

O JUIZADO ESPECIAL E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Cândice Lisboa Alves
Graduada em Direito pela UFV

“Entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.”
Orlando Gomes

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais sobre prova; 2. A inversão do ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor; 3. A inversão judicial do ônus probante; 3.1. Requisitos da inversão; 3.1.1. Hipossuficiência; 3.1.2. Verossimilhança; 3.2. Momento da inversão; 4. O Juizado Especial: peculiaridades; 5. A inversão do ônus probante no Juizado Especial; 6. Resumo; 7. Referências Bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: juizado especial, ônus da prova

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE PROVA

O ordenamento jurídico, como um todo harmônico e dinâmico, possui uma série de *princípios* que visam à manutenção da transparência, pureza e segurança de seus institutos. Encontra sua sustentação na Constituição Federal e, em cada uma de suas ramificações, encerra peculiaridades em conformidade com aquela.

Modernamente, consolida-se a idéia do *direito processual constitucional*, reiterando-se a natureza pública do processo, calcado, principalmente, em dois princípios basilares¹, dos quais advêm os demais

¹ Tal é o entendimento da Professora Ada Pellegrini Grinover, que assim disciplina no *livro Teoria Geral do Processo*: “Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados para assegurar a direito à ‘ordem jurídica justa’ ” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 84).

princípios, regendo e garantindo a segurança durante o *iter* processual, bem como a sua validade, quais sejam: o *devido processo legal*² e o *acesso à justiça*³.

Constata-se da análise da dinâmica do ordenamento jurídico que a toda pretensão alegada, seja em que ramo jurídico for, cabe a prova do fato. Existe uma “Teoria Geral das Provas” disciplinando quais os meios de prova são hábeis e possíveis dentro do procedimento. Tal teoria visa uniformizar e tornar mais estreito e imparcial o convencimento do juiz, no sentido de que o Magistrado deve se ater aos meios de prova efetivamente produzidos no procedimento, motivando e justificando sua decisão segundo o *princípio da persuasão racional*.

A questão da prova é regida, regra geral, pelo art. 333 do CPC, que assim estabelece:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

- I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e
- II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A essência do dispositivo legal anteriormente transcrito é a idéia de que *cabe a quem beneficiar a prova do fato o ônus de provar a sua existência*. Senão vejamos: ao autor, conforme inciso I do dispositivo acima cabe a prova do fato constitutivo de seu direito, porque a comprovação de tal fato a ele beneficia. No entanto, ao réu cabe a prova de fato impeditivo,

² “Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito do procedimento adequado: não só deve ser o procedimento conduzido sob o pálio do contraditório, como também a de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.82).

³ Sobre este princípio, consiste a explanação do Professor José Afonso da Silva: “O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 430).

modificativo ou extintivo do direito, porque tal fato a ele beneficia, fazendo com que não prospere a pretensão inicial do autor⁴.

A inércia do réu diante das alegações do autor faz com que se presumam verdadeiros os fatos narrados na inicial, ou seja, operam-se os efeitos da revelia. Via de consequência, o réu suportará as consequências da demanda, vez que a prova dos fatos é um ônus processual⁵ e não uma mera faculdade.

Se o autor, entretanto, simplesmente alega fatos na inicial e o réu procede com uma negativa ampla do ocorrido, não sendo produzidas provas no procedimento, o autor suportará a demanda, vez que aqui também vige a essência do art. 333, qual seja, incumbe a quem beneficiar a prova do fato alegado e, não o fazendo, tal parte perderá a demanda.

2. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com a experiência jurídica corrente, constatou-se uma supremacia do fornecedor de bens e serviços sobre o consumidor. Diante dessa realidade, o legislador, no momento da feitura do Código de Defesa do Consumidor, procurou criar mecanismos que reestabelecessem o equilíbrio entre as partes envolvidas nas relações jurídicas ligadas ao consumo.

A *ratio essendi* do Código de Defesa do Consumidor é defender o consumidor, possibilitando o reequilíbrio das relações jurídicas nas quais ele (consumidor) se veja envolvido. Seu intuito, então, é a manutenção da igualdade entre as partes nas relações consumeristas, ultrapassando e superando o que o art. 4º, I do referido Diploma Legal, denomina *vulnerabilidade do consumidor*.

⁴ Um exemplo de tal situação seria a transferência do ônus da prova, anteriormente do autor, agora do réu, visto que o mesmo deseja alegar o pagamento de prestação para a qual seja demandado, dação em pagamento ou outro meio de adimplemento obrigacional em uma ação em que seja pleiteado o pagamento de uma dívida. Tal inversão se justifica porque a prova do cumprimento do pactuado beneficia diretamente o réu.

