor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Miragem

Porto Alegre, Rio Grande do Sul
2014.

RESUMO

O presente trabalho propõe alteração nas premissas usualmente utilizadas pela doutrina ao tratar do momento adequado de inversão do ônus da prova nas demandas de consumo. O estudo assevera a necessidade de uma revisão dogmática do conceito de ônus da prova. Nesse intuito, busca demonstrar, primeiramente, que ônus da prova é conceito que trata apenas do exercício de faculdades probatórias das partes, orientado pelos riscos decorrentes de eventual aplicação de uma regra de julgamento ao final da demanda; e que regra de julgamento é conceito que trata apenas de um critério de decisão para o caso de insuficiência probatória, não devendo ser classificado como uma espécie de ônus da prova, nem denominado "ônus *objetivo* da prova". Afirma que ônus da prova e regra de julgamento são conceitos ontologicamente distintos, embora imbricados mutuamente. Posteriormente, o trabalho afirma que o direito à defesa do consumidor em juízo é um direito fundamental (art. 5º, XXXII, da CF), de cuja dimensão objetiva emana diretriz interpretativa para as demais normas jurídicas, inclusive para o art. 6º, VIII, do CDC. Por fim, articula os argumentos prévios e conclui que o momento correto da inversão do ônus da prova é a fase de saneamento do processo.

PALAVRAS-CHAVE: ônus da prova subjetivo; ônus da prova objetivo; inversão do ônus da prova; Código de Defesa do Consumidor; direito fundamental à defesa do consumidor; momento da inversão do ônus probatório.

ABSTRACT

The present paper proposes changing doctrinaire premises related to reversal of the burden of proof procedural moment, in lawsuits based in the Code of Consumers' Rights. It states it's necessary a revision of the concept of burden of proof. For this purpose, it demonstrates, in the lead, that burden of proof is a concept exclusively about the litigant's evidentiary faculties, driven by risk of judge imposing a sentence based on judgment rule; and it also demonstrates that the mentioned judgment rule is just a standart to decide in case of lack of evidence, wich shall not be classified as a variety of burden of proof, neither called "objective burden of proof". The paper also states that burden of proof and judgment rule are distinct concepts, though mutually dependent. Afterwards, it asserts that the consumers' right to defense, in a lawsuit, it is a fundamental right, from which objective dimension originates an interpretive orientation for the interpretation of legal rules, including the article n. 6, VIII, of Code of Consumers' Rights. Finally, by linking previous arguments, the study concludes that the appropriated moment to implement reversal of burden of proof is before entering the procedural stage of production of evidence.

KEYWORDS: (...) subjective burden of proof; objective burden of proof; reversal of burden of proof; Code of Consumers' Rights; consumer fundamental right to defense; procedural moment for implement reversal of burden of proof.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	04
2	PROVA E ÔNUS DA PROVA: ALGUNS CONCEITOS FUNDAMENTAIS.....	06
2.1	Conceitos de prova; de meio de prova; de fonte de prova; e de objeto de prova.....	06
2.2	Conceito de ônus.....	10
2.3	Ônus da prova subjetivo e ônus da prova objetivo	13
2.3.1	O aspecto objetivo do ônus da prova.....	14
2.3.2	O aspecto subjetivo do ônus da prova.....	17
2.3.3	Crítica à denominação “ônus objetivo da prova”.....	21
2.4	Modelos de constatação: diferenciação de regras de julgamento.....	26
3	DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	30
3.1	Do reconhecimento do direito à defesa do consumidor como direito fundamental: uma diretriz para a interpretação e aplicação da regra do ônus da prova.....	30
3.2	Da distribuição do ônus da prova no CDC: um mecanismo de implementação do direito fundamental à defesa do consumidor.....	33
3.3	Base legal e pressupostos da inversão do ônus da prova.....	38
3.4	Do objeto da inversão do ônus da prova.....	43
3.5	Dos efeitos da inversão do ônus da prova.....	45
3.6	Do momento correto de inversão do ônus da prova, tendo como premissa a separação dos conceitos de ônus e de regra de julgamento.	49
3.7	Do momento correto de inversão do ônus da prova, tendo como premissa o reconhecimento do direito fundamental à defesa do consumidor.....	54
4	CONCLUSÕES.....	58
5	REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

No direito processual brasileiro, um dos temas de maior relevância é o atinente ao direito probatório. Dentro do direito probatório, destaca-se o tema do ônus da prova, pois, conforme esse ônus seja entendido como regra de instrução ou regra de julgamento, orientará as partes quanto ao seu papel na instrução processual ou orientará o julgador que houver de decidir em caso de insuficiência de prova, respectivamente.

Mais especificamente, dentro do tema do ônus da prova, a inversão do ônus da prova trata da questão pontual sobre a possibilidade de redistribuição, entre as partes processuais, do ônus probatório padrão, previsto no art. 333 do CPC. Embora o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90 - CDC) preveja regra específica de alteração do ônus padrão da prova (art. 6º, VIII), nela fixando os requisitos de sua determinação pelo juiz, nada diz sobre o momento em que tal inversão deverá ocorrer.

A doutrina pátria, ao longo da vigência do CDC, ofereceu várias respostas à questão do momento adequado à inversão do ônus da prova. Contudo, em regra, as análises doutrinárias partem sempre de uma mesma premissa: a que trata o ônus da prova sob os aspectos objetivo e subjetivo, isto é, ora como faculdade das partes, ora como regra de julgamento.

Em hipótese, a alteração dessa premissa básica adotada até hoje nos estudos da doutrina, pela modificação do conceito de ônus da prova – afastando completamente de seu conteúdo a noção de regra de julgamento –, repercutiria consideravelmente nas conclusões sobre questões envolvendo a inversão do ônus probatório.

Igualmente, os estudos sobre o momento de inversão do ônus da prova, com base no CDC, não têm, em regra, sido realizados sob a perspectiva de o direito à defesa do consumidor em juízo ser um direito fundamental (art. 5º, XXXII, da CF), do qual emana uma força diretriz para a interpretação das demais normas jurídicas.

Partindo dessas considerações, formulam-se os seguintes problemas no presente trabalho: (i) o ônus da prova deve ser entendido como regra de julgamento, ou é possível ser entendido apenas como uma faculdade probatória das partes? (ii)

sendo possível ser entendido apenas como faculdade probatória das partes, qual é o momento adequado para o juiz proceder à inversão prevista no art. 6º, VIII, do CDC, em interpretação condizente com a dimensão objetiva do direito fundamental à defesa do consumidor?

A hipótese proposta a esse problema é de que o ônus da prova deve ser visto apenas como faculdade probatória das partes, orientada pelo risco da utilização de uma regra de julgamento, do que segue que o momento correto para a inversão do ônus é a fase de saneamento do processo, pois permite o melhor exercício do direito fundamental à defesa do consumidor.

Para a verificação das hipóteses propostas, partir-se-á da exposição de alguns conceitos fundamentais de direito probatório, propondo-se pontualmente a revisão de alguns deles, a partir de leitura crítica da doutrina. Em um segundo momento, serão concatenadas as propostas de redefinição conceitual de ônus da prova e de regra de julgamento, à luz do direito fundamental à defesa do consumidor, encerrando-se com apresentação de conclusão acerca do momento adequado de inversão do ônus da prova.

Justifica-se o trabalho proposto pela necessidade de contínuo aperfeiçoamento dos instrumentos de tutela processual, visando a estruturar o processo em conformidade com os valores constitucionais que o permeiam, em especial, no caso, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF).

Para atingir os objetivos da pesquisa, adotar-se-á o método hipotético-dedutivo, submetendo-se as hipóteses apresentadas ao confronto com possíveis dificuldades de realização prática e, notadamente, ao posterior controle intersubjetivo pela discussão crítica dos leitores.

2 PROVA E ÔNUS DA PROVA: ALGUNS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Segundo SAVIGNY, *apud* BATISTA¹, “*los conceptos determinan al sistema; a conceptos falsos siguen interpretaciones falsas*”.

Nesse sentido, pressupondo que o estudo do ônus da prova e de sua inversão baseada no Código de Defesa do Consumidor estão inseridos no contexto de um sistema maior; e também pressupondo que um conceito equivocado, dentro desse sistema, pode levar a interpretações igualmente equivocadas, neste primeiro capítulo serão apresentados alguns conceitos fundamentais para o estudo do ônus da prova, sendo que, em relação a alguns desses conceitos fundamentais, será ainda proposta uma alteração relevante em seus conteúdos – partindo de crítica ao conteúdo que a doutrina convencionou atribuir-lhes.

2.1 Conceitos de prova; de meio de prova; de fonte de prova; e de objeto de prova.

Para analisar os conceitos de prova correntes na doutrina, ou simplesmente elencá-los, seria preciso um trabalho que se debruçasse exclusivamente sobre esse tema. Não é o nosso caso, pois saber em que consiste “prova” é apenas um pressuposto lógico para a compreensão das ideias que se seguirão, essas, sim, consistentes no foco principal da pesquisa.

Mas, como o conceito de prova não pode ser dado como unívoco na ciência jurídica – isto é, não se trata de termo conhecido por todos os interlocutores prováveis do presente diálogo –, deve-se dedicar um tópico a aclará-lo, observadas as limitações da pesquisa.

Com efeito, o consenso mais seguro que se pode extrair da doutrina pátria, acerca do conceito de prova, é justamente que se está diante de um termo de múltiplas acepções. Mesmo fora da ciência jurídica não se encontra univocidade, falando-se, por exemplo, tanto de prova enquanto *atividade* de demonstrar uma proposição, como prova enquanto *resultado* dessa atividade.

Primeiro passo no entendimento do termo em questão é lembrar que inúmeros

¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Epistemologia das ciências culturais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 77.

são os ramos da ciência jurídica que dele se utilizam de forma relevante. Como lembra MIRANDA, “pensar-se em prova judicial quando se fala em prova é apenas devido à importância espetacular do litígio”. A citação é elucidativa:

A prova de modo nenhum se reduz ao direito processual (...). Daí termos escrito no Tratado de Direito Privado, Tomo III, 404: 'Dizer-se que prova é ato judicial ou processual, pelo qual o juiz se faz certo a respeito do fato controverso ou do assento duvidoso que os litigantes trazem a juízo (cf. Freire, *Institutiones*, IV, 126: 'Probatio est actus iudicialis, quo litigantes iudici de facto controverso, vel de re dubia fidem in iudicio faciunt') é processualizar-se gritantemente a prova. A adução, introdução ou apresentação da prova tanto pode ser em juízo quanto fora dele. O herdeiro paga as dívidas do decujo, que se lhe cobram, com as provas produzidas; e aquelas pessoas que têm muitos negócios exigem que se apresentem as faturas, com as provas, para que se lembrem das contas que hão de pagar. Pensar-se em prova judicial quando se fala em prova é apenas devido à importância espetacular do litígio'.² Grifos no original.

Assim, uma delimitação inicial se impõe: interessa-nos apenas o conceito de prova judiciária no âmbito do processo civil.

Em relação à prova judiciária, quatro referências ao vocábulo “prova” merecem registro e explicação³: (i) prova enquanto *atividade* de subsidiar o juiz de elementos que lhe permitam reconstruir mentalmente os fatos relevantes da lide; (ii) prova enquanto a *forma* ou a técnica de se realizar essa atividade; (iii) prova enquanto *objeto* a partir do qual o juiz realiza a reconstrução mental dos fatos; (iv) e prova enquanto *resultado* final da atividade de fornecer elementos ao juiz e da atividade do juiz de perceber e avaliar esses elementos, ou seja, prova enquanto a convicção do juiz sobre os fatos que se tentou reconstruir.

Em relação à acepção “ii” supra, a rigor o vocábulo prova está sendo utilizado no lugar do conceito de “meios de prova”, os quais consistem na forma processual de produzir determinado elemento tendente a formar a convicção do juiz quanto à matéria fática. Ou, dito de forma mais simples: meios de prova são as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte)⁴. Nessa acepção tem-se, por exemplo, a referência do art. 332 do CPC a todos os *meios*

² MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV: arts. 282 a 443. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 245-246.

³ Conforme: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol IV: arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 2-3.

⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodium, 2009, p. 47.

legais de se provar a verdade dos fatos, e ainda nessa acepção se pode falar em *meios* de prova documental, testemunhal, pericial etc...

Em relação à acepção “iii” supra, o vocábulo prova toma o lugar do conceito de “fontes de prova”, que são os elementos a partir dos quais, por uso dos meios de prova, o juiz extrai alguma conclusão sobre os fatos relevantes da lide⁵.

Portanto, excluindo-se as acepções “ii” e “iii” supra, que se referem na verdade aos meios e às fontes de prova⁶, restam os significados de prova enquanto *atividade* e prova enquanto *convicção* gerada no julgador.

Esses dois significados residuais costumam ser classificados como as facetas objetiva e subjetiva da prova, como lembra DIDIER⁷:

Quando se utiliza o vocábulo para designar a atividade probatória, ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que se está falando de prova num *sentido objetivo*. Quando ele é utilizado para designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgado, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz, diz-se que se está usando aí o termo prova num *sentido subjetivo*.⁸

Assim, para o efeito pragmático de avançar-se nesse trabalho, assume-se o conceito de prova no sentido objetivo: prova é a *atividade* tendente à demonstração da veracidade de algo.

O conceito, contudo, ainda é parcial. Para completá-lo, há de se verificar qual objeto dessa atividade.

⁵ CINTRA, *op. cit.*, p. 2.

⁶ Registra-se a existência de entendimento que não distingue os conceitos de prova e meio de prova, como João Carlos Pestana Aguiar Silva, que refere: “Em nosso vigente Código, assim, como no anterior, vários de seus subtítulos e dispositivos conferem aos meios de prova qualidade para, por si só, provar a verdade dos fatos. E denomina-os de “prova”. Logo, adere abertamente a nossa legislação à corrente que atribui ao meio de prova a natureza de prova, sem restringi-lo necessariamente ao resultado. E, confirmando sua posição, afirma que “Buscando-se um conceito de prova em conformidade com nossas leis processuais, podemos defini-la amplamente como todo o meio em condições de obter o resultado, assim como o próprio resultado, na pesquisa da verdade processual” (SILVA, João Carlos Pestana Aguiar. *As provas no Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 8).

⁷ Na doutrina de Moacyr Amaral Santos, também se encontra a classificação que distingue prova em sentido objetivo e prova em sentido subjetivo, embora no primeiro conceito (prova em sentido objetivo) o autor só tenha feito referência a “meios”, e não à atividade do uso desses meios. Observe-se: “Costuma-se, assim, conceituar prova, no sentido objetivo, como os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo. Mas a prova, no sentido subjetivo, é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade desses fatos” (SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2º volume, 24 ed. rev. e atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 343).

⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 43. Grifos no original.

Nesse ponto, há divergência instaurada na doutrina. De um lado, sustenta-se que o objeto da prova são os *atos* da causa; de outro, sustenta-se que são as *afirmações* das partes.

SANTOS⁹ entende que a finalidade da prova é formar a convicção do julgador quanto à existência dos *atos da causa*, entendimento compartilhado por THEODORO JR.¹⁰, CINTRA¹¹, e SILVA¹². Esse último, contudo, adverte amplamente sobre a existência de divergência doutrinária:

SENTIS MELENDO (*La prueba, los grande temas de derecho probatório*, p. 12) afirma: 'Os fatos não se provam; os fatos existem. O que se prova são as afirmações que poderão referir-se a fatos'. (...) Esta é também a lição de JOÃO DE CASTRO MENDES (*Do conceito de prova em processo civil*, n. 120), que mostra como seria impróprio dizer que ficou provado o fato de alguém não estar em certo lugar, ou a prova de que determinado evento não ocorreu. Na hipótese de a finalidade da prova ser a demonstração de um 'fatto negativo', percebe-se facilmente que o objeto da prova não é o fato, mas, como afirma CASTRO MENDES, as alegações ou afirmações sobre o fato.

