

DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Márcio Vicente Faria Cozatti¹

Introdução

Para emitir o provimento requerido pelas partes litigantes, o magistrado irá se valer dos fatos, alegados e provados. Portanto, a prova do alegado é, em nosso viso, tema central de todo processo de conhecimento. A ação judicial, processada, não obterá êxito se sua pretensão não restar provada. Para tanto, a observância das regras relativas à prova são de suma importância. *Alegatio et non probatio quae non alegatio*.

Nesta seara, surgem questões controversas, quais sejam: o que são meios moralmente legítimos aptos a produzir prova?; de quem é o ônus da prova?; a inversão do ônus probatório nos casos do Código de Defesa do Consumidor deverá ser requerida pela parte hipossuficiente ou poderá ser deferida *ex officio* pelo Magistrado? a inversão do ônus probatório depende da discricionariedade do Magistrado? qual o momento da inversão do ônus da prova? é possível a inversão do ônus da prova em qualquer procedimento regido pelo Código de Processo Civil?

Este trabalho visa tentar responder algumas dessas questões, não sem antes estabelecer os conceitos de ônus da prova e de prova propriamente dita.

Desde já podemos antecipar ser possível ao Magistrado a inversão do ônus probatório em qualquer processo civil, atendidos os requisitos legais, tendo em vista os poderes instrutórios do Juiz, norteando-se sempre pelo Princípio da Igualdade Processual.

Capítulo I – Conceito de prova

Os direitos subjetivos que figuram nos litígios a serem solucionados pelo processo originam-se de fatos (*ex facto ius oritur*), segundo o mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR².

Destarte, o autor, ao propor a ação, e por sua vez o réu, ao ofertar sua resposta, ou mesmo terceiros intervenientes deverão invocar fatos que justifiquem a lide, vale dizer, o conflito de interesses - pretensão do autor -, qualificada por uma pretensão resistida.

¹ Advogado, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá, com especialização em Direito Processual Civil pela PUC/Campinas, Professor Universitário, Presidente da Comissão Cultural da 33ª Subseção da OAB/SP, triênio 2001/2003.

² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I – Ed. Forense, p. 415.

A sentença a ser proferida pelo magistrado será extraída do exame dos fatos e de sua adequação ao direito objetivo.

O processo de execução é voltado para a satisfação do direito do credor e atua sobre bens. O processo de conhecimento tem como objeto as provas dos fatos alegados pelas partes litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio.

Portanto, a mera alegação de fatos não é suficiente, há que se provar o alegado. Neste sentido, o escólio de JOÃO MONTEIRO:

“Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado”³.

Há, por isso, segundo o já citado mestre HUMBERTO THEODORO JUNIOR⁴, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo:

- a) objetivo - é o meio hábil para demonstrar a existência de um fato;
- b) subjetivo - é a certeza alcançada originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. É a convicção firmada pelo magistrado ante ao fato demonstrado.

Conclui o mestre arrimando-se em JOÃO MONTEIRO que, para o processo a prova não é somente um fato processual, “mas ainda uma indução lógica, é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência”⁵.

Portanto, a um só tempo, é a prova ação e efeito de provar. Segundo COUTURE: *“provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação”⁶.*

Provar, na conceituação tradicional de MARCO ANTONIO BORGES, significa *“fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos e dar-lhes a certeza do modo de ser”⁷.*

Os fatos a serem provados deverão ser controvertidos, pertinentes e relevantes. Fato controvertido é a questão de fato debatida. O fato pertinente é o que diz respeito à causa, o que não lhe é estranho. Fato relevante, aquele que, sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa. Se o fato, apesar de controvertido, não for pertinente, ou se, apesar de pertinente, for irrelevante, inexistente a necessidade de produção de provas.

A prova deverá ser indicada pelo autor, com a inicial, nos termos do art.282,

³ MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*, 3ª ed., v. II, § 122, nota 2, p. 93.

⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto, obra citada, p. 416.

⁵ MONTEIRO, João, obra citada, p. 96.

⁶ COUTURE, J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ed. 1974, nº 135, p. 215, apud THEODORO JUNIOR, Humberto, obra citada, p. 416.

⁷ BORGES, Marco Antônio. *Teoria General de la Puebla em Direito Civil* - vol. I, p.3 - Enciclopédia Saraiva, vol.62, pp.355/356

inciso VI do Código de Processo Civil e pelo o réu, em sede de contestação, nos termos do art.300, do mesmo *codex*. A não observância desta regra, malgrado o despacho de “especificação de provas”, acarretará a perda dessa faculdade processual, operando-se a preclusão.

Para CHIOVENDA⁸, “o ônus de afirmar e provar se reparte entre as partes, no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas provar os fatos que deseja sejam considerados pelo juiz, isto é, os fatos que tenha interesse sejam por estes tidos como verdadeiros.” O réu, por seu turno, deve fornecer a prova de suas afirmações.

Portanto, parafraseando o mestre LEVENHAGEN⁹, o fato ou os fatos que fundamentam o pedido do autor, constantes da petição inicial, não podem limitar-se a simples alegações, mas, ao contrário, devem ser comprovados, para que possam ser levados em conta pelo juiz na sua decisão. O dever de produzir as provas necessárias à comprovação da existência e da veracidade desses fatos é que vem a ser o ônus da prova (do latim *onus probandi*, dever de provar) que, na Lei Processual brasileira, vem expressa no artigo 333 do Código de Processo Civil Brasileiro - CPC, quando atribui ao autor o dever de produzir as provas quanto aos fatos que fundamentam o seu pedido. Ao autor, portanto, atribui-se o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos da ação. Nestes termos, trazemos à baila julgado da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - NOTAS PROMISSÓRIAS - ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO - JUROS - ÔNUS DA PROVA.

Embora admitida a discussão sobre a causa debendi dos títulos entre os intervenientes diretos, meras alegações não são hábeis a comprovar exorbitância na cobrança de juros, nem o pagamento do débito. É ônus do embargante a prova do fato extintivo da obrigação cambial, a qual prevalece ante a certeza traduzida pelas notas promissórias que embasam a execução. Embargos à execução improcedentes. Apelação improvida. Unânime.

