



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O ônus da prova nas relações de consumo e suas implicações na sistemática da lei 9.099/95

Rafael Nery de Vasconcellos

Rio de Janeiro  
2012

RAFAEL NERY DE VASCONCELLOS

O ônus da prova nas relações de consumo e suas implicações na sistemática da lei 9.099/95

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2012

## O ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E SUAS IMPLICAÇÕES NA SISTEMÁTICA DA LEI 9.099/95

Rafael Nery de Vasconcellos

Graduado pela Faculdade de Direito da  
Universidade Cândido Mênides. Advogado.

**Resumo:** Com o incremento das relações sociais veio a reboque um aumento substancial do número de pessoas que procuram o judiciário para dirimirem seus conflitos. O Código de Defesa do Consumidor foi fruto de uma disposição constitucional, uma resposta do Estado na busca pela tutela do direito dos consumidores. O *codex* consumerista traz previsão expressa no que se refere à inversão do ônus da prova em favor do consumidor e esse trabalho visa abordar questões acerca do momento mais adequado para se decidir a qual das partes da demanda caberá a produção das provas necessárias à solução da lide, bem como os critérios para sua efetivação no âmbito dos juizados especiais cíveis, em que se concentram a maioria esmagadora dos processos que versam sobre defesa do consumidor.

**Palavras-chave:** Ônus da prova. Relações de consumo. Juizados Especias Cíveis.

**Sumário:** Introdução. 1. O ônus da prova no Código de Processo Civil. 2. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. 3. A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova. 4.A inversão do ônus da prova na sistemática dos Juizados Especiais Cíveis. 5.O posicionamento da jurisprudência dos tribunais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a questão do momento processual mais adequado para a inversão do ônus da prova nos processos que tramitam nos juizados especiais cíveis, busca uma correta interpretação das garantias trazidas pela lei protetiva do consumidor e sua adequação aos procedimentos trazidos pela Lei 9099/95.

O tema não é novo, e mesmo assim ainda não existe um posicionamento uníssono na doutrina e tampouco na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Superior Tribunal de Justiça a respeito dos várias momentos processuais que se prestam a de inversão do *onus probandi*.

O cerne da questão reside no fato de os tribunais se posicionarem em relação a esse tema no contexto dos processos que seguem o rito comum ordinário, o mais longo dos procedimentos comuns com fases bem determinadas para cada ato, diferentemente dos juizados especiais que (em tese) contam com a um procedimento bem mais célere.

As partes não podem ser pegas de surpresa com a inversão do ônus de produzir provas ou com o indeferimento dessa medida. Tal surpresa causa prejuízo para aqueles que buscam o judiciário. Fatos dessa natureza levam a parte prejudicada a criar uma imagem distorcida da justiça do Estado do Rio de Janeiro.

É necessário que haja critérios claros em relação à inversão do ônus da prova, especialmente quanto ao momento mais adequado ao seu deferimento ou indeferimento. Não se trata de uma questão meramente formal, processual, mas que leva em consideração o respeito às partes e a própria constituição da república.

A ideia motriz dos juizados especiais cíveis faz com que cheguem ao judiciário cidadãos sem a orientação de advogados e em busca dos seus direitos como consumidor (na maioria dos casos). O desconhecimento e a incerteza poderiam gerar situações conflitantes em relação a questões jurídicas iguais.

Ademais, há que se respeitar o postulado constitucional que garante a ampla defesa e o devido processo legal a todos as partes que se socorrem do judiciário. A aplicação deficiente do instituto da inversão do ônus da prova poderia facilmente levar a tal consequência, o que acarreta prejuízos, principalmente, ao cidadão comum em busca dos seus direitos básicos.

Fazer com que a sistemática consumerista e o rito dos juizados funcionem em harmonia é prestar uma tutela jurisdicional de qualidade e mais efetiva ao cidadão. A prestação jurisdicional justa é o reflexo de um Judiciário moderno e que atinge os anseios daqueles que dele se socorrem.

