



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Momento da Inversão Judicial do Ônus da Prova nos Juizados Especiais Cíveis

Romullo Paiva Faria

Rio de Janeiro
2015

ROMULLO PAIVA FARIA

O Momento da Inversão Judicial do Ônus da Prova nos Juizados Especiais Cíveis

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil.

Professor Orientador: Maria Carolina Cancellata de Amorim

Rio de Janeiro
2015

O MOMENTO DA INVERSÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Romullo Paiva Faria

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense – UFF.
Advogado.

Resumo: o presente trabalho enfoca a temática da inversão judicial do ônus da prova e sua aplicação nos Juizados Especiais Cíveis. Sabe-se que grande parte dos processos que integram os acervos destes, versa sobre relações de consumo, cuja lei que as regula prevê em seu art. 6º, VIII hipótese de inversão judicial do ônus da prova. Assim, busca-se definir qual o momento mais adequado, a ser escolhido pelos magistrados para efetuar a inversão do ônus probatório, quando cabível, a fim de garantir a obediência aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como sua harmonização com os princípios regentes de tais Juizados.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Ônus da prova. Inversão judicial. Momento adequado. Juizados Especiais Cíveis.

Sumário: Introdução. 1.Ônus da prova e sua inversão. 2.Momento da inversão judicial do ônus da prova. 3.Momento da inversão judicial do ônus da prova nos Juizados Especiais Cíveis. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Tema controverso é o da definição do momento mais adequado para que o magistrado opere a chamada inversão judicial do ônus da prova. A importância de tal definição se justifica pelas suas implicações para o respeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Ao aplicar-se tal controvérsia ao âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, a questão deve levar em conta, ainda, os princípios que regem tal microsistema, quais sejam, os da celeridade, simplicidade, informalidade, economia processual e oralidade.

Na abordagem de tal tema, o trabalho buscará, primeiramente, fazer as necessárias conceituações do que sejam ônus, prova, ônus da prova e sua inversão, para, em seguida, apresentar a mencionada controvérsia a respeito do momento adequado para a realização da inversão judicial do ônus da prova. Por fim, buscar-se-á a aplicação das conclusões obtidas ao procedimento adotado pelos Juizados Especiais Cíveis.

1. ÔNUS DA PROVA E SUA INVERSÃO

Entendido como relação jurídica, o processo compõe-se de inúmeras posições jurídicas de vantagem e de desvantagem que podem ser desempenhadas por cada um de seus sujeitos. São estas: poderes, faculdades, deveres, sujeição, ônus¹, por meio das quais o ordenamento jurídico permite ou exige dos sujeitos processuais a prática de certos atos do procedimento, dependendo da posição jurídica momentaneamente ocupada.

Com base na ideia exposta acima, pode-se definir ônus como o encargo atribuído a alguém para que este pratique determinado ato, a fim de assumir uma específica posição de vantagem ao longo do processo. Caso contrário, haverá, muito provavelmente, um prejuízo àquele que não praticar o ato ou praticá-lo insuficientemente.²

A diferença entre ônus e as demais posições de desvantagem, quais sejam, os deveres e sujeição, reside no fato de que a parte é livre para adimplir ou não o primeiro, embora venha a sofrer dano jurídico em relação ao interesse em jogo no processo. Quanto às demais, a parte não tem disponibilidade, pois sujeição é a “impossibilidade de evitar uma atividade alheia ou situação criada por ela (ato de autoridade)”³, enquanto os deveres podem ter sua respectiva observância coativamente compelida, sob pena da parte sofrer uma sanção equivalente.⁴

Alexandre Câmara⁵ conceitua prova como sendo todo elemento capaz de “contribuir para a formação da convicção do juiz sobre a veracidade das alegações feitas pelas partes quanto à matéria fática”.

O mesmo autor ressalta a importância de se distinguir convicção de certeza.

1 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 307.

2 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, v. 2, tomo I. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 507. Versão digital.

3 CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, op. cit., 2010, p. 307.

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. I. 55. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 367 e 368. Versão digital.

5 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*: v. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 432.

“Enquanto a certeza é objetiva, sendo uma qualidade do fato, a convicção é subjetiva, e se forma na mente do juiz”.⁶

Humberto Theodoro Júnior⁷, por sua vez, considera a convicção um outro sentido atribuível ao termo prova. Ao lado da definição já fornecida, que representaria o sentido objetivo, haveria um sentido subjetivo de prova, que representaria a certeza em relação ao fato, que surge em razão da produção do instrumento probatório.

Rodolfo Kronenberg Hartmann⁸, tratando da formação da convicção pelo juiz, admite sua imperfeição, visto que é “possível ocorrer, mesmo para o mais cuidadoso e atento magistrado, que a sua decisão possa concluir pela existência de fatos que naturalisticamente jamais tenham ocorrido ou vice-versa”. Por essa razão, a retórica “pode persuadir o juiz a erro, pois a prova pode ser utilizada, pelos profissionais que atuam no processo, não para a descoberta da verdade (escopo impossível) e sim para sustentar a história que propõem ao julgador”.

É possível, ainda, entender a prova como sendo um direito fundamental (art. 5º, LIV e LVI, CRFB/88). A esse respeito, Humberto Dalla Bernardina de Pinho⁹ entende o direito fundamental à prova como faceta do “direito de agir em juízo”, que “não se exaure no direito subjetivo de obter um provimento jurisdicional qualquer, mas também em um procedimento probatório adequado, que garanta o contraditório e a ampla defesa.”

Finalmente, reunindo ambos os conceitos anteriores numa única expressão, temos o denominado ônus da prova. De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁰:

Quando uma questão de fato se apresenta como irredutivelmente incerta no processo, em tese poder-se-ia abrir para o juiz o seguinte leque de alternativas: a) ou ele *prescinde* de resolver aquela questão de fato, b) ou *insiste* em resolvê-la. A primeira opção importaria em deixar o juiz de decidir a causa, pronunciando o *non liquet* (que não é admissível no direito moderno), ou em decidi-la de maneira tal que

6 CÂMARA, op. cit., 2014, p. 432.

7 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1261.

8 HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo de processo civil*. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 301.

9 PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 436. Versão digital.

10 CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, op. cit., 2010, p. 379.

não exigisse a resolução daquela questão de fato (de que seriam exemplos o julgamento por sorteio e o julgamento salomônico).

A segunda opção implica: a) o *adiamento do problema*, através da prolação de uma decisão provisória (no estado do processo); b) ou o uso de um *meio mecânico* de prova, necessariamente decisório (como o duelo ou o juramento); c) ou, enfim, o emprego das *regras da distribuição do ônus da prova*.