Decisão. Conhecer. Negar provimento. Unânime.

Classe do Processo : APELAÇÃO CÍVEL APC4669497 DF

Registro do Acórdão Número : 110620

Data de Julgamento : 25/05/1998

Órgão Julgador : 2ª Turma Cível

Relator : MARIA BEATRIZ PARRILHA

Publicação no Diário da Justiça do DF : 09/12/1998, P. 70

Outrossim, não obstante caiba o ônus da prova (*onus probandi*), em regra, a quem alega, existe a possibilidade de sua inversão, quando prevista em lei. Portanto, em regra, cabe à parte e não ao juiz escolher/produzir a prova que lhe inte-

⁸ CHIOVENDA, *apud* AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Processo Civil*, Ed. Saraiva, v. 2.

⁹ LEVENHAGEN. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Atlas, p.110 e seguintes.

ressar. Porém, pode o magistrado assumir uma posição ativa, nos termos do art. 130 do CPC, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório¹⁰. Porém trata-se de “*exceção a prova produzida pela própria iniciativa judicial, procedimento este que, usado com frequência, poderá colocar em risco o princípio da neutralidade do julgador.*”¹¹

Capítulo II - Características da prova

Como asseverado alhures, a prova tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo, suas pretensões. Esse é o entendimento do grande FRANCESCO CARNELUTTI, ao dizer que “*é justo reconhecer que o objeto da prova são os fatos e não as afirmações: os fatos se provam, enquanto que se conhecem, para comprovar as afirmações*”¹². Para tanto, o Código de Processo Civil Brasileiro estabeleceu os meios legais de prova, possibilitando que a prova dos fatos se faça também através de meios moralmente legítimos.

O direito, em regra, não se prova, pois *jura novit curia*. Excepcionalmente o direito deverá ser provado, como quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. Nestes casos, poderá o juiz exigir-lhe a respectiva prova nos termos do art. 337 do Código de Processo Civil.

Trataremos da regra. Os fatos poderão ser provados de forma direta ou indireta. Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina também prova indiciária ou por presunção¹³.

Conforme alegado anteriormente, só os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes deverão ser provados. Por isso, cabe ao magistrado fixar, em audiência, os fatos a serem provados, nos termos do art. 451 do já citado *codex*. Aí está, pois, a discricionariedade do destinatário da prova ante o objeto da mesma.

Contudo, não são todos os fatos alegados pelas partes que devem ser provados. Como já afirmamos, somente os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes deverão ser provados. Há certos fatos que, embora alegado pelas partes, portanto controvertidos e relevantes para o processo, não precisam ser provados para serem tidos como demonstrados. Assim, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil,

¹⁰ NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 439.

¹¹ Des. MALHEIROS, Antônio Carlos. in RT 714/158.

¹² CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Editora Bookseller, Traduzido por Lisa Pary Scarpa, 2001, p. 68.

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto, obra citada, p. 417.

“não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade”.

São notórios (*notoria non egent probatione*) os acontecimentos incontestáveis de conhecimento geral, como datas históricas, situações geográficas. A notoriedade de um fato deverá, contudo, ser observada com reservas, pois a mesma poderá ocorrer apenas num determinado círculo social ou profissional. Outrossim, o fato incontroverso não é objeto de prova. Sua prova é despicienda e inútil. Assim, a negativa, pela parte contrária, de fato incontroverso, deverá ser considerada litigância de má-fé, aplicando-se-lhe as penalidades legalmente previstas.

O destinatário da prova é o magistrado, que deverá ser convencido pelas partes da verdade dos fatos colocados em juízo para dar solução ao litígio. Portanto, a finalidade da prova é a formação da convicção do magistrado.

Para a realização das provas, há que se observar os meios legais previstos nos arts. 332 a 443 do CPC, bem como os meios “moralmente legítimos” (art. 332), pois constituem o método ou sistema processual preconizado legalmente para o emprego dos meios de prova que formam o procedimento probatório e que deve ser observado pelas partes e pelo juiz para que a apuração da verdade fática seja suficientemente eficaz para fundamentar e justificar a sentença.

Capítulo III - Meios de prova

Segundo o art. 332 do CPC, são meios de prova não só os previstos em lei como os que, embora nela não arrolados, sejam hábeis para demonstrar a verdade dos fatos e se mostrem moralmente legítimos (indícios e presunções, prova emprestada, entre outras). Portanto o rol das provas é meramente exemplificativo. Tal dispositivo legal ganhou reforço da Constituição Federal de 1988, ao preconizar com garantia constitucional que “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, inciso LVI). Portanto, *contrario sensu*, são admitidas, no processo, as provas obtidas por qualquer meio que não seja considerado ilícito.

A doutrina distingue prova ilegítima e prova ilícita: ilegítima é a que contraria norma processual; ilícita a que transgride norma de direito material. Disso decorre que a ilegitimidade se apura no momento da proposição da prova, do requerimento de prova no processo, e a ilicitude ocorre no momento da colheita, da efetiva produção da prova, fato que, geralmente, se dá em fase pré-processual ou extraprocessual¹⁴.

¹⁴ NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. in Riv. dir. proc., 1966, p. 448 e segs. apud ADA PELLEGRINI GRINOVER, op. cit., p. 61.

Portanto, todas as provas, a par da licitude procedimental, “*devem atender aos princípios da moralidade e lealdade*”¹⁵.

Verifica-se, pois, que o sistema de direito processual civil brasileiro busca a verdade real, caminho indispensável para a realização da Justiça, dentro dos padrões preconizados pelo Princípio do Devido Processo Legal, nos termos do art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal. Nesta oportunidade, socorremo-nos das sábias palavras do mestre FRANCESCO CARNELUTTI: “*A verdade é como a água; ou é pura, ou não é verdade*”¹⁶.

