

Inversão do ônus da prova no CDC: o momento processual juridicamente válido.

Georges Louis Hage Humbert

Doutorando e mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor da Universidade Salvador (Unifacs). Coordenador da Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade Maurício de Nassau. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Advogado.

SUMÁRIO: 1- Introdução; 2- A inversão do ônus da prova e o seu momento processual na doutrina e na jurisprudência; 3 - O momento processual juridicamente válido para a inversão do ônus da prova; 4 – Conclusões.

1 – Introdução

A distribuição do ônus probatório em lides que envolvem relações consumeiristas tem merecido aguçada análise entre os estudiosos do direito e intensos debates acerca da instrumentalização destas regras em cada caso concreto, em face da regra prevista no Código de Defesa do Consumidor – CDC, que autoriza a possibilidade de sua inversão.

Denomina-se prova todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato. É tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz que o fato alegado ocorreu ou, excepcionalmente e a critério do juiz, a fim de demonstrar a vigência de determinado direito municipal, estadual ou estrangeiro (art. 337 do CPC). Portanto, a colheita de provas é fundamental, pois será o material com base em que o julgador formará o seu juízo de valor acerca dos fatos da causa.

A regra geral de distribuição do ônus da prova, disciplinado pelo art. 333 do CPC, é, conforme posicionamento já pacificado na doutrina e na jurisprudência, regra de julgamento, a ser observada por ocasião da sentença, quando não produzida a prova necessária à comprovação dos fatos alegados pelas partes, uma vez vedado ao juiz se escusar de proferir decisão em razão da ausência de elementos probatórios.

Neste diapasão, o ônus da prova é repartido entre as partes litigantes em processo judicial. Diante deste quadro, leciona Batista Lopes que

à luz da efetividade do processo, do instrumentalismo substancial e do processo civil de resultados, a ação deve garantir o direito ao devido processo legal e colimar o acesso à ordem jurídica justa. Para tanto, não basta assegurar o acesso formal e protocolar ao juiz ou ao tribunal: é de rigor garantir direito à tutela jurisdicional qualificada, ao devido processo legal, com respeito ao contraditório e ampla defesa, à igualdade de tratamento das partes, ao juiz natural, à proibição das provas ilícitas.¹

¹ Batista Lopes, João. *In Revista Jurídica*, Campinas, v. 5, n° 2, p. 66-70, 1999.

A todos, portanto, deve ser assegurado o direito de provar ou não as suas alegações trazidas a juízo. Forçoso concluir, com base na regra acima citada, que o direito de produzir ou não prova em processo civil é outorgado explicitamente às partes baseado, diretamente, no direito fundamental à segurança e das garantias que lhe são consentâneas: o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Restou descrito que o ônus da prova é uma regra de julgamento, ao qual as partes numa demanda posta em juízo conhecem previamente, cuja finalidade última é a preservação de direito fundamental. Desta forma, à parte a quem a lei atribui o ônus de provar tem interesse em dele se desincumbir, mas se não o fizer, nem por isso será automática ou necessariamente sancionada, visto que o juízo deve decidir de acordo com os diversos elementos que integram os autos.

Entretanto, é inequívoco que o não atendimento ao ônus de provar, poderá colocar a parte em posição de desvantagem para obtenção do ganho de causa. O ordenamento vigente estabelece, objetivamente, as regras para atribuição do ônus da prova no procedimento ordinário, cabendo ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

O já citado CDC - Lei 8.078/90 preceitua determinações próprias e particulares que tratam especificamente das questões pertinentes às relações jurídicas entre fornecedores e consumidores. Neste sentido, inovou, em matéria probatória, ao permitir ao magistrado que possa determinar a inversão do ônus da prova, sempre em favor do consumidor, excepcionando, em concreto e se presentes os requisitos legais, aquela regra geral inserta no art. 333 do CPC.

Prescreve o CDC em seu, art 6º, VIII, entre o rol de direitos básicos 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.

Da leitura deste dispositivo se verifica que o legislador conferiu ao juiz da causa um dever-poder de inversão do ônus da prova, desde que presentes o requisito da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor.