⁵ “A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve *judgar secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus)” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 349).

A vontade da lei, nesse sentido, é tamanha que se manifesta na Carta Magna em dois capítulos, quais sejam, o das garantias fundamentais do homem e dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, V, CF), devido à sua relevância no contexto social.

O instituto da inversão do ônus da prova surgiu, portanto, para facilitar a implementação do direito dos consumidores, vez que a intenção desse instituto é a facilitação da defesa dos consumidores naquelas situações complicadas e difíceis de o consumidor provar, muito embora aconteçam⁶. É o caso, por exemplo, da cobrança abusiva de ligações (impulsos) na conta telefônica. O consumidor pode intentar uma ação alegando tal fato, porém apenas a empresa, através do rastreamento das ligações na conta telefônica, poderá constatar se houve ou não as ligações. Se esse ônus probante coubesse ao autor, este não conseguiria satisfazê-lo numa ação de conhecimento, permanecendo ao alvedrio da empresa prestadora de serviço, que por sua vez poderia aproveitar-se, sobremaneira, dessa posição. A única forma de procurar tomar conhecimento do ocorrido seria via ação cautelar de exibição de documento, que seria um meio de prova para a ação enfim almejada, qual seja a de indenização por possível cobrança indevida dos pulsos telefônicos.

Ressalte-se que a inversão do *onus probandi* deve ocorrer em situações específicas, visando ao *reequilíbrio* da relação processual⁷. Não pode, sob pretexto algum, ser um mecanismo de impor um ônus impossível de se provar. Tampouco pode ser uma manobra artil de imputação objetiva aos fornecedores. Nesse sentido, afirma o Professor Humberto Theodoro Junior, que *inconcebível, por isso mesmo, que a inversão do ônus da prova, quando autorizada por lei, seja utilizada como instrumento de transferência*

⁶ O professor Nelson Nery, neste sentido, diz que: "A doutrina mais moderna e as legislações novas têm compreendido bem a problemática que envolve a produção da prova que deve ser feita pelo autor que, por sua vez, não tem acesso a elementos e informações que são de vital importância para a demonstração dos fatos que sustentam seu direito. Nessa linha de considerações está a inversão do ônus da prova que se admite no CDC, em favor do consumidor" (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 822).

⁷ "O mecanismo da inversão do ônus da prova se insere nesta política tutelar do consumidor e deve ser aplicado até quando seja necessário para tutelar a vulnerabilidade do consumidor e estabelecer seu equilíbrio processual em face ao fornecedor. Não pode, evidentemente, ser um meio de impor um novo desequilíbrio na relação entre as partes, a tal ponto de atribuir ao fornecedor um encargo absurdo e insuscetível de desempenho" (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.137).

*para o réu do encargo da prova de fato argüido pelo autor que se revela, intrinsecamente, insuscetível de prova.*⁸

Outra questão importante a ser ressaltada é aquela atinente à possibilidade probatória. O que justifica a transferência do ônus probante ao fornecedor é a *fragilidade* ou *impossibilidade pessoal* de conseguir a prova por parte do consumidor⁹. A prova em si deve ser possível, pois, não o sendo, haverá a sucumbência inevitável da demanda. Não há como imputar a alguém a prova de um fato que, *per si*, seja impossível de se provar, pois assim estaríamos delegando ao fornecedor uma "obrigação impossível", o que não faz sentido.

Há duas maneiras disciplinadas no Código de Defesa do Consumidor de inverter-se o ônus da prova: a primeira é pacífica e dispensa prolongadas explicações, pois ocorre *ipso iure* e vem expressa no art. 38 do CDC; os arts. 12 e 14 também demonstram essa idéia porquanto disciplinam *expressamente* a *responsabilidade objetiva* nesses casos. A segunda, da qual se ocupam numerosos trabalhos e sobre a qual se ateu neste trabalho, vem disposta no art. 6º, VIII, do mesmo Código, tratando-se de *inversão judicial do ônus probatório*.

3. A INVERSÃO JUDICIAL DO ÔNUS PROBANTE

A *inversão judicial*¹⁰ advém do *poder discricionário* do Magistrado, sendo, entretanto, delimitada por dois requisitos objetivos, que, estando presentes, tornam quase irrefutável¹¹ a sua aplicação, quais sejam: a *hipossuficiência* do consumidor e a *verossimilhança* da sua alegação.

⁸ THEODORO JR., Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁹ THEODORO JR., Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.136.

¹⁰ Denomina-se inversão judicial porque advém de ato decisório do juiz, conforme se depreende da seguinte jurisprudência:

"PROVA – Ônus – Inversão – Critério do Juiz, quando reputar verossímil a alegação deduzida – art. 6º, inciso VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Recurso não provido.

O artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, com o flagrante intuito de facilitar o ajuizamento da ação, reserva ao juiz o poder de dispensar o autor do encargo de provar o fato constitutivo de seu direito, quando, a critério exclusivo do Magistrado, reputar verossímil a alegação deduzida" (AC 198.391-1, São Paulo, apelante: Escola Panamericana de Arte S. C. Ltda., apelado: Tamy Yael Leftel).

¹¹ Sobre esta discricionariedade quanto à inversão do ônus da prova, Alexandre Freitas Câmara esclarece que é mais que um poder, configurando-se como poder-dever, como explicita o trecho a seguir transcrito: "O que se tem, na hipótese, é um poder-dever do juiz. Presentes os requisitos, o juiz é obrigado a inverter o *onus probandi* em favor do consumidor. O que acaba de ser dito decorre do disposto no art. 6º do CDC, segundo o qual

Na doutrina surgiu a controvérsia quanto à necessidade de se preencherem os dois requisitos para se inverter o ônus em questão. Muito embora a letra da lei empregue a conjunção *ou* vem se fortificando, doutrinária e jurisprudencialmente, o entendimento de que devam estar presentes, necessariamente, os dois requisitos para inverter-se o *onus probandi*.¹² Tal posicionamento se justifica dentro das perspectivas subseqüentemente elucidadas.

3.1. Requisitos da inversão

Analisando o disposto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, percebem-se duas condições para a inversão judicial do ônus da prova. São elas a *hipossuficiência do consumidor* e a *verossimilhança da sua alegação*.

Os tópicos seguintes irão dissecar os requisitos anteriormente mencionados.

3.1.1. Hipossuficiência

Existe na Constituição Federal o *princípio da igualdade* de todos perante a lei. À primeira vista, poderia parecer que esta igualdade seria apenas formal, porém, de uma análise sistemática de tal preceito, constatou-se que ele se refere à igualdade material, ou seja, visa à manutenção do equilíbrio substancial entre as pessoas em quaisquer situações nas quais se encontram.

Transplantar essa idéia para o CDC significa o *equilíbrio contratual* nas relações de consumo, fazendo com que a sobreposição do fornecedor e, ou, prestador de serviços se iguale à posição do consumidor.

a inversão do ônus da prova é um dos direitos básicos do consumidor". Assim, não poderá o magistrado deixar de tutelar tal direito, tendo pois o dever de inverter o ônus da prova (CÂMARA, Alexandre Freitas. In: *A inversão do ônus da Prova em favor do Consumidor*. Artigo inserido no informativo n. 3 da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes).

¹² "A dicção normativa que prevê o direito à *inversão do ônus da prova* há de ser interpretada como aglutinativa, e não como alternativa; para ver-se na posição cômoda durante a fase probatória do processo, o consumidor deve apresentar alegação verossímil e ser hipossuficiente. Não preenchendo estes requisitos, vige a regra geral do art. 333 do CPC. Se a norma especial tem por escopo a *facilitação da defesa dos direitos* do consumidor, não pode se transformar em *abuso do direito de defesa*, ao ser interpretada de modo simplista e assistemática pelo operador do direito" (SOUZA, Rogério de Oliveira. In: *Da inversão do ônus da prova*. [S.l.]: ADCOAS, outubro de 2000).

A forma mais apropriada encontrada pelo CDC foi possibilitando, e às vezes impondo¹³, o ônus probante ao fornecedor.

Apenas se justifica a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor quando constatada sua *hipossuficiência*¹⁴ perante o fornecedor, pois, estando em igualdade de condições, prevalece o disposto no art. 333 do CPC.

Deve-se vislumbrar que uma relação de consumo não ocorre necessariamente com partes desiguais. À primeira vista, ao pensar em um fornecedor, visualiza-se o dono de uma grande empresa, porém existem pequenas e médias empresas, bem como comerciantes individuais, que na relação fática, muitas vezes, não têm como ser considerados em nível superior ao de consumidor na dita relação de consumo.

Devemos, também, não perder de vista a *economicidade* das relações de consumo. Se, a todo momento, fosse invertido o ônus da prova simplesmente por se tratar de uma relação de consumo, sem a averiguação minuciosa das condições em que se firmou tal contrato, poder-se-ia chegar a uma desaceleração econômica, pois o receio da responsabilização desmedida certamente implicaria fechamento de muitas empresas que, de fato, não têm como arcar com uma *imputação objetiva de resultado*.

3.1.2. Verossimilhança

A segunda condição imposta é a *verossimilhança* das alegações do consumidor. Isso quer dizer que o alegado pelo consumidor deve ser crível, possível, e que as *conseqüências* de sua alegação devem ser *naturais* para o fato narrado.