A respeito da prova emprestada, que é a extraída de um processo para ser utilizada em outro, entende-se que sua força probante fica na dependência de que sua obtenção tenha sido realizada em processo onde participou, regularmente, a pessoa contra quem se pretende utilizá-la na nova causa. Neste sentido:

“*É admissível a prova emprestada quando tenha sido colhida mediante garantia do contraditório, com a participação da parte contra quem deva operar*” (RT 300/229, através de citação no ac. do STF, publicado na RTJ 56/285).

É conveniente lembrar que a prova emprestada não traz em si a indiscutibilidade, uma vez que, mesmo tendo servido de suporte a uma anterior sentença, não se investe o meio de convencimento da força de coisa julgada. A prova, como visto alhures, refere-se aos fatos alegados, e a verdade dos fatos não transita em julgado, nos termos do art. 469, inciso II do Código de Processo Civil. Por isso, a prova emprestada deverá ser objeto de reavaliação pelo magistrado, dentro do contexto da nova causa e das teses do novo contraditório, e não admitida como prova irrefutável, mas sim como mais um dos meios de se buscar a verdade real.

Capítulo IV - Oportunidade da produção de prova

Para que as provas sejam eficazes e não venham a ser consideradas ilegítimas, deverão seguir as formalidades previstas no Código de Processo Civil. Há, pois, um procedimento reservado à coleta das provas, denominado doutrinariamente procedimento probatório.

Como corolário do preceito constitucional, todas as provas deverão ser produzidas observado o princípio do contraditório. Deverão ser requeridas por uma parte (proposição), deferidas pelo Juiz (deferimento) e realizadas sob fiscalização da parte contrária (produção)¹⁷.

¹⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1984, SP, Saraiva, v. II, nº 43.4, p. 171.

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco, *apud* LOPES DA COSTA. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2ª ed., Forense, v. III, p. 71.

¹⁷ COUTURE, J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. ed. 1974, nº 162, p. 253, *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto, obra citada, p. 426.

Compreende o procedimento probatório, destarte, três estágios, que são:

- a) a proposição;
- b) o deferimento;
- c) a produção.

O autor na inicial se incumbe de especificar os fatos que fundamentam o pedido bem como indicar o meio de prova a ser utilizado. O réu, por sua vez, ao responder à ação do autor deverá fazer o mesmo. São estes os momentos processuais em que as partes, dentro da fase postulatória, propõem suas provas, sob pena de preclusão.

O deferimento e a produção das provas não são fases estanques. Em regra o magistrado, na fase do saneamento do processo, deferirá ou não os meios de prova propostos e especificados. Contudo, o deferimento de algumas provas será realizado em outro momento. A juntada de documentos é apreciada e deferida fora do momento próprio em que é realizado o saneamento do processo. Será realizada tão logo a parte requeira sua juntada aos autos, o que se faz ainda na fase postulatória. Ainda, a prova documental poderá ser proposta, deferida e produzida em outro momento processual que não a inicial e a contestação. Neste sentido, colacionamos os seguintes julgados:

Não é absoluta a exigência de juntar documentos na inicial ou na contestação. O art. 397 do CPC permite juntar documentos novos em qualquer fase. O direito não deve ser sacrificado em nome do formalismo (STJ, 1ª T., REsp. 4.163, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, ac. 28.11.90, DJU, 04.02.91, p. 563).

Somente os documentos tidos como pressupostos da causa é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistente o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo (TJSP, AI nº 184.687-2/5, Rel. Des. CLÍMACO GODOY, ac. 30.06.92, RT, 688/76. No mesmo sentido: RT, 599/106, 583/89, 484/93).

A seguir, realiza-se a produção da prova, que consiste em diligência do juiz e seus auxiliares e das próprias partes, realizada para que a prova se incorpore materialmente aos autos.

A perda da oportunidade legal de produzir certa prova importa preclusão do direito da parte. Para o juiz, porém, não há preclusão, em tema de prova, como reiteradamente tem proclamado a jurisprudência:

No direito pátrio, a preclusão não tem por objeto a própria atividade do juiz, somente recaindo sobre as faculdades dos litigantes ou sobre as questões dependentes, para serem conhecidas pelo juiz, da iniciativa das partes (CPC, arts. 128 e 471) (TARS, AI nº 191013200, Rel. Juiz ARAKEN DE ASSIS, ac. 17.04.91, "Julgs.

TARS", 78/115).

Esse também é o pensamento da 4ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

O instituto da preclusão, em princípio, dirige-se às partes, como expresso no art. 437 do CPC, podendo o juiz de superior instância reexaminar decisões interlocutórias, máxime se pertinentes à prova (STJ, Embs. Decl. Resp. 2.340-SP, 4ª T., Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, ac. 23.10.90, DJU, 12.11.90, p. 12.872).

De tal sorte, os poderes instrutórios do magistrado¹⁸ estão alheios ao sistema de preclusões. Nesse sentido, decidiu o egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que:

O juiz pode, de ofício, em qualquer processo ou procedimento, mesmo após coleta da prova e debatida a causa, converter o julgamento em diligência, para ouvir pessoas, não arroladas pelas partes, não se limitando à prova então produzida. Em matéria de colheita de prova, vigora o princípio da livre investigação pelo juiz, observados os princípios da imparcialidade e da igualdade de tratamento às partes (TARS, AI nº 188.076.541, Rel. Juiz ALCEU DE MORAES, ac. 25.10.88, COAD/1988, nº 42.258).

O que compete ao magistrado, em qualquer caso, é cercar o procedimento da prova ordenada de ofício de todas as cautelas inerentes ao contraditório e ampla defesa.

Portanto, o magistrado de qualquer instância detém, também, o poder de iniciativa da prova, que poderá usar, dentro das limitações já expostas. A busca da verdade real não condiz com o julgamento por magistrado que se encontre em estado de perplexidade frente aos fatos básicos da lide. Portanto, a conversão em diligência, para complementação da prova, nessa circunstância, é imperiosa e encontra perfeito respaldo na lei processual. Ousamos dizer, outrossim, aproveitando-nos destas conclusões acerca da conversão do julgamento em diligência, que os poderes instrutórios do magistrado poderão, também, inverter o ônus processual, tudo com vistas à busca da verdade real, norteando-se sempre pelo princípio constitucional da igualdade processual.

