



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

HELLOSMAN DE BRITO DIAS

SOBRE A INVERSÃO DO ONUS DA PROVA

SOUSA - PB
2006

HELLOSMAN DE BRITO DIAS

SOBRE A INVERSÃO DO ONUS DA PROVA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Me. Martsung Formiga Cavalcante Rodovalho e Alencar.

SOUSA - PB
2006

HELLOSMAN DE BRITO DIAS

SOBRE A INVERSÃO DO ONUS DA PROVA

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Martsung Formiga Cavalcante Rodovalho e Alencar

Prf^o Ms.

Prf^o Ms.

Aquele a quem a palavra não educar, também
o pau não educará.

(Sócrates)

RESUMO

A presente monografia de conclusão do Curso de Especialização em Direito Processual Civil tem por escopo a análise do instituto da inversão do ônus da prova a partir do art. 6º, inciso VIII, do CDC. No âmbito da pesquisa, procuramos demonstrar de maneira linear como o art., 333 do CPC trata da matéria e daí fizemos uma comparação entre esses dois artigos. Analisamos ainda o conceito de prova, seu caráter dúplice e a responsabilidade das partes ante sua ação ou inércia nesse momento processual, bem como, o papel do juiz na distribuição da prova. Explicamos que a lei define dois momentos claros para que ocorra a inversão da obrigação de provar; a experiência do juiz para entender os fatos que lhe são apresentados e, de forma alternada, a verossimilhança dos fatos alegados pelo consumidor ou a sua hipossuficiência diante do ocorrido. Quanto ao ponto relativo a experiência do juiz, a lei é clara ao definir que não é necessário um conhecimento extremamente detalhado e complexo da relação de consumo. Basta o conhecimento de regras ordinárias, isto é, do que a normalidade comercial impõe como costumeiro. O outro ponto que a lei define como condição para a inversão é a verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor. Estes itens andam extremamente interligados, principalmente por razões históricas. No passado, antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, aquele que adquiria um produto ou serviço tinha, diante das regras normais do processo civil, de fazer prova do defeito alegado, o que muitas vezes era quase impossível, diante da dificuldade de demonstrar o que havia sido prometido e o defeito apresentado. Diante disto, se o consumidor fizesse uma prova que levasse o juízo a ter fortes indícios de que a verdade está de seu lado (verossimilhança) ou de que não tem condição de provar o alegado em razão de sua situação social, econômica ou cultural (hipossuficiência), o juiz pode inverter o ônus da prova. Fizemos, assim, uma análise básica da inversão do ônus da prova a partir de seu conceito até o momento processual mais adequado para sua arguição, se antes ou depois da sentença.

Palavras-chaves: Direito. Defesa do Consumidor. Inversão. Ônus da prova. Verossimilhança. Hipossuficiência.

ABSTRACT

The present monograph of conclusion of the Course of Specialization in Civil procedural law has for target analyzes it of the institute of the inversion of the responsibility of the test from art. 6º, interpolated proposition VIII, of the CDC. In the scope of the research, we look for to demonstrate in linear way as art., 333 CPC deals with it the substance and from there we made a comparison between these two articles. We still analyze the concept of test, its character duplicity and the responsibility of the parts before its action or inertia at this procedural moment, as well as, the paper of the judge in the distribution of the test. We explain that the law defines two clear moments so that the inversion of the burden of proof occurs; the experience of the judge to understand the facts that are presented it e, of form alternated, the probability of the facts alleged for the consumer or its hipsufficient ahead of the occurrence. How much to the relative point the experience of the judge, the law is clear when defining that a knowledge extremely detailed is not necessary and complex of the consumption relation. The knowledge of usual rules is enough, that is, of that commercial normality imposes as usual. The other point that the law defines as condition for the inversion is the probability or hip sufficient of the consumer. These items extremely walk linked, mainly for historical reasons. In the past, before the validity of the Code of Defense of the Consumer, that one that it acquired a product or service had, ahead of the normal rules of the civil action, to make test of the alleged defect, what many times were almost impossible, ahead of the difficulty to demonstrate what he had been promised and the presented defect. Ahead of this, if the consumer made a test that took the judgment to have forts indications of that the truth is of its side (probability) or of that he does not have condition to prove the alleged one in reason of its social situation, economic or cultural (hipsufficient), the judge can invert the responsibility of the test. We made, thus, a basic analysis of the inversion of the responsibility of the test from its concept until the adjusted procedural moment more for its challenge, if before or after the sentence.

Word-keys: Right. Defense of the Consumer. Inversion. Responsibility of the test. Probability. Hipsufficient

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I – NOÇÕES PRELIMINARES10
1.1 Conceito de prova	10
1.2 – Destinatário da prova e motivação	12
CAPITULOII	14
2.1 ONUS DA PROVA	14
2.2 O caráter dúplice do ônus da prova	15
CAPÍTULO III	16
3.1 A inversão do ônus da prova	16
3.2 O momento processual de sua arguição	17
3.3 – Na sentença	18
3.4 – Antes da sentença	19
3.5. O momento processual mais adequado	23
3.6 A posição da jurisprudência	25
3.7 Inversão do ônus da prova e despesas processuais	28
CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIA	31

INTRODUÇÃO

A lei processual civil adotou vários mecanismos destinados à defesa das partes no processo, bem como a Lei nº 8.078/90 o fez, primeiro de forma subsidiária ao CPC e depois no interesse do consumidor, a parte mais frágil e vulnerável da relação de consumo, com o intuito de equilibrar a posição contratual, colocando-o em pé de igualdade perante o fornecedor.