Com efeito, considerando-se que a atividade probatória tenha por finalidade a descoberta da verdade (ainda que meramente processual)¹³, o que se investigará são as afirmações das partes, porquanto só essas podem ser qualificadas como verdadeiras ou falsas – e não os fatos, que apenas podem ser qualificados como existentes ou inexistentes.

Nesse sentido é a lição de DINAMARCO:

O objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no

⁹ SANTOS, *op. cit.*, p. 342.

¹⁰ Theodoro Jr., em verdade, fica ao meio do caminho entre as duas correntes sobre o objeto da prova, ao dizer que provar a alegação é demonstrar a ocorrência do fato. Veja-se o seguinte excerto do mencionado autor: "Há quem afirme que a prova não versa sobre os fatos, mas sobre as alegações feitas pelas partes. Mas o que são tais alegações senão a afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo? Portanto, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos" (THEODORO JR. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 412/413).

¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, *op. cit.*, p. 5.

¹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de Processo Civil*. Volume 1: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 343.

¹³ Embora não seja determinante para a compreensão do que será dito neste trabalho, está razoavelmente superada na doutrina a noção de verdade absoluta. Daí porque, quanto se falar neste trabalho em demonstração da veracidade de algo, sempre se referirá a uma verdade relativa, que não é mais do que um juízo de verossimilhança. Maior aprofundamento ocorrerá no capítulo 2, quando se falar em juízo de verossimilhança.

processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas a esses fatos e não fatos em si mesmos. (...) provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo, portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. (...) As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas ou verazes.¹⁴. Grifos no original.

Portanto, pode-se agora delimitar o conceito de prova que será utilizado no presente trabalho: prova é a atividade exercida no processo com vista à demonstração da veracidade das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o andamento e julgamento da demanda.

Escolhe-se esse conceito em razão de que o objeto deste trabalho é analisar precipuamente regras de distribuição do ônus da prova, e distribuir o ônus da prova é fundamental para o exercício das faculdades probatórias das partes – adiantando-se que, como se verá à frente, o termo *faculdade probatória* será definido como o exercício de atividade processual destinada à construção do convencimento judicial quanto à alegações controvertidas e relevantes, sendo esse exercício sempre orientado pela prévia distribuição dos riscos da insuficiência probatória.

Assim, divisados os conceitos de meio de prova, fonte de prova, e prova como atividade, possível o avanço do trabalho.

2.2 Conceito de ônus

Ainda no intuito de estabelecer as premissas básicas para o enfrentamento da questão principal deste estudo, cumpre fixar um conceito cujo correto manuseio é essencial no direito probatório: o conceito de ônus.

A tarefa é relevante em especial porque *ônus*, *dever* e *obrigação* são termos que, embora o largo uso que deles se faça no meio jurídico, eventualmente ocasionam alguma dificuldade em seu emprego correto.

Dever jurídico pode ser definido como a sujeição a uma ordem de ação ou de omissão, decorrendo da violação dessa sujeição, geralmente, ilicitude e sanção.

Obrigação, embora com alguma variação de delimitação conceitual na doutrina,

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III . 6ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 58.

pode ser definida como sendo o vínculo jurídico que confere a uma pessoa (credor/sujeito ativo) o poder de exigir da outra (devedor/sujeito passivo) o cumprimento de uma prestação, cujo conteúdo seja uma prestação economicamente aferível¹⁵.

Já em relação ao conceito de *ônus*, o senso jurídico aponta de plano para o tratamento que lhe dá o Direito Processual. A doutrina de MIRANDA¹⁶, contudo, lembra que a teoria do ônus da prova realmente está relacionada de forma direta com a tutela das pretensões jurídicas no processo, mas destaca que o ônus da prova é preexistente à demanda, e que as regras que o disciplinam remontam tanto ao direito material quanto ao direito processual.

Com efeito, é inegável que as normas jurídicas de direito material, em especial as que regulam o direito probatório e suas consequências no direito obrigacional, colocam os indivíduos em situações nas quais a não produção de uma prova implicará determinada consequência, independentemente do processo judicial.

Todavia, em que pese essa similitude, apenas o ônus probatório *processual* implica *risco* da prolação de decisão desfavorável. Ou seja, eventual não constituição de uma prova pré processual não guarda relação necessária com o ônus da prova processual, até porque a demanda pode nunca ser proposta. Assim, o exercício das faculdades probatórias, e o risco da prolação de uma decisão desfavorável, termos essenciais ao estudo do conceito de ônus, só existem no âmbito do processo.

Assim, o estudo do ônus probatório, neste trabalho, se dará a partir das implicações processuais desse fenômeno.

Como primeiro passo para a definição de ônus, é de se lembrar que esse instituto, embora já existisse no direito romano, suscitou inúmeros estudos e inúmeras discussões doutrinárias até assumir as feições atuais. Nesse trajeto, a doutrina principalmente buscou diferenciar o conceito de ônus de termos análogos, como aqueles mencionados no começo deste capítulo.

Embora não se possa recapitular todas as teorias sobre a natureza do ônus, dados os limites deste trabalho, cumpre lembrar da contribuição decisiva dos

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

¹⁶ MIRANDA, *op. cit.*, p. 254.

estudos de Carnelutti sobre o tema. Nas palavras de BUZAID, “um dos grandes méritos de Carnelutti foi o de estabelecer a distinção entre ônus e obrigação”¹⁷.

De fato, PACÍFICO¹⁸, destacando os principais pontos do pensamento do mestre italiano, refere que Carnelutti, em primeiro lugar, inseriu o conceito de ônus dentro da esfera de liberdade, contrapondo-o com a obrigação e a sujeição; em segundo lugar, Carnelutti estabeleceu que, enquanto o cumprimento do ônus interessa ao sujeito onerado, o cumprimento da obrigação interessa à parte que recebe a prestação; em terceiro lugar, asseverou que o cumprimento de um ônus implicava realizar um ato necessário, enquanto na obrigação o ato praticado era devido, por imposição do direito subjetivo; e, por fim, lecionou que a consequência do descumprimento do ônus é sanção econômica, ao passo que a consequência do descumprimento de um dever é sanção jurídica.

Apesar de críticas opostas à teoria de Carnelutti – em especial no ponto em que ressaltava o aspecto passivo do ônus, com reduzido destaque ao aspecto ativo, de poder –, ela se difundiu amplamente, inclusive no direito brasileiro, como se vê, apenas exemplificativamente, na seguinte citação de MIRANDA (embora o autor compare ônus e dever, e não ônus e obrigação):

A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse.¹⁹

Mais modernamente, pelo influxo de teorias do ônus como situação jurídica *ativa*, como as de Micheli, Betti e Echandía, mencionados por PACÍFICO, pode-se dizer que o ônus da prova possui os seguintes contornos:

No ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado seu cumprimento em favor de outro, como ocorre na obrigação. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada. A norma estatuidora de um ônus tutela interesse do próprio onerado, ao passo que a norma portadora de uma obrigação tutela

¹⁷ BUZAID, Alfredo. Do ônus da Prova. *Justitia*. São Paulo, vol. 40 (jan 1963), p. 16.

¹⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova. São Paulo: RT, 2011, p. 30-31.

¹⁹ MIRANDA, *op. cit.*, p. 253.

interesse do titular do direito subjetivo correspondente, que pode exigir seu cumprimento. A obrigação é uma situação jurídica passiva, enquanto o ônus é uma situação jurídica ativa, manifestação do poder no qual se manifesta a liberdade de agir do sujeito onerado.²⁰

No mesmo caminho é a definição de Devís Echandia, *apud* CAMBI, para quem:

'[...] ônus pode ser definido com a liberdade de realização de certos atos ou condutas previstas em uma norma jurídica, para a satisfação de um interesse próprio', não havendo sujeição ou um outro sujeito que tenha o direito de exigir a sua observância, visto que o seu não-cumprimento pode acarretar apenas consequências desfavoráveis para a pessoa beneficiada.²¹

Assim, encerra-se o presente ponto frisando-se ser imprescindível, para a compreensão das noções que serão apresentadas a seguir, lembrar que ônus – ao contrário do que a palavra evoca no senso comum – é mera *faculdade*, tendo como característica essencial a *liberdade* de agir com vista a satisfazer um interesse próprio.

E mais: ônus é uma faculdade de agir pertencente exclusivamente às *partes* do processo. Logo, o ônus não tem como titular o *jugador*, embora a doutrina tradicionalmente trate ônus como um critério de decidir usado *pelo julgador*.

2.3 Ônus da prova subjetivo e ônus da prova objetivo

Conceituado acima o ônus como sendo a faculdade de agir das partes, tendente à tutela de um interesse destas, cumpre inserir esse conceito no âmbito da prova judiciária.

Nesse intuito, cumpre analisar o ônus da prova sobre dois aspectos, nominados por doutrina e jurisprudência, geralmente, de aspecto *objetivo* e de aspecto *subjetivo* – ou também de ônus objetivo da prova e de ônus subjetivo da prova.

Embora proponhamos, mais adiante, a alteração dessa terminologia, trocando-se “ônus objetivo da prova” por “regra de julgamento baseada no ônus da prova”, e substituindo-se “ônus subjetivo da prova” apenas por “ônus da prova”, adotar-se-á provisoriamente a terminologia já consagrada, para fim didático de exposição dos

²⁰ PACÍFICO, *op. cit.* p. 41-42.

²¹ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo. RT, 2006, p. 315.

institutos nos itens subsequentes.

Vejamos o primeiro.

2.3.1 O aspecto objetivo do ônus da prova

É sabido que, no direito processual romano, na fase predominantemente privada da prestação jurisdicional, o *iudex*, uma espécie de árbitro popular, podia deixar de proferir uma sentença de mérito, em determinada demanda sob sua apreciação, por entender inexistentes as provas necessárias para formar seu convencimento: bastava que jurasse *sib non liquere* – significando que a causa não lhe parecia clara²².

Com a passagem desse sistema eminentemente privatístico para o sistema estatal de prestação da tutela jurisdicional – o que ocorreu com o advento do período da *extraordinaria cognitio*, por volta de 27 a.C –, não fazia mais sentido a manutenção do *non liquet* no direito romano. Isto é, sendo a prestação jurisdicional um poder avocado pelo poder público (aqui lembrando que não se pode falar ainda em Estado, no sentido moderno da palavra), não podia o encarregado dessa atribuição se omitir do encargo. Destarte, o magistrado romano passou a ter o dever de examinar as provas a ele trazidas e se manifestar a respeito delas, proferindo sentença que trouxesse a pacificação social. Vale lembrar que, a essas alturas, Roma era o centro de um vasto império, que se expandiu da península itálica pelos arredores do mediterrâneo e atingiu, entre outros lugares, o norte da África, a península ibérica, a Grécia, e o que é hoje o sul da França.

Em suma, inclusive para garantir a dominação sobre os vários povos conquistados, o direito romano havia de possuir um sistema de aplicação do direito que garantisse um mínimo de pacificação social, o que só seria possível com a abolição dos julgamentos privados e com a implantação de regras processuais razoavelmente claras, que orientassem o magistrado na valoração da prova e assegurassem que o processo terminaria com uma sentença – a qual deveria ser o

²² Vale recordar que o Direito Romano divide-se nos seguintes períodos: das *legis actiones*; *per formulas*; e da *extraordinaria cognitio*. Os dois primeiros compunham a fase privatística do direito processual romano, chamada de *ordo iudiciorum privatorum*, na qual era escolhido um cidadão romano para apreciar a lide – o *iudex*. Conforme José Carlos Moreira Alvez, *apud* PACÍFICO, *op. cit.*, p. 45-46.

menos arbitrária possível.

A partir dessa fase do direito processual romano, delimitada politicamente pelo fim do período republicano (27 a.C), e conceituada na história do direito como período da *extraordinaria cognitio*, começou o estabelecimento de regras disciplinadoras da produção e valoração da prova, a par da consolidação de outras regras já estabelecidas pela prática judiciária nos períodos anteriores. Daí chegou-se a um determinado momento histórico em que passou a ser consenso no direito processual romano duas regras que são a origem da disciplina do ônus da prova: (i) a prova incumbe ao autor; e, (ii) quando alegada exceção, o réu assume a posição de autor, incumbindo-lhe a prova do alegado²³.

Com base nessas e outras regras, o julgador romano obrigatoriamente deveria decidir a causa, impondo decisão desfavorável à parte que não houvesse produzido a prova necessária.

Esse é, ainda hoje, é o conceito do aspecto *objetivo* do ônus da prova: servir de regra de julgamento para o julgador que, ao apreciar o material probatório existente nos autos, considera-o insuficiente para formar convicção acerca da veracidade das alegações das partes, essenciais ao julgamento.

Por trás desse conceito moderno de ônus objetivo da prova, contudo, não está apenas a necessidade de evitar juízos arbitrários. Na verdade, há inúmeros fenômenos sociológicos e culturais, sucessivos ou cumulativos ao longo da história, cujo produto determina a existência do ônus da prova enquanto regra de julgamento²⁴.

Aliás, tal condicionamento à cultura ocorre com quaisquer institutos jurídicos, porquanto o direito em si é um fenômeno cultural²⁵.

²³ *Ibidem*, p. 45-52.

²⁴ A propósito, precisa a observação de OLIVEIRA: “O processo não se encontra *in res natura*, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura. Ora, falar em cultura é falar em valores, pois estes não caem do céu, nem são a-históricos, visto que constituem frutos da experiência, da própria cultura humana, em suma. (...) Mostra-se totalmente inadequado, assim, conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma que lhe é inerente depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e a objetivo da própria administração judicial”. (OLIVEIRA, CARLOS Aberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92-94).

²⁵ Não só a norma jurídica e o processo resultam produtos do meio, como mencionado na nota precedente, mas também o comportamento do juiz deve estar adequado à realidade fática sempre

Com efeito, o ônus da prova enquanto regra de julgamento, atualmente, está atrelado a outros pressupostos, como, por exemplo, a noção razoavelmente bem estabelecida de que a sentença contém um silogismo, no qual a premissa maior é a norma incidente, e a menor é o suporte fático – o qual deve ser demonstrado (provado) pela parte que tem interesse na produção dos efeitos advindos da juridicização. Também decorre da certeza de que não é possível ao juiz (como a qualquer outra pessoa) atingir a verdade absoluta sobre qualquer afirmação fática, de modo que deve haver regras para afastar a incerteza, que é ínsita à condição humana, e assim se propiciar a prolação da sentença necessária à pacificação social.

E, sobretudo, a regra do ônus da prova assentou-se sobre a concepção inicial do princípio dispositivo – de viés nitidamente liberal e individualista em sua origem²⁶ –, pela qual cabia primordialmente às partes a produção das provas. Assim, não cabendo ao juiz investigar de ofício os fatos, caberia à lei sancionar a parte que foi inepta em produzir prova de suas alegações.

De fato, se ao juiz fosse atribuído o *dever* de produzir provas, na busca incessantemente de uma suposta verdade real, não haveria como este invocar a inércia probatória das partes para julgar desfavoravelmente a uma delas, pois do julgador propriamente seria a mencionada inércia.