Ressalte-se que o processo civil está dentro de um sistema complexo. A harmonia e o equilíbrio das normas e princípios deverão ser buscados sempre, evitando-se exacerbação de um e aniquilamento de outros.

Assim, *a priori*, podemos dizer que em matéria de ônus da prova e iniciativa oficial da prova, a solução se encontra na conjugação dos princípios da isonomia entre as partes, da celeridade processual, da segurança das relações jurídicas e da imparcialidade do juiz.

¹⁸ Expressão veiculada por BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. RT, 1994.

Capítulo V - O ônus da prova

Ônus da prova é um encargo que consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz¹⁹. É a necessidade de provar para vencer a causa²⁰. É, portanto, uma imposição e uma sanção de ordem processual. O ônus da prova é, pois, de quem cumpre provar os fatos constitutivos do seu direito ou de quem alegar fatos impeditivos modificativos ou extintivos do direito do autor.

Não há um dever de provar, nem à 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 e do qual 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 inexistente²¹.

O autor, para obter o resultado favorável, deve afirmar certos fatos e conseqüentemente prová-los, sob pena de perder a demanda. O réu, por sua vez, tem o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Portanto, ônus significa que o descumprimento de uma determinada atitude gera conseqüências negativas que recairão sobre ele próprio. Ônus é o interesse da parte, sua necessidade em produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos por ele alegados. Difere da obrigação, que se verifica pela existência de uma conduta cujo cumprimento trará benefícios à parte que ocupa o outro pólo da relação; se houver descumprimento da obrigação haverá uma sanção jurídica.

A diferença entre ônus e dever é, pois, que o dever é uma relação jurídica entre dois indivíduos, um dos quais é o que deve, pode ser conversível em pecúnia e tem como característica básica a perpetuidade. Enquanto o ônus é uma relação consigo mesmo, não há relação entre sujeitos, satisfazê-la é do interesse do próprio onerado. Ele escolhe entre satisfazer ou não ter a tutela do próprio interesse. Ao contrário do dever, o ônus não tem característica de perpetuidade, pois se esgota com o seu cumprimento.

A doutrina relaciona espécies de ônus, quais sejam:

a) Ônus Perfeito - quando do descumprimento de uma atividade processual decorre uma conseqüência jurídica danosa. Exemplo claro é o recurso. Após a sentença, terá o sucumbente prazo para apresentar recurso. Se não o fizer, desencumbindo-se de seu ônus, far-se-á coisa julgada.

b) Ônus Imperfeito - quando a conseqüência danosa, oriunda do

¹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto, obra citada, p. 423.

²⁰ FREDERICO MARQUES, José. *Manual de Direito Processual Civil*. 1ª ed., V. II, nº 457, p. 187.

²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto, obra citada, p. 423.

descumprimento da atividade for possível, mas não necessária, como no caso, por exemplo, de a parte perder a oportunidade de especificar provas. É provável, não necessário, que o julgamento da demanda lhe seja desfavorável.

Capítulo VI - Da distribuição do ônus da prova

De início, valho-me dos ensinamentos de CHIOVENDA²² para asseverar que o ônus da prova figura entre os problemas vitais do processo.

Normalmente, ao autor é atribuído o encargo de provar os fatos constitutivos de seu direito. A consequência do não-desincumbimento do ônus da prova pelo autor é o julgamento de improcedência do pedido. A alegação de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor pressupõe a admissão implícita ou explícita pelo réu do fato controvertido. Por esta razão incumbe ao réu provar o que alegou. Não provando, procedente será julgado o pedido.

É facultada às partes a prática de ato dispositivo bilateral (convenção processual) sobre distribuição do ônus da prova. Segundo HUMBERTO THEODORO JUNIOR,

*“Como as partes têm disponibilidade de certos direitos e do próprio processo, é perfeitamente lícito que, em cláusula contratual, se estipulem critérios a respeito do ônus da prova, para a eventualidade de litígios a respeito do cumprimento do contrato”.*²³

O ato dispositivo bilateral acerca da distribuição do ônus processual é limitado às hipóteses relacionadas no art. 333 do Código de Processo Civil Brasileiro, vale dizer: a) ser o direito indisponível; b) que a distribuição do ônus probatório não torne difícil a uma parte o exercício do direito.

A faculdade suso mencionada, dada pelo artigo 333 do CPC, contém autorização dada ao magistrado para negar homologação à convenção das partes que, distribuindo o ônus probatório diversamente ao disposto no *caput* o ônus probatório, torne impraticável a realização da prova por alguma delas.

Mais uma vez, vemos aqui que o magistrado, além dos poderes instrutórios que lhe confere o artigo 130 do Código de Processo Civil, tem o poder de inverter, em qualquer procedimento judicial civil, o ônus da prova.

Não é possível dizer que a distribuição do ônus da prova seja rigorosamente lógica e justa. Assim sendo, caberá ao magistrado, ante o caso concreto, de ofício ou a requerimento da parte, amparado pelo Princípio da Persuasão Racional do Juiz ou princípio do livre convencimento, e, ainda, pelo Princípio da Livre Investiga-

²² CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*. Saraiva, SP, 3ª Ed., 1969, v. 2, p. 375.

²³ THEODORO JUNIOR, Humberto, *obra citada*, p. 424/425.

ção das Provas, determinar provas necessárias à instrução do processo, incluindo-se aí, também, em nosso sentir, a inversão do ônus probatório.

A razão determinante da divisão do ônus da prova no processo civil decorre, segundo CHIOVENDA, do princípio de justiça distributiva, o princípio da igualdade das partes²⁴.

Contudo, como adverte o próprio CHIOVENDA, à medida que a evolução do processo vai admitindo a iniciativa do magistrado na produção da prova e na inversão do ônus probatório, reduz-se a importância do rigor quanto à divisão do mesmo.

“A teoria do ônus da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do princípio dispositivo no processo, pelo que respeita à verificação dos fatos.

Num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, não teria significação a repartição do ônus da prova. Ora, acontece, justamente, que, a passo com a tendência contrária ao princípio dispositivo na verificação dos fatos, se manifesta uma tendência contrária à repartição legal do ônus da prova, do que encontramos vestígios já na doutrina e mesmo nas obras legislativas mais recentes.

