

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

MURILO COUTO LACERDA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

P963

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Querino Tavares Neto, Juraci Mourão Lopes Filho, Murilo Couto Lacerda – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-082-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo e jurisdição. 3. Efetividade da justiça. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

No último encontro do Conpedi em Brasília no grupo de trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I tivemos a oportunidade de discutir e debater uma série de artigos que exploram as complexidades do processo e a efetividade da justiça no Brasil. Os pesquisadores apresentam descobertas com suas análises e perspectivas sobre os seguintes temas:

1. Da Produção Antecipada da Prova como Reflexo do Princípio da Cooperação no Processo Civil Brasileiro
2. Das Convenções Processuais sobre Distribuição do Ônus da Prova em Relações Paritárias e de Consumo
3. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Entre a Metodologia de Formação de Precedentes e o Direito Processual Coletivo
4. Inovação e Eficiência no Poder Judiciário: O Uso de Tecnologias de Inteligência Artificial
5. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais e o Sistema de Precedentes Brasileiro
6. O Julgamento de Demandas Repetitivas à Luz da Teoria da Integridade do Direito de Ronald Dworkin
7. O Momento para a Inversão do Ônus da Prova
8. O Papel do Conselho Nacional de Justiça na Uniformização da Jurisprudência
9. O que o Filtro de Relevância do STJ Pode Aprender da Repercussão Geral do STF?
10. O Sistema de Precedentes no Código de Processo Civil de 2015 e a Judicialização da Política no Brasil
11. Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e o Acesso à Justiça à Luz do RESP nº 2.071.340-MG

12. Projeto Victor e a Análise de Demandas Repetitivas: Um “Ábsono Humanoide” no Supremo Tribunal Federal?

13. Realismo Autoritário: A Difusão dos “Juízes Moro” a Partir do Caso Ufersa na Justiça Federal em Mossoró/RN

As apresentações foram seguidas de debates enriquecedores, onde os participantes aprofundaram as questões levantadas, discutiram as implicações práticas e teóricas de cada artigo e compartilharam experiências e conhecimentos. A diversidade de opiniões e a troca de ideias foram fundamentais para expandir nossa compreensão sobre a efetividade da justiça e os desafios que o sistema judicial enfrenta atualmente.

Estamos ansiosos para dar continuidade a essas discussões em nossos próximos encontros e para desenvolver propostas que possam contribuir para a melhoria de nosso sistema de justiça.

Agradecemos a participação de todos e ficamos à disposição para novas reflexões e colaborações!

Dr. José Querino Tavares Neto – UFG - email: josequerino@ufg.br

Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - Centro Universitário Christus - email: juracimourao@gmail.com

Dr. Murilo Couto Lacerda - UNIRV - email: murilo.couto@unirv.edu.br

O MOMENTO PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

THE MOMENT FOR SHIFTING THE BURDEN OS PROOF

José Davi Cavalcante Moreira ¹

Resumo

O presente trabalho tratou da inversão do ônus da prova à luz da sistemática processual brasileira, especialmente considerando o processo colaborativo e democrático, na busca de apontar o momento adequado para a decisão que determine a inversão ou redistribuição do ônus da prova. O objetivo central foi verificar qual o momento adequado para que o juiz decida acerca da distribuição o ônus da prova sem violar os princípios e normas pertinentes ao sistema processual civil e prestigiando a colaboração e transparência. A pesquisa ocorreu por análise de conteúdo publicado e análise de jurisprudência. Os objetivos específicos foram compreender a importância da prova para a atuação das partes no sistema de processo civil colaborativo; situar a inversão do ônus da prova na sistemática processual; e entender quando a possibilidade legal de aplicação do instituto deve ser decidida pelo juiz para melhor contribuição com a aplicação do direito ao caso concreto. Conclui-se que o momento adequado para inverter o ônus da prova é o do despacho saneador, sem prejuízo de fazê-lo, excepcionalmente, em momento diverso quando ainda for possível que as partes possam se manifestar e atuar efetivamente na instrução processual em vista da decisão.

Palavras-chave: Direito processual civil, Processo colaborativo, Prova, Inversão do ônus da prova, Momento

Abstract/Resumen/Résumé

The present work dealt with the reversal of the burden of proof on the Brazilian procedural system, specially considering the collaborative and democratic process, in search to point out the appropriate moment for the decision that determines the reversal or redistribution of the burden of proof. The main objective was to verify the appropriate time for the judge to decide on the distribution of the burden of proof without violating the principles and norms pertinent to the civil procedural system and honoring collaboration and transparency. The research was carried out by analysis of published content and analysis of jurisprudence. The specific objectives were to understand the importance of evidence for the actions of the parties in the collaborative civil process system; to situate the burden of proof reversal in the procedural system; and to understand when the legal possibility of applying this institute should be decided by the judge for a better contribution to the application of the law. It is concluded that the appropriate moment to reverse the burden of proof is when the judge determine the claims to be appreciated and which party is responsible for evidence to either

¹ Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP, Mestre em Direito Constitucional pela UFC, Especialista Direito Corporativo e Governança Empresarial pelo IDP. Advogado.

prove or defeat a particular claim, without prejudice to doing so exceptionally at a different time, assuring that it is still possible for the parties to express themselves and effectively participate with evidence given the decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil procedure, Collaborative process, Evidence, Shifting the burden of proof, Timing

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca delimitar a importância da prova na atuação entre as partes de um litígio submetido ao Estado-juiz, sendo que a variedade de disputas submetidas ao juiz é imensurável, se define uma regra geral de tramitação dos casos, o processo.