Alguns autores defendem que essa verossimilhança esteja relacionada com a probabilidade de ocorrência do fato, porém, analisando mais detidamente o instituto, percebe-se que é necessário mais que a

¹³ Os casos de imposição da inversão do ônus probatório nas relações de consumo encontram-se nos arts. 12, 14 e 38 do CDC, onde há *menção expressa* da responsabilidade objetiva dos fornecedores e, ou, prestadores de serviço.

¹⁴ "A hipossuficiência, assim, tem origem no reconhecimento da existência de verdadeira desigualdade socioeconômica entre as partes no processo. Esta desigualdade há de ser tal que os meios postos à disposição do consumidor para se desincumbir da produção da *prova* de sua alegação, se revelam de difícil aquisição, seja por dificuldades patrimoniais (locomoção, condução de testemunhas, honorários periciais etc.), seja por assistência judiciária desprovida dos mesmos recursos disponíveis à outra parte (contratação de peritos, juntada de documentos, confecção de plantas, visita a locais etc.)" (SOUZA, Rogério de Oliveira. *Da inversão do ônus da prova*. [S.l.]: ADCOAS, outubro de 2000).

probabilidade. É necessária uma quase certeza das conseqüências, conforme relata o Professor Rizzatto: *de fato, para o acatamento da inversão por esta hipótese, alguma prova há de ser produzida pelo autor (consumidor), posto que a norma estatui que a critério do juiz poder-se-á operar a inversão do ônus da prova quando "for verossímil a alegação" ou quando for o consumidor "hipossuficiente", segundo as regras ordinárias de experiência.*

Assim, pelo menos a prova relativa a tais aspectos deve ser produzida. Claro que ela pode vir já com a inicial ou após o exame da contestação, o que permitiria que o juiz tomasse a decisão no saneador.¹⁵

3.2. Momento da inversão

Controvertido, ainda, é o momento em que deve ser procedida a inversão probante.

Poderia ser cogitado, a princípio, que o momento da inversão se daria logo no despacho liminar, procedendo-se *de pronto à inversão*. Porém, como analisado anteriormente, para que ocorra a inversão judicial é necessário que os requisitos de verossimilhança e hipossuficiência sejam preenchidos, e isso pode ocorrer até no momento da sentença.

Ressalte-se, ainda, que até o momento da contestação ainda não foram fixados os pontos controvertidos no processo¹⁶, e qualquer atitude do juiz nesse momento poderia implicar *pré-julgamento da causa*, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Há, ainda, duas correntes divergentes que buscam delimitar o momento adequado para a inversão do ônus probatório:

A primeira delas visualiza o momento adequado no *saneamento*, visto que nessa fase o juiz *ordena* o processo, delimitando-se as questões controversas que deverão ser esclarecidas, cabendo, então, determinar e comunicar a quem incumbe o ônus probante. Traria a vantagem de permitir um lapso temporal para a parte adquirente do ônus e preparar-se para a produção de provas. Segundo os ensinamentos do magistrado Rogério de

Oliveira Souza, *deve ser registrado¹ que o momento de decisão quanto ao pleito formulado é aquele que antecede ao início da fase probatória oral (audiência de instrução e julgamento), devendo o juiz se manifestar quanto ao pedido feito desde o início da ação ou em requerimento avulso do consumidor, no curso do processo.*¹⁷

A segunda corrente analisa a inversão do ônus probante como uma regra de julgamento¹⁸, podendo, então, ser declarada no *momento da sentença*. Para essa corrente, saber a quem incumbe o ônus probante apenas é necessário quando o processo estiver, numa concepção de tempo, pronto para o julgamento, muito embora ainda exista perplexidade probatória.

Nesse caso, então, torna-se importante saber a quem incumbe a atividade probatória simplesmente para saber a quem se impõe o ônus oriundo da falta de prova existente no processo, pois certamente essa parte terá perdido a demanda.¹⁹

Cabe ressaltar que, como existem divergências relacionadas a essa questão, uma forma de solucionar o conflito é reportar aos princípios, dentre eles o constitucional da *ampla defesa*. Igualmente importante e elucidativo é o princípio do *contraditório*, alicerce do direito processual, que afirma que, senão respeitado o direito de a parte se defender em todos os momentos do processo, o procedimento poderá, ou melhor, *será*, eivado de nulidade. Portanto, não há que se falar em inversão apenas no momento da prolação da sentença, porque a parte deve ter *convicção*, e não mera suspeita, de que cabe a ela o ônus probatório para que tenha a oportunidade adequada de se defender com as armas que escolher ou julgar convenientes/necessárias.