A temática do ônus da prova pode ser abordada sob dois prismas distintos. O primeiro é chamado de subjetivo, pois relaciona-se às partes, sendo o encargo atribuído pela lei a cada uma destas, para “demonstrar a ocorrência e a veracidade dos fatos de seu interesse, relevantes para a formação do convencimento do juiz [...]”¹¹. Liga-se, assim, ao chamado princípio do interesse, visto que o “ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato”¹². Em nosso ordenamento jurídico, o presente tema é regido pelo art. 333 do CPC. O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16/03/2015) tratará deste assunto no art. 373 e incisos.

Ao autor é incumbido o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. Fato constitutivo é o suporte fático que deu origem à relação jurídica deduzida em juízo e, a partir do qual, pretende o autor a tutela jurisdicional de seu direito. É extraído da causa de pedir.^{13 14}

O réu, por sua vez, poderá defender-se apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, sem ter nenhuma iniciativa de produção de prova. Nesse caso, tratando-se de simples conflito de versões para um só fato, “o encargo de provar o fato constitutivo continua inteiramente na responsabilidade do autor, mesmo que o réu nada prove a respeito de sua versão”.¹⁵

Entretanto, poderá o réu assumir dois ônus: o de provar a inexistência do fato constitutivo (prova contrária ou contraprova), ou a existência de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.¹⁶ Neste último caso, o réu vale-se das chamadas *defesas*

11 PINHO, op. cit., 2012, p. 446.

12 CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, op. cit., 2010, p. 380.

13 BUENO, op. cit., 2014, p. 507.

14 CÂMARA, op. cit., 2014, p. 437.

15 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1288.

16 CÂMARA, op. cit., 2014, p. 437.

substanciais indiretas. A esse respeito, Theodoro Júnior¹⁷ entende que:

[Ao se] basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação.

O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (art. 334, III).

Câmara¹⁸ afirma ser o fato extintivo “aquele que põe fim à relação jurídica deduzida no processo”, impeditivo o “fato de conteúdo negativo, a ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei)” e, por fim, fato modificativo é “aquele que altera a relação jurídica *in iudicium deducta*”.

É razoável pensar na possibilidade de existência de outros fatos, como um “fato impeditivo do fato extintivo do direito”, dentre outras combinações possíveis dos fatos acima descritos.¹⁹ Por essa razão, como forma de simplificar a distribuição do ônus subjetivo da prova, revela-se acertada a máxima segundo a qual o ônus da prova incumbe a quem faz a alegação de fato.

Em que pese a existência de tais regras de distribuição do ônus subjetivo da prova, Pinho²⁰ afirma ser possível ao juiz julgar em favor de quem não cumpriu tal ônus, “uma vez que o julgamento pode se basear em provas de ofício ou produzidas pela parte contrária”. Assim, “o não cumprimento da regra do ônus da prova só geraria, em última análise, a sujeição ao risco de um resultado desfavorável, mas não necessariamente um resultado desfavorável [...]”.

Por essa mesma razão, Câmara²¹ entende que “a visão subjetiva do ônus da prova tem mais relevância psicológica do que jurídica”. Isso ocorre por força da aplicação do denominado princípio da comunhão da prova. Segundo este, uma vez produzida nos autos a

17 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1285.

18 CÂMARA, op. cit., 2014, p. 437.

19 Ibid., p. 438.

20 PINHO, op. cit., 2012, p. 449.

21 CÂMARA, op. cit., 2014, p. 438.

prova, não interessa mais se quem a produziu foi o autor ou o réu, se foi quem tinha o ônus subjetivo, ou seja, o interesse de produzi-la ou não. Depois de produzida, a prova não pertence mais a qualquer das partes, mas sim ao próprio processo.

Pode-se falar, ainda, em ônus da prova sob uma perspectiva objetiva. Segundo Theodoro Júnior²², esta torna-se relevante somente quando o juiz, “ao tempo da sentença, se deparar com falta ou insuficiência de prova para retratar a veracidade dos fatos controvertidos”. Nesse caso, o juiz “decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova [...]”.

Devido ao exposto acima é que se considera a dimensão objetiva do ônus da prova como uma regra de julgamento. Nesse sentido, Câmara²³:

O juiz só deverá considerar as regras sobre a distribuição do ônus da prova, portanto, no momento de julgar o mérito, eis que só assim poderá verificar quem será prejudicado em razão da inexistência de prova sobre determinados fatos. (...) Em outras palavras, provados todos os fatos da causa, o juiz não dará qualquer aplicação às regras de distribuição do ônus da prova.

Bueno²⁴, por outro lado, entende que toda a temática relativa ao ônus da prova deve ser entendida como regra de procedimento e não de julgamento, na medida em que “o ônus da prova deve ser compreendido em contexto mais amplo, que tem aptidão de interferir decisivamente no procedimento e, pois, em toda a dinâmica da fase instrutória e que, por definição, antecede o julgamento”.

A distribuição do ônus da prova dada pelo art. 333 do CPC e descrita acima, é chamada de *estática*. Contudo, nem sempre será esta a aplicável no caso concreto. Existem oportunidades em que o ônus será “invertido”, ou seja, se, em regra, caberia ao autor, passará ao réu ou vice-versa. O objetivo da inversão é evitar que se imponha a uma das partes o encargo de provar fato absolutamente negativo, que é aquele indefinido. Trata-se da chamada *prova diabólica*, expressão utilizada para se referir à situação em que a “prova é impossível

22 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1284.

23 CÂMARA, op. cit., 2014, p. 438.

24 BUENO, op. cit., 2014, p. 513.

ou excessivamente difícil de ser produzida pela parte que alegou o fato, usualmente recaindo sobre fatos negativos”²⁵.

Cabe aqui fazer distinção entre fato absolutamente negativo e fato relativamente negativo. Quanto ao segundo, a negativa pressupõe outro fato que seja capaz de respaldar a alegação do primeiro. Assim, caberá à parte provar esse outro fato que alegou.²⁶ A própria lei muitas vezes exige a prova de um fato negativo. É o que ocorre, por exemplo, com a prova do não uso, por 10 anos, para extinguir-se a servidão (art. 1.389, III do CC), ou da omissão culposa, em matéria de responsabilidade civil (art. 186 e 927 do CC).²⁷

Deve-se diferenciar a inversão do ônus da prova da chamada *dispensa do ônus da prova*. Segundo Hartmann²⁸, enquanto a primeira ocorre quando “o juiz determina motivadamente que uma parte produza a prova de fato que foi afirmado pela outra”, a segunda indica situação em que “o magistrado dispensa motivadamente o demandante do ônus de provar os fatos que alegou, pois o juiz estará admitindo provisoriamente que tais fatos já ocorreram, de modo que caberá ao demandado realizar a prova em contrário [...]”.

Também não representa exemplo de inversão do ônus da prova o caso de mera negação do fato constitutivo pelo réu, já que, como dito anteriormente, esta não reclama produção de prova por parte do demandado.

É possível distinguir 3 modalidades de inversão do ônus da prova.