## 1. O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A distribuição do ônus da prova no direito brasileiro vem sistematizada na norma processual civil no artigo 333 e incisos, o qual dispõe que 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.”<sup>1</sup>

Tal opção do legislador brasileiro reflete uma escolha mista, que conjuga as teorias formuladas por Chiovenda, Betti e Carnelutti<sup>2</sup>. Essa teoria agrega dois valores, quais sejam a posição das partes em juízo e a natureza dos fatos alegados, que podem ser constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito.

O artigo 333 do CPC estabelece, em apertada síntese, que caberá àquele que propuser a ação, demonstrar o fato alegado, ou ainda, àquele que resistir a pretensão autoral.

O direito nasce de um fato, *ex fact oritus ius*<sup>3</sup> e a causa de pedir é o nascedouro do direito do autor. É exatamente isso que ele deverá provar, ao contrário do réu que deverá carregar o ônus de comprovar quaisquer dos elementos trazidos no inciso II do artigo 333 do *codex* processual brasileiro.

Por essa sistemática, cada parte suportará o ônus de comprovar as suas alegações. É o próprio interesse em ver a causa julgada procedente ou improcedente que moverá cada parte a convencer o juiz de direito acerca das suas alegações.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2012

<sup>2</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, p.108.

<sup>3</sup> CABRAL, Érico Pina, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 208.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco<sup>4</sup>: “o *onus probandi* insere-se nesse contexto de motivações, levando cada um dos litigantes a participar da instrução probatória, segundo seu próprio interesse e com vista à defesa de suas pretensões através do processo”.

O juiz, na fase instrutória, busca conhecer a verdade dos fatos, busca a confirmação dos fatos alegados pelas partes. A verdade quanto à existência ou inexistência dos fatos alegados pelas partes, na peça inaugural e na peça de bloqueio, convertem-se na exigência da prova desses<sup>5</sup>.

Ainda dentro da sistemática processual civil, o ônus da prova trará duas faces distintas. A primeira é a que revelará a atividade probatória de cada uma das partes no processo, uma regra que determina previamente como as partes devem se comportar no processo no que tange a prova das suas alegações. Tal medida ocorre na fase instrutória do processo. Passada o momento processual de produção de provas, já na fase decisória, o mesmo artigo 333 será agora utilizado como uma regra de julgamento, que dará ao juiz a possibilidade de decidir o deslinde da demanda mesmo diante de um quadro de insuficiência de provas.<sup>6</sup>

Tal diferenciação entre regra de conduta e regra de julgamento se mostrará deveras importante para a conclusão desse trabalho, sendo necessário trazer nitidez ao tema.

O ônus é uma regra de conduta para os litigantes na medida em que aponta para o que (ônus subjetivo) e para quem deve provar (ônus objetivo), e buscar com isso fundamentos sólidos para as suas alegações (causa de pedir) ou para as matérias trazidas no inciso II do artigo 333.

---

<sup>4</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3 p. 72

<sup>5</sup> REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre o ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 11.

<sup>6</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 122.

Sob outra ótica, é o ônus da prova uma regra de julgamento, que se resume àquela situação onde o juiz se depara com a ausência de provas dos fatos alegados. Diante de tal entrave, e baseado no critério objetivo, poderá o magistrado resolver a questão.

O parágrafo único do artigo 333 do CPC traz uma vedação expressa a convenção das partes quanto à distribuição do ônus da prova quando tal medida acarretar uma dificuldade em exercer seu direito, ou quando torna a prova excessivamente difícil de se produzir, ou ainda quando recair sobre direitos indisponíveis.

A leitura desse artigo é simples e busca proteger a parte que se encontra em dificuldade, ou até mesma impossibilitada, de produzir determinada prova de fato por ela alegado. Não seria razoável uma convenção entre os litigantes impossibilitar a correta articulação e comprovação dos fatos trazidos ao processo<sup>7</sup>.

Há, ainda, no código de processo civil o artigo 334 que desincumbe as partes de comprovarem os fatos que sejam: “ I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos e IV – em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade”<sup>8</sup>.

Artigo supracitado é de fácil compreensão. O legislador poupar as partes de comprovar aquilo que seria inócuo ao processo, que não formaria o convencimento do juiz e que militaria contra o princípio constitucional que tutela a razoável duração do processo.