¹⁷ SOUZA, Rogério de Oliveira. In: *Da inversão do ônus da prova*. [S.l.]: ADCOAS outubro de 2000.

¹⁸ "Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC 6º, VIII), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desencilumbiu" (Nelson e Rosa Maria Nery. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT. p. 821).

¹⁹ "Preceito legal algum determina que o citado art. 6º, inciso VIII, só pode ser aplicado quando o juiz, antes do início da instrução probatória, tenha decidido ser o caso de sua incidência. Segundo, porque se a inversão do ônus probatório, no caso do art. 6º, inciso VIII, depende da verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, força é entender que o juiz não pode decidir antecipadamente a respeito, posto que as citadas circunstâncias fáticas, ao menos na maioria dos casos dependem de elucidação probatória, não comportando, portanto, decisão antecipada." (NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 342-343).

¹⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 346.

¹⁶ Ao descartar a hipótese da inversão probante quando do despacho liminar, Alexandre de Freitas Câmara argumenta que: "Não se pode, registre-se, aceitar que a inversão se dê logo no despacho inicial do processo, já que neste momento ainda não é sequer possível determinar qual será o objeto da prova (afinal, ainda não se sabe que fatos se tornarão controvertidos)" (CÂMARA, Alexandre Freitas. *A inversão do ônus da prova em favor do consumidor*. Artigo inserido no informativo nº 3 da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes).

Se o fito do direito é a justiça, não se pode concordar com o *cerceamento da defesa* e com a insegurança do ônus probatório, pois o que determina a vitória em uma demanda é justamente o conjunto probatório, vez que o ordenamento jurídico adota o princípio da *persuasão racional*, de tal sorte que é imperiosa tal declaração. Ademais, se esta inversão é *judicial*²⁰ e é uma exceção até o momento em que o magistrado não se pronuncia a respeito, presume-se que a regra geral do art. 333 do CPC esteja regendo a matéria.

Afora isso, reportando ao controverso art. 6º, VIII, do CDC, percebeu-se que existem critérios subjetivos a serem analisados e há elementos normativos em tal preceito que somente a inteligência do juiz conhece até a exteriorização de seu pensamento via decisão interlocutória.

De tal exposto, não há como acatar o entendimento de que o momento oportuno para ocorrer a inversão seja o correspondente à prolação da sentença. O fato de apenas ser importante o questionamento sobre a inversão do ônus probante quando da inexistência de provas cabais que desatem a lide não invalida e tampouco justifica a insegurança sobre o ônus probante nas relações de consumo quando o juiz deixa para a prolação da sentença a sua manifestação sobre o mesmo.

4. JUIZADO ESPECIAL: PECULIARIDADES

O Juizado Especial surgiu por determinação constitucional (CF/88, art. 98, I), com a finalidade²¹ de agilizar a solução de conflitos atinentes a pequenas montas, permitindo e ampliando o acesso à justiça. Rege-se pelos princípios constantes no art. 2º da Lei 9.099/95, quais sejam: *oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade*.

²⁰ "Inversão do ônus da prova – Necessidade de expressa determinação judicial. Quando, a critério do juiz, configurar-se a hipótese de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII do CDC, sob pena de nulidade, é mister a prévia determinação à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido. A inversão, sem esta cautela processual, implicará em surpresa e cerceamento de defesa" (Ap. Cív. 194.110.664 – RS – 4ª C. – j. 18.08.94 – Rel. Juiz Márcio Oliveira Puggina).

²¹ "Os Juizados Especiais foram criados com o espírito voltado a facilitação e ampliação do espectro do acesso à justiça, conjugado com o trinômio rapidez, segurança e efetivação do processo, e em sintonia com os princípios insculpidos no artigo 2º desta Lei e todos os demais que servem para a sua geral orientação" (FIGUEIRA JR., Joel Dias; RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Comentários a lei de juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: RT, 1995, p. 111).

A Lei 9.099/95 mostra-se expressivamente voltada para a solução rápida do problema, pautando-se, em geral, pelo *princípio da oralidade*, de forma que seus atos são condensados e somente se prolongam se houver uma razão específica.

Como corolário do princípio da oralidade, vem expresso o *princípio da instrumentalidade* assegurando que somente serão anulados os atos que causarem prejuízo para uma das partes.²² De forma geral, segue as normas do procedimento sumário, ficando, inclusive, a cargo da parte²³, na grande maioria das vezes, a escolha por qual rito a seguir: o da Lei 9.099/95 ou o sumário.²⁴

A valoração das provas, por sua vez, fica, de certa maneira, sujeita aos critérios do juiz *com liberdade para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica* (art. 5º). Tal dispositivo, conjuntamente com o expresso no art. 6º, causa certo alvoroço processual²⁵, à medida que se percebe que, no momento em que o legislador editou tais normas, priorizou a agilidade processual segundo uma visão de justiça normativa e discricionária que, segundo alguns críticos do direito, gerariam um alvitre excessivo do juiz.