A primeira é a convencional, ou seja, efetuada pelas próprias partes em comum acordo. É limitada pelo art. 333, parágrafo único do CPC, a fim de que o ônus da prova não recaia sobre direito indisponível nem torne excessivamente difícil a prova do fato em juízo por uma das partes, ou seja, torne necessária a produção de prova diabólica.²⁹ O novo CPC não inova nesse aspecto, apenas destaca, em seu art. 373, §4º, o fato de que a convenção entre

25 HARTMANN, op. cit., 2014, p. 306.

26 PINHO, op. cit., 2012, p. 451.

27 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1286.

28 HARTMANN, op. cit., 2014, p. 312.

29 BUENO, op. cit., 2014, p. 508.

as partes poderá ser celebrada antes ou durante o processo.

A segunda, denominada legal (*ope legis*), é aquela imposta pela lei. É uma presunção relativa, cabendo à parte provar o contrário. Por essa razão, Hartmann³⁰ afirma que a inversão legal é, na verdade, hipótese de dispensa do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova pode ser também judicial (*ope iudicis*), caso em que será realizada pelo juiz, desde que presentes os requisitos previstos em lei. Há quem entenda, no entanto, que, como os casos de inversão judicial são admitidos pela própria lei, seriam também estes, portanto, hipóteses de inversão legal do ônus probatório.³¹ Hartmann³², porém, diferencia ambas afirmando que a inversão judicial, ao contrário da legal, “não é automática, pois dependerá de deferimento por parte do magistrado”.

Exemplo de inversão judicial do ônus da prova encontra-se no art. 6º, VIII da Lei n. 8.078/90, segundo o qual o juiz deve inverter o ônus da prova em favor do consumidor quando verossímil sua alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

São, portanto, dois os requisitos mencionados pela legislação consumerista capazes de, alternativamente, autorizar a inversão do ônus probatório. O primeiro é a verossimilhança das alegações. Assim, não restará invertido o ônus da prova se o consumidor não tiver “trazido ao processo qualquer prova do dano que afirma ter sofrido e nem mesmo elementos indiciários do nexa entre esse dano e o produto ou serviço prestado pelo fornecedor demandado”³³

O segundo requisito é a hipossuficiência, a respeito da qual ensina Theodoro Júnior³⁴:

Todo consumidor é vulnerável em seu relacionamento com o fornecedor, segundo o

30 HARTMANN, op. cit., 2014, p. 312.

31 BUENO, op. cit., 2014, p. 508.

32 HARTMANN, op. cit., 2014, p. 312.

33 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1296.

34 Ibid., p. 1298.

direito material. Mas nem todo consumidor é hipossuficiente no sentido processual, ou seja, nem sempre estará desprovido de meios tecno-processuais para promover a prova do fato constitutivo do seu direito.

Invertido o ônus probatório, caberá ao réu provar “aquilo que possa excluir o fato da esfera de sua responsabilidade, diante do quadro evidenciado no processo [...]”.³⁵ Para Bueno³⁶, tal modalidade de inversão não agride a chamada *paridade das armas*, pois:

[...] ela visa, no plano do processo, colocar lado a lado as oportunidades de conhecimento técnico relativo a um produto ou um serviço que, de outro modo, poderiam resultar em prejuízo para quem não detém o mesmo conhecimento do produtor ou do prestador de serviços.

Obviamente, só será possível operar-se a inversão do ônus probatório se aquele que vier a assumir o encargo de produção de prova tiver a possibilidade de cumpri-lo³⁷, sob pena de haver “a imposição de uma perda, e não a mera transferência de um ônus”³⁸, incorrendo-se na mesma situação que se pretende evitar.

Aplicando tal lógica à inversão judicial contida no CDC, Theodoro Júnior³⁹ afirma que:

[...] seria diabólico exigir do fornecedor (réu) a prova negativa do fato passado fora de sua área de conhecimento e controle. Estar-se-ia, na verdade, a impor prova impossível, a pretexto de inversão de *onus probandi*, o que repugna à garantia do devido processo legal, com as características do contraditório e ampla defesa.

Há, ainda, a chamada *distribuição dinâmica do ônus da prova*, qualificada por Pinho como uma “inversão meramente judicial”⁴⁰ do ônus da prova, por ser feita pelo juiz independentemente da existência de requisitos legais. Deve-se ressaltar, no entanto, que a distribuição dinâmica pode significar não apenas uma inversão do ônus probatório, isto é, a transferência de tal ônus de autor para réu ou vice-versa, mas também a redistribuição entre os ocupantes de um mesmo polo processual, ou seja, de um autor para outro ou de um réu para outro.

35 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1296.

36 BUENO, op. cit., 2014, p. 303.

37 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1293.

38 PINHO, op. cit., 2012, p. 456.

39 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1297.

40 PINHO, op. cit., 2012, p. 459.

Teoria concebida originariamente pelo jurista argentino Jorge Peyrano, defende que “a distribuição do ônus da prova deve atentar não apenas à regra derivada da previsão abstrata legislativa”⁴¹, ou seja, a distribuição estática do art. 333 do CPC, mas também às peculiaridades de cada caso concreto, no que tange à possibilidade dos litigantes desincumbirem-se adequadamente do ônus probatório.

A respeito de quando tal teoria deve ser aplicada pelo magistrado, Theodoro Júnior⁴² entende que o juiz deve atribuir o encargo de prova à parte que detenha conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, ou, simplesmente, tenha maior facilidade na sua demonstração. Nesta mesma linha, Pinho⁴³ entende que “não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito –, mas quem tem mais possibilidade de prová-lo.” Câmara⁴⁴, por sua vez, afirma que:

[...] o juiz poderá determinar, por decisão fundamentada, a inversão do ônus probatório, sempre que verificar que a parte a quem tal ônus normalmente incumbiria não tem mínimas condições de produzir a prova e a parte adversária tem condições totais de o fazer (em outras palavras, quando a parte contrária tenha domínio da prova).

O mesmo autor afirma, ainda, que⁴⁵:

Busca-se, com isso, permitir que o juiz modifique a distribuição do ônus da prova quando verifique que este impõe a uma das partes o ônus de uma prova “diabólica” (isto é, de uma prova de impossível produção). (...) Deste modo, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova se revela como uma forma de equilibrar as forças na relação processual, o que nada mais é do que uma aplicação do princípio da isonomia. Assim, penso que a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova independe de qualquer previsão expressa em lei, e se dá no direito brasileiro por aplicação dos princípios constitucionais que regem o processo.

Além do princípio da isonomia, é possível ligar à distribuição dinâmica do ônus da prova também o princípio do acesso à jurisdição, pois evita situação em que a parte precisa produzir prova diabólica, o que inutilizaria tal acesso. Pinho⁴⁶ afirma, ainda, que “essa teoria

41 BUENO, op. cit., 2014, p. 510.

42 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1290.