Todavia, com os afluxos das ideologias sociais, pós-revolução industrial, o processo civil reformula o princípio dispositivo, ampliando os poderes instrutórios do juiz, afastando o conceito de magistrado enquanto assistente inerte de uma batalha travada entre as partes. Isso não suprime, contudo, o conteúdo do ônus da prova enquanto regra de julgamento dirigida ao juiz, como bem lembra ALVES:

A influência da concepção do Estado Social no processo civil, pronunciada

em mutação, como lembra, falando a propósito do Direito do Consumidor, Nelson Nery Junior: “É importante que o Poder Judiciário acompanhe a evolução da sociedade e se insira no contexto do novo direito: o Direito das Relações de Consumo. O juiz deve adaptar-se à modernidade, relativamente aos temas ligados aos interesses e direitos difusos e coletivos, como, por exemplo, os do meio ambiente e do consumidor. Estes novos direitos não podem ser interpretados de acordo com institutos ortodoxos do direito, criados para a solução de conflitos individuais, que não mais atendem aos reclamos da sociedade. Os princípios individualísticos do século passado devem ser esquecidos, quando se trata de solucionar conflitos de meio ambiente e de consumo.” (NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 3. São Paulo: RT, setembro/setembro de 1992, p. 49).

²⁶ CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61-65.

na passagem do século XIX para o século XX, com o aumento dos poderes do Juiz, alterou de modo decisivo a visão sobre o processo em si, que não fica adstrito às partes, pois passa a haver um interesse estatal no resultado do julgamento. No entanto, não houve como deixar de recorrer à regra de julgamento que é aplicada após as atividades das partes e do juiz em colaboração.²⁷

Portanto, contemporaneamente, o ônus *objetivo* da prova vem conceituado como sendo uma regra de julgamento, dirigida ao juiz que se encontra em estado de dúvida diante da inexistência de provas suficientes para formar seu convencimento, relativamente aos fatos alegados que comporiam a premissa menor no silogismo da sentença.

Justamente por seu conceito, o ônus da prova enquanto regra de julgamento só tem razão de ser no momento da prolação da sentença, e só nos casos de inércia probatória, ou seja, é de aplicação subsidiária ao efetivo convencimento judicial²⁸.

Como se aprofundará adiante, será proposto neste trabalho a abolição do conceito de “ônus da prova objetivo” ou “ônus da prova como regra de julgamento”.

Consoante visto acima, o ônus da prova é *faculdade* das partes e em nada se assemelha com uma regra de julgamento que é destinada ao juiz e usada como último recurso de pacificação social.

A união desses dois conceitos ontologicamente diversos sob um mesmo título (“ônus da prova”) ocorre, dentre outros motivos, porque há uma relação muito íntima entre as faculdades probatórias e a regra de julgamento.

Essa relação geralmente é *causal*: o juiz, considerando insuficiente o material probatório, julgará de determinado modo as pretensões deduzidas, *porque* uma das partes, no entendimento do julgador, não exerceu a contento sua faculdade de produzir prova.

Todavia, o fato de os conceitos se relacionarem entre si apenas reforça a afirmação de que são ontologicamente distintos.

Logo, sendo institutos essencialmente diversos, tanto que se relacionam entre si por nexo de causalidade, não mais se justifica sejam tratados pelo direito como espécies diversas de um mesmo gênero (ônus da prova). A esse assunto se retornará após o próximo item.

²⁷ ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: KNIJNIK, Danilo (coord). Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 206.

²⁸ CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 329.

2.3.2 O aspecto subjetivo do ônus da prova

Já o aspecto subjetivo do ônus da prova, embora sem consenso terminológico na doutrina, não raramente é explicado como sendo “a necessidade de as partes fornecerem as provas dos fatos relevantes em seu favor²⁹” ou como “encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”³⁰.

Todavia, como visto alhures, ônus, na teoria geral do direito, *não é dever, não é necessidade, não é encargo*. Sua característica essencial, como frisado nos últimos parágrafos do item 2.2 supra (“conceito de ônus”), é a *liberdade de agir* – tanto que é conceituado como faculdade das partes.

Daí porque reputamos mais correta a proposição de MARINONI e ARENHART, que afasta do conceito de ônus a noção de “necessidade”, o que se alinha com o que foi dito acima, ao se tratar da diferença entre ônus e dever. Isto é, ônus é sempre uma *faculdade*, orientada à obtenção de um interesse próprio da parte; mas não se trata de dever, nem de obrigação, nem de necessidade.

Dizem os mencionados autores:

A produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir a prova *se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável*. Ou seja, o descumprimento desse ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas *o aumento do risco de um julgamento contrário*, uma vez que, como precisamente adverte Patti, uma certa margem de risco existe também para a parte que produziu a prova³¹.

Na doutrina estrangeira, CARBONE também lembra a corriqueira confusão entre ônus probatório e dever, recorrente na pergunta: quem *devia* provar algo e não o fez?

Es común leer y escuchar la pregunta: quien debía probar y no lo hizo? Por supuesto que no se debe probar nada, porque no hay ningún deber – ergo ninguna sanción a su omisión – en ello respecto de las partes. Es hora de recordar que es una carga, un imperativo jurídico en el próprio interés, si no pruebo, no me sancionan, no me compelem patrimonialmente como sucede ante el incumplimiento de una obligación. Solo pierdo dicha ventaja procesal. Tampoco se soluciona el intrínquilis preguntando: quien es el actor o el

²⁹ PACÍFICO, *op. cit.*, p. 150.

³⁰ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 71.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil – Processo de conhecimento. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 269.

*demandado? O: quién tenía la carga de hacerlo? La cuestión es preguntarse: quien va asumir las consecuencias que determinado hecho controvertido no esté suficientemente probado?*³²

No mesmo sentido, é preciso o ensinamento de CAMBI, o qual também lembra que a produção da prova – com o consequente cumprimento do ônus – não assegura a vitória da parte que a produziu, dado o princípio do livre convencimento motivado pelo juízo, mas obtempera que essa circunstância não diminui a importância do ônus probatório enquanto instrumento modulador do *risco* de sucumbência. Veja-se:

Isso, em contrapartida, não retira a importância do ônus da prova, porque, se o seu cumprimento não garante automaticamente a obtenção da tutela jurisdicional favorável, com certeza a sua não-observância aumenta o risco de uma decisão desfavorável. Com efeito, a consequência negativa que pode derivar da inércia da parte, a quem incumbe o ônus da prova, não é necessária, mas, em geral, mais provável, já que quem produziu a prova tem mais chance de influir no convencimento do juiz. Logo, o cumprimento do ônus da prova é somente um instrumento para a obtenção de uma decisão favorável, mas que não retira a possibilidade de o juiz, dentro do seu livre convencimento motivado, dar razão à parte contrária³³.

Com efeito, tratando-se de uma faculdade atrelada a *eventual* aplicação de uma regra de julgamento, afigura-se melhor sua associação com a noção de risco do que com a noção de resultado.

Assim, o aspecto subjetivo do ônus da prova – ou exclusivamente “ônus da prova”, já que propomos a abolição da terminologia “ônus *objetivo* da prova” – trata do exercício de faculdades probatórias, orientado pelo risco de insucesso das pretensões processuais, por falta de determinada prova. Implica, portanto, que as partes saibam, de antemão, a quem toca o risco de sucumbir na lide por não ter se produzido prova suficiente.

Consequentemente, o ônus subjetivo *não* trata sobre quem *deve* produzir as provas no feito, pois, repita-se, ônus não é dever, não é incumbência, não é obrigação. É apenas uma faculdade, cujo exercício pelo titular pode diminuir o risco de sucumbência.

Logo, o aspecto subjetivo do ônus da prova, tal qual entendemos adequado,

³² CARBONE, Carlos Alberto. *Cargas probatorias dinamicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción*. Genesis – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 35, jan/mar. 2005, p. 178.

³³ CAMBI, *op. cit.*, p. 316.

diz apenas sobre a atuação das partes conforme a *distribuição prévia dos riscos de sucumbência por inércia probatória*.

Esse entendimento permite compreender que a parte “X” pode, se quiser, produzir determinada prova “p” que aumentará suas chances de êxito na demanda (por diminuir o risco de sucumbência por falta de provas). Mas também permite compreender que, mesmo que a parte “X” não produza a prova “p”, atrelada à diminuição do risco, ou mesmo que não produza *prova alguma*, poderá vir a sair vencedora na lide – porquanto o princípio da comunhão da prova permite que ela aproveite inclusive a prova produzida pela parte contrária

Como se vê, o ônus da prova, no aspecto subjetivo, regula a *faculdade* de as partes produzirem ou não determinadas provas, sabendo de antemão o quanto a conduta escolhida interferirá na probabilidade de êxito na demanda, caso esta venha a ser julgada com base em uma regra de julgamento.

Como as partes podem fazer essa escolha entre produzir ou não a prova?

Sabendo previamente qual a regra de julgamento de que o juiz se valerá, no momento da sentença, em caso de não conseguir formar seu convencimento com o material probatório.

Isto é, se as partes sabem previamente a quem o magistrado pode atribuir a falta de determinada prova, podem afastar esse risco, produzindo a prova em questão.

Da mesma forma, se parte conhece previamente a regra de julgamento que poderá ser utilizada em sentença, consegue decidir de forma muito mais sensata sobre produzir ou não uma prova particularmente onerosa (uma perícia muito cara, por exemplo), pois sabe de antemão se a falta daquela prova poderá ou não lhe prejudicar.

Portanto, é só pelo prévio conhecimento da regra de julgamento que o juiz utilizará em sentença que a parte pode exercer racionalmente sua faculdade de produzir provas. Essa faculdade é o ônus da prova.

Se a parte não souber qual regra de julgamento poderá ser utilizada em seu desfavor ao final da instrução, não se pode sequer falar em faculdade probatória, pois o exercício de uma faculdade pressupõe escolha racional entre várias possibilidades de ação.

Se não é possível um prognóstico das consequências das possíveis ações, não é possível exercer a faculdade.

Em outras palavras, sem prévio conhecimento da regra de julgamento, a atividade probatória da parte será um exercício de adivinhação, um tatear aleatório no escuro, mas certamente não será o exercício de uma atividade orientada à tutela de um interesse próprio.

Desse modo, cumpre estabelecer o conceito de ônus da prova (ou aquilo que corresponderia ao ônus *subjetivo* da prova, conforme doutrina tradicional) como sendo a *faculdade probatória das partes, orientada pela prévia indicação dos riscos decorrentes da insuficiência probatória, em caso de decisão com base em uma regra de julgamento*.

2.3.3 Crítica à denominação “ônus objetivo da prova”.

Os enunciados que compõem a dogmática jurídica, segundo ALEXY, devem formar “um todo coerente”. Assim, os enunciados devem preencher, dentre outras, as seguintes condições:

[...] (a) não se podem contradizer, (b) na formulação dos diferentes enunciados utilizam-se os mesmos conceitos jurídicos, (c) na medida em que são utilizados os mesmos conceitos jurídicos é possível fundamentar relações de inferência que ocorrem entre eles.³⁴

Ao responder a pergunta “o que é ônus”, a dogmática jurídica formulou o enunciado de que ônus é mera *faculdade*, tendo como característica essencial a *liberdade* de agir com vista a satisfazer um interesse próprio, como visto no item 2.2 *supra*.

Ocorre que esse enunciado coexiste com o enunciado da doutrina que diz que ônus da prova também é uma regra de julgamento (conforme visto no item 2.3.1 *supra*).

Pois, neste ponto do trabalho, sustentamos que há contradição entre esses dois enunciados, pois ônus não pode ser, ao mesmo tempo, uma faculdade das partes e uma regra dirigida ao juiz. Se correta essa hipótese, impor-se-á a revisão da

³⁴ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 251.

dogmática, com a exclusão do segundo enunciado.

Como já antecipado acima, embora o massivo entendimento doutrinário aponte a existência de um ônus da prova objetivo (significando regra de julgamento) e de um ônus da prova subjetivo (significando faculdade probatória das partes), propomos que regra de julgamento e faculdade probatória são conceitos tão diversos que não merecem ser classificados como espécies de um gênero maior, “ônus da prova”.

O agrupamento dos conceitos de faculdade probatória e regra de julgamento como espécies do mesmo gênero é recorrente na doutrina.

MARINONI e ARENHART, em seu curso, no item destinado a “ônus da prova”, inicialmente referem que o art. 333 do CPC disciplina quem *deve* produzir determinada prova no processo (embora mais adiante digam que a produção probatória não é uma “necessidade”). Três parágrafos à frente, alteram o enfoque, dizendo que “a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram” e que “nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito”. Nesse último trecho falam, portanto, do ônus da prova como regra de julgamento. Ao final do tópico, os autores mudam novamente o destinatário do ônus, e dizem que “a regra do ônus da prova não se dirige apenas ao juiz, mas também às partes, com o fim de dar-lhes ciência de que a prova dos fatos constitutivos cabe ao autor, e a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos ao réu”³⁵.

Nessa obra dos mencionados autores, vê-se claramente o dualismo contraditório do conceito de ônus da prova, ora funcionando como atividade das partes, ora como regra de julgamento.

PACÍFICO, por sua vez, entende que o ônus subjetivo da prova consiste na necessidade de as partes fornecerem as provas relativas aos fatos relevantes que lhes interessam. E, citando Antonio Micheli, lembra que a evolução do princípio dispositivo, no sentido de admitir os poderes instrutórios do juiz, bem como a superveniência do princípio da aquisição processual, enfraqueceu o nexo de causalidade entre um comportamento probatório desidioso da parte e um resultado desfavorável a ela – pois o próprio juiz poderia produzir a prova faltante, ou julgar

³⁵ Todas as citações do parágrafo extraídas de: MARINONI e ARENHART, *op. cit.*, p. 266-268.

favoravelmente à parte omissa, com base na prova produzida pela contraparte. E, conseqüentemente a isso, o aspecto subjetivo do ônus da prova, segundo sustenta, teria perdido importância e ensejado o desenvolvimento de seu viés objetivo, ou seja, ônus da prova enquanto regra de julgamento para o juiz em estado de dúvida³⁶.

PACÍFICO ainda acrescenta que, embora o aspecto objetivo do ônus da prova atualmente domine o campo de estudos do tema, persiste a importância do viés subjetivo do ônus da prova, lembrando que “Embora a regra de julgamento constitua a essência do fenômeno, os riscos da insuficiência de provas para a formação de convicção judicial projetam-se sobre as partes, estimulando-as”.³⁷

Enfim, da análise dos textos doutrinários acima mencionados, vê-se estar estabelecida a existência de um instituto denominado pelo gênero “ônus da prova”, cujas espécies a dogmática jurídica trata como ônus *objetivo* da prova e ônus *subjetivo* da prova.

Todavia, conforme acreditamos, referir-se a “ônus objetivo” e a “ônus subjetivo” como espécies de um mesmo gênero (“ônus da prova”) não se afigura correto.

Dentre essas duas espécies, só a primeira é verdadeiramente ônus, pois ostenta o predicado essencial à definição de ônus, que é a faculdade de agir.

A segunda espécie (ônus objetivo), não é efetivamente um ônus, pois carente do predicado essencial: a faculdade de agir. Essa segunda espécie se trata, em verdade, única e exclusivamente de um critério de decisão para evitar o *non liquet*,

³⁶ PACÍFICO, *op. cit.*, p. 151/152. Nessas páginas da obra de Pacífico, há excerto retirado de Antonio Micheli que é bastante elucidativo sobre a passagem do ônus subjetivo para o ônus objetivo: “Ao lado do ônus subjetivo da se construiu um ônus objetivo, depois batizado variadamente, mas de qualquer maneira tendendo a pôr em evidência que a atividade probatória realizada pelas partes é só mediatamente ligada ao resultado favorável a uma delas; e, reciprocamente, que a sua inatividade é somente causa mediata do resultado desfavorável. Em outros termos, o princípio da aquisição processual – juntamente com os poderes instrutórios do juiz e com a possibilidade de que este valora o debate inteiro, para dele tirar elementos úteis à formação da própria convicção – ensejou uma involução do conceito de ônus”.

³⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 163. Ilustrativa da preponderância do aspecto objetivo na doutrina nacional, é a seguinte passagem de Pacífico, também extraída da obra mencionada: “Pontes de Miranda é incisivo em sustentar a existência tão somente do ônus objetivo da prova: ‘O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes têm de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula a consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre as consequências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que sem de pensar em se determinar em quem se carga a prova. O problema da carga ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado’” (*Ibidem*, *op. cit.*, p. 163).

chamado “regra de julgamento”.

O tratamento da regra de julgamento como uma espécie de ônus da prova decorre, principalmente, do fato de que sua existência depende da regra que distribuiu os riscos da insuficiência probatórias entre as partes.

Com efeito, o dispositivo legal que distribui os riscos da insuficiência probatória (no caso do CPC, o art. 333), serve duplamente de fundamento para dois conceitos distintos: em um primeiro momento processual, nas fases postulatória e instrutória, orienta as partes sobre o risco de sucumbirem, caso o juiz, em sentença, venha a considerar insuficiente a prova dos autos; e, em segundo momento processual, e apenas se o juiz efetivamente considerar insuficiente o material probatório, o dispositivo apontará a parte que deve sucumbir na lide.

Todavia, a rigor não há semelhança que justifique que essas duas situações jurídicas sejam tratadas, ambas, como ônus da prova - embora tenham fundamento no mesmo dispositivo.

Na perspectiva das partes, o art. 333 do CPC serve de guia para o exercício de suas faculdades probatórias – e por isso *apenas* nesse sentido *subjetivo* tem natureza de *ônus* (ônus=faculdade). Já na perspectiva do julgador, o art. 333 do CPC serve como um critério de decidir, o qual apenas retrospectivamente se reporta à distribuição dos riscos probatórios e ao exercício das faculdades probatórias.

Assim, a regra de julgamento, usada para evitar o *non liquet*, nada mais é do que um critério de julgamento fundado em uma regra de distribuição de riscos de insuficiência probatória (no caso do CPC, prevista no art. 333). O comando dessa regra de julgamento é que deve sucumbir aquela parte sobre a qual incidia o risco da não produção da prova.

Contudo, reitera-se que o simples fato de a regra de julgamento judicial se reportar, retrospectivamente, à regra que distribui os riscos da insuficiência probatória (art. 333 do CPC) não permite a união dos conceitos sob um mesmo gênero.

Aliás, como dito alhures, entre os conceitos de faculdade de produzir provas e de regra de julgamento, há imbricação mútua, e o modo como se dá essa imbricação é decisivo para o pleno exercício do contraditório. Logo, para o perfeito ajuste entre os termos dessa equação, é preciso que sejam bem definidos de forma

autônoma.

A mencionada imbricação ocorre em dois momentos distintos no tempo:

(i) no começo do processo, as partes, após tomarem conhecimento da regra de julgamento que o juiz poderá utilizar em sentença, deliberam racionalmente sobre o exercício de sua faculdade de produzir provas, e a exercem ou não. O exercício dessa faculdade consiste no ônus da prova;

(ii) no momento da prolação da sentença, o magistrado que se depara com ausência de provas decide a causa com base na distribuição dos riscos que orientou a faculdade probatória das partes durante a fase de instrução. Esse critério usado para sentenciar uma demanda em que há insuficiência de provas deve ser chamado de regra de julgamento.

Destarte, como foi dito acima, o conceito de ônus da prova compreende *apenas* a disciplina das faculdades probatórias das partes, mediante indicação prévia dos riscos decorrentes da insuficiência probatória – o que não pode ser confundido com um critério de julgamento adotado ao final do processo, e que nada tem de *faculdade* ou de *ônus*.

Como se vê, essa conceituação proposta traz *para dentro* do conceito de ônus da prova o conceito de regra de julgamento. Essa introdução se dá com a utilização da oração “*prévia indicação dos riscos decorrentes da insuficiência probatória, em caso de decisão com base em uma regra de julgamento*”, conforme definição proposta no último parágrafo o item precedente.

Assim, “regra de julgamento” atua *apenas* como um elemento normativo na conceituação de ônus da prova – o que não permite a confusão nos institutos, pois deixa claro que há apenas uma relação de dependência entre os termos *faculdades probatórias* e *indicação prévia dos riscos de utilização da regra de julgamento*.

Mutatis mutandis, a expressão *regra de julgamento* está para o conceito de ônus da prova como a expressão *justa causa* está para o conceito do crime de violação de segredo profissional (art. 154 do Código Penal³⁸), por exemplo.

Quer dizer, em ambos os casos, essas expressões funcionam como elementos

³⁸ “Violação do segredo profissional

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Penal - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.”

normativos jurídicos³⁹, ou seja, expressões que pressupõe um juízo de valoração jurídico. Assim, é preciso conhecer o significado jurídico de *justa causa* para entender o crime do art. 154 do Código Penal; e, da mesma forma, é preciso dispor do significado jurídico de *regra de julgamento* para conceituar ônus da prova.

Portanto, a proposta de revisão dogmática é no sentido de se adotar como padrão, para o estudo do direito probatório, os seguintes conceitos:

- “ônus da prova”, significando a *faculdade probatória das partes, orientada pelos riscos de utilização, em sentença, de uma regra de julgamento baseada na insuficiência probatória*;

- e “regra de julgamento baseada no ônus da prova”, significando o critério de julgar usado pelo juiz que considera insuficiente o material probatório, e impõe a sucumbência segundo a norma distribuidora dos riscos da insuficiência probatória.

A depuração opera, desse modo, não apenas quanto à expressão “ônus da prova”, mas também quanto à expressão “regra de julgamento”, que ganha maior clareza conceitual ao não ser mais definida como mera espécie de ônus da prova, ou como mero aspecto “objetivo” do ônus da prova.

Com efeito, ao se usar “regra de julgamento baseada no ônus da prova”, informa-se ao intérprete que se está diante da utilização, por um julgador, de um critério de julgamento que se reporta à norma ou à decisão judicial prévia que orientou as partes quanto aos riscos da insuficiência probatória.

Igualmente, essa expressão ora proposta - “regra de julgamento baseada no ônus da prova” - também permite maior clareza caso se pretenda especificar a qual espécie de ônus da prova a regra de julgamento se reporta. Assim, pode-se dizer “regra de julgamento baseada no ônus *padrão* da prova” ou “baseada no ônus *previsto no CPC*”, ou ainda “regra de julgamento baseada *em decisão judicial que inverteu o ônus da prova, com base no CDC*”, e assim por diante.

Em suma: ônus da prova é conceito que trata exclusivamente do exercício de faculdade probatória das partes, orientado pelos riscos decorrentes de eventual aplicação de regra de julgamento; e regra de julgamento é conceito que trata de um

³⁹ Como explica Fernando Capez, os elementos normativos do tipo penal, ao contrário dos elementos descritivos, não tem seu significado extraído da mera observação, sendo imprescindível um juízo de valoração, seja jurídico (como nas expressões “funcionário público”; “sem justa causa”) ou extrajurídico (como nas expressões “decoro”, “mulher honesta”). CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 175.

critério de decisão, não podendo ser tratado como sendo espécie de ônus da prova.

2.4 Modelos de constatação: diferenciação de regras de julgamento.

No ponto, cumpre apenas divisar dois conceitos bastantes diversos: regras de julgamento e modelos de constatação da prova, ou módulo de convencimento. É preciso distinguir claramente esses institutos, os quais, por interagirem muito intimamente no processo, comumente têm seus conceitos indevidamente misturados.

A pergunta “como o juiz deve julgar a lide em caso de insuficiência probatória?” é respondida pela utilização de uma regra de julgamento baseada na distribuição de riscos de insuficiência probatória (art. 333 do CPC).

Porém, coisa diversa é perguntar “qual o grau de convencimento a que o juiz deve chegar para considerar provada determinada alegação?” A resposta a essa questão depende do estudo dos módulos de constatação.

Como visto acima, o ônus da prova disciplina a faculdade das partes de produzirem provas tendentes à diminuição dos riscos de sucumbência, em caso de vir a ser aplicada em sentença uma regra de julgamento baseada em insuficiência de provas. A faculdade de produzir as provas permeia as fases postulatória e instrutória do processo; e, no final da instrução, apenas se o julgador estiver insatisfeito quanto às provas produzidas, surgirá ensejo para aplicação da regra de julgamento.

Pois os módulos de constatação da prova concatenam esses dois institutos da seguinte forma: analisando o material probatório segundo determinado grau de convencimento, o juiz poderá ou não se dar por convencido das proposições das partes, que sejam relevantes para o julgamento; dando-se por convencido, não haverá aplicação da regra de julgamento baseada no ônus da prova; estando em dúvida quanto à prova, haverá.

O modelo de constatação, nesse exemplo, é justamente o grau de convicção exigido pelo juiz para se dar por convencido da prova de determinada proposição.

Como explica BELTRAN *apud* KNIJNIK, o estudo dos modelos de constatação permite-nos “dispor de uma teoria que nos diga quanto, ou sob que condições, os

elementos de juízo disponíveis são suficientes para que se repute racional aceitar como verdadeira no âmbito do raciocínio decisório”.⁴⁰

Portanto, modelo de constatação não se confunde com faculdade probatória das partes (ou ônus subjetivo da prova, como comumente denominado) nem com regra de julgamento (ou ônus objetivo da prova, conforme terminologia convencional), embora seja a partir da utilização de um módulo de constatação que o juiz decidirá se a prova é suficiente ou não.

Nesse sentido, é preciso ensinamento de MARINONI e ARENHART:

Na fase de convicção, e, portanto, antes de ter chegado a uma eventual dúvida, o juiz deve considerar não só a natureza dos fatos em discussão e a quem incumbe a sua prova, mas também a natureza da situação concreta a ele levada para julgamento. Há situações de direito substancial que exigem que o convencimento judicial possa se formar a partir da verossimilhança do direito sustentado pelo autor. Assim, por exemplo, os casos das chamadas lesões pré-natais, quando não há racionalidade em exigir do autor, para a procedência da ação ressarcitória, a prova de que a doença do recém-nascido deriva do acidente que a sua mãe sofreu quando em gestação.

.....
Quando se fala que a regra do art. 333 importa para a formação do convencimento, deseja dizer que ela pode ser atenuada diante de determinadas situações de direito substancial. Perceba-se que, ao se admitir que a técnica da verossimilhança tem a ver com a formação do convencimento judicial, fica fácil explicar porque o juiz, ao considerar o direito material em litígio, não deve se preocupar com a prova de fatos considerados de impossível esclarecimento. Se o juiz, para decidir, deve passar por um contexto de descoberta, é necessário que ele saiba não apenas o objeto que deve descobrir, mas também se esse objeto pode ser totalmente descoberto. Apenas nesse sentido é que o convencimento, considerado como expressão do juiz, pode ser compreendido. Ou melhor, o convencimento judicial somente pode ser pensado a partir do módulo de convencimento próprio a uma específica situação de direito material, pois o juiz somente pode se dizer convencido quando sabe até onde o objeto de seu conhecimento abre oportunidade para o convencimento⁴¹.

Essa distinção entre os termos mencionados tem especial aplicação no âmbito de proteção ao consumidor em juízo, porquanto a inversão do ônus da prova e a redução do módulo de constatação podem – e devem – ser utilizadas conjuntamente pelo juiz em determinados casos.

Isso porque, dadas as relações massificadas de consumo, em que as informações relevantes sobre os negócios jurídicos nem sempre são encontradas nos imensos bancos de dados dos fornecedores, frequentemente o julgador terá de

⁴⁰ KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 34.

⁴¹ MARINONI e ARENHART, *op. cit.* p. 268.

estabelecer, como pressuposto do ato de julgar, que o objeto de seu conhecimento só pode ser *inferido*, e não plenamente *conhecido*⁴².

Portanto, o módulo de constatação da prova ou módulo de convencimento judicial não se confunde com o exercício das faculdades probatórias para diminuição do risco de sucumbência, embora seja certo que o anúncio prévio do grau de exigência do juízo para formar seu convencimento, e conseqüentemente também o anúncio prévio da regra de julgamento eventualmente aplicada em caso de dúvida quanto à prova, são pressupostos elementares para o pleno exercício do direito de participação no convencimento judicial.

Feito esse último esclarecimento, e com base no que foi exposto nos itens precedentes, está pavimentado terreno seguro para avançar-se neste trabalho.

⁴² Embora não seja objeto desse trabalho o estudo dos modelos de constatação, vale mencionar que, segundo KNIJNIK, são quatro: (a) preponderância da prova; (b) prova clara e convincente; (c) prova acima de dúvida razoável; (d) e prova excludente de qualquer hipótese razoável de inocência (*op. cit.*, p. 43).

3 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No presente capítulo, abordar-se-á inicialmente a importância de reconhecer-se o direito à defesa do consumidor em juízo como direito fundamental, notadamente por força da dimensão objetiva conferida aos direitos fundamentais.

Após, destacando a relevância da inversão do ônus da prova como instrumento de proteção do consumidor, analisar-se-á em que consiste propriamente tal inversão, expondo seus pressupostos e efeitos.

E, por fim, proceder-se-á à articulação dos conceitos tratados nos itens precedentes, à luz do direito fundamental da defesa do consumidor, concluindo-se que a inversão do ônus da prova deve ocorrer na fase de saneamento do processo.

3.1 Do reconhecimento do direito à defesa do consumidor como direito fundamental: uma diretriz para a interpretação e aplicação da regra do ônus da prova.

O consumo de massas é um fenômeno de múltiplas repercussões. Se, em um prisma histórico, seu surgimento é considerado como marco de transição da modernidade para a pós-modernidade⁴³, sob um prisma psicossociológico é considerado frequentemente como um fator de alteração da subjetividade humana.

Para LIPOVETSKY, o mercado de consumo alterou a própria noção que os indivíduos possuem de temporalidade. Isto é, a relação do homem com o passar do tempo sofreu a incidência de uma espécie de catalisador: a velocidade da moda. Segundo o autor, o princípio-moda impõe sua própria temporalidade:

[...] O universo do consumo e da comunicação de massa aparece como um sonho jubiloso. Um mundo de sedução e movimento incessante cujo modelo não é outro senão o sistema da moda. Tem-se não mais a repetição dos modelos do passado (como nas sociedades tradicionais), e sim o exato oposto, a novidade e a tentação sistemáticas como regra e como organização do presente. Ao permear setores cada vez mais amplos da vida coletiva, a forma-moda generalizada instituiu o eixo do presente como a

⁴³ CHARLES, Sebastián. O individualismo paradoxal: introdução ao pensamento de Gilles Lipovetsky. *In*: LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 23.

temporalidade social prevalecente.

Enquanto o princípio-moda “Tudo o que é novo apraz” se impõe como rei, a neofilia se afirma como paixão cotidiana e geral. Instalaram-se sociedades reestruturadas pela lógica e pela temporalidade da moda [...].⁴⁴

Contudo, a consequência mais relevante do consumo de massas, em especial para o fim desse trabalho, é aquela que modifica o entendimento da subjetividade humana, e reflexamente pode atingir um dos núcleos duros do direito: o conceito de sujeito de direito.

