



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS ACP'S CONSUMERISTAS: O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DEVE USUFRUIR DESTES BENEFÍCIOS?

Jeferson Queiroz dos Santos

Rio de Janeiro
2020

JEFERSON QUEIROZ DOS SANTOS

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS ACP'S CONSUMERISTAS: O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DEVE USUFRUIR DESTES BENEFÍCIO?

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

Professores Orientadores:

Lucas Tramontano de Macedo

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS ACP'S CONSUMERISTAS: O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DEVE USUFRUIR DESTE BENEFÍCIO?

Jeferson Queiroz dos Santos

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogado.

Resumo: Trata-se do estudo do instituto da inversão ope judicis do ônus da prova nas Ações Cíveis Públicas consumeristas, nas quais figura como legitimado ativo o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro. A partir do crescente número de ações coletivas consumeristas no sistema jurídico brasileiro, tornou-se necessário analisar se, nas hipóteses em que o Parquet figura como autor das demandas coletivas que tutelam direito dos consumidores, seria possível a aplicação do mencionado instituto. Para tanto, busca-se estudar os requisitos necessários à concessão da inversão ope judicis do ônus da prova, bem como a sua aplicação aos legitimados ativos. Prossegue-se com a análise da hipossuficiência e capacidade probatória do Ministério Público. Por fim, pretende-se estudar os efeitos do indeferimento da inversão do ônus da prova nos casos em que não se verifica a hipossuficiência do órgão ministerial.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Tutela Coletiva. Inversão ope judicis do ônus Probatório. Legitimados Ativos. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário: Introdução. 1. Da inversão ope judicis do ônus da prova e a sua aplicação aos legitimados ativos nas ações cíveis públicas consumeristas. 2. Capacidade probatória do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro nas ações cíveis públicas consumeristas. 3. Do indeferimento do pedido de inversão ope judicis do ônus da prova nos casos em que não se verifica a hipossuficiência do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro nas demandas coletivas consumeristas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO:

O presente artigo científico discute o instituto da inversão ope judicis do ônus da prova nas Ações Cíveis Públicas consumeristas nas quais o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro figura como legitimado ativo/representante dos consumidores.

O advento da lei de Ação Civil Pública em 1985 possibilitou a criação de um instrumento menos complexo de tutela processual dos interesses difusos, viabilizando, uma maior atuação dos agentes legitimados na solução de controvérsias relacionadas ao direito do consumidor.

Em razão deste fato, bem como a intensificação das relações de consumo na sociedade moderna, houve um aumento das demandas coletivas consumeristas. Em consonância com esta nova realidade e reconhecendo a vulnerabilidade dos consumidores frente aos

fornecedores de produtos e serviços, o Código de defesa do consumidor determinou a Inversão do ônus da prova se verossímil as alegações do consumidor, bem como comprovada sua hipossuficiência. A fim de facilitar a defesa da coletividade de consumidores, tal instituto vem sendo aplicado nas demandas coletivas consumeristas. Portanto, torna-se imperioso discutir tal aplicação, sobretudo sob o aspecto dos requisitos legais para incidência do mencionado benefício.

A importância do presente estudo encontra-se pautada no crescente número de ações coletivas consumeristas no sistema jurídico brasileiro, bem como em razão da complexidade probatória de algumas delas.

Para melhor compreensão do tema, busca-se analisar a vulnerabilidade dos consumidores; os requisitos legais para concessão da Inversão do ônus da prova; bem como possíveis danos à coletividade em razão da rejeição do pedido de concessão deste benefício.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando os requisitos necessários à concessão da inversão ope judicis do ônus da prova, de maneira a verificar a sua aplicação aos legitimados ativos nas Ações civis públicas consumeristas.

Segue-se estudando, no segundo capítulo, a capacidade de produção probatória do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, um dos mais atuantes legitimados ativos para propor ações civis públicas consumeristas no âmbito estadual e, conseqüentemente, sua hipossuficiência frente aos fornecedores de produtos e serviços nas demandas coletivas de consumo, de maneira a analisar a possibilidade de aplicação da inversão do onus probandi nos casos em que não se verifica tal requisito.

