

MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE UMA NOVA TEORIA PARA O JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

THE REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF PROCEDURAL MOMENT IN CONSUMERISM RELATIONS: THE NEED FOR A NEW THESIS ELABORATION FOR THE SPECIAL CIVIL COURT (JUIZADO ESPECIAL CÍVEL)

JOÃO ALBERTO DE ALMEIDA*
ANDRÉ LOPES CARVALHO**

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo aviventar a análise acerca do momento processual para se ordenar a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, especificamente no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, no intuito de estabelecer a ocasião mais adequada para tanto. Para atingir esse fim, recorrer-se-á à apreciação do tema à luz do entendimento jurisprudencial e doutrinário, quando serão examinadas as teorias mais trabalhadas neste âmbito, notadamente a partir de preceitos constitucionais, processuais e consumeristas. Ao mesmo tempo, serão abordadas as mudanças propostas no projeto do novo Código de Processo Civil e as consequências

ABSTRACT

This present work aims to review the analysis about the reversal of the burden of proof procedural moment in consumerism relations, specifically in the procedure of the Special Civil Court (Juizado Especial Cível), in order to establish the most suitable occasion for that. To achieve this objective, this work will submit the topic in the light of doctrinal and jurisprudential understanding, when the over worked theories into this field will be examined, mainly from constitutional, procedural and consumerism precepts. At the same time, the proposal for changes in the project of the new Civil Procedural Code and the consequences that correlate to the topic

* Professor Adjunto IV da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Juiz do Trabalho no TRT da 3ª Região. Email: joaoalbertoalmeida@terra.com.br.

* Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Email: andrelopescarvalho@gmail.com.

que correlacionam com o tema, para, ao final, chegar-se à conclusão pela necessidade de propositura de uma nova tese que atenda de maneira equilibrada as demandas que tramitam naquele órgão especial.

PALAVRAS-CHAVE: Inversão do ônus da Prova. Código de Defesa do Consumidor. Juizados Especiais Cíveis. Momento processual.

will be approached so that the need for a new thesis will be raised as a conclusion. And this new thesis must meet the demands from that special Court in a very balanced way.

KEYWORDS: *Reversal of the burden of proof. Consumer Defense Code. Special Civil Court. Procedural moment.*

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Distribuição do ônus da prova no ordenamento brasileiro. 3 – Inversão do ônus da prova nas relações de consumo. 4 – Momento processual da inversão do ônus da prova na justiça comum. 4.1 – A inversão do ônus da prova como regra de julgamento. 4.2 – A inversão do ônus da prova como regra de instrução. 5 – Momento processual da inversão do ônus da prova no juizado especial cível. 5.1 – Análise das teorias existentes no âmbito do juizado especial cível. 5.2 – A escolha do momento processual adequado no juizado especial cível. 5.2.1 – Teoria de Luiz Guilherme Marinoni. 5.2.2 – Adequação da teoria de Luiz Guilherme Marinoni ao JEC. 6 – Conclusão. Referências

1. INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei 8.078/90, consagrou no inc. VIII, do art. 6º, a possibilidade de inversão do ônus da prova como um dos direitos fundamentais do consumidor.

Este instrumento processual veio a ser implementado para facilitar o exercício da defesa dos direitos do consumidor, notadamente como forma de restabelecer o equilíbrio na relação de consumo, que geralmente se encontra inclinada a serviço do fornecedor.

Todavia, com razão, tal mecanismo não fora concedido automaticamente a todo sujeito que se encontre na posição de

consumidor em uma relação de consumo, razão pela qual o legislador condicionou a realização deste ato ao convencimento do juiz da presença de um dos dois pressupostos previstos no próprio dispositivo legal: a verossimilhança da alegação do consumidor, ou, a sua hipossuficiência técnica.

Infelizmente, embora o dispositivo tenha sido prudente em limitar a concessão desse benefício, deixou de especificar o momento processual em que o juiz deve analisar esses pressupostos e proferir uma decisão que determine, ou não, essa inversão na carga probatória.

Desta feita, essa lacuna deu ensejo a uma discussão doutrinária e jurisprudencial onde se debateu exatamente essa questão, principalmente no âmbito da Justiça Comum.

Entretanto, no presente trabalho esta análise será voltada para os procedimentos do Juizado Especial Cível, onde esta indefinição se mostra mais preocupante que em relação à Justiça Comum, principalmente pela inexistência de uma teoria que aponte um momento verdadeiramente próprio neste procedimento especial.

Não se pode conceber que um instrumento de extrema importância processual não tenha uma pré-definição acerca do momento em que deva ser operado. Sua indefinição causa insegurança jurídica às partes e ao mesmo tempo pode comprometer gravemente a instrução ao processo.

Destarte, o presente estudo tem como objetivo inicial a análise das principais teorias elaboradas acerca desse dissenso, ocasião em que se evidenciará a inaplicabilidade de todas elas e, no final, a propositura de uma teoria que aponte o momento mais propício para se efetivar a inversão do ônus da prova no Juizado Especial Cível que atenda, simultaneamente, à instrução, às partes e ao devido processo legal.

Por fim, ao longo do trabalho será estabelecido um paralelo com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, possivelmente presente no novo CPC, de modo a examinar a sua aplicabilidade no Juizado Especial Cível e eventuais questionamentos, caso este venha a ser adotado.

2. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Ônus da prova deve ser caracterizado como *imperativo do próprio interesse* das partes, eis que cabe a cada uma delas a alternativa por cumpri-lo ou não. Significa dizer que este ato processual não se trata de uma obrigação impelida às partes, mas sim um encargo, o qual não sendo satisfeito as colocaria em uma situação de desvantagem perante o direito (GOLDSCHIMIDT, 1961, p. 91-92).

Caso esse ônus seja desempenhado pelas partes, melhoram as oportunidades de cada uma obter um provimento favorável ao final do processo, por outro lado, caso seja negligenciado significa oferecer oportunidades melhores ao adversário, o que pode ser determinante na insatisfação da pretensão do sujeito que o descumpriu (DINAMARCO, 2010, p. 782).

Não há dúvidas, portanto, que o ônus da prova possui a natureza de uma regra de julgamento. Isto é, ao julgar uma demanda, o juiz irá analisar o conjunto de fatos levados aos autos pelas partes e, ao verificar que algum desses fatos não contém lastro probatório que ateste sua veracidade, deverá recorrer às regras do ônus da prova para determinar a qual delas incumbia esse encargo, e, via de consequência, imputar a esse sujeito um risco maior de um resultado desfavorável.