Deve-se, entretanto, perceber que o fim do Direito de forma geral e do Juizado Especial de maneira específica é a *pacificação social*, e como o

²² Tal princípio é extraído do art. 13, §1º, da Lei 9.099/95.

²³ Hoje esta possibilidade de escolha modificou-se um pouco, isso porque a Lei 10.444/02 mudou o valor das causas cabíveis no procedimento sumário, ampliando tal valor até o teto de 60 salários mínimos.

²⁴ "O procedimento sumário aproxima-se, assim, do adotado pelos Juizados Especiais Cíveis (e criminais), orientado pela oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade (art. 2º da Lei 9.099/95). Aliás, foi esta similitude de ritos que animou o legislador a facultar ao autor a opção pelo procedimento especial desta lei (art. 3º), tratando-se de causas enumeradas no art. 275, II, do Código de Processo Civil (procedimento sumário)" (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento sumário na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 28).

²⁵ "Verifica-se no microsistema dos Juizados Especiais um certo desequilíbrio do chamado processo acusatório, ou de ação (poderes do juiz na produção de provas em sintonia com a provocação das partes). Não estamos dizendo, e é bom ressaltar, que a Lei 9.099/95 tenha rechaçado o princípio dispositivo; não é isto. O Juiz continua tendo o dever de julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Todavia, o novo sistema o abrandou, não só pelo fato de estar norteado por fortes princípios destinados à orientação à realização da decisão justa, como também na composição dos conflitos por intermédio da conciliação, na busca da rápida efetivação do processo com escopo de pacificação social" (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à lei de juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: RT, 1995. p.83).

Juizado Especial acolhe, em sua grande maioria, questões mais simples, o legislador entendeu por bem fornecer ao juiz maior amplitude no momento de julgar nas questões atinentes à prova. Tal amplitude de poderes tem a finalidade de não transformar o juiz em um *mero subsumtor* da norma, mas, ao contrário, num verdadeiro agente que oportuniza a justiça almejada pelos litigantes. Essa atitude do legislador é, inclusive, uma forma de se evitarem as pilhas de recursos oriundos da inconformidade das partes. Ora, se o fim do Juizado Especial é a celeridade, todas as formas possíveis de alcançá-la são consideradas válidas desde que, ressalte-se, não prejudiquem as partes.

Ainda sobre a prova, é curioso o fato de o Juizado Especial, por seus princípios e fundamentos, dispensar a presença de advogado²⁶ quando é atribuída à causa um valor até o teto de 20 salários mínimos. Essa situação é complicada, considerando-se que, na maioria das vezes, a parte não possui noção do que seja a *prova* para o processo e, por conseguinte, *quase sempre não a produz*.

A situação se agrava, ainda mais, quando uma parte se faz acompanhar de procurador e a outra comparece desacompanhada, visto que, mesmo que seja nomeado defensor para aquele ato²⁷, geralmente na Audiência de Instrução e Julgamento o mesmo não saberá as peculiaridades fáticas, e, obviamente, isso beneficiará a parte *ex adversus*.

É fácil constatar que, embora a idéia do Juizado Especial seja excepcional, à medida que busca resguardar o interesse dos mais humildes, dando aplicabilidade ao princípio constitucional do *acesso à justiça* e mesmo à *justiça gratuita*, é fato que as regras processuais não podem ser ignoradas; ao contrário, devem ser rigorosamente seguidas, como medida de manutenção da *imparcialidade do juiz e da persuasão racional*, o que garante uma decisão justa ao processo.

Rigorosamente, o que não existe nos autos não pode ser analisado, mesmo que o juiz note uma *boa intenção* de um dos litigantes, pois isso compromete toda a sistemática do ordenamento jurídico. Mesmo que esse

²⁶ Interessante é a posição de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, citado na obra *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Comentada e Anotada*, que considera indispensável a presença do advogado nas causas, mesmo aquelas inferiores a 20 salários mínimos, por ser considerado o advogado “operador indispensável à administração da Justiça” (CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de e outros. *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais comentada e anotada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002).