Em suma, a distribuição do ônus da prova no *codex* processualista brasileiro é, pois, regulada por uma norma genérica, onde tal incumbência independe da natureza do direito que ali se tutela<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> REBOUÇAS, op. cit., p. 17.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2012

<sup>9</sup> LEONARDO, op. cit., p. 120.

Segundo Marinoni<sup>10</sup>: “O Código de Processo Civil fixou a regra de que o autor deve provar o que alega, criando um processo que não toma em consideração as particularidades do direito material para a distribuição do ônus da prova.”

Conclui-se que pela sistemática processual adotada pelo legislador, tem-se a chamada igualdade formal entre os litigantes, que não leva em consideração a real possibilidade de se produzir uma determinada prova, mas tão somente o ônus subjetivo (o que deve ser provado) e o ônus objetivo (quem deve provar).

## **2. O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Como o aumento significativo das relações de consumo no final da década de 80, surgiu a novel legislação consumerista, emanada de uma ordem constitucional. A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 é onde se solidificaram os preceitos de respeito e proteção ao consumidor e foi reconhecida, por força de lei, sua vulnerabilidade nas relações de consumo.

Com o advento da lei, nasceram para o consumidor mecanismos de proteção não só prévios e concomitante a produção, mas também mecanismos de direito material e processual que elevam o consumidor a uma posição de igualdade em uma eventual demanda em face do fornecedor de bens e serviços<sup>11</sup>

Os mecanismos de inversão do ônus da prova trazidos pelo CDC, proporcionaram ao consumidor a possibilidade de enfrentar a demanda judicial em pé de igualdade com o fornecedor ou produtor do bem.

---

<sup>10</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1977, p.34.

<sup>11</sup> CABRAL, op cit., p. 360.



Dentre vários princípios trazidos pela legislação do consumo, essa talvez tenha sido a que mais trouxe benefícios ao consumidor, visto que não depende da vontade do fornecedor do serviço, mas sim é instrumento levado diretamente ao processo, meio idôneo para solução da lide.

O código de defesa do consumidor não visa privilegiar a parte vulnerável e assim lhe trazer facilidades para que o processo seja julgado procedente. O que o código busca é facilitar a defesa dos direitos do consumidor até o limite da igualdade entre as partes que integram a relação de consumo<sup>12</sup>

Nas palavras do ilustre Nelson Nery Junior<sup>13</sup>: “Essa igualdade de armas não significa, entretanto, paridade absoluta, mas sim na medida em que as partes estiverem diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais”.

Feita essa breve introdução, vejamos quais os dispositivos do código trazem a possibilidade/obrigatoriedade da inversão do ônus da prova.

São eles os artigos 6º, inc. VIII; 12 § 3º; 14 § 3º e o artigo 38, todos do código de defesa do consumidor.

A exceção do artigo 6º, inc. VIII todos os demais citados tratam de inversão *op legis*, por força de lei, o demandado já é chamado ao processo sabedor da existência dessa incumbência, visto que é matéria legal e não depende do entendimento do juiz ou da vontade das partes.

O que interessa, portanto, é a inversão trazida pelo inciso VIII do artigo 6º, que é uma exceção a regra geral trazida pelo já citado artigo 333 do CPC. Essa regra dá ao juiz o dever-

---

<sup>12</sup> GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista de direito do consumidor, 1995, p. 43.

<sup>13</sup> NERY JÚNIOR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 14.

poder de inverter o ônus quando estão presentes os requisitos trazidos pela lei, quais sejam a verossimilhança ou a hipossuficiência do consumidor na relação.

Há que se ressaltar, conforme o ensinamento de Antônio Gidi, que a inversão do ônus da prova não é um direito básico do consumidor, a facilitação da sua defesa sim. A inversão figura no código de defesa do consumidor como um meio através do qual é possível promover a citada facilitação<sup>14</sup>.

Presentes, então, um dos requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova, caberá ao juiz em decisão fundamentada invertê-lo.