Por óbvio, para que o juiz possa analisar a quem compete o encargo de provar, é necessário que haja mecanismos legais que o possibilitem atribuir essa responsabilidade no momento do julgamento. Deverá, assim, utilizar o intérprete da denominada “distribuição do ônus da prova”.

No ordenamento jurídico brasileiro, as regras que determinam a distribuição do ônus da prova estão previstas no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Em simples resumo, estabelece o CPC que incumbe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e, ao réu, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Analisando a forma dessa distribuição do ônus da prova, é possível concluir que o CPC adotou uma concepção estática ao definir, de forma rígida e prévia, que compete provar o fato àquele que o alegou, sem que haja qualquer tipo de análise particular no caso concreto.

Nota-se assim, que a carga probatória adotada no sistema processual civil pátrio, deixa de relevar aspectos sociais, culturais e econômicos que poderiam dificultar, ou até mesmo impossibilitar, o ônus atribuído as partes.

Ao identificar essa deficiência, o projeto do novo CPC¹, especificamente em seu art. 380, §1º, vislumbra a consagração de um novo modelo de distribuição do ônus da prova, que prima exatamente pela análise do caso concreto para se determinar o encargo probatório àquela parte que tenha melhores condições de exercê-lo. É a denominada distribuição dinâmica do ônus da prova. Veja-se:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

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

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

Essa teoria oriunda da Argentina, elaborada pelos estudiosos AUGUSTO M. MORELLO e JORGE W. PEYRANO, busca romper exatamente com a concepção estática da distribuição tradicional do ônus *probandi*, pautado exclusivamente em pressupostos rígidos e abstratos, para assumir um caráter dinâmico, sem formas pré-definidas, no qual imputa-se o ônus da

1 Projeto de Lei nº 8.046/2010 (Câmara dos Deputados) para um novo Código de Processo Civil

prova àquela parte que tenha mais facilidade de satisfazê-lo, à luz das circunstâncias do caso concreto (CREMASCO, 2009, p. 73).

Cabe ressaltar, entretanto, que embora a tendência seja de adotá-la em nosso ordenamento, não significa dizer que a distribuição estática do ônus da prova irá desaparecer de nosso sistema. Basta analisar o próprio artigo 380 do projeto do novo CPC, para perceber que a regra continuará sendo a distribuição estática, podendo o juiz, contudo, considerando as circunstâncias do caso concreto, distribuir o ônus de maneira dinâmica.

3. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei 8.078/90, elencou uma série de direitos aos consumidores. Especificamente no artigo 6º desta lei constam os direitos considerados como básicos na relação de consumo, dentre os quais aquele posto no inciso VIII, que será objeto de análise deste trabalho.

O mencionado inciso inovou ao facilitar a defesa dos direitos dos consumidores em juízo, ao permitir, através do artigo 6º, inciso VIII, a inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

A intenção do legislador com esse mecanismo foi quebrar a tradicional distribuição estática do ônus da prova estabelecida pelo artigo 333 do CPC. Como demonstrado naquela oportunidade, caberia ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, e ao réu, a do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Contudo, não resta dúvida que nas mais diversas relações de consumo, o consumidor é carente de informações e, conseqüentemente, parte mais fraca na discussão envolvendo eventual vício ou defeito ocorrido na prestação de um serviço ou no fornecimento de um produto.

Desse modo, ao reconhecer que o autor se encontra em um estado de vulnerabilidade perante o fornecedor e, mesmo assim, utilizar da regra inflexível do artigo 333 do CPC para exigir que ele prove os fatos constitutivos de seu direito, é permitir que se crie uma barreira ao acesso à justiça e, via de consequência, à aplicabilidade do próprio Código de Defesa do Consumidor.

Percebendo essa dificuldade, o legislador criou o mecanismo de inversão do ônus da prova no intuito de reestabelecer o equilíbrio entre fornecedor e consumidor. Para tanto, o encargo da prova, que inicialmente seria do autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, é assumido pelo réu (fornecedor) que terá de comprovar a não inexistência desse fato alegado pelo autor, sob pena de aumentar o risco de uma decisão desfavorável.

Todavia, essa inversão não pode dar causa a um novo desequilíbrio, isto é, a defesa ao consumidor não pode transformar-se numa “cruzada antiempresa” a tal ponto de atribuir ao fornecedor um encargo absurdo e insuscetível de desempenho (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 217).

Por este motivo que o próprio inciso VIII, do artigo 6º, do CDC, condiciona a esta mudança na carga probatória apenas quando o juiz venha a constatar a verossimilhança da alegação do consumidor, ou a sua hipossuficiência, segundo as regras ordinárias de sua experiência.

A verossimilhança é juízo de probabilidade extraído de material probatório de feitiço indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor. Deve o raciocínio, portanto, partir de dados concretos que, como indícios, autorizem ser muito provável a veracidade da versão do consumidor.

Ora, verossímil é uma alegação que tem forte carga de plausibilidade, que demonstre ao magistrado a possibilidade de ter realmente ocorrido o fato alegado, nos moldes do afirmado. Uma alegação verossímil não é uma alegação que deva ser demonstrada com prova cabal, eis que a cognição estaria plenamente formada. (HOLTHAUSEN, 2006, p. 110).

Quanto à hipossuficiência, trata-se de impotência de consumidor, seja de origem econômica, seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Pressupõe uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor desincumbir-se de seu natural ônus de provar, estando o fornecedor em melhores condições para dilucidar o evento danoso (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 216).

Nota-se com isso que o dispositivo é claro ao estabelecer que, em não havendo a presença de qualquer um desses pressupostos, a faculdade judicial não pode ser manejada em favor do consumidor sob pena de configurar-se ato abusivo, com quebra do devido processo legal.

Apresentadas essas características elementares da inversão do ônus da prova na relação de consumo, sobretudo no que tange ao objetivo de alterar a distribuição estática do ônus *probandi*, poderia este ato ser confundido com a concepção de distribuição dinâmica apresentada em momento anterior, o que não pode ser permitido.

Deve restar aclarado que a inversão do ônus da prova no CDC atribui ao consumidor uma vantagem processual, uma vez que o isenta de seu ônus da prova, que é inteiramente transferido para o fornecedor (CAMBI, 2006, p. 412). Diferentemente, no caso da distribuição dinâmica, não há qualquer isenção, apenas a reorganização do ônus da prova de acordo com a possibilidade de cada parte no caso concreto.

Todavia, ainda que não possam ser confundidos os dois institutos processuais, não há óbice para correlacioná-los em matéria e questões que abarquem ambos os atos.