43 PINHO, op. cit., 2012, p. 453.

44 CÂMARA, op. cit., 2014, p. 440.

45 Ibid., 439.

46 PINHO, op. cit., 2012, p. 454.

pode ser admitida também pelo juiz como sanção à parte que viola deveres de cooperação, impedindo a produção da prova.”

Theodoro Júnior⁴⁷ entende que, para que se opere a distribuição dinâmica do ônus da prova, seria necessário também que as alegações da parte em favor de quem o ônus da prova será redistribuído sejam verossímeis. Assim, ainda que a prova produzida por tal parte tenha sido incompleta, se verossímeis suas alegações, segundo as regras ordinárias de experiência, o juiz estaria autorizado a exigir o esclarecimento completo do ocorrido ao outro litigante. Este deve, portanto, “esclarecer o fato controvertido apontado pelo juiz, (...) de modo que a diligência ordenada tanto pode confirmar a tese de um como de outro dos litigantes”. Se o novo encarregado do ônus da prova não se desempenhar a contento da tarefa esclarecedora, “sairá vitorioso aquele que foi aliviado, pelo juiz, da prova completa do fato controvertido”.

O novo Código de Processo Civil, em seu art. 373, §1º, passará a prever expressamente a possibilidade do juiz, através de decisão fundamentada, atribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto em lei, desde que presentes peculiaridades da causa capazes de tornar impossível ou excessivamente difícil a obediência à distribuição estática ou mais fácil a obtenção da prova em sentido contrário. Feita esta redistribuição, a parte deverá ter oportunidade para se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

2. MOMENTO DA INVERSÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

Detendo-nos, especificamente, no exame da inversão judicial do ônus da prova, passaremos à análise do momento mais adequado para que esta se opere.

Há duas correntes a respeito. Uma primeira entende que o momento mais adequado para a inversão do ônus probatório é o da sentença. Já a segunda afirma que a inversão deve

47 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1291.

ser feita antes da sentença.

Os que defendem a primeira corrente, da inversão no momento da sentença, entendem que “as partes já sabem de antemão da existência de tal possibilidade, não havendo cerceamento ao direito de defesa ou do contraditório.”⁴⁸

Nesse sentido, Nelson Nery Jr.⁴⁹ entende que:

[...] o juiz, ao receber os autos para proferir sentença, verificando que seria o caso de inverter o ônus da prova em favor do consumidor, não poderá baixar os autos em diligência e determinar que o fornecedor faça a prova, pois o momento processual para a produção dessa prova já terá sido ultrapassado.

Já a respeito da segunda corrente, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁵⁰ entendem que “deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento [...]”. “Reservar a inversão do ônus da prova ao momento da sentença representa uma ruptura com o sistema do devido processo legal, ofendendo a garantia do contraditório”⁵¹. Dessa forma, concluem que a inversão deve “ser feita em momento que permita àquele que assumiu o encargo livrar-se dele”⁵².

No mesmo sentido, Theodoro Júnior⁵³ entende que:

[...] a redistribuição não pode representar surpresa para a parte, de modo que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com intimação do novo encarregado do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir a contento do encargo; não se tolera que o juiz, de surpresa, decida aplicar a dinamização no momento de sentenciar; o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, segundo os ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz e, também, entre o juiz e as partes, numa completa reciprocidade entre todos os sujeitos do processo.

Bueno⁵⁴, por sua vez, afirma que a inversão do ônus da prova “deve ser sempre

48 PINHO, op. cit., 2012, p. 458.

49 NERY JR., *apud* DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 92.

50 DIDIER JR., BRAGA, DE OLIVEIRA, op. cit., 2013, p. 91.

51 *Ibid.*, p. 94.

52 *Ibid.*, p. 92.

53 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1293.

54 BUENO, op. cit., 2014, p. 509.

previamente comunicada às partes para que elas possam, adequadamente, desincumbir-se de seu ônus em atenção ao dispositivo legal”, pois tal interpretação é a que melhor se coaduna com o chamado *modelo constitucional do processo civil*, em especial o princípio do contraditório. A observância do momento mais correto para a inversão também é imprescindível para que se respeite o reconhecido *direito fundamental à prova*.

Finalmente, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵⁵ lecionam que, mesmo à luz do princípio da comunhão da prova, permanece importante “que as partes saibam, de forma prévia, a quem incumbe o ônus da prova, pois (...) não há como negar que a parte deve ter ciência prévia do que deve fazer para ter um julgamento favorável [...]”.

Os mesmos autores reforçam, ainda, que, “quando se inverte o ônus, é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a *possibilidade* de cumpri-lo, pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus”⁵⁶.

Nessa mesma linha, o TJRJ tem o seguinte entendimento, expresso pelo Verbete nº 91 de sua Súmula⁵⁷, que diz: “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”. Este posicionamento, firmado em 2005, se funda no fato de que a inversão contida no CDC não decorre automaticamente da lei, mas sim de uma atividade jurisdicional, razão pela qual representaria surpresa ao fornecedor, se efetuada no momento da sentença, em afronta ao princípio do contraditório.

De maneira ainda mais clara, através do Enunciado nº 1 contido no Aviso nº 80, de 02/10/2014, aprovado no I Encontro de Desembargadores com competência cível especializada em Direito do Consumidor⁵⁸, o TJRJ expressa que “a inversão judicial do ônus probatório deve assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a

55 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, v. 2. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 270.

56 *Ibid.*, p. 275.

57 SÚMULA da jurisprudência predominante SN1. Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150637&desc=ti&servidor=1&iIdioma=0>. Acesso em: 05 abr. 2015.

58 AVISO TJ nº 80/2014. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2070867/aviso-80-2014.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

oportunidade para apresentação de provas, sob pena de nulidade da sentença”.

Apesar disso, o entendimento de que a inversão judicial do ônus da prova deve ser feita antes da sentença, a fim de respeitar as garantias processuais da parte em desfavor de quem o ônus é invertido, não define precisamente qual deve ser o momento anterior à sentença escolhido pelo magistrado para efetuar tal inversão.

Prevalece o entendimento de que o momento mais adequado para a inversão judicial do ônus da prova é a fase de saneamento, mais especificamente a decisão que encerra tal fase, uma vez que é nesta decisão que o magistrado deve fixar os pontos controvertidos, determinando as provas a serem produzidas, como se verifica da redação do art. 331, §2º do CPC.

Tratando da definição de pontos controversos, Egas Dirceu Moniz de Aragão⁵⁹ declara que “os litigantes formulam no processo afirmações, que constituem 'pontos' a examinar. Se uma dessas afirmações (ponto) é contrariada pelo antagonista de quem a formulou, surge a questão, que é, portanto, o 'ponto controverso’”.

A determinação das provas depende da fixação destes pontos controversos, pois, de acordo com o art. 334, III do CPC, não dependem de prova os fatos incontroversos. No novo CPC, esta disposição é mantida no art. 374, III.