Muitas questões sobre a aplicabilidade de alguns dispositivos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ainda são controvertidas e pouco exploradas, entre as quais se encontra a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Tal questão encontra-se amparada no art. 6º, inciso VIII do CDC, o qual constitui como direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos seus direitos em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, quando a critério do juiz, no processo civil, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente segundo as regras ordinárias da experiência.

O sistema processual civil instituiu que cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu a incumbência da prova da existência de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, conforme estatuído no art. 333, I e II, do CPC, respectivamente. Deverá, dessa forma, o consumidor provar o nexo de causalidade existente entre o fato danoso e o dano por ele experimentado e ao réu uma das causas extintivas, modificativas ou impeditivas desse direito.

Entretanto, não se deve impor ônus impossível à parte e até por isso o art. 333, parágrafo único, inciso II dispõe que "é nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito".

O mencionado dispositivo tem como um de seus fins obstar o uso indevido do processo para obtenção de vantagem indevida por qualquer uma das partes, pois, bastaria ao autor alegar falsamente um direito que a parte adversa não poderia provar o contrário e assim conseguir um título lícito, porém consubstanciado em fatos e intenções ilícitas.

Desta feita, a inversão do ônus da prova é direito do consumidor e com isto não se pretende afirmar que sempre deva o juiz dispensar o consumidor de provar ou então que, com

a inversão, a procedência do pedido do consumidor seja automática. Ao contrário, haverá inversão se presente um dos requisitos mencionados, que ensejará a dispensa da prova das alegações do consumidor.

Logo, mesmo caracterizada a relação de consumo, a chamada inversão do ônus da prova deve ser compreendida no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, somente sendo aplicada quando a parte requerente tiver dificuldade para a demonstração de seu direito dentro do que estabelecem as regras processuais comuns, ditadas pelo art. 333 e incisos e presentes os requisitos de verossimilhança das alegações ou hipossuficiência.

Eis, a *prima facie*, o objetivo primordial deste estudo monográfico, ou seja, provocar a discussão, sem, no entanto, esgotar o assunto, expondo de maneira excelente nossa opinião dentro do contexto da pesquisa realizada, esperando com isso trazer algum esclarecimento ao tema.

CAPÍTULO I - Noções Preliminares

1.1 Conceito de Prova

O conceito tradicional de prova adotado, ou, pelo menos repetido, por boa parte da doutrina jurídica, a tem, com algumas variáveis, reconhecido como o meio de obtenção da verdade dos fatos no processo.

Nesse sentido, a prova seria o instrumento pelo qual o juiz se utilizaria para definir a verdade dos fatos que efetivamente ensejaram a lide, e sobre os quais concluirá sua atividade cognitiva.

Conforme os ensinamentos de Chiovenda (1998, p. 109):

provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. Por si mesma, a prova em geral da verdade dos fatos não pode ter limites; mas a prova no processo, ao revés da prova puramente lógica e científica, sobre a limitação na necessidade social de que o processo tenha um termo; transitado em julgado a sentença, a investigação dos fatos da causa preclui-se definitivamente e, a partir desse momento, o direito não cogita mais da correspondência dos fatos apurados pelo juiz à realidade das coisas, e a sentença permanece como afirmação da vontade do Estado, sem que influência nenhuma exerça sobre o seu valor o elemento lógico de que se extraiu.

Para Theodoro Jr. (2001, p. 367), há dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo:

- a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc;
- b) e outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Segundo Marinoni (2004, p. 311) prova não é assunto versado unicamente pelo direito processual civil e, portanto, para este doutrinador a palavra “prova” pode assumir diferentes conotações, conforme se vê:

Assim é que, pode significar inicialmente os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos a sua análise, sendo possível assim falar em prova documental, prova pericial etc. também pode essa palavra significar o procedimento através do qual aqueles instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo; este é o espaço em que alude a produção de prova. De outra parte, prova também pode dar a idéia da atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos. E finalmente, tem-se como prova, ainda, o resultado da atividade lógica do conhecimento.

Comumente, a definição de prova vem ligada à idéia de reconstrução (pesquisa) de um fato que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter “certeza” sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer sua função.

O próprio Código de Processo Civil Brasileiro induz a essa conceituação à medida que coloca a prova como instrumento de obtenção da verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Observe-se que esses fatos somente dependem do procedimento probatório na exata medida em que sejam tidos como controversos. Os fatos aceitos, ativa ou passivamente pelas partes, não dependem, pois, da prova, e por isso, estão aptos a receber a avaliação judicial como suportes de sua decisão.

O texto legal determina que as provas têm a finalidade de obter a verdade dos fatos. Resta saber o que significa a palavra “verdade”, sobretudo tendo em vista a finalidade e limitações do processo civil enquanto manifestação humana e cultural.

Exatamente, por isso, é preciso verificar *a priori* se a verdade pode ser obtida pelo processo em si e mais, se é possível formular um conceito que explicita o que realmente contém o conceito da prova.

Para além da definição legal que parte do pressuposto de ser possível o alcance da verdade fática no processo, é preciso tentar sistematizar uma re-significação que efetivamente reconheça a complexidade do instituto.

Nesse sentido, para introduzir o problema, conceituamos essencialmente a prova como a tentativa de demonstração objetiva dos fatos controvertidos com a intenção de facultar

ao juiz a formação de uma hipótese razoável que possa ser adotada como suporte fático para a formulação de uma decisão.