Assim que, por exemplo, Kohler, Civilprozessrecht, § 55, reputa toda a doutrina sobre o ônus da prova como própria de um período já ultrapassado, como derivação do sistema da prova legal. Ele sustenta que às considerações de equidade aproximativa, que inspiram as normas gerais sobre o ônus da prova, devem substituir-se considerações precisas de equidade, no caso dado, por obra do juiz.”²⁵

Se o juiz decidir segundo rígido princípio de prévia divisão do ônus da prova, ele muitas vezes decidirá contra a equidade, o bom senso. Mas se ele decide não segundo a carga probatória, mas segundo a busca que fez da verdade real, da verdade provável, ele não estará sendo arbitrário, mas estará correspondendo, ao contrário, ao ideal de um direito mais perfeito.

Nosso Código de Processo Civil vigente quebrou, com relação à prova, o rígido princípio dispositivo, dando ao juiz a iniciativa de determinação da prova (art. 130). Portanto, não há como entender que seja rigorosa a divisão da carga probatória prevista no art. 333 do mesmo diploma legal.

Não pretendemos, com estas alegações, asseverar que o sistema de distribuição do ônus da prova apregoado no direito positivo brasileiro deva ser, em qualquer hipótese, subjugado pelo magistrado à seu bel prazer. Neste sentido, há que se registrar o brilhante escólio de JOÃO BATISTA LOPES:

“Por outras palavras, o preceito do art. 130 não está isolado no Código, mas deve ser interpretado em combinação com o art. 333, que dispõe sobre as regras do ônus da prova”²⁶.

²⁴ CHIOVENDA, obra citada, p. 379.

²⁵ CHIOVENDA, obra citada, p. 388/381.

²⁶ LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. in Repro 35/36, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p.84.

No mesmo sentido, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE assevera:

“O art. 130 somente seria aplicado, portanto, quando, após o desenvolvimento da atividade probatória pelas partes, permanecesse o juiz em estado de dúvida, impossibilitado de julgar segundo seu livre convencimento ou sem conformidade com os dispositivos sobre o ônus da prova”²⁷.

Forçoso concluir, pois, neste momento, que o sistema do ônus probatório vem sendo abrandado pela doutrina e jurisprudência, a partir da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil Brasileiro, possibilitando ao magistrado, depois de esgotada a atividade probatória das partes, bem como ante a hipossuficiência de uma delas - o que tornaria difícil ou impossível a prova em juízo -, determinar qual dos litigantes tenha o ônus da prova, atendendo obviamente ao princípio constitucional da isonomia.

Capítulo VII – Da inversão do ônus da prova

1 - Requisitos para a inversão do ônus da prova

No direito processual civil brasileiro, como regra, não há inversão do ônus da prova. Excepcionalmente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova deve ser aplicada pelo juiz quando “for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente”:

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor
(...)

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

Trata-se de norma que deverá nortear-nos para que seja possível considerar a inversão do ônus probatório no processo civil, não como gizada por legislação específica, mas como extração lógica do princípio da isonomia, devendo, pois, ser considerada regra.

Inicialmente devemos levantar a reflexão que permeia a doutrina acerca da conjunção “ou” presente na redação do dispositivo. Se for entendido como conjunção alternativa, os requisitos podem ocorrer separadamente. Já se o “ou” for lido como “e”, conjunção aditiva, haverá a necessidade da presença dos dois requisitos simultaneamente.

²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p.85.

A maioria dos doutrinadores entende que a finalidade da norma em questão é a proteção ao consumidor. Assim sendo, entendem a necessidade de somente um dos requisitos para que seja realizável a inversão do ônus da prova. Contudo, em nosso entender, não são alternativos os requisitos, mas sim aditivos, vale dizer, ambos deverão estar presentes, além do requerimento, para que seja possível a concessão da inversão do ônus da prova.

A finalidade do dispositivo indicado é dar ao consumidor litigante em juízo a possibilidade de litigar em igualdade de condições com seu *ex adverso*. A relação de desigualdade não ocorre somente no âmbito das relações de consumo. Assim também há que ser entendida a “recomendação” da inversão do ônus da prova - recomendação, uma vez que não encerra um princípio processual - como regra geral no processo civil e não somente como regra do processo civil no âmbito das relações de consumo.

Basta, pois, para que se inverta o ônus da prova, a ocorrência da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência.

Quanto à verossimilhança da alegação é interessante a colocação de CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA. O mestre utiliza-se dos conceitos de verossimilhança fornecidos pelos estudos doutrinários realizados e firmados para a concessão da antecipação da tutela.

“Os comentadores da nova lei processual sustentam que a verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são desfavoráveis (divergentes). Se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade diminui”²⁸.

O conceito de “hipossuficiência” deverá ser entendido não só sob o aspecto econômico, mas também sob os aspectos jurídico, cultural e social, para abranger pessoa de “poucas luzes”, vale dizer, pessoa de discernimento pouco desenvolvido, ficando, é claro, ao critério do Juiz, segundo as regras ordinárias de experiência.

A inversão do ônus da prova, pois, visa amparar o litigante hipossuficiente, cujas alegações possuam verossimilhança, quanto ao perigo de este não conseguir, em decorrência da sua fragilidade processual, provar o fato constitutivo de seu direito. Se assim não fosse, a não inversão do ônus da prova, em determinados casos, acarretaria a inviabilidade do acesso ao Poder Judiciário, constituindo-se em atentado à Lei Maior.

²⁸ CARREIRAALVIM, J.E. *Código de Processo Civil Reformado*. Del Rey, 1995. p. 104 *apud* BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. in Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento) / coordenador, José Carlos Barbosa Moreira; Ada Pellegrini Grinover...[et al] - Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 131.

2 - Inversão do ônus da prova – requerimento ou ex officio

Atendidos os requisitos da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência do litigante, cabe indagar: é possível a aplicação da inversão do ônus da prova *ex officio* ou a mesma somente se operará se o hipossuficiente, ante a verossimilhança de suas alegações, assim o requerer ?