Neste intento, em seguida, serão analisadas as teorias elaboradas pela doutrina e jurisprudência acerca do momento processual para se operar a inversão do ônus da prova no Juizado Especial Cível, oportunidade na qual serão abordadas as similitudes de problemas que poderão envolver a distribuição dinâmica do ônus *probandi*.

4. MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA JUSTIÇA COMUM

Foi demonstrado anteriormente que, na medida em que os pressupostos previstos no CDC para se efetivar a inversão do ônus da prova sejam preenchidos, o juiz competente poderá alterar a carga estática de prova em favor da parte consumidora.

Todavia, a discussão paira no que tange ao momento processual que se dará esta inversão na Justiça Comum, se na própria sentença, ou se antes dela, através do despacho saneador ou até mesmo do despacho inicial.

Desta feita, por ora, será dedicada uma análise acerca das teorias criadas no âmbito da Justiça Comum, para que posteriormente seja possível examiná-las no âmbito do Juizado Especial Cível.

Como meio introdutório, podemos dividir as teorias em dois grupos. No primeiro, aqueles que consideram a inversão do ônus da prova como regra de julgamento, tal como o próprio ônus da prova, sendo que dessa forma sua operação se efetivaria na própria sentença. Por outro lado, existem aqueles que acreditam que a regra da inversão do ônus da prova seria uma regra de instrução, razão pela qual o magistrado deveria anunciar a inversão antes de sentenciar. Nesse último, podemos subdividir ainda naqueles que contemplam ser o mais adequado o despacho inicial, e outros que acreditam ser o despacho saneador o momento oportuno.

4.1 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO

A parte da doutrina que se inclina para o entendimento de que a inversão do ônus da prova seja operada no momento da prolação da sentença, fundamenta sua posição por considerar a regra prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, como uma regra de julgamento, tal como o próprio ônus da prova.

Ao tratar do ônus da prova, foi esclarecido que as suas regras são de natureza de julgamento, eis que cabe ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir decisão contrária àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.

A partir desse pressuposto que NELSON NERY JÚNIOR (1992, p. 217) justifica que o momento adequado para a inversão do ônus da prova seria a própria sentença:

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. Portanto, caberá ao fornecedor agir no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito do consumidor, bem como a existência de circunstâncias extintivas, impeditivas ou modificativas do direito do consumidor, bem como a existência de circunstâncias extintivas, impeditivas ou modificativas do direito do consumidor, caso pretenda vencer a demanda.

Nesse mesmo sentido, KAZUO WATANABE (2000, p. 714) posiciona-se pelo julgamento da causa como momento da aplicação da inversão do ônus da prova, exatamente pelo fato das regras de distribuição do ônus serem regras de juízo, responsáveis por orientar o juiz quando não existir elementos probatórios suficientes para a formação da convicção.

A propósito, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a terceira turma, mesmo havendo divergência entre seus Ministros, através da relatoria da Ministra Nancy Andrigui, no RESP Nº 422.778 – SP, fixou entendimento quanto ao tema seguindo a teoria ora analisada.

4.2 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE INSTRUÇÃO

Outra parcela da doutrina defende que, não obstante a regra do ônus *probandi* seja considerada uma regra de julgamento, o mesmo não se pode dizer da inversão do ônus da prova.

Para esses autores, o mais correto seria considerá-la como regra de instrução, de modo que a inversão deveria ocorrer em momento anterior ao da prolação da sentença.

Defendem que, por mais que a verificação do ônus da prova e suas implicações ocorram apenas na decisão final, deve ser ofertado às partes o direito de provar, oportunamente, situações de acordo com suas cargas probatórias, sob pena de se estar ferindo garantias como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Como introduzido anteriormente, dentre aqueles que aderem à inversão do ônus da prova como regra de instrução, é possível identificar dois grupos que defendem momentos distintos anteriores à sentença; por um lado o despacho inicial e do outro o despacho saneador.

A parcela que confia no despacho inicial como ocasião propícia para a inversão do ônus da prova acredita que as partes devem ser orientadas desde o início acerca da nova carga, afim de que tenham tempo hábil para produzirem as provas.

TÂNIA LIS TIZZONI NOGUEIRA (1994, p. 59) aduz que no ato do primeiro despacho o juiz deverá se manifestar sobre a questão da inversão do ônus da prova.

De forma semelhante, SÔNIA MARIA DE MELLO (1998 apud HOLTHAUSEN, 2006, p. 118) afirma:

É no início do processo que deverá o juiz decidir sobre a aplicação ou não deste benefício do consumidor, de ofício ou a requerimento da parte, sempre dando ciência ao réu, o fornecedor, para que este não sofra de cerceamento de defesa.

Por sua vez, existem aqueles que vislumbram no despacho saneador o momento propício para se operar a inversão do ônus da prova.

É sabido que apresentada, ou não, a resposta do réu, inicia-se uma fase do procedimento ordinário conhecida como fase de saneamento ou fase de ordenamento do processo. Nessa oportunidade o magistrado verificará se o processo

possui condição, ou não, de obter o proferimento de uma sentença de mérito, oportunidade em que deverá pronunciar uma decisão escrita, em que deverá examinar as questões processuais suscitadas, declarar saneado o feito, fixar os pontos controvertidos e delimitar a atividade probatória.

Através desse despacho saneador a doutrina entende que deve o magistrado promover a inversão do ônus da prova, vez que ficariam as partes cientes da postura processual que passariam a adotar, não podendo alegar posteriormente terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar (MORAES, 1990, p. 69).

CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA (1997, p. 147) sustenta que, dessa forma, “no início da fase instrutória saberão as partes não só quais são os fatos sobre os quais recairá a prova, mas também a qual delas toca o respectivo ônus”.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (2009, p. 222) adverte ainda que, caso não fosse assim, haveria uma notória oposição aos princípios de segurança e lealdade, imprescindíveis à cooperação de todos os sujeitos do processo na busca e construção da justa solução do litígio. O autor ainda é enfático em afirmar que estar-se-ia diante de uma afronta à garantia constitucional da ampla defesa se não fosse assegurado a cada litigante o conhecimento prévio de quem será o ônus da prova e qual será o objeto.

Ao analisar as decisões do STJ, é possível identificar que, inicialmente, a quarta turma, através da decisão esposada no REsp n. 591.110/BA, se manifestou inclinada a reconhecer o despacho saneador como o momento mais oportuno para tanto, contrariando o posicionamento da terceira turma que vislumbrou a sentença como o momento ideal.