Dentro os processos, a regra geral nem sempre basta para que o juiz aprecie adequadamente as alegações e aplique a melhor solução ao caso concreto, com suporte em fatos e provas apresentados pelas partes no esforço comum colaborativo, sendo pertinente que a legislação permita que, em circunstâncias determinadas e mediante fundamentação, o juiz possa adaptar as regras de distribuição dos ônus atribuídos às partes a fim de propiciar a melhor produção das provas, com a transparência e contraditório necessários.

Ao abordar a sistemática processual vigente, especialmente sob o prisma do processo colaborativo, é pertinente que os esforços das partes e julgadores sejam direcionados da melhor forma em busca de uma solução adequada ao caso submetido ao Judiciário. Na busca pelo melhor provimento judicial as provas são elementos de grande importância, logo sua produção de forma adequada é do interesse de todos.

Em vista do instituto da inversão do ônus da prova ser de grande relevo no microsistema jurídico do CDC, de ampla aplicação e repercussão, importa responder a pergunta “quando deve ocorrer a inversão do ônus da prova?”.

A pesquisa ocorreu a partir da bibliografia existente acerca do tema, bem como análise de jurisprudência, a fim de verificar quais as teorias existentes sobre o momento da inversão do ônus da prova e as opiniões acerca do momento adequado de analisar a possibilidade de aplicar o instituto, permitindo compreender o assunto e concluir pelo momento que melhor atende à principiologia e normas pertinentes.

A conclusão indica a opinião do autor acerca do tema, afastando outras possibilidades e fundamentando a não concordância com elas, com fundamentação na doutrina e jurisprudência.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO

Dentro de uma disputa judicial, em que requerente e requerido tentam convencer o juiz (Estado) de que sua tese, ou antítese, é a mais adequada juridicamente e merece prevalecer, a dialeticidade, o diálogo entre as partes, busca influenciar o convencimento do julgador. Entretanto, os argumentos não são a única maneira de convencimento, um exemplo disso são

as provas, que dão suporte às alegações e aos fatos para construir um cenário verossímil e apto a convencer o juiz da tese (ou antítese) formulada.

Conforme CÂMARA (2019, p.227), “prova é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa”. Logo, a prova, em conjunto com os fatos e argumentos, também tem a função de convencer o julgador, colaborando para seu livre convencimento para solucionar um litígio.

A concepção tradicional, das partes levando uma disputa ao Estado em busca de pacificação não pode induzir à noção de que uma vez apresentada a querela, com cada parte trazendo seus argumentos, ficaria estabelecida a relação entre partes e julgador e este teria o papel ativo de provar uma resposta, cabendo aos demais aceitar o que lhes seja posto. A jurisdição é uma função pública, entretanto, as funções públicas, o poder do Estado, são exercidas com respeito aos cidadãos, que não poderiam ocupar uma posição passiva frente a um juiz com poderes para condução do procedimento e investigação de fatos relevantes (OLIVEIRA, 2018, p. 290).

Considerando a função jurisdicional e seu caráter público, ela deve ser exercida com o objetivo de atender aos cidadãos, que são os destinatários das funções públicas, e no modelo de Estado Democrático de Direito, conforme o Art. 1º da Constituição Federal, tais funções devem ser exercidas democraticamente. O Estado democrático pressupõe que os cidadãos participam das decisões do Estado, e o processo, inserido no modelo democrático estatal, modernamente tem adotado essa premissa, incorporando o princípio da colaboração, no qual os interessados são uma comunidade de trabalho (ÁLVARO DE OLIVEIRA, 2009, p. 157), em que todos os envolvidos combinam seus esforços para a melhor solução das disputas.

O diálogo processual pressupõe uma ordem preestabelecida de direitos e obrigações, a fim de ordenar o procedimento para que, ao final, o juiz possa analisar o conjunto de fatos, argumentos e provas à luz do que a Constituição e a legislação estabelecem para formar seu convencimento e decidir a disputa entre as partes, pacificando conflitos, o que afinal, é a principal função do Poder Judiciário.

Nesse contexto de diálogo, o contraditório ganha dimensão maior que o direito de contraposição ao que é trazido pela parte adversa, com o juiz como destinatário, ele passa a ser parte de um diálogo constante entre as partes e o juiz, como o elemento discursivo, de diálogo entre as partes e o julgador para formar o juízo do magistrado (CABRAL, 2005, P. 64). O contraditório e o diálogo entre as partes, inclusive com o julgador, faz com que todos participem do andamento processual, conhecendo a discussão em profundidade e participando com

isonomia do caminho processual até a decisão judicial que dê a melhor solução possível ao caso.

O trâmite processual tem de ser conhecido, com regras claras e valorizadas (LANES, 2014, p. 136), essas regras pressupõem estabelecer uma igualdade entre os que disputam, a fim de que tenham as mesmas oportunidades de obter uma decisão que lhes favoreça. Em que pese ao final possa haver um vencedor e um vencido, em maior ou menor grau, ambos devem ter a consciência de que litigaram em equilíbrio de chances, num contexto de “paridade de armas”.

O juiz também tem papel ativo no processo, não sendo mero destinatário dos esforços das partes, já se mencionou a colaboração com a finalidade de se buscar a melhor solução, e isso também cabe, por óbvio, ao juiz, que deve utilizar o processo como meio para a melhor aplicação do direito ao caso concreto, visto que o processo não deve ser um fim em si, se está a discutir algo que decorre do direito material.