Cabe apontar que o Código, aqui, usa o termo *atos* com o mesmo significado que, em seu art. 331, §2º, emprega o vocábulo *pontos*, que são, como visto, afirmações a respeito de fatos.

Bueno⁶⁰ afirma que a incontrovérsia pode resultar “de o réu não se desincumbir adequadamente do 'princípio da impugnação especificada’” ou quando este “deixa de apresentar qualquer resposta, tornando-se revel”. Hartmann⁶¹ acrescenta também a

59 ARAGÃO, *apud* DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 242.

60 BUENO, *op. cit.*, 2014, p. 516.

61 HARTMANN, *op. cit.*, 2014, p. 308.

possibilidade de “o demandado apresentar defesa de mérito indireta em sua contestação, caso em que estará concordando com os fatos narrados pelo demandante, muito embora apresente algum substrato fático modificativo, impeditivo ou extintivo”. Há, porém, algumas exceções legais, em que mesmo incontrovertidos, certos fatos ainda necessitam de serem provados, como nos casos dos art. 302, I e 320, II do CPC, mantidos em seus exatos termos pelo novo CPC, respectivamente em seus art. 341, I e 345, II.

Marinoni e Arenhart⁶² chamam a atenção, ainda, para a possibilidade do juiz, de ofício, fixar um fato como controvertido, nos casos em que tal “fato *não foi invocado* pela parte, mas apresenta-se relevante (...). Porém, as *partes deverão ser comunicadas a respeito dessa fixação*, para que, respeitado o princípio do contraditório, possam apresentar alegações ou requerer a produção de provas em relação a ele”.

A importância da fixação dos pontos controvertidos é evidenciada por Bueno⁶³, que afirma que é sobre tais pontos “que recairá a atividade probatória”, podendo-se dizer que é justamente “em face daquela controvérsia que a realização de uma 'fase instrutória' justificasse. Não houvesse 'pontos controvertidos' no sentido suposto pela regra em análise e o caso certamente seria de 'julgamento conforme o estado do processo’”. O mesmo autor⁶⁴ declara, ainda, que “a fixação dos 'pontos controvertidos' (questões) e a determinação da prova que lhe é correlata é providência que otimiza, em todos os sentidos, a fase instrutória e que por isso não pode ser apequenada”, uma vez que garante a adequada e suficiente realização dos princípios da economia e da eficiência processuais.

No mesmo sentido é a lição de Câmara⁶⁵:

A fixação dos pontos controvertidos é fundamental para a organização das atividades de instrução probatória. Isso porque (...) apenas as alegações concernentes a fatos controvertidos devem ser provadas. O que é incontrovertido não se constitui em objeto de prova (mesmo porque tal prova seria inútil, já que não há dúvida no processo quanto à veracidade da alegação).

62 MARINONI, ARENHART, op. cit., 2010, p. 250.

63 BUENO, op. cit., 2014, p. 474.

64 Ibid., p. 477.

65 CÂMARA, op. cit., 2014, p. 403.

O mesmo autor⁶⁶ completa, afirmando que a definição pelo juiz, na audiência preliminar, de quais são os fatos controvertidos, tem o objetivo de “delimitar a produção das provas, otimizando os resultados da instrução probatória”, impedindo-se “a produção de prova inútil, o que permite um processo mais rápido e mais efetivo, com uma mais célere entrega da prestação jurisdicional.”

A atividade do magistrado de fixação dos pontos controvertidos e determinação das provas a serem produzidas pode ocorrer tanto através de decisão proferida na audiência preliminar a que se refere o art. 331, *caput* e §§1º e 2º do CPC, como através de decisão por escrito, quando desnecessária a realização da audiência preliminar, nos termos do §3º do mencionado art. 331 do CPC.

Bueno⁶⁷ entende que, mesmo sendo impossível ou improvável a conciliação entre as partes, nada impede que o magistrado “designe a audiência preliminar para que nela os procuradores e ele debatam oralmente sobre a fixação dos 'pontos controvertidos', sobre a realização da prova daí consequente e, até mesmo, sobre a inversão do ônus da prova [...]”. Tal medida, “embora não seja impositiva para o juiz, pode trazer excelentes resultados para o processo em iniciativa bastante afinada ao 'modelo constitucional do direito processual civil”.

Em concordância, Pinho⁶⁸ afirma que o juiz deve realizar a inversão do ônus da prova no momento “anterior à fase instrutória, intimando previamente as partes a respeito e fundamentando sua decisão (...), sob pena de ofensa ao princípio do contraditório.” Isto porque “a parte a quem será atribuído o ônus da prova deve saber, antes da fase instrutória, que a não produção adequada da prova irá lhe acarretar prejuízos no que diz respeito ao julgamento desfavorável do mérito da causa.”⁶⁹

66 Ibid.

67 BUENO, op. cit., 2014, p. 471.

68 PINHO, op. cit., 2012, p. 453.

69 Ibid., p. 458.

No mesmo sentido, Theodoro Júnior⁷⁰ entende que “o juiz, na fase de saneamento, ao determinar as provas necessárias (art. 331, § 2o), defina também a nova responsabilidade pela respectiva produção.”

Finalmente, Marinoni e Arenhart⁷¹ ensinam que “[...] fixado o fato controvertido, decide-se sobre aquele que tem o ônus de prová-lo. Lembre-se que, nessa oportunidade, também deve ser decidido se o ônus da prova deve ser invertido, aplicando-se, se for o caso, o art. 6.º, VIII, do CDC”.

Por essa razão, a inversão do ônus da prova pelo juiz deve fazer parte da decisão que declara o processo saneado, visto que é em tal decisão, seja ela tomada em audiência preliminar ou por escrito, que constarão a fixação dos pontos controvertidos e a determinação das provas a serem produzidas. Isto porque só é útil inverter o ônus da produção de uma prova se tal prova tiver alguma razão para ser produzida. Caso o magistrado decida pela inversão em momento anterior, antes da defesa do réu, por exemplo, correrá o risco de ver o objeto da prova tornar-se incontroverso, não havendo mais necessidade para produção de prova a seu respeito.

Nada impede, porém, que o magistrado faça a inversão em momento posterior, inclusive após o fim da instrução, desde que antes da sentença e que seja concedido à parte que assume o ônus da prova, oportunidade para produzi-la. Sobre este assunto trata a Justificativa do mencionado Enunciado nº 1 do Aviso nº 80 do TJRJ:

Mesmo para os que entendem estejamos diante de regra de procedimento - e não de julgamento -, ainda assim, se reconhece ao julgador a faculdade de inverter o ônus da prova após o saneamento do processo e até a data da prolação da sentença. Em casos tais, a conversão do julgamento do feito em diligência deve se dar por decisão interlocutória, devidamente fundamentada, intimando-se as partes. Retomado o curso do processo, após a conclusão das diligências determinadas pelo juízo, será proferida sentença.