Em qualquer dos conceitos apresentados nesse trabalho, observaremos que a prova não é apresentada como meio de obtenção da verdade e sim como instrumento de formação de um raciocínio jurídico dotado de força em decorrência de seu proferimento por uma autoridade judiciária.

1.2 – Destinatário da prova e motivação

O Juiz não precisa formular uma certeza acerca dos fatos controvertidos, mas lhe basta firmar um juízo de probabilidade que permita afastar as dúvidas razoáveis. Porém, não pode o magistrado eternizar a busca da verdade real, sob pena de inutilizar o processo e cansar a justiça buscada pelas partes.

No processo moderno observa-se a transição dos estados intelectuais do Juiz no processo, inicialmente de uma ignorância total acerca dos fatos e à medida que o trâmite vai se desenvolvendo ele passa a forma juízos provisórios.

Desses juízos provisórios, ou seja, diante do que foi demonstrado pelas partes e pela própria ação instrutória autônoma do Juiz, caberá a este formar uma decisão que adote a hipótese mais provável como suporte fático.

Como estamos no campo das probabilidades, o juiz deverá motivar sua escolha, isto é, expor o seu raciocínio. Sem essa argumentação não se pode ter como cumprida a exigência constitucional e legal de motivação.

É de se observar que a exigência de motivação é outro dos conceitos cujo reducionismo tem levado a um grave efeito social. A motivação atende a necessidade das partes de entenderem os motivos pelos quais o Juiz foi levado a concluir desta ou daquela maneira, mas também, se posta como efetivo meio de controle jurisdicional e social.

Isso porque a motivação da decisão expõe o raciocínio judicial à validação social. É a partir da motivação que se pode avaliar em termos extrajurídicos se a sociedade concorda com o conteúdo axiológico da decisão. A motivação permite aos indivíduos avaliar o conteúdo moral, ético, econômico, entre outros aspectos, da decisão e formar o refluxo no senso comum do que é e o que não é justo.

Pode ocorrer, inclusive, de o juiz não ter condições objetivas de formular sequer uma hipótese que considere razoavelmente provável, e nesse caso surge a importância da atribuição do ônus da prova.

A atribuição do ônus da prova se constitui como instrumento de exteriorização de dois valores: o de facilitar a atividade jurisdicional e o da equidade.

Determinar o ônus probatório a cada uma das partes assegura ao juiz um modo de decidir quando enfrentando uma dúvida consistente. Isto é, em dúvida, após a instrução probatória, o juiz deverá julgar conforme a desincumbência de cada parte de seu ônus. É, assim, um meio de permitir o Juiz o cumprimento de seu dever legal de decidir a lide.

Em todo o caso, sempre, o raciocínio judicial está sob avaliação conforme o exposto na sua motivação, que, em última instância deve seguir um procedimento de coerência racional.

Com isto, impõe-se ao juiz não somente que exponha suas razões para julgar do modo como julgou, mas, e principalmente, que aponte a coerência de suas conclusões com os dados que foram obtidos no processo.

Isso significa que a motivação judicial mais que tudo exige uma forma ordenada, coerente e justificável de raciocínio que adentra ao campo da argumentação jurídica.

Ao decidir, e, assim, valorar a prova, o juiz constrói um raciocínio que deve se apresentar correto sob o ponto de vista dos meios de avaliação do pensamento jurídico, tema que passamos a melhor analisar no item seguinte.

CAPÍTULO II

2.1 Ônus da prova

Importante, para melhor compreender este tópico, é a distinção entre ônus e obrigação. *A priori*, a obrigação está ligada ao direito material, onde se requer uma conduta de adimplemento ou cumprimento, certo que a omissão do devedor poderá resultar na sua coerção para que cumpra a obrigação. Já o ônus é uma faculdade que a parte tem, não se sujeitando à coerção, mas aos efeitos que a passividade e a inércia resultarão.

Feitas as considerações iniciais, verificamos que o direito brasileiro trata do regime do ônus *probandi*, basicamente, através do art. 333 do CPC.

Uma vez que o magistrado não pode deixar de decidir, aplicando-se um *non liquet*, importa determinar critérios que permitam resolver a controvérsia quando não resulte provada a existência dos fatos principais. Tais critérios são constituídos pelas regras que disciplinam o ônus da prova. Estes aparecem quando um fato principal restar destituído de prova. Sua função é a de estabelecer a parte que deveria provar o fato e determinar as conseqüências de não tê-lo provado.

Nesse sentido Marinoni (2004, p. 316) explica:

O art. 333 é aplicável, em princípio, como norma de julgamento. Como o juiz não pode deixar de decidir, cabe-lhe aplicar o art. 333, em princípio, quando o material probatório não é suficiente para esclarecer adequadamente os fatos, recaindo a falta de prova sobre aquele que tem o ônus de provar.

2.2 O caráter dúplice do ônus da prova

Pode-se dizer que o ônus da prova representa os dois lados de uma mesma moeda, ou seja, implica uma norma imperativa para o juiz, uma vez que incumbe a ele atendê-la para cumprir a lei. Doutra banda, é também uma regra de conveniência às partes, pois dá a elas o poder de dispor destas provas e assegura-lhes correlativamente a liberdade de não fazê-las, sujeitando-as neste caso as conseqüências adversas.