Entendido o processo como ferramenta cooperativa, seus institutos devem servir à sociedade para concretização de direitos, então institutos processuais devem prestigiar o bom direito, conforme o livre convencimento motivado do juiz, convencimento este que é construído em conjunto com as partes. No contexto de construção conjunta, seria inadequado surpreender as partes com decisões ou providências.

A preocupação com o contraditório e com a igualdade entre as partes tem como um dos objetivos, evitar que decisões proferidas representem algo diferente do que vem sendo construído ao longo do processo, o que tiraria o processo do caminho da melhor aplicação do direito para rumar em outra direção, o que não se deseja.

Portanto, descabe a chamada decisão surpresa, tida como a decisão inesperada, tomada com base em fatos e circunstâncias a respeito das quais a parte não tenha tomado conhecimento, fundadas em premissas que as partes não puderam, previamente, conhecer para tomar as medidas e precauções adequadas ao caso; trata-se de garantia decorrente do devido processo legal e do contraditório² bem como da boa-fé, transparência e imparcialidade dos poderes públicos (NERY JUNIOR, 2017, pp. 265-266). O caráter de surpresa decorre de tal decisão é pronunciada sem que ninguém – exceto seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos (SOUZA, 2014, p. 136).

É importante perceber que as partes apresentam os elementos que favorecem sua tese ou antítese, sendo esse o seu maior interesse e ônus no processo, se desincumbir desse ônus é uma busca constante, dentro da lealdade que se espera de uma ação em conjunto como o

² Arts. 5º, LIV e LV, Constituição Federal.

processo. Parte desse ônus também toca às provas apresentadas, no mesmo sentido de que sejam favoráveis aos argumentos apresentados, aplicando-se a cada parte o ônus de demonstrar concretamente, para convencer o julgador, da pertinência de suas alegações em face do que argumente a parte adversa.

O objeto da prova, portanto, é a alegação da parte, a qual se apoia, também, nos fatos. CAMBI (2006, p.20) e AMARAL (2015, p. 32) apontam que a prova é necessária para determinar o *thema probandum* e que é uma proposta das partes ao juiz a quem cabe avaliar a admissibilidade, relevância e pertinência. Para além das partes e, existe um interesse público na solução dos conflitos, tanto que o Estado-juiz substitui a vontade das partes e desempenha uma função pública para a qual as partes contribuem, observando os deveres de lealdade e boa-fé processuais, num dever de colaboração probatória (MARINONI, et.al., 2020, p.263) ³.

Todo o sistema processual, assim como a ordem jurídica em geral, decorre da Constituição Federal, que traz diversos princípios relacionados à atividade processual, como o devido processo legal, acesso à Justiça, ampla defesa e contraditório, duração razoável do processo, entre outros, tudo isso para assegurar que o Estado seja provedor do melhor resultado de sua atividade enquanto julgador, o que somente pode ocorrer com a participação ativa e de boa fé das partes, numa colaboração ativa, tudo subordinado à Constituição Federal.

2 O ÔNUS DA PROVA E A POSSIBILIDADE DE SUA INVERSÃO

No contexto de detalhamento das normas constitucionais, o Código de Processo Civil – CPC – determina as normas que regulam detalhadamente o processo, inclusive, no que nos ocupa, estabelece critérios para distribuição do ônus da prova⁴, já que não interessa a ninguém

⁴ Conforme Código de processo Civil, Arts. 357 e 373.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(..)

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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

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

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

de boa-fé que qualquer discussão seja prolongada de forma indefinida, devendo, portanto, serem apresentados os pedidos de prova no momento adequado do andamento processual, a fim de que sejam apreciados pelo juiz de modo a permitir o avanço do processo e sua duração razoável⁵.

Ônus da prova, aliado ao livro convencimento motivado do juiz, impedem decisões arbitrárias, que não podem conviver com Direito, com o império da lei, bem como as já comentadas decisões surpresa. Portanto, entre as regras processuais, se distribui entre as partes o que elas devem apresentar como provas do que defendem, esse ônus é a atribuição de oportunidades e riscos para as partes trazerem elementos ao juiz para subsidiar sua decisão, representando o próprio interesse da parte em provar sua tese ou antítese como também um dever no contexto de sua colaboração para o processo, e, ao fim, para a melhor aplicação do direito.

É perceptível que o trâmite processual é uma sequência de fatos que busca fazer com que se chegue ao objetivo: a sentença de mérito que melhor aplique o direito ao caso concreto. Ocorre que tal sequência não é meramente linear, como também as discussões submetidas aos juízes não são planas e repetidas, tudo é sujeito a incidentes e tem complexidades naturais, o que traz a necessidade de adaptar o andamento processual às particularidades de cada causa. Não poderia ser diferente, já que a solução democrática de conflitos pressupõe que estes sejam apreciados na sua particularidade, não se admitindo a mera aplicação forçada de uma solução que se pretenda capaz de resolver todos os conflitos, o que, por óbvio, não seria democrático nem construído em conjunto.

Uma das possibilidades de adaptação do processo ao caso concreto é a autorização legal para o juiz a determinar a distribuição do ônus de prova de maneira diversa da regra geral do CPC, inclusive podendo inverter o ônus da prova⁶ ou, indo ainda mais longe, a lei permite

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

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

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

(...)

⁵ Conforme Art. 5, XXXV, da CF.

⁶ Art. 357, III, e 373, §1º, CPC e Art. Art. 6º, VIII, Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

(...)

que as partes, nas hipóteses permitidas, decidam entre si acerca da distribuição do ônus da prova⁷.