Não se olvida que a referida regra é válida. Isto porque consubstancia o direito fundamental à igualdade. Com efeito, estando o consumidor numa situação de desvantagem processual numa relação firmada com os fornecedores, deve a ordem jurídica lhe conferir tratamento desigual na exata medida desta desigualdade, mesmo porque a condição diferenciada e de vulnerabilidade do consumidor é fato juridicamente relevante, a merecer tutela específica, nos termos do art. 5º, XXXII E 170, V, da Constituição e do art. 4º do CDC.

Entretanto, este tratamento diferenciado, que visa a promoção de direito fundamental a igualdade, não autoriza que outro direito fundamental –

segurança jurídica – seja desprestigiado. Por essa razão, conquanto merecedora de aplausos a regra que impõe ao magistrado a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando presentes os requisitos da verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor, pecou ao não definir os procedimentos, isto é, a forma de instrumentalização, o rito a ser seguido para a materialização, a concretização da referida medida no processo civil.

Com efeito, ao omitir-se quanto ao momento processual no qual deverá ser declarada a inversão, a lei provocou uma incerteza quanto a este aspecto. Conseqüentemente, após a entrada em vigor da multimencionada lei, surgem divergências na aplicação desta regra quanto ao momento processual juridicamente válido para aplicação do quanto disposto no art. 6º, VIII do CDC. Este o objeto do presente estudo, com base na interpretação sistemática da incidência dos direitos fundamentais, bem como das normas princípios e regras que norteiam a matéria.

2 – A inversão do ônus da prova e o seu momento processual na doutrina e na jurisprudência

Consoantemente afirmado alhures, ante a omissão do legislador quanto ao momento processual juridicamente válido, diversas são as interpretações colhidas na doutrina e na jurisprudência.

Parte dos estudiosos que se debruçam sobre o tema defende ser por ocasião da sentença o momento mais propício para a decisão do juiz acerca da inversão. Neste rol se encontram Nelson Nery, Kazuo Watanabe e Batista Lopes.²

Fundamentam esta tese qualificando as regras da inversão do ônus da prova como de julgamento e que, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet* e se é ou não hipótese de incidência da inversão do ônus da prova. Sustentam, ademais, que acaso o juiz declare invertido o ônus da prova antes de proferir a sentença, seria o mesmo que proceder ao pré-julgamento da causa.³

Neste sentido, na expressão de Nelson e Rosa Nery

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.⁴

Na mesma toada, leciona Batista Lopes que

² Watanabe, Kazuo. In Grinover, Ada Pellegrine e outros. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed., p. 735, Forense, São Paulo, 2001.

³ Confirma-se, por todos, Nery Jr. e Nery. Nelson e Rosa Maria de Andrade. CPC comentado, São Paulo, 6ª ed, p. 696, ed. RT, 2002.

⁴ Idem.

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."⁵

Também nesta acepção, para Cecília de Matos

o fornecedor pode realizar todo e qualquer tipo de prova, dentre aquelas permitidas em lei, durante a instrução para afastar a pretensão do consumidor. Se o demandado, fiando-se na suposição de que o juiz não inverterá as regras do ônus da prova em favor do demandante, é surpreendido com uma sentença desfavorável, deve creditar o seu insucesso mais a um excesso de otimismo do que a hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa.⁶

Corroborando esta tese Cristina Gaulia, para quem

Se a lei em questão veio a lume para proteger o consumidor, não podem restar dúvidas de que o Julgador tem o dever de inverter o ônus da prova no processo, presentes seus requisitos, independente de prévio alerta ao réu, que há de trazer aos autos as provas necessárias para ilidir sua responsabilidade objetiva, o que é mais um dever que a nova lei impõe.⁷

Esta corrente ecoa nos nossos tribunais. De julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ, consta a assertiva segundo a qual “não há vício em acolher-se a Inversão do ônus da prova por ocasião da decisão, quando já produzida a prova.”⁸

⁵Batista Lopes, João. *A prova no Direito Processual Civil*, 2ª ed, p. 51, Ed. RT, São Paulo, 2002

⁶Matos, Cecília. O ônus da prova no CDC. Artigo in *Justitia*, abril/junho, São Paulo, 1995.