Contudo, recentemente, mais especificamente em fevereiro de 2012, essa divergência entre turmas do Superior Tribunal de Justiça deu origem aos embargos de divergência interpostos no REsp nº 422.778 – SP, nos quais, decidiu-se naquela oportunidade que a fase de saneamento, isto é, anterior à sentença, seria a ocasião mais propícia para se operar a inversão do ônus da prova.

Desta feita, apesar de existente a teoria defendida por grandes doutrinadores, que consideram a inversão do ônus da prova como regra de julgamento, a partir do julgamento desses embargos de divergência, tornou-se possível reconhecer uma tendência jurisprudencial, sobretudo no STJ, em considerá-la como regra de instrução, e apontar, mais especificamente, o despacho saneador como o melhor momento para ocorrer essa inversão no âmbito da Justiça Comum.

Inclusive, o projeto do novo CPC estabelece de forma expressa no art. 364, inciso III, que o despacho saneador servirá dentre outras funções para definir a distribuição do ônus da prova, o que, se efetivado, dará fim a discussão no âmbito da Justiça Comum, sem, no entanto, encerrar no âmbito do Juizado Especial Cível, como se verá adiante.

5. MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

5.1 ANÁLISE DAS TEORIAS EXISTENTES NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Após analisar toda essa discussão apresentada no tópico anterior que envolve o momento mais adequado para se efetivar a inversão do ônus da prova na Justiça Comum, é necessário introduzi-la na esfera do procedimento do Juizado Especial.

Como demonstrado, é possível identificar uma tendência jurisprudencial, lastreada principalmente pelo julgamento no STJ dos embargos de divergência no REsp nº 422.778 - SP, em identificar no despacho saneador o momento processual determinante para se ordenar a inversão do ônus da prova no procedimento perante a Justiça Comum. Além disso, foi salientada ainda a possível opção por esse mesmo momento no art. 364, inciso III do projeto do novo CPC.

De imediato, depara-se com o primeiro problema em relação ao Juizado Especial. É que em razão do princípio da

concentração de fases, que rege este procedimento “sumaríssimo”, inexistente a imagem do despacho saneador. Assim, essa tendência sequer poderia ser aplicada no Juizado Especial Cível, o que manteria a indeterminação de um momento verdadeiramente adequado.

Dessa forma, necessária se faz a análise acerca de todas as teorias e possibilidades aplicáveis à temática.

Pois bem. Primeiramente, tendo como base os fundamentos elementares apresentados por aqueles que defendem o despacho saneador como a o momento processual para se operar a inversão do ônus da prova, e considerando que no procedimento em análise há em uma só ocasião as etapas de proposição, admissibilidade e produção da prova, os autores tendem a reconhecer na audiência de instrução e julgamento o momento oportuno para inverter o ônus, em substituição ao despacho saneador.

O argumento é muito bem defendido principalmente pelo advogado e juiz leigo MARIO CESAR PORTINHO VIANNA (2005), em artigo publicado na Revista dos Juizados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

[...] face às características e princípios que regem o Juizado Especial – oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º da Lei nº 9.099/95), praticamente confundem-se em um só momento as etapas de proposição, admissibilidade e produção da prova. Por essa razão considera-se haver um único momento indicado para a determinação da inversão do ônus da prova: na audiência de instrução, quando, após ser renovada a proposta de conciliação, inexistente essa, é recebida a contestação e delimitado o objeto da prova. Esse momento antes de iniciar a instrução é, certamente, o momento ideal para que o Juiz inverta o ônus da prova e determine ao fornecedor a produção de provas que originalmente não lhe competiriam. Feito isso, nesse momento, não haverá prejuízo à defesa do fornecedor, pois o juízo estará dando ao demandado a oportunidade de desincumbir-se do seu ônus durante a instrução processual. Ademais, para evitar cerceamento de defesa é necessário que essa determinação do Juiz seja feita formalmente para que de forma inequívoca o fornecedor tenha ciência do encargo probatório que lhe é atribuído no feito, não sendo admissível que

o Juiz apenas “previna”, como querem alguns doutrinadores, que “poderá” inverter o ônus quando do julgamento.

Nota-se propor o autor que, uma vez iniciada a fase de instrução, através da audiência de instrução e julgamento, deve o juiz examinar a possibilidade da inversão do ônus da prova, e caso esta se efetive, determine que o réu/fornecedor promova a produção das provas que inicialmente eram ônus do autor/consumidor.

Como bem fundamentado, a audiência de instrução e julgamento, no Juizado Especial Cível, é o ato no qual se concentram todos os atos probatórios. Inclusive o artigo 33, da Lei 9.099/95, é claro em determinar que a fase da produção de provas seja adstrita à esta audiência.

Verifica-se desta forma, através do modelo proposto por MARIO CESAR PORTINHO VIANNA, que a inversão do ônus da prova deveria ser operada na audiência de instrução e julgamento, sendo que, a rigor do que dispõe o artigo 33, naquela mesma oportunidade, as partes produziram as provas que lhe foram atribuídas.

Em outros termos, vale dizer que o fornecedor/réu ficaria cientificado do ônus probatório que passou a lhe competir no mesmo tempo em que deveria produzir as provas.

Ora, ao contrário do que afirma VIANNA no trecho supramencionado, ainda que o réu seja cientificado da inversão do ônus da prova na audiência, não lhe é ofertada uma oportunidade idônea de produzir essa prova, tendo em vista que terá de produzi-la naquela mesma ocasião.

Obviamente, em alguns casos, pode ser que na própria audiência, o réu, tendo sido diligente, esteja portando as novas provas que lhe incumbirão. Entretanto, na maioria dos casos, ao ser informado, o fornecedor necessitaria de um período para que pudesse ter a chance de produzir tais provas, principalmente pelo fato de que o ônus de sua não produção recairá sobre ele mesmo.

Nada adianta cientificá-lo se não forem oferecidos meios idôneos para que exerça seu direito de defesa.

Nota-se, dessa forma, que uma das críticas ventiladas à proposta de MARIO CESAR PORTINHO VIANNA gravita em torno da ausência de oportunidade ofertada à parte, a mesma que se faz à teoria que considera a inversão do ônus da prova como regra de julgamento. Como ilustração dessa comparação, veja-se o que salienta CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA (1997, p. 145-146) quanto a inversão do ônus da prova ordenada na sentença:

[...] representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra até ali vigente, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido um ônus – que, para ele, não existia antes da adoção da medida –, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir. A aplicação do dispositivo em exame, se observada a orientação doutrinária aqui combatida, redundaria em manifesta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa [...].

Resta evidenciado, portanto, que no caso da proposta defendida por MARIO CESAR PORTINHO VIANNA, o fato de cientificar ou não as partes acerca da inversão acabaria tendo o mesmo efeito que realizá-la em sede de sentença, qual seja, o atentado a ampla defesa e ao contraditório do fornecedor.