Pelo uso do legislador da conjunção *ou* e não *e*, entende Carlos Roberto Barbosa Moreira<sup>15</sup>: “o ato judicial, devidamente motivado, indicará a ocorrência de uma entre essas duas situações: a) a alegação do consumidor é verossímil; ou b) o consumidor é hipossuficiente. O emprego da conjunção alternativa e não da aditiva ‘e’, significa que o juiz não haverá de exigir a configuração simultânea de ambas as situações, bastando que ocorra a primeira ou a segunda”.

Verossímil é a alegação do consumidor, que pelas regras ordinárias de experiência, guardam uma relação plausível com a realidade. Não se trata de um julgamento adiantado do mérito, mas somente uma oportunidade em que se observa se existe pertinência entre os fatos trazidos aos autos e eventuais provas já trazidas.

No que tange a hipossuficiência, em um primeiro momento tendemos a entender que se trata de uma questão econômica, o consumidor se mostra debilitado financeiramente em relação ao produtor. Não é isso que a lei tutela. O intuito da legislação consumerista é proteger o consumidor que tem dificuldades de produzir determinada prova.

---

<sup>14</sup> GIDI, op. cit., p.25.

<sup>15</sup> MOREIRA, Carlos Alberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. RePro, n. 86.

Afirma Sandra Aparecida Dos Santos<sup>16</sup>: “O conceito de hipossuficiência, entretanto, deve ser entendido a partir da finalidade da norma, que é a de tornar mais fácil, no campo específico da instrução probatória, a defesa dos direitos do consumidor”.

Passada a questão acerca do cabimento da inversão do ônus da prova, que é na verdade um poder-dever do juiz, bem como um dos instrumentos facilitadores da defesa dos interesses do consumidor em juízo, há que se atentar para o momento mais adequado a se decidir pelo cabimento da inversão, que deverá ocorrer sempre por decisão fundamentada do juiz togado.

Três seriam os momentos propícios para que houvesse a inversão do ônus. Seriam eles o despacho inicial, juntamente com o cite-se; no despacho saneador (nos procedimentos que o comportam) e na sentença.

Autores que defendem ser a sentença o momento mais adequado, como Candido Rangel Dinamarco, o entendem por ver tal instituto como uma regra de julgamento, que se daria quando o magistrado, já feita toda a instrução probatória, poderia decidir a lide independente de haver provas suficientes para tanto. É uma saída para o magistrado poder julgar, utilizando a inversão do ônus da prova como matéria de julgamento, mesmo diante de uma situação de ausência completa de provas.

Tal entendimento, coloca toda a matéria dentro de uma mesma vala comum. O ônus da prova é uma questão também de como deverão se comportar as partes durante a instrução probatória e não somente uma regra de julgamento.

Outro momento adequado para a decisão acerca da inversão do ônus da prova seria o despacho saneador. Ocorre que, como é sabido, tal momento não existe no rito da Lei nº 9099/95, havendo tão somente a audiência de conciliação, instrução e julgamento, onde já se produzirá, preferencialmente, a sentença.

---

<sup>16</sup>SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 74.

Não existindo tal momento no rio dos juizados especiais, não nos cabe adentrar no seu cabimento ou não, visto que não terá nenhuma influencia prática dentro da sistemática da lei dos juizados. Criar tal momento seria levar a pique os princípios norteadores dos juizados especiais, principalmente os da celeridade e da economia processual.

Restaria então o momento da sentença. Alguns problemas surgiriam de sempre se utilizar dessa sistemática para decidir acerca do ônus da prova, e o principal deles seria a alegação de violação ao postulado constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Como se verá mais adiante, o STJ já admitiu inclusive a inversão do ônus da prova em segunda instância, desde que seja aberta nova oportunidade para o interessado se pronunciar acerca de quais provas pretenderá produzir.

Ora, a principal questão então é se adequar a sistemática dos juizados especiais, que concentra todos os atos em uma audiência una, com os princípios constitucionais já elencados e ainda com aqueles que regem o microsistema dos juizados especiais.

Ademais, devemos observar o disposto na súmula 91 do TJRJ<sup>17</sup>: “ A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença.”