⁷Gaulia, Cristina Tereza. In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 40, outubro-dezembro, 2001. Ed.RT. Confira-se, também, a posição de André Gustavo que, sustentando não ser necessário a prévia manifestação acerca da inversão do ônus da prova, assevera que "a despeito do que parece indicar, o texto do art. 6º, VIII, do CDC não está a conferir ao juízo um poder discricionário, de inverter ou não o ônus da prova. A inversão do ônus da prova e produzida ope legis, ou seja, decorre da própria lei, uma vez presentes os requisitos estabelecidos em lei, os quais são apenas reconhecidos no caso concreto pelo juízo (no momento de proferir a sentença)." de Andrade, André Gustavo. In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 48, outubro-dezembro, 2003. Ed.RT.

⁸ In STJ – Ac. RESP 203225/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DJ 05.08.2002. Do Tribunal de Justiça do Paraná extrai-se o seguinte julgado: "... 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). Na mesma linha, cite-se as seguintes decisões: TJ-PR, Ac. 20115, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Sydney Zappa, DJ 20.03.2002; TJ-PR, Ac. 19245, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Sydney Zappa, DJ 21.09.2001; TJ-PR, Ac. 7994, 6ª. Câmara Cível, Rel. Des. Jair Ramos Braga, DJ 08.11.2001.

Noutro giro, há parte da doutrina que advoga a tese segundo a qual a sentença não é o momento juridicamente válido para se operar a inversão do ônus da prova previsto no CDC.

Consoante assinala Voltaire de Lima Moraes

é descabida a decretação da inversão do ônus da prova quando da prolação da sentença, pois tal decretação não deve ser entendida como regra de julgamento a ser aí decidida, por envolver questão incidente, a ser efetivamente operacionalizada por ocasião da fase instrutória, sob pena de não se permitir ao fornecedor que se desincumba deste ônus que lhe foi judicialmente imposto, com prejuízo, inclusive de que exercite a sua ampla defesa.⁹

Carlos Roberto Barbosa Moreira remata:

a inversão, se ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra geral até ali vigente, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido um ônus – que para ele não existia antes da adoção da medida -, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir.¹⁰

Esta outra linha de pensamento doutrinário igualmente ressoa nas decisões judiciais¹¹, sendo a que, em rigor, encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, consoante se pretende demonstrar nas próximas linhas.

3 – O momento processual juridicamente válido para a inversão do ônus da prova

⁹ Moraes, Voltaire de Lima. *In Revista de Direito do Consumidor*, nº 31, julho-setembro, 1999. Ed.RT

¹⁰ Barbosa Moreira, Carlos Roberto. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*, Revista de Direito do Consumidor, nº 22 abril-junho, 1997. Ed.RT. No mesmo sentido, Nunes, Luis Antonio Rizzatto. *Comentários ao CDC: direito material (arts. 1 a 54)*, p 124, ed. Saraiva, São Paulo, 2000.

¹¹ Neste sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: 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 Labarrére – DJU 18.07.2001 – 444). Assim também já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

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.).

A identificação do momento juridicamente vá a coexistência harmônica entre o direito fundamental à segurança jurídica, e respectivas garantias ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, com o direito fundamental à igualdade, e sua imposição de tratamento desigual aos desiguais, na exata medida em que outorga um benefício processual ao consumidor, sem tirar do Réu o direito de não produzir prova contra si mesmo ou lhe inculcar um gravame irreversível apenas quando produzido o ato final da marcha processual – a sentença.

Para corroborar esta tese não se pode olvidar 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, as normas gerais do Código de Processo Civil, notadamente no que for princípio ou versar sobre quando e não trazer disciplina específica.