Nesse sentido, o sociólogo polonês Zygmunt BAUMAN asseverou, com propriedade, que a sociedade de consumo tende a tornar objeto quem deveria ser sujeito. Isto é, os indivíduos participantes da massa consumidora, que deveriam ter sua subjetividade consolidada por um sistema dignificante, tendem a assimilar as características que o mercado enaltece nas mercadorias que põe em circulação:

Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A 'subjetividade' do 'sujeito', e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, permanentemente, uma mercadoria vendável. A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias, ou antes, sua dissolução no mar de mercadorias em que, para citar aquele que talvez seja a mais citada entre muitas sugestões citáveis de Georg Simmel, os diferentes significados das coisas, 'e portanto as próprias coisas, são vivenciados como imateriais', aparecendo 'num tom uniformemente monótono e cinzento' – enquanto 'tudo flutua com igual gravidade específica na corrente constante do dinheiro'.⁴⁵

Pois, se o mercado de consumo altera a noção de subjetividade humana, tal fenômeno social não passou incólume ao direito, que intercedeu para “corrigir” essa mercantilização da massa consumidora.

Assim, para combater a “coisificação” dos consumidores ou o solapamento da subjetividade destes, interveio o legislador Constituinte de 1988, ao elencar a defesa do consumidor como um direito fundamental (5º, XXXII) e um princípio da ordem econômica (art. 170, IV).

⁴⁴ LIPOVESTSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 60.

⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. Vida para o consumo: a transformação de pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 20.

A previsão constitucional e o advento posterior da Lei n. 8.078/1990, na esteira do determinado pelo art. 48 da ADCT, portanto, decorrem do reconhecimento, pelo direito, de relações extremamente desiguais entre fornecedores e consumidores, ínsitas à lógica do consumo no mercado capitalista.

A partir do reconhecimento dessa desigualdade fática, e considerando que o comando normativo de “defesa do consumidor” encontra-se no rol de garantias fundamentais, resta inafastável reconhecer-se, também, a existência de um direito fundamental à defesa do consumidor⁴⁶.

Em razão dessa caracterização como direito fundamental, conseqüentemente, impõe-se reconhecer que o direito à proteção do consumidor possui emanações que transcendem a esfera do mero direito subjetivo individual.

Com efeito, o feixe dessas emanações compõem aquilo que a doutrina denomina de perspectiva *objetiva* dos direitos fundamentais, ou seja, “aqueles aspectos que se agregam às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais – uma espécie de mais-valia jurídica”⁴⁷.

Essa *mais-valia jurídica*, no ponto em que nos interessará mais adiante, manifesta-se inclusive enquanto eficácia irradiante dos direitos fundamentais, “no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional”⁴⁸.

Destarte, o instituto que se abordará a seguir – inversão do ônus da prova – deve ser visto a partir dessa dupla perspectiva: a existência de uma realidade desigual, em que os consumidores figuram com o elo vulnerável da cadeia de consumo; e a existência de um direito fundamental à defesa do consumidor, do qual emanam os respectivos consectários⁴⁹, na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. Revista de Direito do Consumidor. RT, ano 11 (julho-setembro de 2002), p. 111-132.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 144.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 146.

⁴⁹ Para além da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale lembrar que o “o Direito não é um fim em si mesmo, e todas as formas devem ser instrumentais. Isso significa que o Direito existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296). Por conseguinte, o reconhecimento de um direito fundamental demonstra precipuamente a eleição de um valor e de um fim social a ser atingido, do que decorre a necessidade de o intérprete observar tais valores e fins em uma interpretação teleológica das normas infraconstitucionais.

3.2 Da distribuição do ônus da prova no CDC: um mecanismo de implementação do direito fundamental à defesa do consumidor.

Como visto no capítulo precedente, em determinado momento no curso da evolução histórica do direito processual, a vedação do *non liquet* exigiu a consolidação e criação de regras disciplinadoras da produção e da valoração da prova, pois, a partir daí, o juiz não podia mais se abster de julgar sob a alegação de a causa não estar clara. Essas regras que auxiliavam o juiz a decidir uma demanda cujas provas não eram suficientes são a gênese do ônus da prova.

Também como exposto anteriormente, conceituamos ônus da prova como sendo a *disciplina das faculdades probatórias das partes, mediante indicação prévia de como estão distribuídos os riscos decorrentes da insuficiência probatória*.

A indicação prévia da distribuição dos riscos, conforme entendemos, nada mais é do que esclarecer previamente às partes qual regra de julgamento eventualmente será utilizada, no caso de insuficiência probatória ao final da instrução. Se a regra de julgamento considerar que o ônus de provar os fatos “f1”, f2” e “f3” era do autor, este, portanto, deve tomar conhecimento desta regra desde o início do processo, para que possa exercer adequadamente sua faculdade de produzir (ou não) a prova de respectivos fatos.

Recapitulado isso, cumpre perguntar, agora, como é feita essa distribuição dos riscos da insuficiência probatória, ou seja: como é distribuído normalmente entre as partes o ônus probatório no processo civil, inclusive nas demandas envolvendo consumidor (quando não há inversão)?

Na história do direito processual, muitas foram as teorias que se debruçaram sobre a tarefa de buscar um fundamento racional para a distribuição do ônus da prova. Não cabe esquadrihá-las aqui, dados os limites deste trabalho⁵⁰. O que importa é indicar que a distribuição do ônus da prova no processo brasileiro,

⁵⁰ Para aprofundamento quanto às teorias sobre o ônus da prova, vale mencionar a indicação de Alfredo Buzaid: “Várias teorias antigas e modernas procuram explicar a natureza jurídica do *onus probandi*. Elas podem agrupar-se em duas classes: as teorias de inspiração civilística e as teorias processualísticas. As primeiras, elaboradas ao longo do século passado, por Weber, Benthmann-Hollweg, Fitting e outros, podem considerar-se inteiramente superadas pela ciência contemporânea. Uma exposição destas teorias encontra-se na edição italiana de Glücke, no volume XXII (48), na tese de concurso do prof. Soares de Farias e na Prova Judiciária do prof. Moacir Amara Santos. As teorias modernas são de Chiovenda, Carnelutti, Betti, Rosenberg e Micheli” (BUZOID, *op. cit.*, p. 21).

consoante atual disposição do art. 333 do Código de Processo Penal, é resultado da adoção, em linhas gerais, da teoria fundada na posição assumida pelas partes no processo, conjugada à natureza dos fatos que fundamentam suas pretensões, a qual foi perfilada por inúmeros juristas de renome (Chiovenda, Carnelluti, Betti) e adotada em várias legislações estrangeiras (códigos italiano, espanhol, chileno, colombiano etc...)⁵¹.

Por força da adoção dessa teoria, a aplicação da regra do ônus da prova exige do intérprete saber qual o polo da demanda a parte ocupa (autor ou réu), e qual a natureza do fato afirmado pela parte (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo). Se forem constitutivos os fatos alegados, o risco da não comprovação recairá sobre o autor; se forem impeditivos, modificativos ou extintivos, o risco respectivo cairá sobre o réu. Tais fatos são bem sintetizados na doutrina por DIDIER JR.:

O fato constitutivo é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular.

.....

O fato extintivo 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, a prescrição, a exceção do contrato não cumprido, a decadência legal.

.....

O fato impeditivo é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça – tal como na incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual.

.....

O fato modificativo, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor”.⁵²

A questão que assume relevo, nesse momento, é que essa distribuição estática dos riscos da insuficiência probatória, por ter sido concebida, ao longo do tempo, a partir de padrões tradicionais de relações jurídicas de direito material, nem sempre atende à complexidade das demandas postas à apreciação.

Com efeito, uma distribuição fixa dos riscos da insuficiência probatória convém ao perfil de um código processual concebido à luz do pressuposto da igualdade

⁵¹ PACÍFICO, *op. cit.*, p. 116.

⁵² DIDIER JR. e outros, *op. cit.*, p. 80-82.

meramente formal, pois deixa de permitir ao juiz que promova a igualdade material entre os litigantes, mediante a redistribuição do ônus da prova conforme as capacidades probatórias das partes, ou conforme as exigências da relação jurídica sobre a qual se funda a lide.

É pertinente, portanto, a crítica de CARPES:

A distribuição dos ônus probatórios, tal como prevista no art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro – assim como nos outros diplomas no estrangeiro que detêm a mesma conformação hermética –, revela-se alheia à igualdade substancial das partes e a maior ou menor dificuldade que aquela onerada terá em cumprir com a missão previamente estabelecida pela lei, circunstância que apenas se poderá visualizar em concreto, à luz das peculiaridades de cada caso.

[...] As características da nossa sociedade, condicionada por uma ampla diversificação de grupos e estratos sociais, dão lugar a uma acentuada diversidade de situações conflituosas, que requerem uma diversidade de tratamentos normativos e determinam o aparecimento de normas jurídicas adequadas às necessidades e destinadas a perder rapidamente seu sentido e ser substituídas quando surjam novas necessidades. Tais circunstâncias, por evidente, navegam contra as características da generalidade e abstração da lei.⁵³

Destarte, doutrina e a jurisprudência, debruçadas sobre a complexidade de casos em que as peculiaridades do direito material exigiam uma outra forma de distribuição dos ônus probatórios – sob pena de um resultado que causasse perplexidade –, e atentas à circunstância de que não se poderia criar uma norma processual que abrangesse *todas* as hipóteses de situações conflituosas, passaram a desenvolver teorias destinadas a flexibilizar a norma-padrão de distribuição dos riscos da insuficiência probatória.

Dentre essas teorias, destacou-se a teoria das cargas probatórias dinâmicas – também conhecida no Brasil como dinamização do ônus da prova –, cuja aplicação já está bem assentada em países como Alemanha, Espanha e Argentina⁵⁴. Deste último país vem relevante contribuição para a dogmatização dessa teoria, pela doutrina de Jorge Peyrano⁵⁵.

⁵³ *Op. cit.*, p. 70.

⁵⁴ CARBONE, *op. cit.*, p. 182-183.

⁵⁵ Como noticia CARPES: “Embora se diga que a manifestação mais remota da doutrina data do século IXI, pela pena de Bentham, ou que esta sempre foi conhecida na Alemanha, na medida em que foi alvo de críticas de Rosenberg, como faz Maximiliano Garcíá Grande, não se pode negar que o mais contundente desenvolvimento dogmático iniciou-se pelas mãos do processualista rosarino Jorge W. Peyrano, na Argentina, a partir do início da década de 80 do século passado. Aliás, Peyrano lavrou sentença, no ano de 1798, enquanto juiz no Juizado da Quinta nomeação

Embora não seja objeto desse trabalho, convém registrar a linha mestra da teoria das cargas dinâmicas, pois apresenta ponto de contato com a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, na medida em que ambas pressupõe que, em determinados casos, uma das partes terá melhores condições materiais de produzir a prova dos fatos controvertidos – o que, aliás, é recorrente nas demandas de consumo, em que a assimetria informacional entre consumidor e fornecedor é praticamente a regra, e não a exceção.

Para a teoria das cargas probatórias dinâmicas, como lembra PEYRANO *apud* CARBONE, os riscos da insuficiência probatória devem cair sobre quem tinha melhores condições de produzir a prova no caso concreto:

Se considera regla de distribución de la carga de la prueba, el colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla. Así, v. gr. establecida la separación de hecho sin voluntad de unirse, se encuentra en mejores condiciones (por conocer las intimidades de la pareja) de probar su inocencia (o la culpabilidad del otor cónyuge) en orden a conservar su vocación hereditaria, el cónyuge supérstite que los causahabientes del cónyuge fallecido.

Outrossim, a par da teoria da distribuição dinâmica da prova – que não possui previsão legislativa expressa em nosso sistema – o legislador do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu um precioso instrumento de implementação da defesa do consumidor em juízo, certamente atento à flagrante disparidade de condições de produzir provas nas demandas consumeristas.

Trata-se da possibilidade expressa de, em determinadas situações, haver alteração na distribuição padrão dos riscos de insuficiência probatória (prevista no art. 333), com vista à facilitação da defesa do consumidor em juízo.

Previu o legislador do CDC, no art. 6º, VIII, daquele diploma, ser direito básico 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”.

Embora se trate de norma de natureza processual – e não obstante o CDC disponha de capítulo nominado “Da defesa do consumidor em juízo” –, a opção

da cidade de Rosário, aplicando a dinamização dos ônus probatório em caso de erro médico” (*op. cit.*, p. 74).

legislativa pela inserção desse dispositivo dentre os direitos básicos do consumidor (Título I, Capítulo III) claramente teve intuito de destacar a importância do instituto da inversão do ônus da prova⁵⁶.

A importância da ampliação desse mecanismo de defesa do consumidor para o processo civil em geral, foi reconhecida pelo legislador federal, o qual, na esteira do legislador do CDC, incluiu no projeto do novo Código de Processo Civil a previsão de redistribuição do ônus da prova por decisão judicial. Na redação do futuro art. 380 do novo CPC, embora redigido com franca inspiração na teoria da distribuição dinâmica da prova, consta expressa referência à possibilidade de inversão também no “casos previstos em lei”, no que se enquadraria o disposto no CDC⁵⁷.

Questão interessante surgirá, caso o art. 380 do CPC realmente venha a entrar em vigência com a redação que lhe dá o projeto de lei: caberá aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nas demandas do CDC, independentemente de estarem preenchidos no caso concreto os requisitos da lei especial?

A pergunta – cuja resposta possivelmente contará com o auxílio da teoria do diálogo das fontes⁵⁸ –, merece um trabalho específico, e certamente será objeto da

⁵⁶ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Revista de Processo. São Paulo, n. 86, abr/jun 1997, p. 294.

⁵⁷ A previsão está no parágrafo primeiro do art. 380, na redação final ao PL 8.046/2010 (substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 8.046-A de 2010 do Senado Federal, aprovado em 26/03/2014). BRASIL. PL 8.046/2010, disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=RD_F+1+%3D%3E+PL+8046/2010>. Acesso em 20/05/2014.

Veja-se:

Art. 380. 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.

§ 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. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

⁵⁸ Como lembra MARQUES, evocando Erik Jayme, em texto fundamental sobre o diálogo entre o CDC e o CC/2012: “A doutrina atualizada, porém, está a procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema), do que da exclusão. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (*cohérence dérivée* ou *restaurée*), que em momento posterior à decodificação, à tópica e à micro-recodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não-coerência'.”, *in*: MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: Do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT. Ano 12 (janeiro-março de 2003), , p. 72.

análise da doutrina após a aprovação do novo CPC.

Por ora, registra-se ser indiscutível o papel da inversão do ônus da prova como instrumento de facilitação da defesa do consumidor⁵⁹.

Assentada a imprescindibilidade desse mecanismo, cabe analisar questão tormentosa ainda não pacificada na jurisprudência e na doutrina – não obstante os inúmeros trabalhos doutrinários sobre o tema –, qual seja: qual o momento correto, à luz do devido processo legal, para que o julgador promova a inversão do ônus da prova nas demandas de consumo?

Reiterando o já adiantado nos capítulos precedentes, entende-se que o momento correto é sempre antes da abertura da instrução processual, preferencialmente no despacho saneador – solução que, conforme se acredita, passará a ser a única aceita, a partir do momento em que se reconhecer que ônus da prova disciplina exclusivamente o exercício de faculdades probatórias, orientadas pela indicação do risco de sucumbência por insuficiência probatória, extirpando-se do sistema o conceito de ônus probatório enquanto regra de julgamento.

3.3 Base legal e pressupostos da inversão do ônus da prova

Antes de abordar a questão relativa ao momento da inversão do ônus da prova, cumpre assentar alguns últimos fundamentos desse instituto, importantes para a compreensão do que será dito no tópico seguinte.