Marinoni (*ob cit*, p. 316) *apud* Munir Karam explica que:

Há dois aspectos importantes a destacar dentro do tema: de um lado o poder que cabe às partes de dispor das provas; de outro, a necessidade do juiz de proferir sentença de mérito. Sob o primeiro aspecto, o ônus da prova é uma regra de conduta para as partes, pois assinala quais os fatos que a cada uma interessa provar, para que se tornem certos e sirvam de fundamento à sua pretensão ou exceção. De outra parte, é uma regra para o julgador ou regra de juízo, porque indica como deve sentenciar quando não encontrar a prova dos fatos.

A regra exarada no art. 333 é bastante simples. Em outras palavras, o ônus da prova incumbe a quem alega. Ao autor cabe a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito, ao réu cabe comprovar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor. A determinação assim exposta dirige-se de um lado às partes, indicando qual a atitude que devem tomar frente à prova, e de outro ao juiz, para guiá-lo na imputação do ônus decorrente da ausência de prova sobre certo fato.

Na opinião de Theodoro Jr. (2001, p. 373):

Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem á parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

CAPÍTULO III

3.1 A inversão do ônus da prova

A questão do ônus da prova assume bastante relevância em matéria de direito do consumidor. Inicialmente, urge afirmar que a lei 8.078/90 constitui-se em um sistema autônomo e próprio, sendo fonte primária para o intérprete. Contudo, deverá ser interpretado em consonância com o disposto em nossa Carta Magna, aplicando-se, ainda que de forma subsidiária, as disposições do CPC.

De acordo com o art. 6º, inciso VIII, do CDC, é 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 experiência”.

Como se percebe, o referido artigo, trata da facilitação da participação em juízo do consumidor, faz alusão a duas situações:

- 1) a de verossimilhança;
- 2) a de hipossuficiência.

A neutralidade do procedimento ordinário, também marcada pela busca da verdade real, encobriu por muito tempo a evidencia de que o ônus da prova deve ser tratado de acordo com as necessidades do direito material.

Nesse sentido Marinoni (2004, p. 318), afirma que:

O art. 6º, VIII, do CDC, rompe com um vício que deve ter sido herdado do racionalismo – que, como se sabe, impôs, ao pensamento jurídico a lógica e a metodologia das ciências experimentais -, ao permitir tratamento diferenciado às relações de consumo. Em relação à questão do ônus da prova, os direitos do consumidor devem ser tratados de forma diferenciada, uma vez que, nas relações que lhe são próprias, muitas vezes é impossível a produção de prova do seu direito.

Como é certo que ao consumidor pode ser praticamente impossível ou mesmo muito difícil produzir esta ou aquela prova, impõe-se ao juiz o dever de inverter o ônus da prova em favor do consumidor, nos casos de *verossimilhança* e *hipossuficiência* capaz de dificultar a sua produção.

Quando se diz que o juiz está autorizado a inverter o ônus da prova quando a alegação é verossímil, parte-se da premissa de que a verossimilhança da alegação é a verdade suficiente, e que assim incumbe ao réu, diante da hipossuficiência do consumidor, demonstrar a não ocorrência do fato constitutivo do direito deste último.

3.2 O momento processual de sua arguição

A inércia do legislador quanto ao momento processual mais adequado para que o magistrado decida a respeito da inversão do ônus da prova causou divergências na doutrina e jurisprudência. Contudo, consoante restará demonstrado, estas se dão somente em virtude da

carência de uma correta exegese da norma contida no Art. 6º do CDC, desatreladas dos princípios constitucionais e processuais que regem as relações jurídicas e o processo civil.

3.3 – Na Sentença

Importante setor da doutrina, cujo posicionamento, data vênia, não coadunamos, defende ser por ocasião da sentença o momento mais propício para a decisão do juiz acerca da inversão.

Para parte da doutrina, acaso o juiz declare invertido o ônus da prova antes de proferir a sentença, seria o mesmo que proceder ao pré-julgamento da causa, o que, para esta corrente doutrinária, é inadmissível.

Para Nery (2002, p. 696), o ônus da prova é regra de juízo. Este renomado autor, ao manifestar-se acerca do tema em debate, afirma que a sentença é o melhor momento para a inversão. Sustenta este renomado jurista que:

a parte que teve contra si invertido o ônus da prova (...) não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo non liquet quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova.

No mesmo sentido, leciona Batista Lopes (2002, p. 51):

... é orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente". Conclui, ao final, que "... somente após o encerramento da instrução é que se deverá cogitar da aplicação da regra da inversão do ônus da prova. Nem poderá o fornecedor alegar surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente no texto legal".

Finalmente, argumentam que a isonomia prevista na constituição consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, reconhecendo, desta forma, a legalidade e constitucionalidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor na sentença, por ser este, ante a hipersuficiência das grandes empresas fornecedoras, o pólo frágil e hipossuficiente da relação, merecendo o amparo da lei para seja alcançado um equilíbrio de forças.

Contudo, com todo respeito aos defensores do supracitado posicionamento, a sentença não é o momento mais adequado para inversão, pelo que apontamos ser o melhor momento para que o juiz se manifeste acerca desta questão aquele que antecede a sentença, preferencialmente antes de iniciada a instrução probatória, decidindo através do despacho saneador.

3.4 – Antes da sentença

No nosso sistema jurídico vige o princípio *ne procedat iudex ex officio*, que consiste em o estado-juiz, órgão prestador da tutela jurisdicional, não exercer a atividade que lhe é peculiar se não for provocado pelo interessado. Daí deve a parte propor uma demanda na qual pleiteará, perante o Estado, determinada providência jurisdicional.