Nesse sentido, Bortowski esclarece que

O Código é um microsistema, autônomo e independente, mas instrumentalmente se socorre das regras e princípios gerais que norteiam o CPC, exceto quando diferentemente regule, tal como nos casos de intervenção de terceiros, coisa julgada e etc.¹²

Com base nisso, tem-se que incide na espécie a regra constitucional da inércia da jurisdição, consagrada historicamente no direito comparado na expressão do "*ne procedat iudex ex officio*". 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. Trata-se, consoantemente afirmado alhures, de garantia constitucional, decorrente da cláusula do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Questionando-se acerca do que seria contraditório, Bulos se vale ensinamento de Joaquim Almeida, que, de forma elucidativa, esclarece o contraditório como sendo "a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los". Assim, conclui o citado autor que são dois elementos de noção universal de contraditório, quais sejam a necessidade de bilateralidade e a possibilidade de reação.¹³

Para Rui Porta Nova,

O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar

¹²Bortowski, Marco Aurélio Moreira. Carga Probatória Segundo a Doutrina e o CDC, Revista de Direito do Consumidor, nº 7 julho-setembro, 1993. Ed.RT.

¹³ Bulos, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4ª ed., p 249, ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – tal como o direito de ação – tem o direito de não se defender.¹⁴

Ora, 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 a mesma não estiver nos autos ou for insuficiente.

Ocorre que, 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 a ser adotada se o juiz verificar a presença dos requisitos previstos na lei, em cada caso concreto, ou seja, 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.

É neste ponto que se encontra a relevância do momento da inversão do ônus da prova. Com efeito, a regra de distribuição do ônus da prova no processo civil é de conhecimento das partes, conforme a inteligência do art. 333 e seus incisos. É distribuição legal do ônus da prova, pois que, somente na ausência ou insuficiência desta, portanto, ao final do julgamento, é que o juiz deverá verificar a quem incumbia o ônus de trazê-las ao processo.

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, não é esta certeza que vigora no CDC. A inversão não é automática e pro isso não pode ser considerada, tal qual no processo civil, como regra de julgamento. Consoante expõe Rizzatto Nunes "este pensamento está alinhado com a distribuição do ônus da prova do art. 333 do CPC e não com aquela instituída no CDC."¹⁵

Para este autor, é possível chegar a esta conclusão através de um raciocínio de singela lógica, consistente em ser preciso que o juiz se manifeste no

14 PORTA NOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 3a ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

15 Nunes, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao CDC: direito material (arts. 1 a 54), p 124, ed. Saraiva, São Paulo, 2000.

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".

Certamente, quanto às exceções, devemos procurar aplicar as regras que se adaptem às suas particularidades, mormente quando estiver em cheque o respeito e a preservação de garantias que tutelam o direito fundamental à segurança jurídica, como na espécie.

Se o juiz somente determinar na sentença invertido o ônus da prova, estará o réu-fornecedor sempre obrigado a produzir prova, extirpando deste a regra de não ter que provar qualquer coisa a qual decorre da cláusula do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e mesmo do princípio da presunção da inocência, onde quem alega algo contra alguém deve provar.

Neste sentido, os ensinamentos de Chiovenda, para quem "enquanto o autor não provar os fatos que afirma, o réu não tem necessidade de provar coisa alguma: *actore non probante, réus absolvitur*".¹⁶

De tal forma, muitas vezes a inércia do réu quanto à produção de prova será a melhor defesa e é direito constitucional fundamental, não sendo juridicamente válido o ato jurídico que, apenas na sentença, determina a excepcional inversão do ônus da prova, por violar frontalmente o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e amesquinhar a segurança, preceitos constitucionais base do nosso sistema jurídico.

Noutro giro, não é demasiado rechaçar a tese segundo a qual uma decisão que se declara invertido o ônus da prova antes da sentença acarretaria um julgamento prematuro da lide.

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

¹⁶ Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed, v. 2, p. 379, Ed. Saraiva, São Paulo, 1965.

Ressalte-se, também, a existência de outras providências conferidas pela lei ao juiz, como a determinação de produção de prova ex officio (art. 130 CPC), ou a concessão da antecipação da tutela (art. 273 CPC), que assim como a decisão que declara invertido o ônus da prova, possuem como caracteres a presença do poder instrutório conferido ao juiz e, também, a semelhante característica que consubstancia a cognição preliminar que é a provisoriedade.

Por conseguinte, pelo simples fato de se declarar invertido, antes da sentença, o ônus da prova ou - guardada as devidas peculiaridades - se determine a produção de uma prova ou conceda a tutela antecipada, não se pode afirmar a suspeição do magistrado em nenhum desses casos, tão pouco que sua decisão constituiria prejulgamento, porque além de ser garantia legal poder o magistrado proferir decisões que não põe fim ao processo e tão pouco adentram no mérito deste, através de uma cognição rarefeita, é dever do magistrado garantir a igualdade de tratamento entre as partes e a aplicação de um direito justo.