Comumente refere a doutrina existirem duas espécies de inversão do ônus da prova no CDC: a inversão legal (*ope legis*) e inversão judicial (*ope iudicis*). A primeira abarcaria aqueles casos em que o CDC dispensa expressa e previamente o consumidor de produzir determinada prova, a exemplo da dispensa de produzir prova do defeito do produto ou serviço (art. 12, § 3º, II; art. 14, § 3º, I; e art. 38).

Sobre a inversão *legal* não se debruçará nesse estudo, porquanto, embora entendimentos em sentido contrário, não se trata de inversão propriamente dita. Nesses casos corriqueiramente chamados de inversão legal, nota-se que, antes

⁵⁹ Nesse sentido, é precisa a colocação de GIDI: “A inversão do ônus da prova em favor do consumidor é um dos meios através dos quais o direito procura atingir o seu objetivo maior de obtenção de justiça, compensando a real desigualdade em que se encontram os litigantes” (GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, vol. 13, janeiro de 1995, p. 33).

mesmo de ajuizada a demanda, o consumidor está dispensado de produzir determinada prova, seja por uma disposição que decorre do direito material (adoção da responsabilidade objetiva, no caso do art. 12, § 3º, II; e art. 14, § 3º, I) ou por força de uma distribuição prévia específica do risco de não produção da prova. Em suma, nesses casos, a dispensa ou decorre de uma lógica do direito material ou de uma distribuição específica do ônus probatório – sem que haja inversão propriamente⁶⁰.

Em relação à inversão *judicial* do ônus da prova nas demandas que implicam incidência do CDC, objeto deste trabalho, sua base legal é o art. 6º, VIII, do mencionado diploma.

A inversão decorrerá de decisão judicial fundamentada, porquanto o referido dispositivo é expresso ao referir “a critério do juiz”.

Quanto aos requisitos para a decretação da inversão do ônus da prova, o norte é dado pelo próprio dispositivo em análise, que exige a presença de (1) verossimilhança nas alegações da parte autora; ou (2) hipossuficiência da parte autora.

Embora a existência de entendimentos em sentido contrário⁶¹, basta a presença de um desses requisitos. Ou seja, defende-se que os requisitos são alternativos, seja pela interpretação literal do dispositivo, que utiliza uma conjunção alternativa (“ou”), seja porque se deve optar pela interpretação que mais implementa a proteção do consumidor⁶² – até por incidência da dimensão objetiva do direito fundamental à defesa do consumidor (vide aspecto objetivo dos direitos fundamentais, em linhas acima).

A análise do requisito da verossimilhança permitiria profundas reflexões filosóficas acerca da possibilidade de alcance da verdade. Dado não haver tempo nem espaço nesse estudo para tamanha empreitada, basta lembrar que há tempos se reconhece, como premissa de estudo do direito probatório, a impossibilidade de

⁶⁰ Nesse sentido, DIDIER JR. e outros, *op. cit.*, p. 83 – embora não se concorde com referidos autores no ponto em que referem haver presunção legal relativa nos casos chamados de “inversão *ope legis*”. As presunções operam no nível do convencimento do juízo quando da valoração da prova. Já o ônus da prova disciplina a faculdade das partes de produzirem provas, segundo riscos predeterminados por uma regra de julgamento que será utilizada em caso de insuficiência de provas.

⁶¹ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 13 (janeiro de 1995), p. 34.

⁶² PACÍFICO, *op. cit.*, p. 196.

reconstituição de uma verdade absoluta dos fatos; sendo mais apropriado falar em graus (sempre menores que o absoluto) de convencimento acerca da realidade de determinadas proposições.

Objetivamente, quanto ao conceito de verossimilhança, necessário mencionar estudo clássico de CALAMANDREI, que distingue entre possível, verossímil e provável como termos que, em grau, se aproximam da verdade (estando o primeiro mais distante dela, e o último mais próximo), sendo que a verosimilitude – a meio caminho da verdade – se basearia não em provas, mas em máximas de experiência⁶³.

Todavia, não se pode concordar que, no sistema brasileiro, se admita um provimento interlocutório totalmente desprovido de embasamento em algum esteio probatório (ainda que indiciário). Tal situação tornaria a decisão judicial totalmente genérica, pois desvinculada da realidade processual documentada, ferindo de morte o dever de fundamentação das decisões judiciais. Assim, por exemplo, se a parte alega que seu nome foi indevidamente inscrito em cadastros restritivos de crédito por determinada operadora de telefonia, em razão da clonagem de seus documentos pessoais que foram furtados há cerca de um ano, tal alegação, abstratamente considerada, mostra-se verossímil, pois compatível com aquilo que ordinariamente acontece (máxima da experiência). Todavia, nem por isso é de se considerar verossímil tal alegação, no caso concreto, se não for demonstrado pela parte autora, pelo menos, a efetiva inscrição de seu nome em alguma cadastro restritivo de crédito ou o registro policial de perda de seus documentos. A existência desse começo de prova, portanto, é essencial para a demonstração da verossimilhança da alegação.

Assim, reputa-se adequado considerar verossímil, mesmo para o exclusivo fim de inversão do ônus da prova, a alegação que possui esteio em algum começo de prova e é compatível com o que ordinariamente acontece, segundo as regras ordinárias de experiência.

Quanto a esse requisito da verossimilhança, vale observar que WATANABE refere que a hipótese de inversão *ope iudicis* ora analisada consiste em mera *regra de julgamento*, a ser utilizada no momento da prolação da sentença. Diz que o

⁶³ CALAMANDREI, Piero. Direito processual civil: estudos sobre o processo civil. Campinas: Bookseller, 1999. v.2, p. 278.

jugador, valendo-se do art. 6º, VIII, do CDC, deve *avaliar os fatos com base em regras de experiência*, para o fim de dar por provado o fato alegado pelo consumidor, desde que a contraparte não tenha demonstrado o contrário durante a instrução.⁶⁴

Todavia, com respeitosa vênia ao mencionado autor do anteprojeto do CDC, seu argumento confunde aplicação de um modelo de constatação (verossimilhança) com aplicação de uma regra de julgamento.

Quando o art. 6º, VIII, do CDC fala em verossimilhança, está falando em um modelo de constatação (ou módulo de convencimento), ou seja, sobre o grau de convencimento necessário para o juiz considerar verdadeira uma proposição qualquer. A utilização desse modelo de constatação baseado na verossimilhança pode servir a diversos fins: antecipar tutela, deferir cautelares, antecipar provas e, inclusive, inverter o ônus da prova.

Desse modo, quando o juiz se dá convencido de determinada alegação fática (ainda que provisoriamente), com base em um juízo de verossimilhança ou indiciário, não incidem, nesse procedimento judicial, nem a regra de ônus da prova nem a regra de julgamento.

O ônus da prova, como visto acima, é a faculdade de as partes produzirem prova, orientadas pelo risco de o juiz aplicar uma regra de julgamento baseada na insuficiência probatória.

Já a regra de julgamento (baseada no ônus da prova) só tem lugar se a prova é considerada *não realizada ou insuficiente* – o que não ocorre nos juízo de verossimilhança.

Portanto, quando juiz inverte o ônus da prova no curso do processo, mesmo com base na verossimilhança da alegação do consumidor, não está antecipando o convencimento que terá sobre essa mesma alegação em sentença. Em verdade, ao inverter o ônus da prova, o juiz apenas está sinalizando ao réu que, se houver estado de dúvida por ocasião da sentença, em relação à alegação fática sobre a qual se operou a inversão, julgará desfavoravelmente a esse réu que não produziu prova a contento da alegação fática sobre a qual recaiu a inversão.

Tanto é verdade que a inversão baseada na verossimilhança não se confunde com sentença baseada em verossimilhança, que o juiz pode inverter o ônus da

⁶⁴ WATANABE, Kazuo; et al., Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 2005, p. 792-797.

prova na abertura da instrução, porque naquele momento vislumbra verossimilitude na alegação fática da parte autora e, no final do processo, poderá julgar improcedente a pretensão da inicial, porque a prova posteriormente produzida pela parte ré demonstrou que o fato-base da pretensão autoral não ocorreu como inicialmente se reputou verossímil.

Ou, mais ainda: o juiz que inverteu o ônus da prova no início da instrução – digamos, quanto ao nexo de causalidade do dano – poderá concluir em sentença, a partir da prova produzida nos autos, que esse nexo está suficientemente *provado*. Nesse caso, o juízo de verossimilhança que serviu para inverter o ônus da prova é suplantado totalmente por um juízo de convencimento baseado em outro modelo de constatação – em regra, o modelo da preponderância de provas, que é mais rigoroso que o modelo de constatação usado para os provimentos liminares, baseado apenas na verossimilhança. Nesse exemplo, fica claro que a “verossimilhança” de que fala o artigo 6º, VIII, do CDC é um modelo de constatação *provisório*, que não vincula nem se confunde com o modelo de constatação que será usado em sentença – assim como o modelo de constatação das liminares não se confunde com o modelo de constatação usado em sentença, embora ocasionalmente possa ser o mesmo.

Em suma, o juiz pode inverter o ônus da prova antes da instrução, baseado na verossimilhança, e usar um módulo de prova mais rigoroso quando analisar a prova em sentença; ou pode, ao contrário, deixar de inverter o ônus da prova porque não vislumbrou verossimilhança na alegação da parte autora no início da instrução e, no momento da sentença, usar um módulo de constatação baseado na verossimilhança⁶⁵, e julgar procedente a demanda.

Em suma, não se pode cometer o equívoco de se confundir inversão do ônus da prova com módulo de constatação da prova, e muito menos esses dois conceitos com regra de julgamento, a qual só tem aplicação se, independentemente do módulo de constatação usado em sentença, o juiz ainda entender que a prova não está clara.

Por fim, quanto ao requisito da hipossuficiência, cumpre não o confundir com

⁶⁵ Sustentamos que a verossimilhança, a rigor, não deve ser utilizada como modelo-padrão de convencimento no momento da prolação da sentença. Todavia, a doutrina admite sua utilização em casos excepcionais, diante de peculiaridades na natureza do direito material, que dificultem sobremaneira a produção de prova para ambas as partes. Trata-se de redução do módulo de constatação da prova. Sustentando a utilização da verossimilhança em sentença, mas criticando a teoria da “verossimilhança preponderante”: MARIONI e ARENHART, *op. cit.*, 271.

vulnerabilidade, que é conceito de direito material (art. 4º, I, do CDC) e consiste em afirmar a posição desfavorável de todos os consumidores perante os fornecedores, em razão da dinâmica intrínseca das relações de consumo⁶⁶.

Hipossuficiência é conceito de direito processual, e consiste na dificuldade de o consumidor provar suas alegações em juízo, seja por falta de condições econômicas, seja porque não possui acesso a determinadas informações tocantes à relação de consumo. Como se vê, a hipossuficiência não pode ser afirmada *a priori*, mas decorre de uma constatação efetiva, no caso concreto, da desigualdade de condições de produção de prova entre as partes⁶⁷.

A inversão do ônus a partir da constatação da hipossuficiência da parte, portanto, prescinde de qualquer análise de verossimilhança. Nesse sentido, a inversão do ônus baseada na hipossuficiência do consumidor tem o mesmo fundamento da inversão do ônus baseada na teoria da distribuição dinâmica da carga da prova. É dizer, constatado pelo juiz que há desigualdade relevante entre as partes, quanto às condições de produzir provas, deve impor o risco de insuficiência probatória àquela que possui melhores condições de a produzir.

3.4 Do objeto da inversão do ônus da prova

Se o ônus da prova consiste no exercício das *faculdades* probatórias, orientadas pelo *risco* da insuficiência probatória, o que se inverte (quando se fala em “inversão do ônus da prova”) não é propriamente a *faculdade* das partes, mas, sim, o risco que orienta o exercício dessa faculdade. O risco que inicialmente tocava a uma parte, é deslocado para a outra.

Portanto, quanto ao objeto da inversão do ônus da prova, sempre será o risco relativo à não comprovação de uma alegação fática controvertida e relevante para o julgamento da lide. Essa definição observa o que foi estabelecido no capítulo I desse trabalho, no sentido de que “o objeto da prova é o conjunto *das alegações* controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a

⁶⁶ Embora deva se registrar a percuciente lição de MARQUES, no sentido de que a vulnerabilidade nem sempre pressupõe a comparação entre sujeitos, tratando-se de uma condição pessoal indicativa de um estado de risco, de um enfraquecimento do sujeito de direito (*in*: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2010, p. 197-198.

⁶⁷ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 136.

serem feitos no processo”.⁶⁸

Desse modo, por exemplo, em se tratando de responsabilidade objetiva do fornecedor (arts. 12 e 14 do CDC), a pretensão da inicial pressupõe apenas a demonstração de um dano e do nexo de causalidade entre esse dano e a conduta imputada ao fornecedor. O risco da insuficiência probatória quanto a esses pressupostos (que devem estar alegados na causa de pedir e serem controvertidos), pela regra padrão do art. 333 do CPC, é do consumidor. Todavia, a inversão do ônus, se determinada, fará com que o risco da não demonstração do nexo de causalidade recaia não mais sobre a parte autora, mas sobre a parte ré.

Nesses casos de responsabilidade objetiva, portanto, o objeto da inversão do ônus da prova é o risco da não produção de prova suficiente sobre o (alegado) nexo de causalidade.

Se a responsabilidade for subjetiva, na qual aos pressupostos acima também se adiciona a demonstração da culpa, o objeto da inversão pode ser tanto o nexo de causalidade quanto o agir culposo do fornecedor.

Vale observar, com a precisa observação de MOREIRA, que o fato de haver a inversão do ônus da prova em uma demanda de consumo baseada na responsabilidade subjetiva não converte essa espécie de responsabilidade em objetiva:

Tratando-se, porém, de hipótese de responsabilidade fundada na culpa, a inversão poderá beneficiar o consumidor seja em relação à prova do nexo causal, seja quanto à prova de ter o fornecedor agido de forma imprudente, negligente ou atécnica. Não procede o argumento de que a inversão do ônus da prova da culpa converteria a responsabilidade subjetiva em objetiva, e, por isso, seria inadmissível: a responsabilidade, a despeito da inversão, continuará a ser subjetiva, tanto assim que a prova da ausência de culpa, se produzida pelo profissional liberal, levará ao julgamento de improcedência do pedido. Se a inversão tornasse objetiva a responsabilidade, a prova contrária seria de absoluta irrelevância⁶⁹.

Ainda quanto o objeto da inversão, não pode recair sobre o dano alegadamente sofrido pelo consumidor. Isso porque a indenização, em regra, pressupõe a recomposição do patrimônio do autor na exata medida do prejuízo, sob pena de enriquecimento ilícito (art. 944 do Código Civil). Daí porque, em linha de princípio,

⁶⁸ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 58.

⁶⁹ MOREIRA, *op. cit.*, p. 303.

não pode a parte autora se livrar do risco da não demonstração de seu prejuízo.

Uma última observação merece ser tecida quanto ao objeto da inversão do ônus da prova: deve sempre recair sobre uma ou mais alegações específicas, que devem ser indicadas pelo juiz no momento da inversão. É dizer, não se concebe inversão do ônus da prova sem indicação precisa de seu objeto. Se assim se admitisse, haveria violação ao contraditório, porquanto a parte onerada com a inversão sequer teria como saber quais provas produzir para evitar a sucumbência em caso de aplicação de uma regra de julgamento.