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

É garantia constitucional, assim como princípio que rege os atos processuais, a asseguaração do contraditório as partes que litigam judicialmente. Ademais, o justo processo, garantido constitucionalmente pelo devido processo legal, somente vigorará se respeitada a ampla defesa e o contraditório.

Com efeito, à prima face, ao autor recairá o ônus de trazer elementos necessários a convencer o juiz da veracidade de suas alegações, sob pena de ter rejeitado o seu pedido, mesmo que o réu não tenha produzido prova em contrário, conforme inteligência do art. 333 do CPC. Contudo esta não é a inteligência do CDC, onde a regra geral incidente sobre o ônus da produção de provas poderá sofrer uma alteração a critério do magistrado, consoante reza o art. 6º VIII do CDC.

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

Assim, a declaração pelo Estado-juiz da inversão do ônus da prova na sentença afastará qualquer possibilidade de reação do fornecedor, pois, em grau de recurso, não mais será possível a produção de prova e, fatalmente o resultado lhe será desfavorável, mitigando os princípios do contraditório e a ampla defesa assegurado às partes, restringindo o direito a bilateralidade de audiência.

Entendemos que ao mesmo tempo em que estivesse invertendo o ônus da prova, o juiz estaria julgando, sem dar ao fornecedor a chance de apresentar novos elemento de convicção, com os quais pudesse cumprir aquele encargo.

E mais. Se o juiz somente determinar na sentença invertido o ônus da prova, estará o réu-fornecedor sempre obrigado a produzir prova, extirpando deste a garantia e a faculdade de não ter que provar qualquer coisa.

Desta forma, a produção da prova pelo fornecedor deixaria de ser um ônus, uma carga, para ter a conotação de uma obrigação, um dever e, assim, perdendo sua substancia, já que não restará outra alternativa para o fornecedor a não ser provar, pois caso contrário, ao final do processo poderá ter contra si transferido o ônus da prova, e as suas conseqüências.

Outro ponto a ser combatido é à afirmação de que uma decisão que se declara invertido o ônus da prova acarretaria um julgamento prematuro da lide. Com a devida vênia, não assiste razão àqueles que assim pensam, como demonstraremos a seguir.

Primeiramente, cumpre esclarecer que ao juiz é conferida a faculdade de declarar ou não invertido o ônus da prova pela própria lei, observados os critérios nela estipulados, quais sejam, presença da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do autor.

A declaração da inversão do ônus probatório seja fundamentada na verossimilhança das alegações do autor ou na sua hipossuficiência, não adentra o mérito da controvérsia, porque para verificá-los utiliza-se o julgador apenas de uma cognição rarefeita, onde são levados em consideração somente a aparência de direito alegado, a qualificação da parte, aliados a uma interpretação do julgador com base nas regras ordinárias de experiência, conforme autorização do art. 6º, VIII do CDC.

Afirmar que a inversão do ônus da prova antes da sentença constituiria prejulgamento é ir de encontro com a própria lei, além de estar minimizando e limitando a atuação do juiz.

Também não se justifica a aplicação somente na sentença do quanto faculta o art. 6º, VIII do CDC sob a argumentação de que o tratamento a ser dado as partes desiguais, deve ser desigual, pois esta garantia foi conferida ao consumidor para colocá-lo iguais condições perante o fornecedor, mas não para servir de armadilha para prejudicar a defesa ou surpreender o fornecedor.

Sem dúvidas, quanto à isonomia entre as partes, é cediço em doutrina que o que preceitua a Constituição é que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente.

Certo é que esta premissa incide de forma direta nas relações de consumo tuteladas pelo CDC, onde um dos pólos estará, comparativamente, em desvantagem em razão da sua situação social e econômica.

Contudo, não se pode admitir que diante disto, a lei seja aplicada em prejuízo de uma das partes. Isto porque, conforme dito anteriormente, na ocasião da sentença estará precluso o momento processual para a produção de prova e, se invertido o ônus da prova neste momento, não restará outra alternativa ao fornecedor se não a de sempre produzir a prova, transformando em regra ter que em todos os casos se desincumbir deste ônus, sob pena de ao final do processo sucumbir por não ter produzido prova.

Em outras palavras, o tratamento desigual permitido nos casos de desigualdade entre as partes encontra limite nos princípios processuais e constitucionais que regem o nosso processo civil. Assim é que a norma consumerista trata desigualmente o fornecedor e o consumidor, permitindo a inversão do ônus da prova em seu favor. Ocorre que, inverter o ônus da prova na sentença não é tratar desigualmente os desiguais, mas tratar injustamente aquele que teve contra si transferido este ônus.

Também não se justificam as afirmações de que a regra predisposta no art. 6º do CDC produz seus efeitos *ope legis*, que esta regra é um dever imposto magistrado e que o CDC é um microsistema autônomo e por isso não vigem as regras quanto a carga probatória vigentes no CPC.

Quanto a autonomia do CDC. Já foi dito que esta somente se dar quanto às matérias em que o Código regula integralmente e de forma incompatível com outros sistemas, o que não ocorre quanto a carga probatória. Portanto, quanto ao ônus da prova aplicam-se as regras

Portanto, resta demonstrado que a inversão do ônus da prova em momento anterior à sentença desrespeitará os princípios do contraditório, da ampla defesa e, conseqüentemente, do devido processo legal, configurando cerceamento de defesa do fornecedor.