Outra sorte não merece a tese segundo a qual a parte que teve contra si invertido o ônus da prova na sentença não poderia alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo e que poderia ter contra ela invertido o ônus da prova.

Quanto à questão insta, de logo, esclarecer que "as regras do jogo" não são previamente conhecidas pelas partes, neste particular, porque não deriva exclusiva e diretamente da lei. Em verdade, esta prevê lei uma excepcional possibilidade de inversão do ônus, a qual somente será definida quando juiz se manifestar nos autos.

Portanto, necessário se faz que este o faça em momento anterior a instrução probatória, garantindo, assim, as mesmas oportunidades para as partes dentro do processo.

Já foi dito que contraditório é, além da possibilidade de poder deduzir ação e reação em juízo, dar as mesmas oportunidades para as partes. É a bilateralidade de audiência. Logicamente, as garantias constitucionais já mencionadas e a própria norma do CDC em debate não designa - e não poderia - à parte a incumbência prevê, de imaginar, de supor sua suscetibilidade a uma possível inversão do ônus da prova na sentença, assumindo os riscos e acabar sucumbindo por, nas palavras de Cecília Matos, ser "excessivamente otimista".

Em rigor o que incide, para a interpretação da regra objeto deste trabalho, não é um jogo onde o otimismo e a capacidade de previsão do futuro das partes, mas sim o a carga normativa decorrente das mencionadas garantias constitucionais das partes no processo civil, assim como os princípios e regras destas derivadas e também descritas alhures.

E, é inequívoco, que conceder oportunidades iguais às partes para se manifestar e produzir prova no processo é uma destas garantias. O processo

não é um jogo e as suas regras devem estar sempre claras e oportunamente acessíveis às partes.

Também não se justifica que a aplicação somente na sentença do quanto faculta o art. 6º, VIII do CDC seria legal, pois fundado no tratamento desigual a ser dado as partes desiguais. A própria autorização para a inversão já materializa, confere densidade a este princípio. Mas isto não pode servir de sucedâneo para servir de armadilha ou "arma secreta" para prejudicar a defesa ou surpreender o fornecedor, pois se assim fosse, quem seria colocado em total posição de desigualdade e indefesa seria este.

Portanto, não se pode admitir que diante da desigualdade de uma das partes, 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.

Noutras palavras, o tratamento desigual permitido pelo direito fundamental à igualdade, nos casos de disparidade entre as partes, encontra limite nos outros direitos fundamentais, respectivas garantias e mesmo nos princípios constitucionais que regem o nosso processo civil. A

Assim é que a norma de direito do consumidor que trata desigualmente o fornecedor e o consumidor, permitindo a inversão do ônus da prova em seu favor, somente será aplicada de forma válida se possibilitar àquele que teve contra si transferido este ônus oportunidade para deste se desincumbir o que, à toda evidência, não ocorrerá se este momento processual for a sentença.

Novamente não se justificam as descrições doutrinárias 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 microssistema autônomo e por isso não vigem as regras quanto a carga probatória vigentes no CPC.

Ora, creditar que os efeitos do multimencionado dispositivo decorram da lei vai de encontro ao que dispõe a própria norma, pois esta prevê, expressa e claramente, por ato do Juiz da causa, em cada caso concreto.

Neste sentido, Toshio Mukai alerta que

O inciso VIII dispõe sobre a inversão do ônus da prova como parte do direito do consumidor na facilitação da defesa de seus direitos. Entretanto, tal inversão não é absoluta, posto que: a) somente pode ocorrer no processo civil; b) quando, *a critério do juiz*, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Portanto, resta demonstrado que a inversão do ônus da prova em momento na sentença anula o direito fundamental à segurança e desrespeita as garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e o princípio da

presunção da inocência, além das regras do art. 333 do CPC e do art. 6º do CPC, configurando-se cerceamento de defesa do fornecedor e em ato inválido a ser corrigido pelas vias previstas pelo próprio sistema jurídico brasileiro.