O novo CPC trará algumas modificações ao tema do saneamento e organização do processo, tratado em seu art. 357. Por força deste artigo, não sendo caso de extinção do

70 THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2014, p. 1290.

71 MARINONI, ARENHART, op. cit., 2010, p. 249.

processo ou de julgamento antecipado do mérito, o juiz, em decisão de saneamento, deve, entre outras providências, “delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade provatória, especificando os meios de prova admitidos” (art. 357, III), bem como “definir a distribuição do ônus da prova” (art. 357, IV).

O §2º do mesmo artigo contém, ainda, previsão de que as partes poderão apresentar ao juiz, para homologação, “delimitação consensual das questões de fato” que serão objeto de prova. Realizada tal homologação, esta delimitação vinculará as partes e o juiz.

Finalmente, de acordo com o §3º do art. 357, o juiz deverá designar audiência para que o saneamento “seja feito em cooperação com as partes”, quando a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito.

Percebe-se, com isso, que a audiência preliminar deixará de existir, em que pese o comando para que o juiz designe audiência, nos casos do art. 357, §3º. Por outro lado, a decisão de saneamento continuará sendo o momento propício para definição dos pontos controvertidos, a não ser quando esta delimitação for feita consensualmente pelas partes e apresentada para homologação pelo juiz. Por fim, manifestando-se explicitamente sobre o tema tratado neste capítulo, o novo Código definirá que o momento propício para eventual inversão ou redistribuição do ônus da prova é o da decisão de saneamento, conforme o art. 357, IV.

3. MOMENTO DA INVERSÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Trazendo a controvérsia tratada até aqui ao âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, cuja lei reguladora estabelece procedimento próprio para as causas de sua competência, faz-se necessário, primeiramente, chamar atenção para alguns entendimentos jurisprudenciais já

manifestados a respeito do tema e que contrastam com o que foi exposto na parte anterior deste trabalho.

Primeiramente, o item 9.1.2 do Aviso nº 23 do TJRJ, de 02/07/2008⁷², afirma que, na inversão do ônus da prova nas relações de consumo não é “necessário que o juiz advirta o fornecedor de tal inversão, devendo este comparecer à audiência munido, desde logo, de todas as provas com que pretenda demonstrar a exclusão de sua responsabilidade objetiva”.

Ao afirmar ser desnecessário que o juiz comunique ao fornecedor sua decisão de inverter o ônus probatório, tal posicionamento autoriza que dita inversão seja feita no momento da sentença, representando violação das garantias processuais constitucionais da parte. A esse respeito, leciona Fernando Gama de Miranda Netto⁷³:

[...] tal enunciado viola o modelo constitucional de processo justo, porque impede que a parte apresente defesa e influencie o convencimento do magistrado. Não se pode simplesmente supor que a lei tenha imposto à parte o ônus de adivinhar o critério que o juiz irá utilizar na sentença.

Em seguida, temos o Enunciado nº 53 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), de 23/06/2010, por ocasião de sua XXVII reunião⁷⁴, que afirma que “deverá constar da citação a advertência, em termos claros, da possibilidade de inversão do ônus da prova”.

Tal entendimento, apesar de representar progresso em relação ao anteriormente exposto, por exigir que o fornecedor seja avisado, no mandado de citação, a respeito da possibilidade da inversão judicial do ônus da prova, também autoriza que a inversão se opere no momento da sentença. Por essa razão, mostra-se ainda insuficiente para respeitar plenamente as garantias da parte. Nesse sentido, o entendimento de Didier Jr., Braga e de

72 AVISO nº. 23/2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/juiz_especiais/documentos/pdf/aviso_23-2008.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2015.

73 MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Garantias do processo justo nos juizados especiais cíveis. In: _____ (Org.); ROCHA, Felipe Borring (Org.). *Juizados especiais cíveis: novos desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 57.

74 ENUNCIADOS atualizados até o XXXVI FONAJE. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

Oliveira⁷⁵:

[...] exigir que o fornecedor, apenas por vislumbrar uma possível inversão do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que eventualmente alegar, como da inexistência do fato constitutivo do direito do consumidor, é tomar legal a inversão que o legislador quis que fosse judicial [...].

Sendo assim, em que pese a existência de tais Enunciados direcionados a regular os Juizados Especiais Cíveis, a aplicação de tais entendimentos não se coaduna com o modelo constitucional do processo, violando as garantias do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do acesso à justiça. Por essa razão, a inversão judicial do ônus da prova deve ser feita em momento anterior à sentença, preferencialmente ao fim da fase de saneamento, de forma a oportunizar à parte em desfavor de quem o ônus é invertido, ocasião para dele se desincumbir satisfatoriamente.

Ocorre que, diferentemente do procedimento comum ordinário, nos Juizados Especiais Cíveis, não há a realização de audiência preliminar, nem a decisão que encerra a fase de saneamento é tomada por escrito, nos casos em que aquela se mostra desnecessária. Neste microssistema, toda a atividade de saneamento está concentrada na audiência de instrução e julgamento. Esta concentração de atos processuais em audiência representa manifestação do princípio da oralidade (art. 2º, Lei n. 9.099/95), um dos critérios orientadores dos processos que correm perante os Juizados Especiais Cíveis. A respeito de tal princípio, leciona Câmara⁷⁶ que, “no processo oral, os atos processuais devem ser concentrados em audiência. (...) Isto é uma forma de se buscar assegurar a celeridade do processo, mas, também, de se preservar a utilidade do contato imediato entre o juiz e as fontes de prova oral”.

Dessa forma, na audiência de instrução e julgamento serão resolvidos quaisquer incidentes capazes de interferir em seu regular prosseguimento, apresentada a resposta do

75 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 95.

76 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10.

demandado, colhidas as provas e proferida sentença (art. 28 e 29, Lei n. 9.099/95). Pode-se, assim, afirmar que, entre a apresentação da resposta do demandado e a colheita de provas, o juiz deve fixar os pontos controvertidos, bem como decidir a respeito da inversão do ônus da prova, se for o caso. A esse respeito, ensina Ricardo Cunha Chimenti⁷⁷:

Aberta a audiência de instrução e julgamento e restando infrutífera a nova proposta de conciliação (pertinente sobretudo quando for verificado o desmembramento previsto no parágrafo único do art. 27 da Lei n. 9.099/95), será colhida a contestação do demandado, a fim de que sejam fixados os pontos da controvérsia.

Diante desse cenário, é possível que, invertido o ônus probatório em audiência, o réu seja capaz de produzir as provas durante a própria audiência, que, então, prosseguirá regularmente. Entretanto, o réu também pode não ter condições de se desincumbir imediatamente do encargo que lhe foi atribuído. Nesse caso, tal situação deve ser comparada com outras expressamente tratadas na doutrina a respeito dos Juizados Especiais Cíveis. Chimenti⁷⁸, por exemplo, afirma que:

Caso seja verificada alguma situação que impeça a colheita de toda a prova em uma única audiência, a exemplo da ausência da testemunha intimada, da necessidade de realização de um trabalho técnico ou mesmo se o juiz entender necessária a produção de prova que não estava disponível naquele ato, a audiência poderá ser suspensa ou mesmo redesignada (nessa segunda hipótese, os presentes sairão intimados da nova data).