Especificamente, a inversão do ônus da prova, permitida pelo CPC e pelo CDC, conforme já apontado, nos ocupa em razão de sua ampla utilização, em especial nas ações que envolvem questões de direito do consumidor, visto que ocorre com frequência, afetam diretamente o comportamento das partes e podem ocorrer numa diversidade de momentos do processo, em que pese este ponto ser discutível tecnicamente.

O momento da distribuição, e também da inversão, do ônus da prova é a problemática que nos ocupa à luz da legislação processual.

DIDIER JR (et.al., 2019, p. 130), aponta que as normas processuais que disciplinam o ônus da prova são dirigidas tanto às partes (ônus subjetivo) quanto ao juiz, sendo regras de julgamento para os casos de insuficiência de provas (ônus objetivo). Essa noção parece abstrata, mas com consequências importantes, pois torna necessário apreciar a decisão que trata da distribuição ou inversão do ônus da prova para se analisar o momento adequado de fazê-lo.

É de sabença que o juiz é o destinatário da prova, e lhe cabe avaliar o conjunto probatório apresentado pelas partes, dentre outros elementos, para proferir uma sentença de mérito, observando os deveres e garantias constitucionais. Há de se reconhecer, por óbvio que pareça, que as partes têm o direito a fazer prova no processo, e tal direito tem caráter fundamental, conforme AMARAL (op. cit., p.35).

Quanto às partes, também cumpre diferenciar o ônus de alegar do ônus de provar, sendo aquele o ônus de trazer aos autos do processo os fatos que lhe sejam favoráveis e este o ônus de trazer as provas do alegado.

Nosso sistema processual não admite essa dicotomia, essa noção de que cada um fala em proveito próprio (CÂMARA, op. cit., p. 235), o correto é que as partes apresentam suas alegações e provas para formar, repita-se, um conjunto que é apreciado pelo julgador para formar seu convencimento motivado. CAMBI (op.cit., p. 27) aponta que nem sempre basta alegar para convencer o juiz, havendo um vínculo natural entre alegar e provar, “na medida em que as afirmações dos fatos precisam ser verificadas pelas provas (*allegata probanda sunt*)” (CAMBI, op. cit., p. 27).

Da relação entre provar e alegar decorre a regra clássica de distribuição do ônus da prova, com o Art. 373 do CPC determinando ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor. Essa regra permite às

⁷ Art. 373, §3º, CPC.

partes saber antecipadamente o que será necessário provar para que suas alegações sejam pertinentes e relevantes para a decisão judicial.

Nem sempre, contudo, a regra geral atende à realidade. Conforme já apontado, as questões submetidas ao Judiciário não são lineares, e suas particularidades tornam necessárias outras possibilidades de tratamento para se buscar a decisão mais adequada ao ordenamento jurídico, como, por exemplo, casos em que o requerente não dispõe dos meios para provar o que alega, quando seria mais viável ao requerido fazer prova de que as alegações do autor não são corretas. Há de se lembrar que o processo deve transcorrer em colaboração, o que particulariza cada caso em maior ou menor extensão, mas obriga a todos a conhecer o caso na sua inteireza até os seus detalhes, que podem ser relevantes para a decisão.

Observe-se que o exemplo acima, por simplório que seja, já demonstra diferença entre alegar e provar: nele o requerente sequer consegue provar o fato constitutivo do seu direito, já que o requerido teria mais condições de provar que os fatos apontariam em sentido contrário. Não é o caso de falha do autor, mas de simples impossibilidade fática, quando o réu dispõe das provas para sustentar as alegações de um aparte ou de outra. Mais: As provas produzidas por ambas as partes se tornam um conjunto que deverá ser apreciado pelo juiz, sendo que as provas produzidas pelo requerido podem prejudica-lo, confirmando o alegado pelo requerente.

A situação hipotética acima demonstra um dos institutos permitidos para casos em que a situação de fato foge à regra geral de distribuição do ônus da prova, os casos em que seja necessária uma distribuição diferenciada desse ônus, para tanto o CPC permite a *distribuição dinâmica do ônus da prova* e uma das possibilidades permitidas é a inversão do ônus da prova, em que os ônus processuais são invertidos. DIDIER JR (op.cit., p. 136) entende que sequer seria o caso de inversão, e sim de regra especial que excepciona a regra geral, contudo, não visualizamos uma diferença significativa nas duas interpretações, sendo de fato há uma regra especial que inverte o ônus da prova com relação à regra geral do Art. 373, *caput*, do CPC, portanto nada altera o resultado ou a aplicação prática do instituto.

No sistema do CPC, cumpridos os requisitos indicados nos parágrafos 1º, 2º e/ou 3º do Art. 373⁸, (previsão legal, ou peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à

⁸ Art. 373. (...)

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, desde que não gere situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil) o ônus da prova poderá ser invertido. Quanto à previsão legal, uma de bastante aplicabilidade cotidiana⁹ é o Art. 6º, VIII, do CDC, que permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor em caso de verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor.

Destaque-se que a inversão depende de decisão judicial fundamentada, e aqui reside outro ponto importante para análise: quando deverá ocorrer a decisão de inverter o ônus da prova?

3 DO MOMENTO PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O momento adequado para a inversão do ônus da prova é motivo de divisão na doutrina, sendo necessário compreender os argumentos em cada sentido para que se possa aferir o momento mais adequado para aplicar o instituto.