Agindo desta forma, o juiz restringirá o direito do fornecedor-réu de tomar conhecimento de todos os atos do processo em momento seja-lhe possível reagir e desincumbir-se do ônus que lhe foi transferido depois de iniciada a demanda, assim como não dará as mesmas oportunidades a ambas as partes, ofendendo, também, a bilateralidade de audiência, pois somente o consumidor será ouvido quanto ao seu pleito inicial pela inversão, enquanto ao fornecedor restará conforma-se com a decisão desfavorável em um momento processual onde não lhe será permitido reverter, por nenhuma forma, este quadro.

Para aclarar e espancar quaisquer dúvidas, mister se faz transcrever alguns posicionamentos extraídos de obras publicadas pela doutrina nacional adotando idêntico posicionamento aqui explicitado, reforçando e os fundamentos aqui já transcritos:

Ante tudo aqui exposto, nos resta convir que a inversão do ônus da prova em momento anterior à sentença é a melhor forma de preservar os princípios constitucionais do

devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, assim como da isonomia entre as partes, uma vez que não trará prejuízos a nenhuma das partes e possibilitará a entrega de uma prestação jurisdicional mais justa.

3.5. O momento processual mais adequado

O sistema adotado pelo nosso processo civil determina, previamente, quem poderá sair prejudicado com a não produção da prova, sendo que, o juiz, na sentença, somente vai valer-se das regras inerentes ao ônus da prova quando esta não estiverem nos autos ou forem insuficientes.

No CDC, a regra é diversa. Isto porque a previsão da inversão do ônus da prova é uma exceção à regra geral trazida pelo CPC e ser adotada se o juiz verificar a presença dos requisitos previstos na lei, em cada caso concreto e após a análise subjetiva do julgador.

Vale dizer que, nas relações em que vigem as normas consumeristas, onde os critérios para aplicação da inversão não dependerão exclusivamente da lei e nem se dará de forma automática e predeterminada, mas com base na livre apreciação do juiz e após análise de cada caso em particular, as partes terão ciência sobre quem recairá a incumbência do ônus da prova, apenas no momento em que se pronunciar o juiz da causa, que poderá decidir pela transferência deste ônus para o réu.

Como é cediço e por força da inteligência do art. 333 e seus incisos, a regra de distribuição do ônus da prova no processo civil é de conhecimento das partes. E somente na ausência ou insuficiência da distribuição do ônus, portanto, ao final do julgamento, é que o juiz deverá verificar a quem incumbia o ônus de trazê-las ao processo.

Do exposto, torna de fácil percepção que, em se tratando da regra geral trazida pelo CPC, a verificação da incumbência do ônus da prova somente terá relevância quando do julgamento da lide, no momento em que o juiz, ao analisar o conteúdo dos autos, não encontrar provas suficientes acerca dos fatos alegados e debatido. Constitui, como já demonstrado, regra de julgamento.

Diante da regra geral do CPC, é indiscutível que o momento processual para verificação da incumbência ônus da prova seja a sentença, uma vez que foi assegurado e previamente esclarecido as partes, durante toda a instrução probatória, as regras aplicáveis em caso da ausência de material probatório, o que, certamente, garante a liberdade para produção ou não as provas necessárias a obtenção um provimento jurisdicional favorável.

Entretanto, no CDC, a inversão não é automática e por isso não pode ser considerada, tal qual no processo civil, como regra de julgamento.

Consoante entendimento de Rizzatto Nunes (2000, p. 124): “Este pensamento está alinhado com a distribuição do ônus da prova do art 333 do CPC e não com aquela instituída no CDC.”

Para este autor, é possível chegar a esta conclusão porque é necessário que o juiz se manifeste no processo para saber se a hipossuficiência foi reconhecida ou se a verossimilhança está presente.

Concluí não haver sentido "diante da norma do CDC, que não gera inversão automática, que o magistrado venha a decidir apenas na sentença respeito da inversão, como surpresa a ser revelada para as partes".

Neste sentido, Rizzatto Nunes (2000, p. 124) apresenta a seguinte solução quanto ao momento processual mais adequado para manifestar-se o magistrado acerca da inversão do ônus da probandi: “o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador”.

Ainda que seja este momento processual trazido pelo aludido doutrinador, mais adequado do que a sentença, por todos os motivos aqui sustentados, não nos parece ser este o melhor momento. Senão vejamos.

Saliente-se que, ante do prescrito pelo nosso CPC, deverá o juiz, antes de resolver a questão do ônus da prova, fixar os pontos controvertidos e determinar as provas a serem produzidas pelas partes, cujo momento é o despacho saneador. Desta feita, é o próprio saneador o momento mais adequado para seja declarado pelo juízo invertido o ônus da prova, quando o juiz terá os elementos necessários para fixação dos pontos controvertidos e decidirá as provas a serem produzidas e a quem incumbirá este ônus, garantindo desta forma, a consecução do devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, possibilitando às partes se insurgir contra esta decisão através do recurso adequado, em um momento processual no qual ainda estaria assegurada uma possível produção de prova em caso de decisão desfavorável, permitindo-lhes, assim, optar por produzir ou não as provas que acharem necessárias, com a devida conotação de ônus e não de obrigação conferida por uma inversão na sentença.

Porém, com relação aos processos que tramitam perante os Juizados Especiais Cíveis, é de difícil solução sobre qual seria momento de declaração da inversão do ônus da prova. Isto porque a lei 9.099 não prevê juízo de admissibilidade, assim como é comum a audiência de conciliação ser presidida por juiz leigo quando somente *a posteriori*, por ocasião da instrução do feito, é que o Juiz togado terá acesso aos autos.