Por fim, o terceiro capítulo pesquisa se a possível negativa da inversão do ônus da prova, nos casos em que não se verifica a hipossuficiência do agente legitimado à propositura de Ações Civis Públicas consumeristas, gera algum dano aos consumidores, de maneira a possibilitar a aplicação do instituto em prol da coletividade mesmo na ausência dos requisitos legais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. DA INVERSÃO OPE JUDICIS DO ÔNUS DA PROVA E A SUA APLICAÇÃO AOS LEGITIMADOS ATIVOS NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS CONSUMERITAS

Tendo em vista que a concessão do benefício da inversão ope judicis do ônus da prova nas demandas consumeristas está condicionada à presença de alguns requisitos legais, e que estes foram criados tendo como referência as condições peculiares dos consumidores no mercado de consumo de massa, torna-se necessário verificar se nas demandas coletivas que tratam desta matéria, nas quais os consumidores são representados por agentes legitimados que possuem peculiaridades distintas dos seus representados, é possível a aplicação deste instituto.

Como regra geral, o art. 373 do Código de Processo Civil brasileiro¹ determina que o ônus probatório deve recair sobre o autor no que tange aos fatos constitutivos do seu direito, do mesmo modo, aduz que ao réu recai o dever de provar fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor. Ocorre que tal previsão legal busca disciplinar relações jurídicas paritárias, o que não se observa nas demandas consumeristas, já que o crescimento da produção e da capacidade de disponibilização de produtos e serviços no mercado consumidor propiciou a comercialização em massa e, conseqüentemente, o aumento da vulnerabilidade dos consumidores frente aos fornecedores, sobretudo quando se analisa tal questão tomando por base a difusão dos contratos de adesão.

A par desta realidade, o legislador buscou garantir maior proteção aos consumidores, de modo a compatibilizar a legislação infraconstitucional à Carta Magna brasileira, a qual preceitua em seu art. 5, XXXII², que incumbe ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Neste sentido, através da promulgação da Lei nº 8.078/90, denominada Código de Defesa do Consumidor, garantiu-se, dentre outros benefícios, um importante instrumento processual em favor dos consumidores, a possibilidade de Inversão do onus probandi.

Tal mecanismo se deu de maneira objetiva nos casos de inversão ope legis do ônus da prova - na qual o legislador entendeu que, em determinadas circunstâncias, a vulnerabilidade do consumidor é tamanha que não necessita da análise do juízo para que a medida seja adotada - e subjetiva nos casos de inversão ope judicis, já que o art. 6º, VIII do CDC³, adotou

¹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 jul. 2019

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jul. 2019

³BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 28 jul. 2019

os critérios da hipossuficiência do consumidor e verossimilhança das suas alegações para concessão do benefício almejado.

Ressalta-se que a análise do presente estudo se restringirá à inversão *ope judicis*, já que o legislador deixou a critério do julgador, no caso concreto, a verificação subjetiva de cada elemento. Assim, pretende-se apurar se tal benefício pode ser estendido aos legitimados ativos nas ações civis públicas de consumo.

Inicialmente é importante ressaltar que vigora no país o princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX da CRFB/88⁴, o qual determina que os julgadores ao prolatarem suas decisões devem apresentar, em suas razões, elementos que consubstanciam a posição adotada, de modo que fique claro que a decisão apresentada foi embasada em fundamentos decisórios e não simplesmente no desejo do magistrado.

Do mesmo modo, o princípio do convencimento motivado do juiz garante ao magistrado a liberdade para decidir da melhor maneira o caso concreto sob *judice*, entretanto, deve sempre se ater aos elementos probatórios apresentados pelas partes, bem como aos comandos legais e jurisprudência brasileira, sem esquecer ainda dos princípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio.