Câmara⁷⁹, por sua vez, acrescenta que quando o demandado, em sua resposta, oferecer pedido contraposto, “poderá o demandante requerer que se suspenda a audiência de instrução e julgamento, designando-se dia próximo para a continuação da mesma, quando, então, o demandante oferecerá sua resposta àquele pedido (art. 31, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95)”. Da mesma forma, “havendo necessidade de prova pericial ou de inspeção judicial, o juiz deverá suspender a audiência para que a prova seja colhida, designando-se desde logo dia e hora para a continuação”⁸⁰

Com isso, fica evidenciada a possibilidade de suspensão e remarcação da audiência

77 CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis e Federais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 430.

78 CHIMENTI, op. cit., 2012, p. 419.

79 CÂMARA, op. cit., 2008, p. 102.

80 Ibid.

de instrução e julgamento, quando houver motivo relevante para tanto. Assim, esta deverá ser a atitude do magistrado quando, invertido o ônus da prova em audiência, o réu não tenha condições de dele se desincumbir imediatamente.

Nesse sentido é a lição de Miranda Netto⁸¹:

Diferentemente do procedimento ordinário (art. 331, § 2o, CPC), não há, nos Juizados Especiais, uma oportunidade para a decisão de saneamento antes da audiência de instrução e julgamento. Por esta razão, se o juiz, na audiência de instrução e julgamento, constata a necessidade de inversão do ônus da prova, deve conferir à parte prejudicada pela inversão a oportunidade de apresentar a contraprova, podendo marcar nova audiência para que a prova seja submetida ao contraditório.

A despeito do posicionamento já demonstrado de que a inversão judicial do ônus probatório nos Juizados Especiais Cíveis deve se dar por ocasião da audiência de instrução e julgamento, devido à eventual necessidade de que esta seja suspensa e remarcada e da compreensível resistência que isto pode causar no magistrado e nas próprias partes, por prolongar o tempo até a resolução do feito, é possível imaginar uma alternativa, a ser adotada a critério do juiz.

Consistiria esta numa inversão realizada em momento anterior à audiência de instrução e julgamento. Há, porém, risco de que tal inversão, por ser efetuada antes da apresentação de resposta pelo demandado e da subsequente fixação dos pontos controvertidos, revele-se desnecessária posteriormente, pelo objeto da prova cujo ônus de produção foi invertido revelar-se incontroverso.

Tal revelação, no entanto, não traria qualquer prejuízo às garantias processuais das partes, podendo, no máximo, representar desrespeito à celeridade e à economia processual, por ter sido praticado um ato desnecessário, que representou um prolongamento indevido do tempo de processamento do feito, bem como dos gastos com tal processamento.

Ocorre que tal prolongamento também pode ser gerado pela inversão do ônus da prova realizada em audiência de instrução e julgamento, tendo em vista a eventual

81 MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Garantias do processo justo nos juizados especiais cíveis. In: _____, ROCHA, op. cit., 2010, p. 57.

necessidade de suspensão e remarcação desta audiência. Nesse caso, caberia ao juiz uma análise comparativa, a fim de determinar qual destas duas alternativas traria menor acréscimo ao tempo de duração do processo. Feito este juízo, o magistrado decidiria pela inversão do ônus probatório no momento processual capaz de assegurar a máxima efetividade às garantias de celeridade e economia processual, a qual, segundo Câmara⁸², consiste “em se extrair do processo o máximo de proveito com o mínimo de dispêndio de tempo e energias”.

Adotado este segundo posicionamento, os momentos possíveis para o magistrado decidir pela inversão do ônus probatório, antes da audiência de instrução e julgamento, seriam, preferencialmente, aqueles em que há abertura de conclusão. Com isso, tem-se o objetivo de aproveitar os momentos em que o juiz já teria contato com o processo.

Nada impede, porém, que o autor, na inicial ou em simples petição posterior, requeira a abertura de conclusão para que o juiz aprecie imediatamente o pedido de inversão do ônus da prova, nem que o demandado, maior interessado no tema, apresente também simples petição contendo requerimento de mesmo teor, mesmo antes da apresentação de sua resposta.

Na busca de definir os momentos capazes de gerar abertura de conclusão ao juiz no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, o primeiro deles, em comparação com o procedimento comum ordinário, é o do exame da regularidade da petição inicial, conforme preceituam os art. 284 e 285 do CPC. A esse respeito, Câmara⁸³ leciona que “elaborada a petição inicial, é a mesma levada a juízo, devendo o juiz, nesse primeiro momento, fazer uma análise da observância dos requisitos formais da demanda, a fim de pronunciar-se, pela primeira vez, no processo”. Esta lógica permanece, com pequenas alterações, no novo CPC, nos art. 321 e 334.

Nos Juizados Especiais Cíveis, a petição inicial sujeita-se a requisitos distintos dos listados nos art. 282 e 283 do CPC, que se adaptam às exigências dos critérios listados no art.

82 CÂMARA, op. cit., 2008, p. 18.

83 CÂMARA, op. cit., 2014, p. 364.

2º da Lei n. 9.099/95. Tais requisitos estão listados no art. 14 da mesma lei.

Sendo assim, para Bueno⁸⁴, à exceção das diferenças nos requisitos a que se sujeita e do registro ordenado pelo art. 16 da Lei 9.099/95, “não há nenhuma peculiaridade relativa ao juízo de admissibilidade da petição inicial. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil deve, por isso mesmo, ser entendida amplamente.”

No mesmo sentido, Ricardo Cunha Chimenti⁸⁵ entende que:

Mesmo que analisada sob a luz dos princípios da simplicidade e da informalidade, algumas vezes a petição inicial não preenche os requisitos básicos do art. 14 da Lei n. 9.099/95; outras vezes apresenta defeitos ou irregularidades capazes de dificultar a ampla defesa e mesmo o julgamento do pedido. Nessas hipóteses cabe a determinação de emenda do pedido, no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento da petição inicial (art. 284 e parágrafo único do CPC).

Dessa forma, tendo o magistrado contato com o processo imediatamente após seu início, nada impede que ao exame do preenchimento dos requisitos legais da petição inicial, o juiz some a análise das alegações de fato feitas pela parte autora, com o objetivo de decidir, desde já, se é caso de se inverter o ônus da produção de prova a respeito de tais alegações.

Contudo, tal exame, na prática, dificilmente ocorre, como ilustra Câmara ao afirmar que, nos Juizados Especiais Cíveis, “o juiz só passa a atuar no processo se não houver autocomposição do conflito”⁸⁶.