Rizzatto Nunes, indo ao encontro a esta tese, sustenta que "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."¹⁷

Análogo posicionamento é o assumido por Barbosa Moreira para quem a aplicação do dispositivo em exame na sentença redundaria em manifesta ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, pois "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."¹⁸

Frise-se que, diante 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.

Sustenta-se, assim, que é a própria decisão saneadora, interlocutória, que não encerra a instrução e é sujeita a recurso, o momento juridicamente válido para que seja determinado pelo juízo invertido o ônus da prova.

Nesta oportunidade o 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 insurgirem contra esta decisão através do recurso adequado, bem como, pois se trata de um momento processual onde ainda resta assegurada uma possível produção de prova em caso de decisão desfavorável, permitindo-se, a convivência harmônica e equilibrada entre a igualdade e a segurança.

Entretanto, não se pode olvidar que, com relação aos processos que tramitam perante os Juizados Especiais Cíveis, esta solução jurídica é incompatível, pois a lei 9.099 não prevê decisão saneadora e porque a audiência de conciliação poderá ser uma ou presidida por um juiz leigo, quando somente a posteriori, por ocasião da instrução e julgamento do feito, é que o Juiz togado terá acesso aos autos.

Diante deste quadro, Alexandre Domingues Martins Bandeira propõe que

Uma outra mudança que deveria ser realizada seria um juízo de admissibilidade nos Juizados Especiais Cíveis, onde os juízes, nos casos em que envolvessem relação de consumo, apreciando as provas juntadas, verificaria de pronto se o consumidor é ou não hipossuficiente.

¹⁷ Nunes, Luis Antonio Rizzatto. *Comentarios ao CDC: direito material (arts. 1 a 54)*, p 124, ed. Saraiva, São Paulo, 2000.

¹⁸ Barbosa Moreira, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 22 abril-junho, 1997. Ed.RT.

Outra hipótese seria o exercício do saneamento no início da audiência de instrução.

Ante tudo aqui exposto, nos resta concluir que a inversão do ônus da prova na decisão saneadora é a forma juridicamente válida, pois possibilita a coexistência contrabalançada dos direitos fundamentais à isonomia e à segurança, bem como dos princípios e regras a estes consentâneos.

3 – Conclusão:

Restou demonstrado que importante doutrina - com reflexo em decisões judiciais - sustenta ser a sentença o momento juridicamente válido para que seja declarada a inversão do ônus da prova.

Entretanto, concluiu-se que, mediante a interpretação sistemática e aplicação ponderada das normas incidentes na espécie, partindo dos direitos e garantias fundamentais, o despacho saneador é a fase processual em que o sistema jurídico brasileiro determina seja este ato praticado, a fim de manter a coexistência balanceada entre isonomia e segurança jurídica, postos no art. 5º da Constituição, garantidos pelo devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, os quais, aliados às regras do art. 333 do CPC e 6º do CDC, consubstanciam a obrigação de, ao exercer o dever-poder aplicar a excepcional inversão do ônus da prova, assegure a parte onerada o direito de se manifestar antes do encerramento da instrução probatória.

Finalmente, insta registrar que recentemente o STJ, autoridade competente para solucionar divergências entre Tribunais, na aplicação de lei federal, como ocorre no presente tema, prescreveu como correta esta descrição aqui sustentada.¹⁹

Referências

BATISTA LOPES, João. A prova no Direito Processual Civil, 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. Lei de Arbitragem Comentada, São Paulo: Saraiva, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, vol 1, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

19 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. A Seção, por maioria, decidiu que a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, VIII, do CDC é regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos. EREsp 422.778-SP. Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgado em 29/2/2012.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996

GRINOVER, Ada Pellegrine e Outros. CDC Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 5ª ed. São Paulo: Forense: 1997.

MARQUES, José Frederico. Manual de Processo Civil, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MATOS. Cecília. O ônus da prova no CDC. In Justitia. São Paulo, abril/junho. 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro, 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JUNIOR E NERY, Nelson e Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado 9ª ed. São Paulo: RT, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1 a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Juarez de – Coordenador. Comentários ao Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

PORTA NOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 3a ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.