Mais uma vez, socorremo-nos do escólio do brilhante CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA. Ensina-nos o mestre que a inversão do ônus da prova poderá ser aplicada nas duas hipóteses, justificando seu entendimento:

*“tratando-se de um dos direitos básicos do consumidor, e sendo o diploma composto de normas de ordem pública (art. 1º), deve-se entender que a medida independe da iniciativa do interessado em requerê-la.”*²⁹

Portanto, pelo entendimento acima exposto, podemos extrair que o magistrado tem, desde que presentes os requisitos, o “poder discricionário” de inverter *ex officio* o ônus da prova em favor do hipossuficiente.

Todavia, esse entendimento não é unânime. A lei consumerista não assevera que fica “a critério do juiz” inverter o ônus da prova. O que fica “a critério do juiz” é a tarefa de aferir, no caso concreto levado à sua presença, se o consumidor é hipossuficiente e se a sua versão dos fatos é verossímil. É somente este seu poder discricionário. Reconhecida a hipossuficiência bem como a verossimilhança da alegação, não mais lhe cabe decidir “a seu critério” se inverterá o ônus da prova ou não. O papel do magistrado é, pois, meramente o de aferir a presença dos requisitos impostos pelo *codex* consumerista. Neste sentido, colacionamos acórdão da Colenda 9ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da lavra do eminente Desembargador Aldo Magalhães:

PROVA - INVERSÃO DE ÔNUS - ADMISSIBILIDADE - HIPÓTESE DE PROPAGANDA ENGANOSA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 38 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Inversão que não depende da discricionariedade do juiz. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido. O ônus da prova da veracidade e correção da informação publicitária cabe a quem os patrocina, sendo independente sua atribuição da discricionariedade do juiz. (TJSP - 9ª Câm. Civil; Ap. Cível. nº 255.461-2-6-São Paulo; Rel. Des. Aldo Magalhães; j. 06.04.1995; v.u.) BAASP 1911/222-j de 09.08.1995.

Em nosso entender, pois, ainda que reconhecidos pelo magistrado os critérios da hipossuficiência e da verossimilhança do alegado, não poderá o mesmo inverter o ônus da prova sem que haja requerimento da parte, malgrado a interpreta-

²⁹ BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. *Obra citada*. p. 128.

ção analógica parta de uma norma de ordem pública que assevera competir ao juiz declarar de ofício, quando atendidos os pressupostos legais, a inversão do ônus da prova. Qualquer entendimento contrário macularia o princípio da imparcialidade do juiz.

3 - Efeitos da inversão do ônus da prova

A inversão do ônus da prova vem facilitar o acesso do cidadão à justiça e tentar equilibrar uma balança que quase sempre pende para o lado do social, cultural e economicamente mais poderoso, fornecedor, locador, empregador, Poder Público. Portanto, entendemos que a inversão do ônus da prova não poderá ficar restrita aos casos previstos na legislação consumerista, mas deverá ser estendido, através de uma interpretação analógica, a todas as demandas processuais cíveis em que, após requerimento do litigante, se vislumbre a verossimilhança da alegação bem como se verifique sua hipossuficiência, vale dizer, sua dificuldade em provar determinado fato, estendendo-se, assim, o princípio constitucional da isonomia a todos os que apresentem e requeiram o reconhecimento de suas pretensões em juízo. A divisão do ônus da prova prevista no processo civil tem como premissa a igualdade das partes. Para que todos sejam iguais, processualmente falando, necessário é que se assegure a todos a possibilidade de provar o que alegaram. Se não puderem fazê-lo, necessário se faz a inversão do ônus probatório.

Mas, a inversão do ônus da prova deve, necessariamente, decorrer de expresso comando legal ?

Creemos que não. Como vimos alhures, não se pode falar em sistema rígido de distribuição do ônus probatório no processo civil. Nosso sistema processual civil admite a iniciativa do juiz na produção da prova, bem como preconiza o livre convencimento motivado do julgador. Portanto, é plenamente viável, interpretando-se analogicamente as normas do Código de Defesa do Consumidor, aplicar a inversão do ônus da prova a outros casos no processo civil.

Transferir ao hipossuficiente a prova de alguns fatos é quase sempre lhe negar a justiça. Por tal razão, a seu prudente arbítrio, o magistrado pode quebrar este critério, considerando “as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”, nos termos do disposto no art. 335 do CPC. Noutro giro verbal, na falta de normas jurídicas específicas ao caso concreto, o magistrado aplicará as regras de experiência comum. É conceito corrente, e base da isonomia, que os desiguais devem ser tratados desigualmente.

Preconizamos aqui a necessidade premente de uma flexibilização na distribuição do ônus da prova. E o fazemos por considerar as diversidades entre os vários litigantes. Entendemos ainda que o não reconhecimento de tal necessidade nos levará a caminhar a passos largos para a mais completa e nefasta injustiça, decorrente da aplicação da técnica pela técnica, que é a própria negação do processo.

Capítulo VIII - Oportunidade processual para o juiz declarar invertido o ônus da prova

A parte deve ter o conhecimento prévio dos critérios de distribuição que serão utilizados pelo magistrado para o sentenciamento, sob pena de não ter a oportunidade de provar suas alegações no momento ideal, bem como, por consequência, ser ao final surpreendido por um provimento favorável ao seu adversário. Nesse sentido, admitir que as partes somente possam ter conhecimento das regras de distribuição do ônus da prova após toda a instrução probatória ter sido realizada é uma afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, pois, não obstante, a parte já não mais poderá, na sistemática processual vigente, produzir novas provas, em razão da preclusão.

Há três posições doutrinárias acerca da inversão do ônus da prova. A primeira sustenta ser o despacho inicial o momento oportuno para a inversão do ônus da prova. Alega-se que, no momento em que o autor ingressa em juízo com sua pretensão, o magistrado diante das alegações carreadas dispõe, desde já, com a possibilidade de aplicar a inversão, quando preenchidos os requisitos legais, ou seja, verossimilhança da alegação, que exerce através de um juízo de probabilidade, e a hipossuficiência, facilmente constatada, pelas condições culturais, sociais e econômicas. A crítica que se faz é que nesta oportunidade não houve ainda o contraditório para que se declare invertido o ônus da prova.