Contudo, é importante frisar que enquanto numa das hipóteses (sentença) não se oferece oportunidade alguma de produção de prova, na outra (audiência de instrução e julgamento), embora ofereça, não representa uma possibilidade hígida tal como deveria. E o que se critica no segundo caso é exatamente a tratativa mínima dada a uma questão salutar na solução da lide.

Como bem defende MOREIRA (1997, p. 147), a finalidade da norma que prevê a inversão do ônus da prova é a de facilitar a defesa dos direitos do consumidor, e não a de assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa que ao fornecedor se deve proporcionar. Ao não proporcionar ao fornecedor o direito amplo de se defender, estar-se-ia exatamente premiando o consumidor pela simples posição ocupada, o que não pode ser aceito em um devido processo legal.

Por isso que em ambos os casos, seja na sentença, seja na audiência de instrução e julgamento, a inversão do ônus da prova não deveria se efetivar.

É importante destacar que, na prática forense, os magistrados do Juizado Especial Cível que defendem essa tese visando a contornar esse problema levantado passaram simplesmente a conceder um prazo dilatatório ao fornecedor após ser realizada a audiência de instrução e julgamento.

Contudo, infelizmente, tal atitude não pode ser aceita. Primeiramente porque se a própria legislação prevê a concentração dos atos probatórios na audiência de instrução e julgamento, visando à celeridade procedimental, não pode o magistrado desvirtuar esse princípio inerente ao Juizado Especial Cível e fragmentar a audiência de instrução e julgamento. Considerando que a maioria das demandas que tramitam no Juizado Especial se refere à relação de consumo² e, naturalmente, quase todas envolvem a inversão do ônus da prova, estariam os Juízes criando uma nova fase procedimental no Juizado Especial Cível inexistente até então.

Ademais, ao reabrir a instrução para que o fornecedor possa produzir suas provas, caso esta venha a se concretizar, seria imprescindível ainda intimar o autor para se manifestar acerca desses novos objetos probatórios, sob pena de ofensa ao contraditório. Nesta seara, até que se cumpram todos os trâmites morosos dentro da secretaria, sobretudo a intimação por carta ao autor que não está assistido por advogado (que representa a grande maioria dos casos)³, spender-se-ia demasiado tempo,

2 A jurista Mônica Rodrigues Dias de Carvalho (2010, p. 24-25), ao relatar um levantamento realizado no Juizado Especial Cível de São Paulo em 2003, aponta que 67% das demandas ajuizadas naquele órgão se referem à relação de consumo, enquanto o restante se refere a relações de vizinhança, acidentes de trânsito e indenizações de outra origem.

3 O art. 9º, da Lei 9.099/95, determina que, nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, sendo facultativa a assistência por advogado. Contudo, nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

afrontando diretamente o princípio da celeridade expressamente previsto no Juizado Especial Cível. Corroborando desse mesmo entendimento, ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE (2004, P. 24):

A inversão do ônus probatório na própria audiência de instrução e julgamento traria o enorme inconveniente de obrigar o juízo a adiar a audiência para propiciar ao réu a oportunidade de produzir as provas que pretendesse. Haveria dilação anômala, com evidente prejuízo para a desejada celeridade do procedimento.

Evidencia-se, portanto, que a escolha da audiência de instrução e julgamento traria prejuízos significativos às partes, à instrução do processo, e, sobretudo, ao próprio procedimento “sumaríssimo”.

Poder-se-ia sugerir a audiência de conciliação como alternativa à audiência de instrução e julgamento, principalmente por aquela acontecer anteriormente a esta. No entanto, nos termos do art. 27, da Lei 9.099, em regra, a audiência de instrução e julgamento deve ocorrer imediatamente após a audiência de conciliação, o que acabaria por deter os mesmos prejuízos identificados no caso da audiência de instrução e julgamento, qual seja, ofensa ao contraditório e a ampla defesa, eis que ambas aconteceriam na mesma oportunidade.

Ainda que a regra da imediaticidade entre as duas audiências não fosse respeitada, como ocorre na maioria dos casos - em que se utiliza a exceção do parágrafo único do art. 27 como verdadeira regra - a audiência de conciliação também não seria o momento mais adequado. É que as audiências de conciliação são conduzidas, em quase na totalidade dos casos, por conciliadores ou juízes leigos, tal como possibilita o art. 22 do mesmo diploma legal. Dessa forma, tornaria impossível a análise da ocorrência dos pressupostos da inversão do ônus da prova, vez que apenas poderia sê-lo feito por juiz togado. Ademais, considerando a predominância de ações que envolvem relação de consumo no Juizado Especial Cível, e considerando que na maioria delas exige-se análise acerca da inversão do

ônus da prova, o juiz togado teria de ocupar sua pauta com duas audiências acerca da mesma demanda, o que acabaria por despender demasiado tempo, comprometendo, assim, o princípio da celeridade.

Desta forma, a partir das razões expostas, já poderiam ser excluídas a audiência de conciliação, a audiência de instrução e julgamento, bem como a própria sentença como opções do momento mais adequado para operar a inversão do ônus da prova no Juizado Especial Cível.

Restaria ainda o despacho inicial como alternativa dentro daquelas propostas formuladas. Contudo, essa teoria também não pode prosperar eis que antes da contestação não se sabe sequer quais são os pontos controvertidos que terão de se submeter à instrução probatória. Aliás, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. (2009, p. 224) apresenta três razões significativas para não aceitar a sumária inversão do ônus da prova no despacho inicial. A primeira fixa-se na impossibilidade do juízo de verossimilhança acerca dos fatos narrados pelo autor, sem que antes se conheçam as contra-alegações do réu, e sem que a hipossuficiência do demandante tenha sido comprovada. Em segunda monta, o autor defende que o ato autoritário que ordena a inversão sem motivo algum é considerado um ato nulo, por violação tanto a uma regra processual ordinária (CPC, art. 165) como a um preceito constitucional (CF, art. 93, IX). Por fim, aponta a possibilidade de se inverter de plano o ônus de prova considerada impossível de ser produzida.

No Juizado Especial Cível poderia se pensar que foi adotada esta última teoria em razão do enunciado nº 53 do FONAJE, na qual determina que a parte ré será advertida na citação da possibilidade da inversão do ônus da prova:

ENUNCIADO 53 – Deverá constar da citação a advertência, em termos claros, da possibilidade de inversão do ônus da prova.