Inicialmente, há defensores de que o comando legal que trata da inversão do ônus da prova seria obrigatória, uma vez presentes os requisitos legais, e deveria ocorrer no momento da sentença, quando o juiz conclui pela presença dos requisitos legais para a inversão. Nesse diapasão, a atividade judicial seria vinculada à lei, e o fornecedor, que teria contra si invertido o ônus da prova, em vista do instituto se destinar à proteção do consumidor, deveria tomar as cautelas necessárias para a melhor condução de sua defesa.

Segundo ANDRADE (2002, p. 155-156), caso o fornecedor não desejar assumir o risco de uma divergência interpretativa, deverá envidar os esforços necessários para produzir todas as provas que lhe aproveitem, e contra a decisão interpor o recurso pertinente para desconstituir a decisão.

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

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

⁹ Exemplos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA c.c. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – (...) Inversão do ÔNUS DA PROVA - Considerando que o momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova é o do julgamento da ação e que a prova pericial já foi concluída, restando ao Juiz da causa o julgamento do mérito, não se justifica qualquer pronunciamento desta Instância recursal a respeito, sob pena violação ao duplo grau de jurisdição - Precedentes do C. STJ e deste Eg. TJSP - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2153286-95.2022.8.26.0000; Relator (a): Lavínio Donizetti Paschoalão; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/12/2022; Data de Registro: 15/12/2022)

O anteprojeto do CDC previa a possibilidade de decidir sobre a inversão do ônus da prova na sentença, bem como Cândido Rangel Dinamarco, mencionado por SANTOS (2006)¹⁰, entendendo que seria o caso de regra de julgamento; no mesmo sentido PACÍFICO (2001, p. 160)¹¹. Também LOPES (2002, p. 51) defende que somente após a instrução probatória se poderia inverter o ônus da prova e que não se poderia alegar surpresa, já que o instituto tem previsão legal.

Nessa linha de entendimento, a possibilidade de inversão do ônus da prova é uma incerteza para ambas as partes, o que seria interpretado como fator de incentivo para que ambos realizem seus melhores esforços para produzir as provas que entendam lhe aproveitarem, a serem valoradas na sentença.

Apesar dos argumentos expostos, os argumentos colhidos ao longo do presente estudo demonstram que, num contexto de processo colaborativo, transparente, e dedicado à uma construção que culmine numa decisão de mérito, não se pode conciliar a necessidade e transparência na produção de prova com a incerteza sobre a quem caberia produzir essa prova.

Estabelecer que cada parte produza a prova que entender pertinente, para deixar que o julgador estabeleça a distribuição do ônus probatório no momento da sentença seria abandonar a transparência e colaboração em favor de uma zona de sombra onde o julgador agiria sozinho, ainda que com o dever de fundamentar sua decisão, sem que as partes possam concretamente ter qualquer influência.

Há de se entender que a inversão do ônus da prova se trata de regra de procedimento, que antecede o julgamento e adequa-se de forma bastante fiel aos princípios da segurança jurídica, contraditório, ampla defesa, cooperação entre as partes, entre outros, harmonizando-se com a regulamentação do sistema processual, e ainda evitando uma decisão surpresa, vedada pelos artigos 9º e 10º, do CPC¹², e contrária ao próprio sistema processual, conforme já tratado.

¹⁰ “Os autores do anteprojeto, de que resultou o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, além do jurista CANDIDO RANGEL DINAMARCO, são defensores da teoria de que o momento oportuno para inversão é o da sentença, tendo como fundamentação o seguinte argumento: os dispositivos sobre o ônus da prova constituem regras de julgamento.”

¹¹ “A garantia do devido processo legal deve ser, sem dúvida, assegurada a qualquer custo. Contudo, não nos parece constituir ofensa aos cânones constitucionais a inversão no momento da decisão. A partir do conteúdo da petição inicial – com a exposição da causa de pedir e do pedido – às partes envolvidas é perfeitamente possível avaliar se há possibilidade de aplicação das normas do Código do Consumidor ao caso concreto.”

¹² Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Considerando a inversão do ônus da prova como regra de procedimento, é imperioso que sua decisão ocorra em momento no qual seja possível às partes agir para se desincumbir do dito ônus que efetivamente lhe caiba, do contrário as partes produziram suas provas sob o risco de, apenas na sentença, saberem que o ônus probatório seria invertido e nada mais poderiam fazer, teriam produzido sua prova sem saber as regras de apreciação dela, sem a segurança acerca do que deveriam provar, já que seria afastada a regra geral de provar os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos do direito.

Inverter o ônus da prova apenas na sentença, equivale a proferir uma decisão surpresa, visto que as partes atuaram ao longo do processo num contexto em que a distribuição do ônus da prova era a regra geral, e assim participaram do processo, colaboraram com ele dentro de um paradigma, não poderiam produzir provas condicionais, indicando que certas provas se aplicam à distribuição ordinária do ônus da prova e outras caso tal ônus seja invertido na sentença.

Analisar a inversão do ônus da prova no despacho inicial, sem sequer conhecer os argumentos da contestação, a antítese, é prematuro, visto que sequer a parte contrária teve conhecimento do processo, o que só ocorre com a citação válida, logo menos razão haveria para se avaliar a hipossuficiência e verossimilhança das alegações ou quais seriam as teses de defesa. Num sistema de colaboração descaberia também tal cognição, em vista da produção de provas que sequer se pode indicar nesse momento.