²⁷ O art. 9º, § 1º, determina que, se a parte quiser, será assistida por procurador instituído junto ao Juizado especial. Já o § 2º do mesmo artigo estabelece que o juiz alertará a parte quando achar que a causa assim o recomende.

microsistema tenha surgido da tentativa de reavivar a justiça, certo é que trouxe consigo problemas de ordem técnica²⁸. Dentre esses “problemas”, cabe destacar a inversão do *onus probandi* no Juizado Especial, mais especificamente o *momento* em que ocorreria a inversão, quando a mesma deve ser objeto de *decisão judicial*, como abordado anteriormente. É esse o ponto a seguir analisado.

5. A INVERSÃO DO ÔNUS PROBANTE NO JUIZADO ESPECIAL

A importância da delimitação do momento da inversão do ônus probatório no Juizado Especial se deve ao fato de *a esmagadora maioria das demandas relacionadas à relação de consumo serem exercidas em tal procedimento*. Isso porque o teto de 40 salários mínimos é um *quantum* considerável, tendo-se em vista a economicidade das relações de consumo de modo geral. Enfim, dentro deste valor, abarca-se a maioria das relações consumeristas, principalmente aquelas em que o consumidor é *hipossuficiente*.

Analisando comparativamente no procedimento ordinário, como mencionado, a decisão da inversão do ônus probatório encontra abrigo no despacho saneador, possibilitando à parte à qual será invertido o ônus um interregno de tempo considerável para a produção da prova que abriga seu direito. Se, todavia, analisarmos o rito do Juizado Especial, percebe-se que, embora ele possua todas as atividades comuns ao procedimento Ordinário (quais sejam: atividades postulatória, saneadora, instrutória e decisória), as mesmas não encontram uma delimitação nítida, ocorrendo, muitas vezes, num mesmo momento, qual seja, na Audiência de Instrução e Julgamento, devido à grande *concentração*²⁹ do procedimento.

²⁸ “Para que obtenha êxito completo com a nova lei dos Juizados Especiais, torna-se imprescindível que a doutrina e os tribunais readaptem consagradas concepções, válidas no macrossistema do Código de Processo Civil, mas não necessariamente hábeis para este outro tão específico. Por tudo isso, a nova realidade jurídica está a exigir métodos e formas adequados à consecução deste desiderato, viabilizando-se as respectivas unidades jurisdicionais e revendo-se alguns conceitos e institutos, tais como regimes de prova, o julgamento com base na equidade, os poderes do juiz, os princípios dispositivo, da livre iniciativa, da eventualidade, do devido processo legal, a questão do formalismo procedimental, as nulidades, dentre tantos outros, sem o que não passará de mais uma “doce ilusão criada pelo legislador” (FIGUEIRA JR., Joel Dias; RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Comentários a lei de juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: RT, 1995).

²⁹ “No dizer de Francisco Morato, tal princípio consiste em apertar o feito num período breve de tempo, reduzindo-o numa audiência ou a poucas audiências a curtos intervalos;

Na prática, isso significa que *não há um tempo razoável* para a parte que acaba de receber o ônus probatório de preparar para tal, pois constata que a ela incumbe o *onus probandi* no momento exato da produção da prova. Se, naquele momento, não está pronta para essa situação, certamente perderá a demanda.

O procedimento que vem sendo adotado com frequência pelos magistrados do Juizado Especial é a *advertência* ao requerido, *na citação*, de que *se a lide versar sobre relações de consumo poderá ser invertido o ônus da prova*. Tal advertência expõe uma *mera possibilidade*. As relações jurídicas almejam certezas. Obviamente que, se a pessoa é requerida para uma ação que sabe ser difícil a prova, ela (requerido) se mantém inerte, visto que, do exposto na norma geral (art. 333 do CPC), cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito.

Ser avisado de que *podrá ser invertido o ônus* não diz muita coisa. Se a decisão cabe ao juiz, nada mais correto que o magistrado manifestar sua convicção, ou melhor, exteriorizá-la, para que as partes envolvidas no litígio tomem conhecimento da mesma, e isso deverá ser feito via decisão interlocutória³⁰.

Cabe, agora, a delimitação do momento adequado para a inversão do ônus probante no Juizado Especial Cível, o que será abordado nos parágrafos subsequentes.

O artigo 29 do *microssistema* aqui analisado define como sendo a Audiência de instrução e julgamento o momento adequado para o magistrado decidir de plano *questões incidentes que interfiram no prosseguimento do processo*. A inversão do ônus de prova deve ser inserido nesse contexto, porque inegavelmente influencia o desate da lide, embora tecnicamente não possa ser considerado uma *questão incidente*.

Analisando o procedimento desenvolvido no Juizado Especial, verificou-se que, ultrapassada e frustrada a conciliação, as partes se dirigem para uma nova fase processual, qual seja a instrutória. Em tal momento serão ouvidas as partes e colhidos os depoimentos das testemunhas, bem como

concentrar as atividades processuais de modo que o juiz, colhendo as provas, ouvindo as alegações finais, decididas sobre as impressões ainda frescas na sua memória. Não se sentindo, no entanto, em condições de sentenciar na audiência, pode fazê-lo dentro de certo prazo legal" (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento sumário na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 24).