Apesar disso, é inegável que nos casos em que a petição inicial contiver pedido de tutela de urgência, seja esta cautelar ou antecipada, este deve ser imediatamente submetido à apreciação do magistrado.

A despeito da Lei n. 9.099/95 ser omissa a respeito da possibilidade do demandante pleitear a concessão de tutela de urgência, esta é, sem dúvida, compatível com o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis. Dessa forma, a ele aplicam-se os art. 4º da Lei n. 10.259/01 e 3º da Lei n. 12.153/09, que regulam, respectivamente, os Juizados Especiais Federais e os

84 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimentos especiais do Código de Processo Civil. Juizados Especiais*, v. 2, tomo II. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 463. Versão digital.

85 CHIMENTI, op. cit., 2012, p. 324.

86 CÂMARA, op. cit., 2008, p. 91.

Juizados Especiais da Fazenda Pública. Tais leis compõem, juntamente com a Lei n. 9.099/95, o chamado microsistema dos Juizados Especiais. Há, ainda, aplicação subsidiária do art. 273, I e §7º do CPC. Quanto ao novo CPC, faz-se referência aos art. 294, *caput* e 300 e seguintes. Tratando deste tema, leciona Câmara⁸⁷:

Ainda que o processo nos Juizados Especiais Cíveis fosse extremamente rápido, algum tempo ele teria de demorar. É necessário algum tempo para que o demandado seja citado; tempo para a elaboração de sua resposta; tempo para a instrução probatória; tempo para a interposição do recurso e para o seu julgamento etc. O tempo do processo, pois, é inevitável (...). E esse tempo do processo torna necessária, em algumas hipóteses, a concessão urgente de tutela jurisdicional.

Com isso, mesmo que se entenda que a petição inicial que instrumentalize demanda ajuizada perante Juizado Especial Cível não se sujeite a um juízo de admissibilidade imediato pelo magistrado, que só passaria a atuar no processo se frustrada a conciliação, caso o juiz precise apreciar pedido de tutela de urgência, estará aí configurado momento oportuno para que este proceda, também, à inversão do ônus da prova, quando cabível.

Pelo exposto até aqui, percebe-se que a definição do momento processual mais adequado para que o juiz decida a respeito da necessidade de inversão do ônus da prova no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, caracteriza-se pela busca do equilíbrio entre o respeito às garantias processuais constitucionais das partes e os critérios orientadores de tal microsistema jurídico processual, em especial a celeridade e a economia processual.

A esse respeito, Miranda Netto⁸⁸ critica a “busca de um processo ideal de resultados, que melhor seria aqui denominado 'estatístico', em face de seu compromisso com o esvaziamento de prateleiras, com a demonstração pública de que algo está sendo feito para desafogar a justiça”. Isto porque “abreviar o procedimento não é sinônimo de suprimir as garantias do processo justo. O que deve haver no procedimento sumaríssimo é tão-somente a concentração dos atos processuais, e não a supressão do núcleo mínimo do processo justo”⁸⁹.

87 Ibid., p. 187.

88 MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Garantias do processo justo nos juizados especiais cíveis. In: _____, ROCHA, op. cit., 2010, p. 49.

89 Ibid., p. 62.

O mesmo autor completa, afirmando que “quem desampara os meios desampara também os fins. Ora, a obtenção de um resultado reconhecidamente justo pressupõe a construção de um meio justo, sob pena de retornarmos à máxima maquiavélica 'os fins justificam os meios'”⁹⁰.

No mesmo sentido é o entendimento de Câmara⁹¹:

O grande drama do processo é equilibrar dois valores igualmente relevantes: celeridade e justiça. Um processo extremamente demorado não é, certamente, capaz de produzir resultados justos. Por outro lado, um processo rápido demais dificilmente será capaz de alcançar a justiça da decisão.

Finalmente, temos o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira⁹²:

Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

CONCLUSÃO

Podemos, então, perceber que o momento em que o magistrado opera a chamada inversão judicial do ônus probatório reveste-se de grande importância, uma vez que realizá-lo sem que a parte que assume tal ônus tenha oportunidade de dele se desincumbir satisfatoriamente, viola as garantias do contraditório, ampla defesa, isonomia e do acesso à justiça.

Mais delicada ainda é a aplicação deste entendimento ao âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, visto que se trata de procedimento especial, regido por critérios que visam garantir uma maior informalidade e celeridade ao processamento do feito.

Não obstante isto, num possível confronto entre a celeridade processual e o respeito às garantias processuais constitucionais, as segundas devem prevalecer, sem dúvida.

Assim, ainda que seja necessária eventual suspensão ou redesignação de uma

90 *Ibid.*, p. 50.

91 CÂMARA, *op. cit.*, 2008, p. 20.

92 MOREIRA, *apud* MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Garantias do processo justo nos juizados especiais cíveis. In: _____, ROCHA, *op. cit.*, 2010, p. 52.

audiência de instrução e julgamento, tal se perfaz um “mal necessário”, para o respeito ao devido processo legal.

No entanto, nada impede que o magistrado que objetiva evitar o risco descrito acima, opte por efetuar a inversão do ônus da prova em momento anterior, dando-se como exemplos o da análise de admissibilidade da petição inicial, do julgamento do pedido de tutela de urgência ou quando as partes assim o requererem.

É, em tese, até admissível que o juiz efetue a inversão após o encerramento da instrução, desde que a reabra, em seguida. O importante é que a inversão seja feita antes da sentença.

Concluimos afirmando que o desafio que se apresenta ao juiz é o de assegurar o respeito às garantias constitucionais e legais das partes, ao mesmo tempo em que impõe o mínimo de sacrifício à simplicidade e à rapidez que devem caracterizar o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis.

REFERÊNCIAS

AVISO nº. 23/2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/juiz_especiais/documentos/pdf/aviso23-2008.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2015.

AVISO TJ nº 80/2014. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2070867/aviso-80-2014.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/1104/06.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

_____. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

_____. Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Versão digital.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, vol. 2, tomo I. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Versão digital.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimentos especiais do Código de Processo Civil. Juizados Especiais*, vol. 2, tomo II. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Versão digital.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Lições de direito processual civil*, vol. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão digital.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. rev. e atual. Salvador: jusPodivm, 2013.

_____; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 8. ed. rev. e atual. Salvador: jusPodivm, 2013.

ENUNCIADOS atualizados até o XXXVI FONAJE. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: jusPodivm, 2014.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo de processo civil*. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, vol. 2: processo de conhecimento. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.); ROCHA, Felipe Borring (Org.). *Juizados especiais cíveis: novos desafios*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 436. Versão digital.

SÚMULA da jurisprudência predominante SN1. Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.aspxcodigo=150637&desc=ti&servidor=1&iIdioma=0>. Acesso em: 05 abr. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, vol. 1. 55. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Versão digital.