Entende-se ser mais adequado estabelecer os argumentos das partes, analisar os pressupostos legais, e, no despacho saneador, que indicará os fatos controvertidos e as provas a serem produzidas, então decidir acerca do ônus da prova, consoante também entendem GIDI (1995, p. 39), CAMBI (op. cit. 420)¹³. GIDI, (1995, op. cit., p. 34)¹⁴ defende que o instituto da

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹³ A inversão do ônus da prova, para poder dar efetividade às garantias constitucionais contidas na regra do art. 5º, inc. LV, CF, deve ser realizada, durante a fase de saneamento do processo, precisamente no momento da audiência preliminar, quando o juiz deve fixar os pontos controvertidos (art. 331, §2º, CPC), quando houver ou no despacho saneador (art. 331, §3º, CPC). Tanto, mesmo que, posteriormente, o juiz se dê conta que deveria inverter o ônus da prova (inclusive no momento da sentença), deverá dar oportunidade para que o fornecedor se manifeste e, se necessário, exercite seu direito à prova contrária”

Conforme Carlos Roberto Barbosa Moreira, Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Revista de processo, v. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais; e Teresa Arruda Alvim Wambier, Noções gerais sobre o processo no Código do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais.

¹⁴ “Afigura-se-nos que verossímil a alegação tem que ser. A hipossuficiência do consumidor per se não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um shopping center luxuoso, requerendo preliminarmente, em face de sua incontestável extrema hipossuficiência, a

inversão do ônus da prova tem requisitos, ainda que possam ser conceitos abertos, não são desprovidos de racionalidade para aplicação, descabendo alegar que seria aplicado de forma indiscriminada, especialmente a verossimilhança das alegações.

No mesmo sentido DIDIER JR (op. cit., pp. 147-148), entende que “não é possível a inversão judicial do ônus da prova feita na sentença”, que é imperioso que a parte possa agir diante da nova realidade, e ainda que “O processo cooperativo exige que a modificação do ônus da prova respeite a necessidade de prévia intimação às partes dos novos encargos probatórios e permitir a atuação da parte para desincumbir-se do novo ônus a ela imposto”.

AMARAL (op. cit., pp. 50-51) menciona a questão de segurança jurídica subjetiva (proteção da confiança) envolvida na situação, destacando que as partes têm o direito de conhecer seus encargos em tempo de “adotar as condutas processuais necessárias”¹⁵, o que vai ao encontro do que já se comentou com base em Nery Junior ao tratar da decisão surpresa.

A preocupação em evitar decisões surpresa, entendidas como aquelas sobre as quais as partes não tiveram oportunidade de se manifestar (conforme Arts. 9º e 10º do CPC, já mencionados), é uma realidade nos casos de inversão do ônus da prova, visto que a experiência pode indicar a probabilidade da inversão acontecer, mas nada assegura que tal será levado a efeito, e impossibilita as partes de elaborar uma estratégia processual adequada por não ser exigível uma previsão do convencimento do juiz. A inversão é uma possibilidade, constatados seus pressupostos, não uma imposição legal.

CAMBI (op. cit. p. 419-420) aponta que exacerbar o ônus da prova como regra de julgamento contribui com a burocracia das decisões judiciais, sustentada na apatia dos julgadores, dando margem a injustiças visto que as partes ficam entregues à própria sorte, como se o processo fosse um jogo legitimado pelo Estado em que venceria o litigante mais astuto, nesse passo, a inversão do ônus da prova como regra de julgamento somente deveria ser utilizado quando frustradas as tentativas de trazer aos autos elementos de convencimento.

O já mencionado Art. 373 do CPC estabelece possibilidade de redistribuição do ônus da prova, mediante decisão fundamentada, admitindo como uma das hipóteses relacionadas no

inversão do ônus da prova para que o réu prove que o seu carro (do mendigo) não estava estacionado nas dependências do shopping e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de Natal.”

¹⁵ (...) Não é juridicamente admissível que as partes sejam surpreendidas com a inversão promovida no julgamento. Elas precisam ser alertadas previamente sobre a inversão, de modo a terem ciência de seus encargos e poderem adotar as condutas processuais necessárias. Tal posicionamento é congruente com a chamada proteção da confiança legítima, decorrência do direito fundamental à segurança (CF/1988, art. 5º, *caput*). Repare-se que isso não representa uma indevida antecipação do exame do mérito. Trata-se de prestígio à garantia do contraditório, que somente será obedecida concretamente se as partes puderem influenciar positivamente na produção de provas.”

§1º “relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”, o que pouco difere da proteção estabelecida pelo CDC, que pressupõe a dificuldade do consumidor em produzir provas em vista da sua hipossuficiência e a verossimilhança do que alega.

Também cabe ponderar que, nos casos de má aplicação do instituto, ainda é possível a interposição de recurso mais simples que rediscutir toda a sentença nos casos em que a inversão também é nela decidida. Nada impede que as partes produzam as provas que entenderem melhores, apenas se está a aplicar a lei para indicar uma proteção que foi opção do legislador.

Como destinatário da prova, o juiz decidirá sobre a inversão ou não do ônus da prova, em contrário que tal providência ocorra na sentença, o entendimento de que deve ocorrer no despacho saneador é mais adequado tanto ao se considerar o processo como construção colaborativa das partes e do julgador, bem como no sistema processual que rejeita a decisão surpresa, em favor da ampla manifestação das partes sobre os temas discutidos.