De fato, embora pudesse se pensar, através deste enunciado, que o momento eleito pelos participantes do Fórum

Nacional de Juizados Especiais seria a própria fase inicial do processo, a própria redação não permite assim concluir.

Nota-se que a citação contém simples advertência de uma possível inversão do ônus da prova, que venha a ocorrer na sequência do processo, o que não pode ser confundido com a decisão judicial que analisa os pressupostos exigidos no art. 6º, VIII, do CDC. Caso fosse entendido de modo adverso, a mesma crítica feita por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. caberia perfeitamente nesse caso, sobretudo pelo fato da inversão do ônus da prova não se dar automaticamente e ser dependente de circunstâncias concretas a serem apuradas pelo juiz como bem aponta o CDC.

Desta feita, afastadas todas as teorias elaboradas, é possível concluir que no Juizado Especial Cível não existe um momento verdadeiramente adequado para se operar a inversão do ônus da prova. Qualquer que seja a opção existem argumentos processuais que afastam sua escolha.

É importante destacar novamente que, caso a proposta do novo CPC se concretize nos moldes hoje elaborados, um problema muito semelhante persistirá. Explica-se. Em outra oportunidade, foi possível destacar que uma das grandes inovações do novo código envolve a adoção expressa da distribuição dinâmica do ônus da prova no artigo 380, §1º, bem como a adoção do despacho saneador para se efetivar qualquer distribuição do ônus da prova diversa daquela estática. Dessa forma, demandas que envolvam a inversão do ônus da prova nos moldes do CDC, ou demandas que envolvam a distribuição dinâmica do encargo probatório, não terão um momento claro para se efetivar tais operações no âmbito do Juizado Especial Cível, tendo em vista a inexistência do despacho saneador nos procedimentos “sumaríssimos”, como visto neste tópico.

Dessa maneira, a mesma discussão acerca do Juizado Especial Cível que foi proposta neste trabalho, adéqua-se perfeitamente a esta nova situação presente no projeto do novo

CPC, qual seja, a ausência de um momento idôneo para se efetivar essa mudança no procedimento “sumaríssimo”.

Neste sentido, resta proceder a uma análise em outro patamar, deixando de tentar identificar o melhor momento, para passar a examinar aquele que traga menor prejuízo para as partes e para a instrução do processo, seja na inversão do ônus, seja na distribuição dinâmica do ônus da prova proposta no novo CPC.

5.2 A ESCOLHA DO MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

5.2.1 TEORIA DE LUIZ GUILHERME MARINONI

A partir desse novo dilema e, buscando resolvê-lo, é possível utilizar o pensamento de LUIZ GUILHERME MARINONI acerca dos pressupostos previstos no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, para proceder à inversão do ônus da prova. Embora o autor não o tenha desenvolvido visando aos aspectos decorrentes do Juizado Especial Cível, servirá como ponto de partida para a resolução desta encruzilhada.

Foi possível examinar em outra ocasião, que a inversão do ônus da prova nas relações de consumo fica condicionada à presença de um dos pressupostos exigidos no CDC, quais sejam, a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor, ambas analisadas segundo as regras ordinárias de experiência. Naquela oportunidade, foi possível trabalhar brevemente as diferenças conceituais e técnicas entre os dois pressupostos.

Ao observar essa considerável distinção entre os pressupostos, MARINONI (2011, p. 277-279) propõe que o momento processual para se ordenar a inversão do ônus da prova ocorra em ocasiões distintas, de acordo com a especificidade de cada pressuposto. Enquanto uma inversão feita através da verossimilhança das alegações se daria na própria sentença, a inversão realizada por hipossuficiência do consumidor ocorreria em audiência preliminar.

No primeiro caso, quando o juiz identifica a presença da verossimilhança das alegações do consumidor, o autor explica que essa convicção por verossimilhança não se confunde com aquela convicção por verossimilhança da tutela antecipatória, vez que não é fundada em parcela das provas que ainda podem ser feitas no processo, mas sim nas provas que puderam ser realizadas no processo, e, diante da relação de direito material, devem ser consideradas suficientes para fazer crer que o direito pertence ao consumidor.

Em outras palavras, a convicção da verossimilhança encontrada no CDC forma-se através das provas apresentadas pelo autor na inicial, as quais, sob o olhar das regras da experiência do magistrado, fazem com que ele considere produzida a prova que incumbiria ao autor. Assim sendo, é possível afirmar que essa convicção de verossimilhança nada mais seria do que a convicção derivada da redução das exigências de prova.

Frise-se que, não obstante haja uma redução na exigência, não significa dizer que ao autor não lhe incumbe mais a responsabilidade de provar. Pelo contrário, para que haja uma convicção da verossimilhança da alegação do consumidor ele deve apresentar provas suficientes que a fundamentem.

Nesse contexto, afirma KAZUO WATANABE (2000, p. 617), que o julgador, “com a ajuda de máximas de experiência e de regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes”, que “apenas poderá ser derrubada se a outra demonstrar o contrário”.

Essa é a razão pela qual alguns autores, tais como MARINONI (2011, p. 277) e WATANABE (2000, p. 617), afirmam que a convicção da verossimilhança das alegações do consumidor sequer poderia ser considerada um meio de inversão do ônus do prova, vez que existe apenas uma redução na exigência e não uma alternância na carga da prova.

Assim, a partir dessa percepção, LUIZ GUILHERME MARINONI (2011, p. 278) aproveita para propor exatamente

que, nesse caso (verossimilhança das alegações), a inversão do ônus da prova pudesse ocorrer no momento da sentença. E a razão é simples; se o consumidor já produziu sua prova na inicial capaz de gerar uma convicção de verossimilhança na alegação, caberia somente ao fornecedor demonstrar o contrário, no qual se enquadrariam os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, previstos desde o início no artigo 333 do CPC.

Dessa forma, não haveria motivo para ordenar a inversão antes da sentença, vez que não haveria qualquer resultado prático para as partes.

Por sua vez, encontrando-se o consumidor impossibilitado de produzir a prova em razão da posição de vulnerabilidade que se encontra na relação consumeirista, estar-se-ia diante de um caso hipossuficiência. Dessa forma, enquanto a verossimilhança se perpetuar pela presença de uma prova capaz de gerar uma convicção no juiz de uma verdade nas alegações, a hipossuficiência se apresenta exatamente na dificuldade do consumidor de produzir provas.

Como visto oportunamente, a hipossuficiência se trata de um pressuposto no qual é destacada a impotência do consumidor em produzir as provas. É o caso em que o Juiz identifica, em concreto, que a posição que se encontra o consumidor o impossibilita ou torna mais difícil a produção das provas cabíveis. Nesta hipótese, portanto, não resta dúvida que a instrução depende da atuação do fornecedor que detém os meios de produção das provas.