A determinação da inversão no momento da sentença, quando estamos diante de uma inversão *op judis*, a critério do julgador, é passível de ferir o princípio da ampla defesa, diferentemente do que ocorre quando a questão se dá *op legis*, por força de lei.

Ora, parece, à primeira vista, que não existiria solução para essa questão a partir do momento em que se adota o posicionamento, trazido, por exemplo, por Rodrigo Leonardo Xavier<sup>18</sup>, em que se distingue questões de conduta e de julgamento.

Não se pode olvidar da importância da abrangência dos juizados especiais e seguir cegamente a técnica, que é de suma importância, mas não pode servir como uma barreira para

---

<sup>17</sup> Disponível em [http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=150602&integra=1](http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150602&integra=1). Acesso em: 10 fev. 2012.

<sup>18</sup> XAVIER, op cit.

a correta aplicação do direito material, tampouco pode-se afastar por completo do mínimo exigido. Essa atitude aproximará os princípios norteadores dos juizados dos princípios constitucionais que regem todo e qualquer processo.

O próximo tópico demonstrará que o atual mecanismo dos juizados é deveras correto. Aproxima-se da técnica exigida, bem como prima por observância os princípios que regem o processo civil moderno.

### 3. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Diferente do que ocorre no CPC, a distribuição do ônus da prova é fixa. Nesse sistema atribui-se previamente a cada litigante o que deverá ser provado, essa teoria quebra com esse paradigma.

A teoria dinâmica do ônus da prova não leva em consideração, para fixar os encargos probatórios, a posição das partes no processo e tampouco a natureza dos fatos que deverão ser provados. O que se busca aqui é a facilidade e acessibilidade quanto à produção da prova, de forma a que se consiga esclarecer os fatos controvertidos levados ao processo e consequentemente a uma solução justa para a lide.<sup>19</sup>

A teoria é intitulada “dinâmica” justamente por ser definida caso a caso a carga probatória de cada uma das partes. O magistrado, ao analisar a questão, definirá de plano qual das partes tem mais aptidão para produzir determinada prova, determinado qual parte levará consigo o risco de um eventual descumprimento.

Nas palavras de Antônio Janyr Dall’agno Jr.<sup>20</sup>: “Deve provar quem tem melhores condições para tal. É logicamente insustentável que aquele dotado de melhores condições de

---

<sup>19</sup> CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 73

<sup>20</sup> DALL’AGNO JR., Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. São Paulo: RT, n. 788, jun. 2003, p. 99

demonstrar os fatos deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições do ônus de demonstração. O processo moderno não se compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade.”

Adverte de antemão Suzana Cremasco que essa teoria não fulmina com a distribuição estática ou prévia do ônus da prova, mas significa um acréscimo aprimorador da teoria clássica.<sup>21</sup>

Há que se fazer uma distinção. A teoria dinâmica do ônus da prova não se confunde com a inversão do ônus da prova trazida pelo inciso VIII do artigo 6º do CDC, mas tão somente atribui flexibilidade as regras legais de distribuição prévia do encargo probatório.

Explica perfeitamente a distinção Eduardo Cambi<sup>22</sup>: “Só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica de distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as particularidades do caso concreto, com base em máximas de experiência, irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado.”

Por mais que essa teoria solucione questões relativas ao ônus da prova, novamente esbarraríamos na questão do momento oportuno para sua distribuição no rito dos juizados especiais cíveis.

Entendemos que deverá haver uma dupla conduta, que já ocorre, no rito dos juizados. Inicialmente é a ciência no momento da citação e outro quando é distribuída a petição inicial em cartório acerca da possibilidade da inversão do ônus da prova.

Esse aviso tem um duplo caráter. O primeiro é para o autor da demanda, quando a inversão se trata de uma possibilidade, não de uma certeza. Assim o interessado sairá de sua inércia e buscará a produção das provas que pode produzir. Por outro lado esse aviso leva o

---

<sup>21</sup> CREMASCO, op. cit., p. 73

<sup>22</sup> CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 341

réu a se empenhar na produção das provas que entender cabível em razão da possibilidade de que tál ônus recaís sobre seus ombros.