CONCLUSÃO

A noção moderna de processo defende um modelo cooperativo, no qual os esforços das partes se somam aos do julgador para construir um convencimento que represente a melhor aplicação do direito material ao caso concreto, dentro de princípios como colaboração, transparência e boa-fé.

Esse processo colaborativo, de origem democrática e voltado ao cidadão, requer participação ativa das partes e do julgador, de modo que todos conheçam o caso e suas particularidades, rejeitando a postura passiva de que o caso é levado ao Estado-juiz e que este tem o dever de solucionar o caso.

O modelo cooperativo que enseja relevante contraditório, é, portanto, incompatível com a chamada decisão surpresa, que, entre outras possíveis definições, é aquela baseada em premissas que as partes não puderam conhecer previamente.

Esses pontos são relevantes ao se considerar o ônus da prova, ao qual as partes devem atentar para sustentar sua tese ou antítese, tanto por interesse no próprio êxito quanto por ônus a fim de convencer o julgador da melhor da melhor aplicação do direito.

No contexto da possibilidade de inversão do ônus da prova, faculdade do juiz mediante cumprimento de requisitos legais (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do

consumidor, utilizando os termos do CDC), há discussão acerca do momento para se tomar tal decisão, não sendo raro fazê-lo apenas ao proferir a sentença.

Em que pese os argumentos a favor, especialmente de que as partes são capazes de analisar as circunstâncias e produzir as provas que entendam pertinentes, se entende inadequado inverter o ônus da prova na sentença, por impossibilitar que as partes se comportem e produzam sua prova em vista da inversão, o que se configura uma decisão surpresa, já apontada como incompatível com o modelo processual colaborativo, inclusive com o próprio CPC.

Noutra possibilidade, também se mostra inadequado inverter o ônus da prova no despacho inicial, por prematuro que é analisar o ônus da prova antes mesmo da citação e de conhecer os argumentos da parte adversa. Não há pertinência, num processo colaborativo, em fazer tal juízo sumário.

Afastado o entendimento de analisar a inversão do ônus da prova na sentença e no despacho inicial, necessário lembrar que para tomar tal decisão o juiz deve: conhecer minimamente a causa, a fim de avaliar os requisitos do CPC ou da legislação pertinente (ex: CDC); decidir em tempo de as partes poderem produzir suas provas de modo efetivo e terem condições de trazer ao juízo elementos relevantes e pertinentes para influenciar o convencimento do juiz acerca dos fatos e argumentos apresentados; e ainda, obviamente não representar nenhuma antecipação do julgamento de mérito.

Os elementos tidos por pertinentes apontam o momento mais adequado para inverter o ônus da prova, como sendo o do chamado despacho saneador, visto que as provas estão entre as providências preliminares contidas nos artigos 347 e seguintes do CPC¹⁶.

¹⁶ CAPÍTULO IX
DAS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E DO SANEAMENTO

Art. 347. Findo o prazo para a contestação, o juiz tomará, conforme o caso, as providências preliminares constantes das seções deste Capítulo.

Seção I
Da Não Incidência dos Efeitos da Revelia

Art. 348. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando a inocorrência do efeito da revelia previsto no art. 344, ordenará que o autor especifique as provas que pretenda produzir, se ainda não as tiver indicado.

Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.

Seção II
Do Fato Impeditivo, Modificativo ou Extintivo do Direito do Autor

Art. 350. Se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe o juiz a produção de prova.

Seção III

Já que o saneamento é a providência em que o juiz indica as provas que cada parte deve produzir, é adequado alterar a distribuição das provas neste momento, cumpridos os requisitos legais, permitindo que o comportamento das partes seja orientado pela inversão, permitindo produção de provas no sistema colaborativo e com transparência.

Inverter o ônus da prova de modo algum representa antecipação do juízo de mérito, já que o instituto se destina exatamente a designar o melhor meio para que o juiz decida a causa de forma mais adequada, e deve ocorrer em decisão fundamentada, inclusive indicando os fatos sobre os quais ocorrerá a inversão, não necessariamente sendo uma inversão de caráter geral. Há de se ponderar que, por exemplo, no Art. 6º, VIII, do CDC, o direito do consumidor é a “facilitação de sua defesa dos seus direitos”, não a criação de dificuldades ao fornecedor de produtos e/ou serviços, nem uma isenção geral de dever de provar o que alegue.

A doutrina tem posição firme acerca do momento adequado para a inversão, como podemos exemplificar com CAMBI (op. cit. pp. 342-343)¹⁷, MARINONI (op.cit. pp. 278-279)¹⁸, CÂMARA (op.cit. fls. 239)¹⁹ e DIDIER JR (op. cit. p.147)²⁰.

Das Alegações do Réu

Art. 351. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 337, o juiz determinará a oitiva do autor no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe a produção de prova.

Art. 352. Verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

Art. 353. Cumpridas as providências preliminares ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, observando o que dispõe o Capítulo X.

¹⁷ “Aliás, esta preocupação com a *colaboração* processual deve estar presente durante todo o processo, não devendo ser utilizada pelo magistrado somente na fase decisória (arts. 130 e 263 do CPC).

Quer com isto evitar *decisões surpresas*, que contrariam as garantias da ampla defesa e do contraditório, forçando com que o juiz se preocupe com a distribuição da carga probatória a partir da defesa do demandado. Logo, a *organização da atividade probatória* (quais são os fatos controvertidos, a quem cabe demonstrar tais fatos e quais os meios probatórios serão utilizados) deve ser realizada na audiência preliminar (arts. 331 do CPC e art. 11 do Código Modelo) ou, na sua ausência, em *decisão ordinatória* (“saneadora”), anterior à fase instrutória. (...)”