Esta é a razão pela qual MARINONI (2011, p. 278) afirma que, neste caso, a inversão do ônus da prova deveria se dar na audiência preliminar, no intuito de ofertar ao fornecedor a oportunidade de produzir as provas:

Mas, quando a prova é impossível, ou muito difícil, ao consumidor, e possível, ou mais fácil, ao fabricante ou ao fornecedor, a inversão do ônus da prova se destina a dar ao réu a oportunidade de produzir a prova que, de acordo com a regra do art. 333, incumbiria ao autor. Agora não se trata de inverter o ônus da prova para legitimar – na

sentença – a incompletude ou a impossibilidade da prova, mas de transferir do autor ao réu o ônus de produzi-la – o que deve ser feito na audiência preliminar.

Portanto, em síntese, podemos afirmar que o autor propõe que, no caso da hipossuficiência, pelo fato da prova ser impossível, ou muito difícil de ser produzida, pelo consumidor, e possível, ou mais fácil de ser produzida, pelo fornecedor, deve o magistrado proceder à inversão do ônus da prova na audiência preliminar, a fim de que seja ofertada a possibilidade desta prova ser juntada aos autos. Por outro lado, caso as provas oferecidas pelo consumidor criem uma convicção de verossimilhança de suas alegações no Juiz, a inversão poderia ocorrer na própria sentença.

5.2.2 ADEQUAÇÃO DA TEORIA DE LUIZ GUILHERME MARINONI AO JUÍZADO ESPECIAL CÍVEL

Explicada brevemente a proposta de LUIZ GUILHERME MARINONI e, partindo desta idéia central de divisão dos momentos, o presente estudo propõe que, inicialmente, para resolver o problema identificado no Juizado Especial Cível, a ocasião para proceder à inversão do ônus da prova também seja condicionada ao pressuposto que a deu origem.

Primeiramente, caso seja proporcionada pela verossimilhança das alegações do consumidor, como ensinado pelo autor, esta pode ser ordenada na própria sentença, sem que haja qualquer ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Ainda que esta opção esbarre na crítica feita pelos doutrinadores que a recriminam, pelo fato da inversão ser uma regra de instrução, é necessário deixar claro que, em circunstâncias normais, tal como no procedimento da Justiça Comum, no qual existe um momento bem delineado para realizar essa inversão (o despacho saneador), de fato, seria mais aconselhável que se fizesse a inversão do ônus da prova nesta oportunidade, independente do pressuposto que a fundamente.

Entretanto, considerando as peculiaridades causadas pela ausência de um verdadeiro momento oportuno para ordenar a inversão do ônus da prova no Juizado Especial Cível, a proposta de MARINONI se mostra extremamente adequada, vez que resguarda todos os princípios inerentes às partes, ao devido processo legal e ao próprio juizado.

Ademais, essencialmente, não afeta o direito ao contraditório e à ampla defesa, eis que o ônus da prova se mantém inalterado desde o início (afeta apenas a redução na exigência), e preserva-se o princípio da celeridade, tendo em vista que não se estende à instrução desnecessariamente.

Por sua vez, quando a inversão se fundar na hipossuficiência do consumidor, é necessário seja oferecida ao fornecedor a possibilidade de se desincumbir do ônus da prova que inicialmente era do autor. Nesse caso, embora LUIZ GUILHERME MARINONI tenha explicitado que o fizesse no momento da audiência preliminar, ou no despacho saneador, retorna-se novamente ao problema acerca da inexistência desta fase no Juizado Especial.

Assim será necessário adequar a teoria do autor às possibilidades processuais no Juizado Especial Cível.

Para localizar uma ocasião interessante para que seja ordenada a inversão do ônus da prova baseada na hipossuficiência, e aqui também se inclui a hipótese da distribuição dinâmica do ônus da prova, é imperioso que sejam examinados os benefícios e os malefícios de cada escolha.

Considerando que, de imediato, exclui-se, nesse caso, o momento da prolação da sentença para inverter o ônus da prova, eis que necessário ofertar um prazo em favor do fornecedor, resta analisar a audiência de instrução e julgamento e o despacho inicial como opções.

No primeiro caso, como já estudado, o problema esbarra na ausência de uma oportunidade idônea para produzir a prova ou na necessidade de se prolongar a instrução demasiadamente para que esse essa prova seja cumprida.

Por outro lado, no caso do despacho inicial, a crítica, levantada principalmente por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. (apresentada no tópico anterior), se baseia: na ausência de fundamentação da decisão que opera a inversão; na inexistência, naquele momento, de contestação por parte do fornecedor, o que ocasionaria na falta da fixação dos pontos controvertidos a serem provados na fase de instrução; e, por fim, na possibilidade da inversão prematura de prova impossível.

O Juiz e Professor ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE (2004, p. 24), ao verificar a mesma dificuldade que ora se apresenta, recomenda que essa inversão do ônus da prova ocorra mesmo na audiência de instrução e julgamento. No entanto, o autor elucida que, para se evitar a dilação da audiência de instrução, as partes deveriam ir precavidas para a audiência, e assim, produzir todos os tipos de prova naquele instante:

Em atenção aos princípios que informam o procedimento do juizado especial cível, não há espaço para a atitude do fornecedor de apostar na distribuição dos encargos probatórios. Cabe a ambas as partes, na audiência de instrução e julgamento, trazer, desde logo, todas as provas que possuam relacionadas com a causa. Normalmente, outra oportunidade não se lhes abrirá.

Todavia, ainda que esta proposta seja extremamente aplicável nesta discussão, infelizmente, não existem meios de coagir as partes a levarem para a audiência de instrução e julgamento todas as provas que poderiam lhe ser imputadas, inclusive aquelas que, a priori, sequer seriam seu encargo produzir. Dessa forma, restaria contar com a boa vontade do fornecedor de ser diligente o suficiente, o que não pode ser utilizado para resolver essa questão.

Muito embora a audiência de instrução e julgamento se mostre, aparentemente, um momento ideal, principalmente com base no artigo 29 da Lei 9.099/95, ao analisar todas as circunstâncias é possível identificar mais prejuízos do que benefícios.

Por outro lado, no caso do despacho inicial, ainda que o juiz não tenha acesso à contestação do réu para fixar os pontos controvertidos a serem provados por se tratar de uma questão de hipossuficiência do consumidor, o magistrado terá desde o início plena consciência de que o autor não possui, ou são muitos difíceis de obter, os meios de realizar a prova que lhe incumbe. É impossível que o consumidor apenas se torne hipossuficiente no decorrer da demanda, pelo contrário, quando do ajuizamento da ação ele já o é.