Diante deste quadro, apenas uma solução nos é possível vislumbrar, qual seja, a criação de um juízo de admissibilidade nos Juizados Especiais Cíveis, onde os juízes, nos casos em que envolvessem relação de consumo, apreciando as provas juntadas, verificariam de pronto se o consumidor é ou não hipossuficiente. Devendo este juízo de admissibilidade deve ser exercido pela autoridade julgadora no início da audiência de instrução.

3.6 A posição da jurisprudência

Se na doutrina há divergências, também não é pacífico o posicionamento de nossos tribunais quanto ao momento processual mais adequado para seja declarado invertido o ônus da prova, consoante faculta o CDC.

Sustentando ser na sentença o momento mais adequado, entendimento o qual, reitere-se, não coadunamos, encontramos os seguintes julgados trazidos por Maria Eloiza Balaban Riedi:

... Todavia, penso que a inversão do ônus da prova deverá ser analisada apenas na sentença, quando o julgador avalia o conjunto probatório e vê quem faltou com seu dever de comprovar os fatos do processo e por isso ficou prejudicado por essa omissão. Ou seja, depende de todo o contexto probatório..." E ainda neste mesmo julgado: "A dita inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor se dá no momento do julgamento, quando o magistrado avalia quem deveria ter provado tal fato, em face do acesso à prova." (TJ-PR, Ac. 8319, 5ª. Câmara Cível, Rel. Des. Domingos Ramina, DJ 26.03.2002)

... Por fim, não se pode olvidar que a inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento a ser utilizada pelo juiz, se necessário e desde que presentes seus pressupostos, no momento da sentença..." E ainda "... Isso significa que não pode a parte liberar-se antecipadamente do ônus que lhe cabe em fazer a prova do seu direito nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil." (TJ-PR, Ac. 20115, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Sydney Zappa, DJ 20.03.2002)

... não há que se falar em preclusão, uma vez que a matéria referente à inversão do ônus da prova pode ser examinada pelo juiz até a sentença, que, aliás, é o momento propício para utilização do instituto, já que se cuida de regra de julgamento e não de procedimento." (TJ-PR, Ac. 19245, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Sydney Zappa, DJ 21.09.2001)

... Conquanto este Tribunal já tenha se pronunciado sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às operações bancárias, também já se tem assentado que a inversão do ônus da prova, ali prevista, é matéria a ser dirimida pelo juiz por ocasião da apreciação do mérito da causa..." (TJ-PR, Ac. 7994, 6ª. Câmara Cível, Rel. Des. Jair Ramos Braga, DJ 08.11.2001)

Cumprido transcrever posição apresentada pelo Ilustre Ministro do STJ, Sávio de Figueredo:

... IV- Não há vício em acolher-se a Inversão do ônus da prova por ocasião da decisão, quando já produzida a prova." (STJ – Ac. RESP 203225/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DJ 05.08.2002)

Adotando a tese contrária, selecionamos os seguintes julgados, os quais tomamos a liberdade de grifar trechos bastantes elucidativos e que fundamentam o entendimento aqui sustentado:

117018 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – SFH – CONTRACHEQUES – DESNECESSIDADE – APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INDEFERIMENTO DE PLANO – Desnecessária a juntada

de contracheques, uma vez que os reajustes das prestações são de acordo com os aumentos da categoria profissional da mutuária e, portanto, válida a declaração do sindicato. A norma referente à inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC) dirige-se ao juiz no momento de avaliar as provas produzidas pelas partes e reconhecer os fatos alegados na inicial. Dessa forma, o afastamento de plano da aplicação do CDC implica na impossibilidade de sua incidência no momento oportuno. Agravo provido. (TRF 4ª R. – AI 2000.04.01.087726-5 – SC – 3ª T. – Relª Juíza Maria de Fátima Labarrère – DJU 18.07.2001 – 444)

100228339 – PROVA – Ônus. Inversão. Decisão que relega para final, no momento da entrega da prestação jurisdicional, a deliberação a respeito. Descabimento, ante o direito das partes de saber se incidirá ou não na relação jurídica a regra do art. 6º, VIII, do CDC. Determinação para que o Juízo de 1º grau se pronuncie agora sobre o direito a inversão, não podendo o Tribunal apreciar diretamente, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. Recurso parcialmente provido para esse fim. (1º TACSP – AI 1004348-2 – (39036) – São Paulo – 7ª C. – Rel. Juiz Waldir de Souza José – J. 08.05.2001) JCDC.6.VIII JCDC.6) (grifamos todos.

No mesmo sentido, assim decidiu a justiça Paulista:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - Inteligência do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Considerando que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deva, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicitar quais serão objeto de inversão. (Agravo de Instrumento n. 121.979-4 - Itápolis - 6ª Câmara de Direito Privado - Relator: Antonio Carlos Marcato - 07.10.99 - V. U.).(grifos nossos)

EMENTA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - RELAÇÃO DE CONSUMO – OPORTUNIDADE – RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – MATÉRIA VENTILADA NAS RAZÕES RECURSAIS – IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO PELO TRIBUNAL.

A inversão do ônus da prova, como exceção à regra geral do art. 333, do CPC, depende de decisão fundamentada do magistrado antes do término da instrução processual, sob pena de não poder ser adotada na sentença, o que incorreria em cerceio de defesa, devendo ser decidida, de preferência, no momento do saneador, podendo, todavia, ser decretada no despacho inicial, após especificação das provas, na audiência de conciliação ou em qualquer momento que se fizer necessária, desde que assegurados os princípios do contraditório e ampla defesa.