Eduardo Cambi. Op. cit. pp.342-343.

¹⁸ “De todo modo, na lógica do Código de Processo Civil, sempre que o juiz entender por modificar o regime do ônus probatório, deve fazê-lo no curso do processo, de forma a permitir que as partes produzam a prova correspondente, sob pena de incidirem no ônus respectivo (art. 373, §1º, *in fine*, do CPC).

¹⁹ (...) Impende, portanto, que a redistribuição do ônus da prova se dê em momento anterior [à sentença] de forma a garantir à parte a quem o encargo probatório é agora atribuído que tenha ainda possibilidade de, durante a fase de instrução probatória do processo, produzir as provas que lhe permitirão desincumbir-se de seu encargo e buscar obter uma decisão que a favoreça.

Não é por outra razão que a decisão que redistribui o ônus da prova deve ser proferida como um capítulo do saneamento e organização do processo (art. 357, III). E sempre valdo recordar que que uma vez proferida essa decisão, têm as partes cinco dias para requer esclarecimentos e ajustes, e uma vez decorrido esse prazo a decisão se torna estável (art. 357, §1º), só podendo ser revista por meio de agravo de instrumento (admissível por força do art. 1.015, XI).”

Alexandre Freitas Câmara. Op.cit. p. 239.

²⁰ O momento de redistribuição pode ser qualquer um, desde que permite à parte se desincumbir do ônus que acaba de lhe ser atribuído. No entanto, parece ser mais oportuna a redistribuição feita por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, como aliás, expressamente indica o art. 357, III, CPC.

As indicações de CÂMARA e DIDIER JR., contém dois pontos que merecem luz: a possibilidade de agravo de instrumento contra decisão que inverter ou mesmo redistribuir o ônus da prova, e outros momento possíveis de se fazer a referida redistribuição deste ônus.

A decisão saneadora, de caráter interlocutório, de fato comporta agravo de instrumento por força legal (Art. 1.015, XI, CPC), contudo, diante da regulamentação legal e da matéria estrita, não se entende que tal fato possa causar um aumento relevante de recursos ou crie dificuldades aos tribunais. Ao contrário, se crê que a decisão de saneamento tem efeitos benéficos ao sistema processual, visto que restringe as matérias discutidas, torna mais racional a prolação da sentença e tem potencial de diminuir a complexidade das eventuais apelações, contribuindo com o sistema processual a longo prazo.

Quanto ao momento da decisão, a inversão do ônus da prova no momento da decisão de saneamento e organização do processo é o mais adequado, contudo, tal não é uma conclusão absoluta, sendo possível fazê-lo excepcionalmente em outro momento, ainda que tal seja menos provável, sempre com a possibilidade das partes se desincumbirem do ônus probatório atribuído.

A jurisprudência do STJ tem julgados indicando a inversão como regra de instrução, e não de julgamento, como no julgamento do AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 1169963 / ES²¹. Em acréscimo, tem indicação a favor da inversão ocorrer preferencialmente no saneamento ou permitindo a reabertura da produção de provas, conforme decisão do REsp 802.832/MG²², que pacificou a discussão no âmbito do STJ, tribunal com papel uniformizador da jurisprudência a nível de legislação federal, como no presente caso, o fazendo em termos que adequados à doutrina e à regulamentação processual.

Por fim, há de se pontuar que o sistema processual permite a inversão, a redistribuição e mesmo o acordo das partes sobre o ônus da prova, bem como é racional que a prova seja produzida por quem melhor puder fazê-lo.

Em vista de comando legal permitindo a inversão do ônus do prova, verificando o juiz a presença dos requisitos autorizadores da providência, sendo pertinente que as partes possam atuar em conjunto com o julgador para a melhor aplicação do direito, não se vislumbra

DIDIER JR (et.al.). op.cit. p. 147.

²¹ “Ao contrário do que alega o recorrente, a redação do despacho saneador foi suficientemente clara ao apontar a distribuição do ônus probatório, de modo que a inversão foi feita como regra de instrução e não de julgamento, nos termos do que admite a jurisprudência desta Corte Superior” (Agravo interno nos embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial 1169963 / ES (2017/0223121-8). Min. Rel. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 21.03.2019)

²² STJ. REsp 802.832/MG, 2ª Seção, rel. Min. Paulo de tarso Sanseverino, DJe 21.09.2011.

racionalidade em esperar a sentença para que se estabeleça a melhor possibilidade de produção de provas.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 3.ed.rev. atual. E aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. Coleção Liebmann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor – o momento em que se opera a inversão e outras questões. **Revista da EMERJ**. Disponível em <
https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_141.pdf>. Acesso em 17/08/2024.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé objetiva. **Revista de processo**. Vol. 126, pp. 59-81, Ago/2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. [2. Reimpr.]. São Paulo: Atlas, 2019.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. **Revista Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 13, 1995.

LANES, Júlio César Goulart. **Fato e direito no processo civil cooperativo**. Coleção o novo processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2**. 8. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Contraditório e colaboração: análise crítica da jurisprudência do STJ e do STF. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; NÓBREGA, Guilherme Pupe da; BECKER, Rodrigo Frantz; TRIGUEIRO, Victor Guedes. (coord). **Código de processo civil no STF e no STJ: estudos sobre os impactos e interpretações**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. 1.ed., 2.tir. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Sandra Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. 2.ed., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. 2.ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 77.

SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões surpresa no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.