A segunda posição sustenta que a inversão do ônus da prova se dê por ocasião do saneamento do processo. O magistrado, ao fixar os pontos controversos indica a quem compete a demonstração da veracidade dos fatos. A mesma crítica que será feita à terceira posição, guardadas as devidas proporções, aqui se faz. As regras do jogo não poderão ser alteradas ou fixadas pelo magistrado durante o processo, sob pena de, aí sim, ferir-se o princípio do contraditório e da isonomia.

A terceira posição sustenta que a inversão do ônus da prova deva ser reconhecida por ocasião do sentenciamento. Talvez a posição mais combatida, pois consideramos injusto desenvolver-se a atividade probatória para somente ao final do processo distribuir seus ônus. Destarte, permitir que seja aplicada a inversão somente na fase decisória constitui um verdadeiro atentado ao princípio da ampla defesa, já que para as partes, enquanto não se dispuser do contrário, competirá produzir as provas que lhes interessam, dentro da sistemática processual da regra geral prevista no artigo 333 do Código Processual Civil. A inversão do ônus da prova somente nesta oportunidade violará o princípio da ampla defesa, causando cerceamento de defesa.

Posicionamo-nos com a primeira corrente. Ao receber a inicial, o magistrado determina a citação do réu, oportunidade em que por intermédio de uma decisão interlocutória, concede a inversão sobre o ônus da prova. Assim, quando o réu é citado para defender-se, é também intimado da decisão que inverteu o ônus probante. Não sofrerá qualquer prejuízo, pois, neste mesmo momento em que se inicia o

prazo para a contestação, poderá o réu valer-se do recurso de agravo, na forma de instrumento ou retido, com a finalidade, de apresentando suas razões, modificar a decisão interlocutória. Nem se alegue, pois, que neste momento processual o juiz não conhece os argumentos da contestação e, dessa maneira, não conhece ainda quais são os pontos controvertidos do processo. Se tal consideração fosse relevada, em nenhuma hipótese seria possível a concessão das tutelas de emergência. O princípio constitucional do contraditório, ainda que diferido, está garantido. Da mesma forma, quando o hipossuficiente for réu, o requerimento de inversão do ônus probatório dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor deverá ser realizado em sede de contestação, e a decisão acerca de seu deferimento ou não deverá ser proferida na fase das providências preliminares, em momento imediatamente anterior ao da especificação das provas. Fundamentamos nossa posição. A decisão acerca da inversão do ônus probatório deverá ser realizada pelo magistrado no primeiro momento após o requerimento de inversão. A atividade instrutória não se realiza tão somente através de prova testemunhal, pericial, depoimento pessoal, inspeção judicial, confissão, exibição de documento ou coisa, mas também através de prova documental, que, a teor do art. 396 do CPC, deverá ser produzida na petição inicial ou na resposta do réu. Some-se a tal entendimento que a moderna doutrina processualista entende que a fase instrutória não é estanque, mas sim pulverizada em todo o procedimento.

Conclui-se, portanto, que o momento apropriado para que o magistrado declare invertido o ônus de prova é na primeira oportunidade que tenha de conhecer o requerimento de inversão do *onus probandi*, à luz dos requisitos legais de verossimilhança da alegação e hipossuficiência, bem como à luz do princípio da isonomia, seja do autor seja do réu. A oportunidade propícia para a inversão do ônus da prova é em momento anterior à fase instrutória propriamente dita. Do momento em que despacha a inicial até a decisão do saneamento do processo, o magistrado já deve dispor de dados para se decidir sobre a inversão. Assim, a atividade instrutória já inicia com as cargas probatórias transparentemente distribuídas entre as partes. Contudo, não significa que, uma vez ultrapassado esse momento do processo, ideal para a declaração de inversão do ônus da prova, ao magistrado não mais cabe fazê-lo. Isso porque a verossimilhança, em alguns casos, somente se configura após um início de prova. Afinal, também a verossimilhança deve ser cabalmente demonstrada ao convencimento do magistrado, e esse ônus é exclusivamente do requerente da inversão do *onus probandi*. Não será porque a fase instrutória se encerrou que o magistrado não poderá, convencido da verossimilhança e hipossuficiência, inverter o ônus da prova.

Conclusão

Em momento algum pretendi esgotar o tema proposto: “*ad impossibilia nemo tenetur*”. Questionar a rotina dos procedimentos diários foi o objetivo aqui perseguido. Destarte, nos propusemos a tentativa de responder algumas questões acerca do controvertido tema “DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL”. Asseveramos, para tanto, que, para que se chegue ao sentenciamento, o magistrado deverá arrimar-se nos fatos alegados e provados pelas partes. Ao desenvolver os capítulos, nos foi possível o posicionamento acerca destas questões.

O moderno processo civil é visto como um dos principais instrumentos de realização e defesa das liberdades fundamentais. Mas essa função restará gravemente comprometida se, dentro dele, a atividade probatória não se inspirar nos grandes princípios que embasam o devido processo legal, com os consectários indispensáveis do contraditório e ampla defesa das partes, da imparcialidade do julgador e da isonomia, em busca da verdade real.

Todo fato alegado em juízo deverá ser provado. Todo e qualquer meio de prova permitido em direito pode ser utilizado nas ações propostas. A regra geral sobre o ônus da prova é prevista no art. 333 do CPC. A inversão do ônus da prova está prevista, de forma esparsa, em nosso ordenamento jurídico, notadamente no Código de Defesa do Consumidor.

Concluimos ser possível ao magistrado a inversão do ônus probatório em qualquer ação judicial civil, e não somente segundo a legislação consumerista, desde que atendidos os requisitos legais da hipossuficiência e verossimilhança do alegado, tendo em vista os poderes instrutórios do Juiz, norteados sempre pelo Princípio da Igualdade Processual. Deverá o juiz pautar-se pelas máximas de experiência para inverter ou não o ônus da prova.