O direito argentino é direto ao entender ser a sentença o momento adequado para se aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova<sup>23</sup>, senão vejam os motivos trazidos pelos nossos vizinhos argentinos. Eles são basicamente dois.

O primeiro se refere ao fato de os litigantes terem a ciência prévia sobre a citada possibilidade em razão do sistema em que estão inseridos, visto que o tema já é tratado na doutrina e na jurisprudência, não havendo motivos para se alegar surpresa na sua aplicação. O segundo motivo é que a distribuição dinâmica é questão relativa à valoração da prova na qual o juiz impõe o ônus de acordo com a forma que as partes se conduziram no processo, impondo o ônus e as consequências da sua não observância.

A posição contrária a doutrina argentina é aquela que determina que a distribuição dinâmica do ônus se de no início da atividade probatória e não na sentença, posicionamento que esbarra, novamente, na sistemática concentrada dos juizados especiais cíveis.

Como já dito, a dinamicidade acerca do ônus da prova não se confunde com a sua inversão, entretanto esbarra na mesma questão quanto ao momento mais adequado para a sua deliberação.

Devemos observar, entretanto, que quando se adota a teoria dinâmica, não será mais necessária à discussão acerca da inversão pura e simples, inclusive quanto aos critérios necessários a sua implementação, a hipossuficiência e verossimilhança. A distribuição não tem critérios objetivos para a sua determinação e visa tão somente que se alcance a verdade real e como consequência lógica o correto deslinde do feito.

Parece-nos mais adequado e moderno que se evite a surpresa no tocante a distribuição/inversão do ônus da prova. Esse é ponto nevrálgico que causa tanto polêmica ao

---

<sup>23</sup> PEYRANO, Jorge W. apud CREMASCO, op. cit., p. 88

se confrontar com a doutrina constitucional que tutela o contraditório e a ampla defesa, princípios basilares do processo.

Entretanto, devemos nos focar na questão dos juizados especiais cíveis e perceber a sua importância na realidade dos tribunais, onde cada vez mais existem conflitos a serem solucionados, como uma consequência direta do patrocínio do acesso a justiça.

Como dito por Suzana Santi Cremasco<sup>24</sup>: “A deliberação judicial terá de ser prévia e constar de intimação regular, a fim de que aquele litigante ao qual o encargo for atribuído possa desempenhá-lo de forma útil, preservando-se, assim, não só as garantias da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal, mas igualmente o princípio da transparência nas relações e determinações processuais, condutor do princípio da segurança jurídica.”

Deve-se observar, também, que, nos juizados especiais, um momento específico para tanto, além de ir de encontro aos princípios norteadores daquele sistema, não teria o condão de possibilitar à parte afetada recorrer, visto serem irrecorríveis as decisões interlocutórias proferidas no âmbito dos juizados.

Em atenção ao princípio que rege toda e qualquer relação jurídica, seja ela de direito material ou processual, a boa-fé deverá ser sempre observado. A dinamicidade do encargo probatório leva em consideração aquele que teria mais aptidão, facilidade para a produção da prova. Em se observando, desde o início, a boa-fé, a parte que se encontrar diante da prova ou que possa produzi-la sem que isso lhe onere excessivamente e não o faça, estará atentando contra a busca pela verdade real e arcará com as consequências da sua conduta.

Sob esse prisma, torna-se despicienda a discussão acerca da inversão do ônus da prova, visto que essa inversão ocorrerá naturalmente com a distribuição do ônus. Não deverá

---

<sup>24</sup> CREMASCO, op. cit. p. 92.



o magistrado de forma prévia se manifestar acerca da existência da hipossuficiência ou verossimilhança, o que se amoldará mais facilmente ao sistema da lei nº 9.099/95.

#### **4. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SISTEMÁTICA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

Por tudo que foi exposto ao longo do trabalho, percebe-se que a maior problemática quanto à inversão do ônus/distribuição dinâmica é o momento de sua correta aplicação. Vimos que sua aplicação poderia se dar em 3 momentos e que todos, de alguma forma, esbarravam com a sistemática concentrada e célere dos juizados especiais cíveis.