Neste sentido, é possível verificar que a prova tem um importante papel no direito brasileiro, pois é ela que demonstra os fatos alegados pelas partes, de modo a possibilitar ao juízo fornecer, da melhor maneira possível, a correta prestação jurisdicional. É essencial para construção do pensamento crítico do magistrado, sobretudo no que se refere aos fatos pretéritos apresentados pelas partes. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara: “Denomina-se prova a todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato.”⁵

É inegável que a prova é um elemento essencial ao deslinde da controvérsia posta em juízo, assim, a facilitação dos meios probatórios aos consumidores é medida da mais lúdima justiça. Destaca-se, ainda, que nem todos os elementos discutidos no processo necessitam ser comprovados, tal obrigação se restringe aos fatos controversos narrados pelas partes. Ocorre que nas relações consumeristas, em razão da vulnerabilidade do consumidor perante os fornecedores de produtos e serviços, bem como a sua hipossuficiência, a comprovação de determinados fatos torna-se difícil e, muitas vezes, impossível, assim, a inversão do ônus da prova é uma garantia que busca equilibrar esta relação jurídica.

⁴BRASIL, *op. cit.* nota 2.

⁵CÂMARA, Alexandre. Lições de direito processual civil. V. I. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.373.

É importante que se diga também que o ônus de provar os fatos alegados não constitui uma obrigação, mas sim uma faculdade, tendo em vista que a parte pode assumir o risco de ter os seus pedidos julgados sem a devida precisão pelo magistrado, se não houver elementos suficientes que configurem a existência do direito lesado, bem como dos fatos narrados.

Por outro lado, há que se dizer que a ciência do juiz acerca dos fatos apresentados pelas partes pode ocorrer de forma indireta. A análise pode ser realizada através dos objetos de prova, os quais configuram a narrativa das partes sobre os fatos controversos apresentados no processo, cujo objeto central é denominado *thema probandum*⁶, e os meios de prova, que são considerados os meios necessários para a solução da controvérsia e estão elencados na legislação processual brasileira.

Deve-se considerar ainda que o direito à produção de provas possui limites, de maneira que o juízo deve analisar o pedido de elaboração de determinado meio de prova com base na pertinência e relevância da solicitação, assim, em razão dos princípios da celeridade, proporcionalidade e economia processual, é plenamente possível que o magistrado indefira tal requerimento.⁷

A partir desses apontamentos, inicia-se o estudo dos requisitos da inversão ope judicis do ônus da prova, quais sejam: hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança das suas alegações, que devem ser analisados segundo as regras ordinárias de experiências do juiz. Através da leitura literal do mencionado dispositivo, constata-se que os critérios são alternativos, entretanto, há quem sustente o inverso, aduzindo que, com a alternatividade dos requisitos, seriam legitimadas situações esdrúxulas como a possibilidade de inversão do ônus da prova nos casos em que o consumidor comprova sua hipossuficiência, porém suas alegações não são dotadas de nenhuma verossimilhança⁸. Tal possibilidade não se confunde com alegações inverossímeis, já que, nestes casos, a simples análise do juízo, com base nas regras ordinárias de experiências, rechaçaria tal hipótese.

É importante que se diga que o art. 4º, I do CDC⁹ reconheceu a vulnerabilidade do consumidor nas relações consumeristas, a qual se divide em quatro espécies: técnica, jurídica, fática e informacional¹⁰. Tal fato propiciou a criação de mecanismos jurídicos que possibilitam uma maior proteção deste grupo, e não é demais lembrar que, em que pese a

⁶CAMBI, Eduardo. A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 295.

⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. Prueba y motivación de la sentencia. Temas de Direito Processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 112.

⁸GIDI, Antônio. Artigo publicado pela Revista Direito do Consumidor, Aspectos da inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. vol 13, p.34.