A inversão do ônus da prova está ligada à idéia de “facilitação da defesa em juízo”, seja do consumidor ou de qualquer litigante hipossuficiente. A hipossuficiência diz respeito tanto à dificuldade econômica, social e cultural quanto à técnica do litigante em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito.

Fundamentamos o entendimento de que a inversão do ônus da prova poderá ocorrer em qualquer processo civil, pois o rol das provas relacionado no Código de Processo Civil é meramente exemplificativo, e o magistrado de qualquer instância detém o poder de iniciativa da prova. Arrimado neste poder, deverá ir em busca da verdade real. Assim, sendo possível a conversão do julgamento em diligência, podem os magistrados, também, inverter o ônus processual, tudo com vistas à busca da verdade real, norteados sempre pelo princípio constitucional da igualdade processual, bem como pelos princípios processuais da celeridade processual, da segurança das relações jurídicas e da imparcialidade do juiz.

A regra geral acerca do ônus da prova é: quem alega deve provar. Não é possível dizer que a distribuição do ônus da prova seja rigorosamente lógica e justa. Portanto caberá ao magistrado, ante o caso concreto, de ofício ou a requeri-

mento da parte, amparado pelo Princípio da Persuasão Racional do Juiz ou princípio do livre convencimento, e ainda, pelo Princípio da Livre Investigação das Provas, determinar provas necessárias à instrução do processo, incluindo-se aí, também, a inversão do ônus probatório. Se o juiz decidir segundo o rígido princípio de prévia divisão do ônus da prova, ele muitas vezes decidirá contra a equidade, o bom senso. Mas se ele decide não segundo a carga probatória, mas segundo a busca que fez da verdade real, da verdade provável, ele não será arbitrário, mas estará correspondendo, ao contrário, ao ideal de um direito mais perfeito, próximo do ideal de Justiça. Nosso Código de Processo Civil vigente quebrou, com relação à prova, o rígido princípio dispositivo, dando ao juiz a iniciativa de determinação da prova (art. 130). Portanto, não há como entender que seja rigorosa a divisão da carga probatória prevista no art. 333 do mesmo diploma legal.

São requisitos para a inversão do ônus da prova, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, que deverá ser utilizado como paradigma para a analogia, a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do requerente, além de seu pedido expresso de inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova, pois, visa amparar o litigante hipossuficiente, cujas alegações possuam verossimilhança, quando houver perigo de este não conseguir, em decorrência da sua fragilidade processual, provar o fato constitutivo de seu direito. Se assim não fosse, a não inversão do ônus da prova, em determinados casos, acarretaria a inviabilidade do acesso ao Poder Judiciário. Parece-nos, pois, que a inversão do ônus da prova é extração lógica do princípio da isonomia, para que as partes possam litigar em igualdade de condições.

O momento apropriado para o magistrado declarar invertido o ônus de prova é na primeira oportunidade que tenha de conhecer o requerimento de inversão do *onus probandi*, à luz dos requisitos legais e do princípio da isonomia do requerente, seja autor ou réu. A oportunidade propícia para a inversão do ônus da prova é em momento anterior à fase instrutória propriamente dita. Do momento em que despacha a inicial até a decisão do saneamento do processo, o magistrado já deve dispor de dados para decidir sobre a inversão. Assim, a atividade instrutória já se inicia com as cargas probatórias transparentemente distribuídas entre as partes. Contudo, não significa que, uma vez ultrapassado esse momento do processo, ideal para a declaração de inversão do ônus da prova, ao magistrado não mais cabe fazê-lo. Isso porque a verossimilhança, em alguns casos, somente se configura após um início de prova. Afinal, também a verossimilhança deve ser cabalmente demonstrada ao convencimento do magistrado, e esse ônus é exclusivamente do requerente hipossuficiente. Não será porque a fase instrutória se encerrou que o magistrado não poderá, convencido da verossimilhança e hipossuficiência, inverter o ônus da prova, pois para o magistrado, não há preclusão, seus poderes instrutórios³⁰ estão alheios ao sistema de preclusões.

³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes Instrutórios do Juiz*, Revista dos Tribunais

Bibliografia

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. 1, São Paulo, Ed. Max Limonad, 2ª ed., 1952.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. II, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2000.

ARRUDA ALVIM, Teresa Celina. "Limites à chamada 'discricionariedade' judicial", in *Revista de Direito Público*, vol. 96, São Paulo, Ed. RT.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil", in *Temas de Direito Processual*, terceira série, São Paulo, Ed. Saraiva, 1984.

_____. "Julgamento e ônus da prova", in *Temas de Direito Processual*, segunda série, São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BORGES, Marco Antônio. *Teoria General de la Puebla em Direito Civil* - vol. I - Enciclopédia Saraiva, vol. 62.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Editora Bookseller, Traduzido por Lisa Pary Scarpa, 2001.

_____. *apud* LOPES DA COSTA. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, v. III.

CARREIRAALVIM, J.E., *Código de Processo Civil Reformado*. Del Rey, 1995, *apud* BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. in *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento) / coordenador, José Carlos Barbosa Moreira; Ada Pellegrini Grinover...[et al]* - Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

CHIOVENDA, *apud* AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Processo Civil*. Ed. Saraiva, v. 2.

- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1969, v. 2.
- COUTURE, J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ed. 1974, nº 135, p. 215, apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- FREDERICO MARQUES, José. *Manual de Direito Processual Civil*, 1ª ed., V. II, nº 457.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1984, São Paulo, Saraiva, v. II, nº 43.4.
- LOPES, João Batista. *Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional*. in Repro 35/36, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo - Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- MALHEIROS, Des. Antônio Carlos. in RT 714/158
- MAZZILLI, Hugo Nigro. O acesso à justiça e ao Ministério Público, *Justitia*, São Paulo, ano 51, abr./jun. 1989.
- MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*. 3ª ed., v. II, § 122, nota 2, apud THEODORO JUNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo –Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- NUVOLONE. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. in Riv. dir. proc., 1966, p. 448 e segs. apud ADA PELLEGRINI GRINOVER.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999.