Utilizar-se de uma reunião de princípios e conceitos para se chegar a conclusão que no o que pratica nos juizados especiais cíveis no estado do Rio de Janeiro é correto e guarda relação com a técnica e com os princípios afetos a questão, sejam eles de direito processual ou direito constitucional.

Sendo previamente advertidos do momento da citação/distribuição do processo acerca da possibilidade da inversão/distribuição, afasta-se de pronto as alegações de surpresa quanto ao encargo probatório, o que de fato poderia trazer prejuízos desnecessários a ambas as partes, sejam eles réus ou autores

O conhecimento prévio da seara consumerista e também da jurisprudência e da doutrina (ao menos no caso de advogados) é outro fator que sempre deve ser levado em conta. Quando a questão é simplesmente em relação a inversão do ônus, sempre estaremos diante de pessoas jurídicas representadas por advogados, o que faz pressupor que tenham o conhecimento prévio acerca dessa possibilidade, o que afastaria até mesmo a necessidade de um alerta inicial quanto a sua possibilidade.

Em se tratando de particulares sem a assistência de um advogado, estaria-se diante da questão da distribuição dinâmica, onde não poderíamos esperar conhecimentos técnicos e esbarraríamos na surpresa. Tal fato é simplesmente contornado com a informação prévia, no momento da distribuição/citação, alertando acerca dos riscos de se quedar inerte diante da possibilidade de produzir provas.

Um terceiro e último argumento, que seria útil por si só, parece resolver a questão e sedimentar o entendimento que não existem violações na atual sistemática dos juizados especiais no Rio de Janeiro e estamos falando da boa-fé.

Agindo sempre de boa-fé, sejam eles autores ou réus (assistidos ou não por advogados), o resultado será sempre favorável ao processo, onde o magistrado certamente poderá decidir de forma justa se coadunando com a técnica e em respeito aos princípios constitucionais e aqueles que norteiam os juizados cíveis.

Dessa forma não haverá surpresas e a inversão/distribuição no momento de prolação da sentença não irá ferir princípios e tão pouco será necessária a discussão acerca da natureza *op legis* ou *op judis*.

Partes avisadas, conhecedoras da realidade do processo e do procedimento e agindo sempre com boa-fé, não serão prejudicadas por questões meramente técnicas, além de usufruírem de um processo mais célere efetivo e justo.

## **5. O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS**

Em razão da sistemática recursal dos juizados, trazida pela lei nº 9.099/95, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e as cortes superiores não se pronunciam acerca de questões afetas aos juizados, a não ser em questões pontuais, como na ofensa à CRFB/88 ou em sede de mandado de segurança contra ato dos juízes que compõem esse órgão.

Entretanto, uma decisão recente do STJ é de suma importância para a conclusão sobre a correta sistemática adotada pelos juizados especiais do Estado do Rio de Janeiro.

A primeira delas diz respeito a não ser automática a inversão do ônus da prova, o que vai no mesmo sentido do que já foi discutido aqui. O julgado do agravo regimental no agravo de instrumento nº 758.814 – SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão julgado em 19/02/2009, é no sentido de não pode ser automática a inversão do ônus da prova pelo simples fato de existir um consumidor em um dos polos da demanda. Segundo o ministro, a inversão resulta da existência de verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor, que dever ser verificadas em observância estrita a critérios de fático-probatórios.

O STJ Corrobora, também, o entendimento do trabalho no tocante a atitude das partes diante do processo, em especial no que se refere à boa-fé. O julgado do recurso especial de nº 1.125.621 de relatoria da ministra Nancy Andrighi, julgado em 19/08/2010 é esclarecedor em vários aspectos, senão vejamos os que são diretamente afetos ao tema do trabalho.

Afirma a ministra que as partes integrantes da lide tem o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando com isso, que haja um julgamento por presunção, o que nos leva ao ponto em que se defende a ideia de uma atitude proativa das partes, onde elas não devem se acobertar pelo manto da inversão ou mesmo utilizar o processo civil como forma de não produzirem provas.