Nesse sentido, mais uma vez o preciso ensinamento de MOREIRA:

Uma observação final se impõe: a inversão se refere a fato específico, e não a quaisquer fatos que ao consumidor interesse demonstrar. Se o reconhecimento judicial do seu direito depender da constatação de uma pluralidade de fatos - uns, facilmente demonstráveis; outros, não -, a inversão só abrangerá aqueles que, por outros meios probatórios, não puderem ser provados de maneira adequada. Conjura-se, assim, o risco de o fornecedor se ver em situação excessivamente gravosa quanto à prova, como no exemplo, antes descrito (supra, n. 4), do mendigo que pretendesse obter gorda indenização do shopping center, pelo suposto furto de seu automóvel: a inversão, aí, jamais irá ao ponto de eximir o autor do encargo de provar... a propriedade do veículo - indiscutivelmente, um dos fatos constitutivos do direito à indenização⁷⁰.

Vistos os requisitos e o objeto, resta analisar quais são os efeitos da inversão do ônus da prova.

3.5 Dos efeitos da inversão do ônus da prova

Por fim, quanto aos efeitos que advêm da inversão, acredita-se ser caso de repensar o que convencionalmente vem sendo dito pela doutrina.

Veja-se que o multicitado MOREIRA define a inversão da prova como “vantagem processual, consubstanciada na dispensa do ônus de provar determinado fato, o qual, sem a inversão, lhe tocaria demonstrar, à luz das disposições do processo civil comum”⁷¹. THEODORO JÚNIOR refere que “os efeitos da inversão do ônus da prova podem liberar o consumidor da prova pertinente ao nexa causal [...] e

⁷⁰ *Ibidem*, p. 305.

⁷¹ *Ibidem*, p. 306.

da culpa”⁷². Já CABRAL chega a dizer que a inversão gera uma exclusão do fato (sobre o qual houve a inversão) do objeto da prova⁷³.

Em comum a essas definições, nota-se a referência à “dispensa de realizar prova”, como se o consumidor que é beneficiado pela inversão do ônus da prova pudesse cruzar os braços e nenhuma prova produzir sobre o fato em relação ao qual houve a inversão.

Com a utilização dessa noção de “dispensa”, contudo, não se concorda. Em verdade, pelo dever de colaboração com o juízo, ninguém está dispensado *a priori* de fazer prova, nem as partes nem terceiros.

Todos têm o dever, ético e jurídico, de promover a verdade – inclusive os terceiros não envolvidos diretamente na demanda, como fica claro pelos arts. 339 e 341 do CPC.

Ademais, dizer que a parte fica “dispensada” de produzir determinada prova pressupõe que ela, em algum momento anterior, estivesse *obrigada* a produzi-la. Todavia, como visto no capítulo I, não há obrigação nem dever de produzir prova. Logo, se não há dever nem obrigação prévios (de produzir a prova), não há falar em dispensa de produzir prova.

Portanto, tudo passa por se utilizar o conceito de ônus no sentido de “exercício de uma faculdade orientada por um risco”. A partir desse conceito reformulado de ônus, a inversão apenas *altera* o risco padrão e, por consequência, permite que a parte exerça sua faculdade de uma forma diferente.

A distinção é sutil. E um exemplo pode ajudar.

Suponha-se uma demanda em que o autor “X” impute uma conduta à parte ré “Y”, em razão da qual sofreu (nexo de causalidade) um dano; e suponha-se que o autor “X”, pela regra padrão do ônus da prova, possua o risco de sucumbir caso não prove o nexo de causalidade, e que o juiz, para evitar o *non liquet*, venha a se valer da regra de julgamento em sentença.

Nessa situação, o autor “X” sabe que o risco de não produzir a prova do nexo de causalidade é sua. Logo, exercerá sua faculdade de prova orientado por esse

⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 149.

⁷³ CABRAL, Érico de Pina Cabral. Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor. São Paulo: Método, 2008, p. 342.

risco. Assim, empenhará maiores esforços na produção da prova – quiçá, por exemplo, postulando a produção de uma prova pericial de alto custo e de demorada realização.

Todavia, se houver a inversão do ônus da prova antes da abertura da instrução, o autor “X” exercerá sua faculdade de produzir prova orientado por um risco muito menor, pois a falta da prova no nexo de causalidade, no final da demanda, em princípio não lhe será desfavorável. Mas a ocorrência da inversão do ônus da prova, ainda nesse exemplo, não significa que o autor “X” está *dispensado* de produzir a prova no nexo de causalidade.

Se o autor “X” estivesse *dispensado* de produzir a prova, como refere a doutrina, o juiz poderia inclusive indeferir eventual prova pericial requerida pelo consumidor, tendente a demonstrar o nexo causal – ao argumento de que o autor não tem “interesse nem legitimidade” para a prova, pois fora *dispensado* de sua produção pelo despacho anterior de inversão do ônus.

Só que, segundo entendemos, o autor “X” continua tendo interesse e legitimidade para produzir a prova do nexo causal, mesmo que tenha havido a prévia inversão do ônus. Isso porque o autor “X”, assim como o réu “Y”, tem o direito de buscar uma sentença baseada na efetiva análise da prova – e não meramente baseada em uma regra de julgamento que considerou a prova insuficiente.

Ora, se é exigido das partes o dever de colaborar com o descobrimento da verdade, também deve ser reconhecido o correlato direito das partes a uma sentença em que o juiz se dê por convencido da verdade – sendo admitido apenas excepcionalmente o julgamento baseado na falta de provas.

Aliás, é certo que a regra de julgamento só pode ser aplicada subsidiariamente pelo juiz – isto é, quando ele não estiver convencido, segundo o módulo de convencimento adotado. Logo, uma regra de julgamento (porque só tem aplicação subsidiária), não pode ser utilizada para indeferir o requerimento de produção de prova pela parte, pois as faculdades probatórias são exercidas primordialmente para convencer, e apenas secundariamente para diminuir o risco de sucumbência em caso de *eventual* aplicação da regra de julgamento.

Portanto, mesmo tendo sido invertido o ônus da prova, a parte beneficiada com essa inversão continua tendo interesse em *convencer* o julgador acerca das

alegações fáticas controvertidas.

Não fosse por isso, também não se poderia falar em “dispensa” de provar, porque a parte beneficiária da inversão do ônus da prova continua possuindo o dever jurídico de colaborar com o descobrimento da verdade, motivo derradeiro e categórico para demonstrar que não está *dispensada* de produzir determinada prova. Essa parte beneficiária está apenas livre do *risco* de não produzi-la em eventual aplicação de regra de julgamento na sentença.

Desse modo, o efeito da inversão do ônus da prova não é a dispensa da produção de uma prova, mas apenas a alteração da incidência do risco de sua não produção, que passa da parte para a contraparte.

Outro esclarecimento que se impõe é quanto o efeito da inversão do ônus da prova dentro da estrutura de fundamentação da sentença.

Dentro do silogismo da sentença, no qual a premissa menor é composta dos fatos e a premissa maior é composta nas normas incidentes, o efeito da inversão do ônus da prova também deve ser analisado com cuidado, mormente para fim de controle da fundamentação judicial.

Explica-se: como visto precedentemente, quando ocorre a inversão no ônus no curso do processo, o juiz sinaliza que determinada alegação, cujo risco de não comprovação recairia sobre a parte autora (geralmente um fato constitutivo da pretensão da inicial) passará a recair sobre o réu. Isso não faz, contudo, com que o fato afirmado pela parte autora se dê por *provado* nem *presumido* em sentença. Desse modo, se nenhuma das partes produzir qualquer outra prova após a decisão que inverteu o ônus, e se o estado de dúvida *persistir* no momento da sentença, o juiz *não* considerará o fato como provado; ele apenas fará recair sobre o réu o peso dessa insuficiência probatória.

Assim, julgar pela regra de julgamento – o que só tem aplicação quando a prova é insuficiente – necessariamente implica que o silogismo da sentença ocorrerá de forma anômala, pois, inexistindo prova de alegação fática controvertida, a premissa menor (fatos) resta esvaziada. Cabe ao julgador, portanto, considerar como premissa menor, ao invés do material fático, a própria circunstância da insuficiência da prova, e fazer incidir sobre essa premissa, a regra de julgamento (premissa maior) que diz que deve sucumbir a parte que deu causa a essa

insuficiência de prova.

Embora possam parecer filigranas, essas considerações sobre o real efeito da inversão do ônus da prova – tanto na atividade das partes quanto no silogismo da sentença – são necessárias para uma interpretação rigorosamente científica desse instituto e, segundo cremos, auxiliarão a decidir questões eminentemente práticas, como o juízo de admissibilidade de uma prova, ou mesmo o correto momento de inversão do ônus probatório, como se verá a seguir.

3.6 Do momento correto de inversão do ônus da prova, tendo como premissa a separação dos conceitos de ônus e de regra de julgamento.

A questão ora sob análise é bastante discutida na doutrina e na jurisprudência pátrias, sendo que a única certeza sobre ela é que não há consenso entre os debatedores quanto às conclusões.

Com efeito, são inúmeros os argumentos em jogo, tanto para defender que a inversão ocorra em sentença quanto para defender que ocorra em algum momento anterior do procedimento.

Crê-se, todavia, que o eixo central dessas discussões – e principal motivo da falta de consenso – assenta-se sobre um problema conceitual bastante arraigado em nossa cultura jurídica: o tratamento do ônus da prova como regra de julgamento, e vice-versa.

É dizer, como visto anteriormente, intensos são os debates destinados a estabelecer: (i) se o ônus da prova é apenas uma regra de instrução (que orientaria as partes quanto suas faculdades probatórias); (ii) se o ônus da prova é apenas uma regra de julgamento (destinada ao julgador em estado de dúvida quanto à prova); (iii) se o ônus da prova reúne em si ambos os aspectos, regra de instrução e regra de julgamento, como dois lados de uma moeda; (iv) e, nessa última hipótese, qual de suas facetas deve predominar.

A existência dessas discussões foi exposta no item 2.3, no qual se tratou do ônus subjetivo da prova e do ônus objetivo da prova, correspondentes, respectivamente, às noções de regra de instrução e regra de julgamento.

Pois, como se analisou também primeira metade deste trabalho, propomos

algumas alterações conceituais no tratamento do ônus da prova, a saber:

i) ônus da prova deve ser entendido como a *faculdade* de as partes produzirem ou não determinadas provas, sabendo de antemão o quanto a conduta escolhida interferirá no risco de sucumbência, em caso de ser aplicada uma regra de julgamento por ocasião da sentença;

ii) deve se abolir a divisão de ônus da prova em aspecto objetivo e aspecto subjetivo, pois o dito aspecto “objetivo” não consiste propriamente em ônus da prova;

iii) regra de julgamento, porque não se confunde com faculdade das partes, sendo instituto ontologicamente diverso, não deve se tratada sob a denominação “ônus da prova”, nem mesmo sob a denominação “aspecto objetivo do ônus da prova”;

iv) como regra de julgamento é termo genérico, significando, a rigor, apenas um critério de julgar, deve-se passar a denominá-la “regra de julgamento baseada no ônus da prova” - para significar o critério de julgar adotado pelo juiz em estado de dúvida quanto ao material probatório.

Na segunda metade do trabalho (item 3 em diante), propôs-se o seguinte:

v) o que se inverte (quando se fala em “inversão do ônus da prova”) não é propriamente a faculdade das partes, mas os riscos que orientam o exercício dessa faculdade, cuja incidência passa de uma parte para a outra;

vi) os riscos que são objeto da inversão consistem na possibilidade de o juiz, em sentença, considerar não comprovada alguma alegação fática relevante e controvertida, levando a sucumbir a parte que deu causa à insuficiência probatória;

vii) o efeito da inversão do ônus da prova não é a dispensa da produção de uma prova;

viii) a alteração do risco, ocasionada pela inversão do ônus probatório, condiciona e determina o exercício das faculdades probatórias das partes, porque, a partir daí, escolherão que provas pretendem produzir orientadas pela nova distribuição do risco de sucumbência (em caso de ser aplicada a regra de julgamento baseada no ônus da prova em sentença). Por exemplo, o beneficiário da inversão do ônus da prova exercerá sua faculdade de produzir prova orientado por um risco muito menor de sucumbência, logo, poderá optar por não requerer provas

demoradas ou de alto custo.

Agora, passa-se a tentar solucionar o problema da inversão do ônus da prova no CDC, partindo-se das premissas acima propostas, de forma concatenada.

Em primeiro lugar, assentada a premissa de que o ônus da prova é uma faculdade das partes de produzirem ou não determinadas provas, orientadas pelo risco de futura aplicação de uma regra de julgamento em sentença, decorre como consequência lógica que a *prévia distribuição dos riscos relativos à insuficiência probatória* é condição indispensável para o exercício da faculdade probatória.

Posto de forma bem direta: não há exercício de faculdade probatória sem prévio conhecimento dos riscos de sucumbência ligados a eventual aplicação de uma regra de julgamento.

Basta pensar que escolher entre as provas é sopesar custos (custo econômico, custo de tempo, custo do desgaste psicológico). Logo, se as partes não sabem de antemão sobre a cabeça de quem pende o risco da insuficiência probatória, não podem realizar qualquer avaliação racional e sensata quanto ao efetivo custo da prova.

Destarte, quando surge no procedimento o momento de as partes exercerem suas faculdades processuais, é natural que voltem os olhos para a regra de distribuição dos riscos da insuficiência probatória, tal como o navegador que procura a luz de um farol para navegar em direção ao rumo certo. Por conhecerem de antemão como está distribuído o risco, as partes deliberarão racionalmente e exercerão a faculdade de produzir provas. Se essa distribuição dos riscos for alterada posteriormente, desaparece um dos requisitos do conceito de faculdade probatória: que é o conhecimento prévio da regra que distribui os riscos da insuficiência probatória.

Portanto, o superveniente desaparecimento desse requisito essencial do conceito de “faculdade probatória” (conhecimento prévio dos riscos) implica, por conclusão necessária, que as partes nunca exerceram efetivamente suas faculdades probatórias – pois a regra de distribuição dos riscos que vigia quando deliberaram sobre a produção de provas foi modificada.

Em outras palavras, exercer uma faculdade é agir racionalmente, supondo que o resultado da atividade vai ser avaliado segundo o critério de julgamento vigente.

Se o critério de julgamento é alterado depois de a atividade ter sido realizada, essa atividade já não é mais o resultado de uma ação racionalmente escolhida, mas, sim, o resultado de uma indução em erro.

Portanto, se ocorre a alteração na distribuição dos riscos relativos à insuficiência probatória, após as partes terem produzidos suas provas, aquilo que elas produziram deixa de ser o resultado do exercício de uma faculdade probatória, e conseqüentemente há violação ao princípio da ampla defesa – segundo o qual as partes devem ter o direito de exercer suas faculdades probatórias.

Disso segue que, se o juiz vislumbrar em sentença que terá de modificar a regra que embasou o anterior exercício das faculdades probatórias (geralmente a regra padrão do art. 333 do CPC), deverá reabrir a instrução, permitindo que as partes exerçam novamente tais faculdades, deste vez orientadas pela nova regra de julgamento.

Nesse quadrante, é necessário registrar que WATANABE⁷⁴, DINAMARCO⁷⁵, LOPES⁷⁶, CINTRA⁷⁷, SOARES⁷⁸, e ANDRADE⁷⁹, SANTOS⁸⁰, entendem que a

⁷⁴ WATANABE, *op. cit.*, p. 796.

⁷⁵ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 84. Esse autor, frise-se, entende que o ônus da prova é regra de julgamento e que a inversão com base no CDC só deve ser feita em sentença, mas defende expressamente que o juiz deve “advertir” em audiência preliminar sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova.