Assim, basta que o juiz analise ao receber o processo, com base nas regras da experiência, como manda o próprio artigo 6º, VIII, do CDC, que aquela demanda dependerá da participação ativa do fornecedor para que sejam produzidas as provas que seriam competentes ao autor e, assim, no despacho inicial proceder de plano a inversão do ônus da prova.

Aguardar a juntada da resposta do réu em nada modificaria a situação que desde o início é a mesma, qual seja, a ausência de prova por parte do consumidor e sua dificuldade/impossibilidade de produzi-la.

Aliás, caso o réu não concorde com a decisão que inverteu o ônus da prova, seja pela ausência de fundamentação ou por não ter restado demonstrada a hipossuficiência, poderá utilizar do mandado de segurança como sucedâneo recursal perante as Turmas Recursais, desde que cumpra os pressupostos previstos para esta ação constitucional.

Desse modo, o próprio réu não será prejudicado e nem a parte autora. Ambos terão amplamente a possibilidade de discutir os fatos que envolvem a ação judicial, além de terem tempo suficiente de se prepararem para a instrução a ser realizada na audiência de instrução e julgamento.

No que tange à questão levantada por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. acerca da possibilidade da prematura inversão de ônus de prova considerada impossível por ambas as partes, MARINONI responde de forma clara ao afirmar que, em

uma relação de consumo, “a situação de dúvida não deve ser suportada pelo autor.”

Ademais, há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, mas a impossibilidade de esclarecimento do fato constitutivo deve pesar sobre o réu, quando da inversão do ônus da prova deve ocorrer na sentença.

Assim, ainda que seja invertido o ônus de prova impossível, não haveria qualquer prejuízo a ambas as partes, pois, considerando o consumidor e a posição que se encontra na relação de consumo, este não poderia sofrer a pena de uma decisão desfavorável simplesmente pela impossibilidade da prova. Caso contrário, o fornecedor seria acobertado pelo poder judiciário e restariam violados os direitos do consumidor.

Destarte, a presente solução apresentada se mostra satisfatória na resolução de grande parte dos conflitos suscitados pela doutrina, de modo a atender aos pressupostos inerentes ao Juizado Especial Cível, bem como aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

6. CONCLUSÃO

Através do estudo que fora realizado neste trabalho, foi possível perceber que uma questão simples, que envolve a inversão do ônus da prova nas relações de consumo perante o Juizado Especial Cível, quando analisada em profundidade, pode apresentar divergências que abranjam diversas teorias e aspectos processuais.

Além disso, foi possível estabelecer um paralelo com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que provavelmente será adotada no novo CPC, e antecipar problemas de magnitude similar ao objeto examinado.

Ao longo desse estudo, restou evidenciado que, não obstante a existência de três teorias que dissertam acerca do momento processual para se inverter o ônus da prova previsto no CDC, nenhuma delas se mostrou apta a resolver inteiramente

o problema apontado no Juizado Especial Cível. Apesar de ser possível identificar uma tendência doutrinária e jurisprudencial, inclusive abraçada pelo projeto do novo CPC, em adotar o despacho saneador na Justiça Comum, esta opção não pôde ser utilizada, em razão da inexistência de tal ato processual no procedimento “sumaríssimo”.

Dessa forma, a teoria introduzida por LUIZ GUILHERME MARINONI, que condicionou a escolha do momento processual de acordo com o pressuposto utilizado para se realizar a inversão, mostrou-se capaz de orientar uma resolução adequada ao final. Embora esta não tenha sido elaborada para atender ao Juizados Especial, as razões que levaram o autor a estabelecer dois momentos distintos acabaram por indicar um caminho interessante na resolução do problema levantado.

Assim, em se tratando de uma inversão lastreada na verossimilhança das alegações do consumidor, não há óbice para proceder à inversão do ônus da prova na prolação da própria sentença.

Por sua vez, caso o ato seja fundado na hipossuficiência do consumidor, indica-se como o momento mais propenso, que não se confunde com o ideal, o despacho inicial do magistrado.

Dessa maneira exposta, preserva-se o procedimento previsto no Juizado Especial Cível, sem que a instrução processual seja prejudicada.

Deve ser ressaltado que a solução proposta neste estudo não significa uma mudança de toda teoria no âmbito da inversão do ônus da prova. Sem dúvida, o despacho saneador no procedimento da Justiça Comum é extremamente indicado para atender qualquer um dos pressupostos em que se baseia a mudança na carga de prova na relação de consumo.

Porém, apenas no caso do Juizado Especial Cível, muito em razão da impossibilidade de se identificar um momento similar e eficaz para tanto, foi proposta uma alteração essencial desse entendimento previsto na Justiça Comum.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor: Momento em que se opera a inversão e outras questões.** Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 100, n.º 371, jan/fev. 2004. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2&groupId=10136>. Data de acesso: 22 jan. 2013.

ARAÚJO, Alexandre Costa de. **A inversão do ônus da prova nas relações de consumo: aonde vamos?.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1352, 15 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9601>>. Data de acesso: 22 jan. 2013.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO, Mônica Rodrigues Dias de. **Juizados Especiais Cíveis.** 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova.** 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 2. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOLDSCHIMIDT, James. **Principios generales del proceso: Teoria General del Proceso.** 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

HOLTHAUSEN, Fábio Zabot. **Inversão do ônus da prova nas relações de consumo: momento processual.** Tubarão: Unisul, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil.** Vol.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Sônia Maria Vieira de. **O direito do consumidor na era da globalização: a descoberta da cidadania**. Rio de Janeiro. Renovar. 1998. apud HOLTHAUSEN, Fábio Zabot. Inversão do ônus da prova nas relações de consumo: momento processual. Tubarão: Unisul, 2006.

MORAES, Voltaire de Lima. **Anotações sobre o ônus da prova no código de processo civil e no código de defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. n. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 63-69, jul/set 1999.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. n. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 139-149, abr/jun. 1997.

NERY JR., Nelson. **Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 200-221, maio. 1992.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. **Direitos Básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova**. Revista de Direito do Consumidor. n. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, p 48-60, abr/jun. 1994.

VIANNA, Mario Cesar Portinho. **A Inversão do ônus da prova prevista no CDC e Juizado Especial Cível**. Revista dos Juizados Especiais, nº 44, ano 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Data de acesso: 08 jan. 2013.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do ante projeto**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense e Universitária, 2000.

Recebido em 04/08/2013.

Aprovado em 13/10/2013.