³⁰ Aqui reporta-se às considerações feitas no item 3.2. retro, que explicita a necessidade de conhecimento prévio de a quem cabe o ônus da prova, para que não ocorra o cerceamento da defesa.

juntados documentos trazidos pelas partes como meio de prova, dando vista à parte contrária e permitindo seu pronunciamento a esse respeito, ou seja, a impugnação oral das provas produzidas ou mesmo da peça contestatória. Nesse momento, ainda é oportuno o juiz se manifestar sobre decisões incidentes no procedimento, fazendo uma espécie de saneamento do processo³¹.

O problema é que no procedimento da Lei 9.099/95 existem apenas duas audiências, e o saneamento acontece, no geral, no momento da segunda. Dessa constatação decorre que o momento da decisão interlocutória que inverterá o do ônus da prova *ocorrerá na Audiência de Instrução e Julgamento*, ocasião em que já estarão praticamente esgotados os meios de prova.³²

Frise-se: quando a parte sabe que o fato é de difícil prova e que esta prova cabe à parte contrária, ela poderá simplesmente manter-se inerte porque, já tendo negado todo o fato alegado, se seu *ex adversus* não provar suas afirmações (e esta é a indicação natural do processo, ou melhor, é uma situação comum nos procedimentos), ela (parte requerida) ganhará a demanda, visto que o autor não comprovou o alegado na *exordial*. Poder-se-ia alegar, precipitadamente, que a relação de consumo INVERTE-SE, de pronto, é o ônus da prova. Porém, como analisado anteriormente, é necessário que se preencham requisitos objetivos e, além desses, que o juiz profira a decisão para que o ônus seja invertido. Assim, a alegação de que por ser relação de consumo, via de consequência, o ônus é invertido é *uma inverdade precipitada*, própria de quem não conhece em profundidade tal instituto ou, ainda, não o analisou com os rigores necessários. Conclui-se que o *momento* adequado para a inversão do ônus probante é na Audiência de Instrução e Julgamento, mais precisamente no *início de tal audiência*. Tal momento é o *único aceitável*, não sendo o ideal, mas o único que satisfaz e possibilita a oportunidade da defesa por parte do requerido. Obviamente que essa consideração é válida para as situações aqui consideradas normais, que são aquelas em que até o momento da contestação o juiz já esteja convencido se os requisitos de verossimilhança e hipossuficiência já tenham sido verificados ou descartados. Poderá, porém, ocorrer que apenas no final da instrução processual, após, por exemplo, algum depoimento testemunhal, seja

³¹ Tais afirmações decorrem do art. 29 da Lei 9.099/95.

³² "Feitas as provas, encerrados os debates, a sentença é o ato imediato. Entre o debate e a sentença não é admissível a intercalação de nenhum ato instrutório. Qualquer que seja a situação da prova dos fatos, perplexo mesmo que esteja o juiz, a este cumpre decidir em seguida" (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p.385).

verificado o requisito verossimilhança, e, nesse caso específico, apenas poderá ser invertido o ônus da prova no momento da sentença, mas, frise-se, apenas porque os requisitos para dita inversão não foram satisfeitos anteriormente.

Pelo exposto, pode-se concluir que, de forma geral, decidir que foi invertido o ônus no momento da sentença por mera preferência do juiz, podendo o mesmo ter agido anteriormente dessa maneira, é restringir o direito de defesa, o que pode acarretar a anulação do ato. Entretanto, se o juiz constatar apenas no momento da sentença que os requisitos para a inversão foram preenchidos, deverá inverter no momento do julgamento, porque, não o fazendo, estaria infringindo direito subjetivo público do consumidor.

6. RESUMO

O presente trabalho dissecou a problemática criada pela inversão do ônus da prova no Processo Civil como um todo, destacando-se a dificuldade dessa inversão no Juizado Especial Cível devido à grande concentração do procedimento nele adotado. Abordou a possibilidade de cerceamento de defesa/nulidade caso ocorra em momento inadequado.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento sumário na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. In: *A inversão do ônus da Prova em favor do Consumidor*. (informativo n. 3 da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes).
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de e outros. *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais comentada e anotada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Comentários a lei de Juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: ed. RT, 1995.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Comentários a Lei de Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Rogério de Oliveira. In: *Da inversão do ônus da prova*. [S.l.]: ADCOAS, outubro de 2000.

THEODORO JR., Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.