Conforme ensinam doutrina e jurisprudência, resta impossibilitado examinar-se em grau de recurso matéria sobre a qual não houve manifestação da primeira instância, sob pena de supressão desta.

Recurso a que se nega provimento.

(Apelação Cível nº, 301.800-0 da Comarca de BELO HORIZONTE sendo Apelante (s): JOSÉ DE QUEIROZ MAIA e Apelado (a) (os) (as): HOSPITAL MATER DEI S.A., Presidiu o julgamento o Juiz FERREIRA ESTEVES (1º Vogal) e dele participaram os Juizes ALVIMAR DE ÁVILA (Relator) e JARBAS LADEIRA (2º Vogal). (grifamos)

Com efeito, este nos parece ser este o melhor posicionamento.

3.7 Inversão do ônus da prova e despesas processuais

Conforme imposição legal do art. 19 do CPC cabe às partes, em regra, suportar as despesas dos atos que realizem ou requerem dentro do processo, antecipando os pagamentos durante o curso processual.

Podemos classificar essa imposição legal como um verdadeiro ônus processual, cujo descumprimento implicará em não ser realizado o ato requerido, podendo advir daí possíveis conseqüências desagradáveis para quem o requereu e não adiantou as despesas.

Surge daí a questão: invertido o ônus da prova nas lides de consumo, a quem cabe o ônus de antecipação de despesas nos casos de atos probatórios requeridos pelo consumidor, determinadas de ofício pelo juiz ou requeridas por ambas as partes?

Nestas hipóteses, não há qualquer exceção às regras gerais estabelecidas no Código de Processo Civil, pelo simples fato de não se poder identificar o ônus de provar com o ônus financeiro de realização dos atos probatórios.

As normas consumeristas, pois, constituem exceção ao art. 333 do Código de Processo Civil, que trata do ônus subjetivo da prova, e não das normas do art. 19 e seguintes, que tratam do ônus financeiro da produção dos atos processuais.

Assim, cabe ao consumidor arcar com os ônus financeiros de atos probatórios por ele requeridos, devendo arcar ainda, se for o autor da demanda, com as despesas prévias de atos ordenados de ofício pelo juiz ou pelo Ministério Público (art. 19, §2º CPC) ou com as despesas de perícia requerida por si ou por ambos os litigantes (art. 33 CPC).

Caso seja o consumidor economicamente hipossuficiente, dispõe o mesmo da possibilidade de requerer a assistência judiciária prevista em nosso ordenamento pela já mencionada Lei 1.060/50.

CONCLUSÃO

Do quanto aqui exposto, restou demonstrado que o momento adequado para seja declarada a inversão do ônus da prova é por ocasião do despacho saneador.

Discordamos, por todos os motivos acima expendidos, daqueles que acreditam ser o melhor momento para que o juiz decida acerca desta matéria como sentença. Além de ferir os mencionados preceitos constitucionais, porque priva as partes de se manifestar nos autos ou de produzir prova, além de causar prejuízos irreversíveis para o fornecedor-réu, que poderá ser surpreendido por uma decisão que inverta o ônus probatório na sentença, quando finda a atividade instrutória e impossível ser realizada a colheita de prova.

Ousamos a afirmar que, além de não ter sentido sujeitar as partes a este suspense, provocado pela manifestação a respeito da inversão apenas na sentença, esta manifestação, pelo julgador, somente no provimento final, através do mandamento sentencial, é inconstitucional, visto que desrespeita as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, além de ofertar aos jurisdicionados uma prestação jurisdicional distante da ideal e justa.

Apesar das divergências, incontestemente que é a prestação jurisdicional o instrumento que promove a paz social e garante uma maior segurança nas relações jurídicas. Entretanto, nada disso se satisfaz se não através de uma operacionalização, na prática, dessa segurança jurídica, fundamentalmente alicerçada no cumprimento rigoroso das etapas processuais, com o que se assegura, a um só tempo, o cumprimento da lei.

Some-se a isto o fato de que com a incorporação às expressas garantias constitucionais, o direito processual passou a ser expressão com conteúdo próprio, em que se traduz a tutela jurisdicional do estado, assegurando idênticas oportunidades aos litigantes e evitando, para qualquer deles, mesmo que havendo desigualdades entre ambos, a mais velada forma de surpresa ou expediente inovador, até mesmo pelo próprio juiz.

É de bom alvitre asseverar e reiterar que a não aplicação das regras de inversão do ônus da prova predisposta no nosso CDC estará ferindo a nossa Carta Magna e a sua persecução de uma prestação jurisdicional equânime.

Portanto deve o Estado-juiz, a cada caso concreto, colocar em primeiro plano uma busca incessante ao alcance da mais lúdima justiça aplicando as regras processuais de forma à adequá-las aos princípios constitucionais e processuais que regem o nosso processo civil.

REFERENCIAS

BRASIL. Código de processo civil e legislação processual civil em vigor./ Theotonio Negrão e *et. al.* 37. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Código de defesa do consumidor. Organizado por Inajara Silva de Assis *et. al.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe Instituições de direito processual civil Campinas/SP: Bookseller, 1988.

LOPES, João Batista. A prova no direito processual Civil, 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento. 3 ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR E NERY, Nelson e Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 9. ed. São Paulo: RT, 2003.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao comentários ao código de defesa do consumidor: direito material (arts. 1 a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

RIEDI, Maria Eloiza Balaban. Momento processual mais adequado para inversão do ônus da prova pelo CDC. *Revista Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. <<http://www1.jus.com.br/revista/texto.asp?id=4114>>. Acesso em: 18.11.2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.