É firme, também no sentido de que inexistente surpresa pela inversão realizada no momento da prolação da sentença, ao argumento de estarem as partes cientes que existe essa possibilidade desde o ajuizamento da ação, ou seja, não há em momento algum ofensa ao princípio constitucional do contraditório.

Finalizando o julgado, enfatiza a ministra, que exigir tal postura das partes não é obrigá-las a produzir provas contra sí, mas apenas impor o dever de cada parte produzir todas as provas favoráveis a elas como uma abordagem moderna do processo civil.

## CONCLUSÃO

O tema proposto é aparentemente de fácil solução e com pouca relevância na doutrina atual. Entretanto, não se pode afastar a técnica para atender aos princípios que regem os juizados especiais cíveis, quais sejam a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e celeridade.

O fato de os princípios norteadores levarem ao procedimento dos juizados especiais a concentrar todos os atos processuais em uma única audiência (de conciliação, instrução e julgamento) não o torna, automaticamente, o momento processual mais adequado a esse rito.

Os juízes leigos, hoje importante ferramenta para a efetivação da tão esperada celeridade dos juizados especiais, não podem simplesmente decidir pelo deferimento/indeferimento da inversão do ônus da prova, devendo tal requerimento ser apreciado pelo juiz togado. Na prática, tal medida atrasaria ainda mais o processo, visto que se dilataria a instrução probatória. Seu efeito seria diametralmente oposto ao esperado.

Ante a ausência de momento oportuno para se proferir o despacho saneador restaria tão somente um momento processual adequado para tanto (sem se levar em consideração a sentença, visto ali se tratar de regra de julgamento, conforme já abordado). Falamos do momento em que é despachada a inicial, o conhecido cite-se.

Verdade é que nesse momento o magistrado já poderia observar os pressupostos legais da inversão do ônus da prova e já determiná-lo, juntamente com o despacho liminar positivo. Ocorre que essa não é a sistemática adotada pelos juizados especiais cíveis, ao menos no Rio de Janeiro.

Quando não há pedido de apreciação de antecipação dos efeitos da tutela, a citação (que é via postal) é instrumentalizada diretamente pela secretaria do juizado, e não passa pelo crivo do magistrado. Junto com a citação ocorre a informação sobre a possibilidade de

inversão do ônus da prova, que poderá então passar a recair sobre o Réu nos casos previstos na lei.

Ora, é imperioso chegar a conclusão que seria um excesso de tecnicidade exigir que o magistrado aprecie o volume diário de processos distribuídos aos juizados para então ali decidir sobre a inversão ao ônus da prova. Seria inviável e fatalmente atentaria contra os princípios norteadores dos juizados especiais.

É forçoso alcançar a ideia de que não há violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa nessa forma simples de agir dos juizados, que alerta desde a citação sobre a possibilidade da inversão do ônus da prova.

Sabedor da existência dessa possibilidade, o interessado em provar os fatos constitutivos do seu direito, ou modificativos do direito do autor, devem desde sempre diligenciar e não medir esforço para demonstrar suas alegações. Na mesma forma que o autor não pode se quedar inerte em produzir as provas que já se encontrem ao seu alcance ou que pode produzir de maneira simples.

Essa tese ganha força na medida em que se fala de pessoas jurídicas, que possuem condições econômicas e técnicas de produzir as provas necessárias ao correto acobertamento do seu direito.

Conclui-se, portanto, no total acerto pela forma com a qual vem agindo os juizados especiais cíveis. Não há qualquer prejuízo para as partes envolvidas, que devem sempre, e em qualquer procedimento, diligenciar para alcançar a comprovação dos fatos que alega. Bons profissionais jamais serão “pegos de surpresa” e partes desassistidas de advogados não nutrirão a falsa ideia de não estarem incumbidas de provar nada. Afinal, valerá o já conhecido brocardo jurídico: O direito não socorre aos que dormem.

## REFERÊNCIAS

- CABRAL, Érico Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais uma abordagem crítica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.
- REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre o ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968.
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.