⁷⁶ LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. São Paulo: RT, 2007, p. 50. O autor, a par de entender que o ônus da prova é regra de julgamento, e que a inversão deve ocorrer em sentença, alega que “nem poderá o fornecedor alegar surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente em lei” (p. 50).

⁷⁷ CINTRA, *op. cit.*, p. 20. Esse processualista também sustenta que a inversão, por estar prevista em lei, não pode gerar surpresa nas partes.

⁷⁸ SOARES, Fábio Costa. Acesso do consumidor à justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 227-231. Para esse autor, a inversão do ônus da prova em relação à determinada alegação fática gera a presunção de que o respectivo fato ocorreu. Daí porque a inversão não criaria novo ônus para o réu, o qual simplesmente teria de se desincumbir do ônus padrão previsto no art. 333, II, do CPC, e, por não criar ônus novo para o réu, a inversão poderia se dar em sentença. Com tais argumentos não se concorda. Isso porque a inversão do ônus da prova não gera qualquer presunção. As presunções significam que o juiz deve se dar por convencido da ocorrência de determinado fato, e a inversão do ônus da prova é utilizada justamente para redistribuir os riscos da insuficiência de provas, ou seja, para o caso de, ao final do processo, o juiz ter de aplicar uma regra de julgamento porque não está convencido sobre a matéria fática. Ou seja, data vênua, a doutrina de SOARES parece olvidar da lição de Rosenberg, no sentido de que “o domínio do ônus da prova começa ali onde termina o domínio da livre apreciação da prova; se o juiz atravessou este último sem poder encontrar a solução, o ônus da prova lhe dá o que a livre apreciação da prova lhe negou” (*apud* PACÍFICO, *op. cit.*, p. 178).

⁷⁹ ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no CDC. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). Direito do Consumidor: tutela das relações de consumo (Coleção Doutrinas Essenciais). São Paulo: RT, 2011, p. 440.

inversão do ônus da prova consistiria apenas (ou predominantemente) em uma regra de julgamento, sendo cabível a inversão do ônus em sentença.

Todavia, enunciados nessa linha de argumentação perdem a validade científica no momento em que o ônus da prova não pode mais ser tratado, segundo a dogmática jurídica, como regra de julgamento.

Por outro lado, ainda há os argumentos no sentido de ser impossível a inversão do ônus da prova *antes* da sentença, porque o ônus da prova seria regra de julgamento, e esta só teria sentido de existir no momento da sentença⁸¹.

Essa linha de argumento também não sobrevive à separação dos conceitos de ônus da prova e de regra de julgamento. Isto é, tomando por premissa que o ônus da prova *não* é regra de julgamento, mas faculdade das partes, ele só pode ser modificado anteriormente à prolação da sentença.

Outrossim, deve ficar claro que, a despeito da proposta de separação dos conceitos, eles continuam interdependentes, pois a regra de julgamento nada mais é do que a regra de distribuição dos riscos aplicada de forma retrospectiva.

Logo, embora a regra de julgamento possa parecer um assunto exclusivo do juiz e que só passa a existir no momento da prolação da sentença, na verdade ela se reporta a uma distribuição de riscos fixada muito antes da sentença, seja na forma padrão (art. 333 do CPC) seja na forma “invertida” (art. 6, VIII, do CDC), de forma que interessa diretamente às partes, pois orienta as faculdades probatórias destas.

Enfim, a redefinição proposta nos conceitos de ônus da prova e de regra de julgamento eliminam por completo a possibilidade de haver modificação na distribuição dos riscos da insuficiência probatória em sentença.

Essa distribuição dos riscos – que decorre do art. 333 do CPC ou de uma decisão de inversão do ônus da prova – sempre deverá ser prévia ao exercício das faculdades probatórias das partes, permitindo assim que estas sopesem adequadamente os riscos envolvidos.

De resto, a redefinição proposta não é incompatível com os inúmeros outros

⁸⁰ SANTOS, Ernane Fidelis dos. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). Direito do Consumidor: tutela das relações de consumo (Coleção Doutrinas Essenciais). São Paulo: RT, 2011, p. 525.

⁸¹ Dentre outros: MATOS, Cecília. O ônus da prova no código de defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, vol. 11 (julho de 1994), p. 161 *et seq.*

argumentos doutrinários que já defendem que a inversão do ônus da prova ocorra antes da sentença. Todavia, embora tais argumentos cheguem a mesma conclusão, continuam partindo da premissa equivocada de que ônus da prova compreende tanto regra de instrução e como regra de julgamento.

Por isso a utilidade da alteração proposta, pois a simples redefinição do conceito de ônus da prova, que passa a ser centrado na faculdade das partes e deixa de ser visto como regra de julgamento, implica por si só na seguinte conclusão necessária: a inversão do ônus da prova, por consequência de sua definição dogmática, sempre deve ocorrer antes da prolação da sentença.

3.7 Do momento correto de inversão do ônus da prova, tendo como premissa o reconhecimento do direito fundamental à defesa do consumidor.

A existência de uma sede constitucional para o Código de Direito do Consumidor (art. 5º, inciso XXXII; e art. 170, inciso V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias) deve necessariamente garantir às normas desse código um status diferenciado, ao menos sobre as normas “que não possuem esse fundamento constitucional imediato”⁸².

Nesse sentido, inclusive, reconheceu o Supremo Tribunal Federal a proeminência das normas consumeristas sobre a legislação ordinária:

O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.⁸³

Assim, em demanda envolvendo consumidor, eventual norma prevista no Código de Processo Civil que implicasse “retrocesso social” ou “vilipêndio” aos direitos previstos no CDC não teria aplicabilidade.

⁸² MIRAGEM, Bruno. MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito, p. 126.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 351750, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-181, de 25-09-2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+351750%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+351750%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/beon83o>>. Acesso em 30/05/2014.

Todavia, como a norma que disciplina a inversão do ônus da prova não está prevista no Código de Processo Civil (ao menos ainda), a questão sobre o momento de inversão do ônus da prova não se resolve por uma leitura “consumerista” das regras do CPC, mas, isso sim, por uma interpretação sistemática e teleológica do próprio art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A interpretação deve ser sistemática, porque deve partir do pressuposto de que o sistema jurídico reconhece a defesa do consumidor como direito fundamental, como visto no item 3.1 supra. E deve ser teleológica, porque deve promover da melhor forma a finalidade subjacente à norma (art. 6º, VIII, do CDC), que é a proteção processual do consumidor.

Portanto, ao lado da redefinição conceitual do ônus da prova – o que por si só impõe uma remodelação da dogmática do instituto –, alinha-se um último argumento, no sentido de buscar para uma nova compreensão das faculdades probatórias do consumidor: a influência da eficácia objetiva do direito fundamental do consumidor.

Como visto precedentemente, a partir do momento em que se reconhece o direito à defesa do consumidor como um direito fundamental, também deve se reconhecer sua eficácia irradiante, no sentido de que ele que atua como diretriz para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, e, no especial, como diretriz para aplicação e interpretação das regras processuais disciplinadoras do ônus probatório.

Logo, se foi estabelecido que ônus probatório é a faculdade da parte de produzir provas, orientada pela distribuição dos riscos de sucumbência por insuficiência probatória; e se ainda há alguma dúvida quanto ao momento em que a inversão do ônus da prova deve ocorrer, cumpre resolver o caso na perspectiva do direito fundamental à defesa do consumidor. Isto é, mediante a interpretação que melhor fomenta o valor protetivo tutelado por esse direito fundamental⁸⁴.

No caso, o direito fundamental em questão tem como conteúdo a “defesa do consumidor” - o que, segundo sustentamos, abrange tanto a defesa extrajudicial

⁸⁴ A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, segundo MENDES e BRANCO, “[...] faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que obem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 191).

como a defesa *judicial* do consumidor, pois o art. 5º, inciso XXXII, da CF não faz qualquer restrição nesse sentido e, como norma instituidora de direito fundamental, deve ter leitura ampliativa.

De outro lado, as faculdades probatórias são instrumentos relevantes de efetivação do direito fundamental de defesa do consumidor, especificamente de defesa em juízo. Por conseguinte, a interpretação do art. 6º, VIII, do CDC que mais dá eficácia ao direito fundamental de defesa do consumidor em juízo (art. 5º, XXXII, da CF) é aquela que melhor possibilita o exercício das faculdades processuais deste.

Disso segue que, para descobrir qual é o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova, deve se perguntar: qual é o momento que melhor permite ao consumidor exercer suas faculdades probatórias?

Parece-nos que esse momento seria aquele em o juiz fixa os pontos controvertidos, decide as questões processuais pendentes e determina as provas a serem produzidas (art. 331, §2º, do CPC), ou seja, na fase de saneamento do processo.

Se não houver decisão deliberando sobre essas questões, a inversão deve ocorrer, pelo menos, antes da intimação as partes para dizerem sobre o interesse na dilação probatória.

Com isso, permite-se ao consumidor saber qual parte será onerada com o risco da não produção de determinadas provas, e, conseqüentemente, deliberar de forma mais racional e econômica (em termos de tempo e dinheiro) sobre quais provas ainda pretende produzir.

Por exemplo, suponha-se um caso envolvendo acidente trânsito em decorrência de alegado defeito em veículo automotor. Tratando-se, em tese, de acidente de consumo, a responsabilidade do fornecedor é objetiva (art. 14 do CDC). Em razão disso, se não ocorrer a inversão do ônus quanto à prova do nexo de causalidade antes de as partes dizerem sobre que provas pretendem produzir, o consumidor provavelmente requererá a produção de prova pericial para demonstrar o nexo causal com algum dano indicado na inicial – atraindo para si a obrigação de antecipar os custos dessa prova, caso não goze de assistência judiciária gratuita (art. 19 do CPC).

Diversamente, se houver a inversão do ônus quanto ao nexo de causalidade, *previamente* à intimação das partes para dizerem sobre a instrução processual, o consumidor exercerá sua faculdade de produzir prova orientado por um risco muito menor, pois a falta da prova no nexo de causalidade, no final da demanda, em princípio não lhe será desfavorável.

Em suma, a inversão do ônus da prova, quando interpretada em conformidade com o direito fundamental à defesa do consumidor, deve ocorrer antes de o consumidor se manifestar sobre a produção das provas, para que possa exercer da melhor maneira suas faculdades processuais.

Diante do exposto, com a reconceituação de ônus da prova e de regra de julgamento, nos termos acima propostos, e com uma interpretação desses institutos à luz da perspectiva objetiva do direito constitucional à defesa do consumidor, tem-se como consequência a definição precisa do momento certo para a inversão do ônus da prova, a par da obtenção de um maior rigor sistemático no tratamento do tema.

4. CONCLUSÕES

Embora prestes a completar vinte cinco anos de idade, desde sua edição em 11.09.1990, o Código de Defesa do Consumidor ainda suscita discussões doutrinárias no que se refere ao problema do momento da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC).

Ao fim do presente trabalho, conclui-se que é possível oferecer uma resposta a esse problema, bem como proporcionar uma revisão do próprio instituto da inversão do ônus da prova, a partir da redefinição conceitual de algumas premissas.

Igualmente, conclui-se que a hipótese formulada na introdução deste trabalho restou confirmada pelos fundamentos expostos, e que tais fundamentos são diversos daqueles tradicionalmente apresentados pela dogmática jurídica.

Como primeiro fundamento para a verificação da hipótese, demonstrou-se ser necessário reformular o enunciado dogmático de que ônus da prova também é regra de julgamento. A reformulação proposta – ao conceituar ônus da prova exclusivamente como faculdade das partes de produzirem ou não determinadas provas, orientadas pelos riscos de sucumbência, em caso de ser aplicada uma regra de julgamento por ocasião da sentença – afastou por completo a possibilidade de tais riscos serem redistribuídos apenas momento da prolação da sentença. Essa reformulação conceitual também permitiu, ainda que incidentalmente, definir que o objeto da “inversão do ônus da prova” não é a faculdade probatória das partes, mas, sim, os riscos que orientam o exercício dessa faculdade. Verificou-se, também incidentalmente, que a inversão dos riscos não retira da parte beneficiária da inversão a legitimidade e o interesse de produzir provas tendentes a provar a alegação fática em relação à qual houve a inversão.

Como segundo fundamento à hipótese inicial, demonstrou-se que o direito à defesa do consumidor – inclusive em juízo – deve ser reconhecido como direito fundamental, o qual, por sua dimensão objetiva, serve de diretriz interpretativa para a regra do art. 6º, VIII, do CDC.

Articulando-se as premissas expostas em ambos os capítulos, conclui-se que o momento adequado para a inversão do ônus da prova é aquele que melhor permite ao consumidor exercer suas faculdades probatórias, qual seja, o momento de

saneamento do processo.

Para verificação da correção das premissas e das conjecturas apresentadas, buscou-se proceder à análise crítica da doutrina, ao manejo de exemplos oriundos da prática forense e à confrontação com possíveis objeções teóricas. A validade das conclusões expostas, contudo, dependerá da apreciação e do debate dos leitores, sempre essenciais ao discurso jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: KNIJNIK, Danilo (coord). Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.

ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no CDC. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). Direito do Consumidor: tutela das relações de consumo (Coleção Doutrinas Essenciais). São Paulo: RT, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para o consumo: a transformação de pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Projeto de Lei n. 8.046/2010. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=RDF+1+%3D%3E+PL+8046/2010>. Acesso em 20/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 351750, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-181, de 25-09-2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+351750%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+351750%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/beon83o>>. Acesso em 30/05/2014.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da Prova. *Justitia*. São Paulo, vol. 40, jan 1963, p. 7-26.

CABRAL, Érico de Pina Cabral. Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor. São Paulo: Método, 2008.

CALAMANDREI, Piero. Direito processual civil: estudos sobre o processo civil. Vol. 2. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo. RT, 2006.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARBONE, Carlos Alberto. *Cargas probatorias dinamicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción*. Genesis – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 35, janeiro/março de 2005, p. 175-195.

- CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CHARLES, Sebastián. O individualismo paradoxal: introdução ao pensamento de Gilles Lipovetsky. *In*: LIPOVESTSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol IV: arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodium, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III . 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, vol. 13, janeiro de 1995, p. 33 *et seq.*
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 34.
- LIPOVESTSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. São Paulo: RT, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil – Processo de conhecimento, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: Do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT. Ano 12, janeiro/março de 2003, p. 71-99.
- MATOS, Cecília. O ônus da prova no código de defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, vol. 11, julho de 1994, p. 161 *et seq.*
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva: 2012.
- MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. Revista de Direito do Consumidor. RT, ano 11, julho/setembro de 2002, p. 111-132.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV: arts. 282 a 443. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Revista de Processo. São Paulo, n. 86, abril/junho de 1997, p. 294-309.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 3. São Paulo: RT, setembro/dezembro de 1992, p. 41-77.

OLIVEIRA, CARLOS Aberto Alvaro de. Do Formalismo no Processo Civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova. São Paulo: RT, 2011.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). Direito do Consumidor: tutela das relações de consumo (Coleção Doutrinas Essenciais). São Paulo: RT, 2011.

SANTOS, Moacyr. Primeiras linhas de direito processual civil, 2º volume, 24 ed. rev. e atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnem. São Paulo, Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, João Carlos Pestana Aguiar. As provas no Cível. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Epistemologia das ciências culturais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Curso de Processo Civil. Volume 1: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOARES, Fábio Costa. Acesso do consumidor à justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

THEODORO JR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JR., Humberto. Direitos do Consumidor: em busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WATANABE, Kazuo; *et al.*, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.