⁹BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁰BESSA, Leonardo Roscoe. Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 42.

vulnerabilidade seja intrínseca à condição dos consumidores, não se manifesta da mesma forma para todos os integrantes desta classe, existem os denominados consumidores hipervulneráveis, que necessitam de um olhar mais atento do legislador e dos operadores do direito, neste sentido, no julgamento do REsp 586.316/MG, o Ministro Antônio Herman V. Benjamin assim concluiu:

“(...)O Código de Defesa do Consumidor [...] não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas(...)”.¹¹

A vulnerabilidade está diretamente relacionada aos requisitos da inversão do ônus da prova, tendo em vista que a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência dos consumidores são desdobramentos processuais deste mesmo substrato do direito material e da realidade social.¹²

Quanto à verossimilhança, Antonio Gidi afirma que consiste no que tem aparência de verdade, ou seja, as alegações devem parecer prováveis ao juízo. Em que pese o conceito simplório deste requisito, o mesmo possui uma multifuncionalidade em nosso sistema jurídico, já que atua em momentos distintos no processo¹³.

Pode-se considerar verossímeis as alegações que não contrariam princípios gerais do direito, normas jurídicas, fatos notórios etc. Sustenta ainda Antonio Gidi, que é possível associar a verossimilhança das alegações do consumidor e o *fumus boni juris* do processo cautelar¹⁴, assim, é possível concluir que tal requisito não relaciona-se diretamente às características inerentes aos consumidores, mas sim à narrativa dos fatos apresentados pelos mesmos.

Diante desta análise, pode-se afirmar que a concessão da inversão ope judicis do ônus da prova, baseada na presença da verossimilhança das alegações do autor, pode ser aplicada

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 586316/MG. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2893505&n_um_registro=200301612085&data=20090319&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 03 ago. 2019

¹²CASTRO, Cássio Benvenuto. A versão e a inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. p.37. Disponível em:

<<https://bdjur.tjdf.tj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdf/43094/A%20Vers%C3%A3o%20e%20a%20Invers%C3%A3o%20do%20C%C3%94nus%20da%20Prova.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

¹³FLACH, Daisson. A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 109.

¹⁴ GIDI, op. cit., nota 8. p.35.

nas demandas coletivas consumeristas propostas pelos legitimados ativos, já que não se trata de um requisito diretamente relacionado às condições especiais dos consumidores - o que poderia suscitar questionamentos quanto à sua aplicação nas demandas coletivas, tendo em vista que os representantes legais deste grupo não possuem, necessariamente, as mesmas características dos seus representados - mas sim relacionado à narrativa dos fatos alegados pelo autor.

Quanto à hipossuficiência a professora Cláudia Lima Marques a conceitua como a visão processual da vulnerabilidade fática¹⁵. Muito se discutiu acerca do alcance do seu conceito, pois para parte da doutrina trata-se de um requisito cuja análise deve ser realizada de maneira restritiva, relacionando-a exclusivamente a critérios econômicos, entretanto prevaleceu o entendimento que tal conceito deve ser analisado de forma ampla, já que é possível constatar diversas situações nas quais o consumidor encontra-se em posição de desvantagem frente aos fornecedores, no mesmo sentido caminhou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer a hipossuficiência técnica do consumidor no caso de saques indevidos na sua conta bancária.¹⁶

Pode-se afirmar que a hipossuficiência é tratada no Código de Defesa do Consumidor sob o ponto de vista processual, de maneira que deve ser aferível pelo magistrado no caso concreto¹⁷, leva ao reconhecimento processual da vulnerabilidade do consumidor, expondo, portanto, a redução da sua capacidade probatória frente ao fornecedor e, em se tratando de uma análise processual, necessita da verificação do magistrado, o que não corre na análise da vulnerabilidade, pois trata-se de uma condição material, é uma característica inerente ao consumidor. Assim, é possível que em determinados casos o consumidor seja considerado vulnerável, mas não hipossuficiente, pois possui meios de comprovar determinado fato no processo. Nas palavras do professor Luiz Otávio de Oliveira Amaral:

[...] a vulnerabilidade é característica peculiar a todo e qualquer consumidor; independente da sua condição socioeconômica [...]. Firme-se, mais ainda, a diferença sutil, porém verdadeira, entre vulnerabilidade, que seria um fenômeno de direito material e a hipossuficiência, que seria de índole processual. Com mais exatidão diria que a hipossuficiência é manifestação processual da vulnerabilidade.

¹⁵MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 332.

¹⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 915.599/SP. Relatora: Min. Nancy Andrigli. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4191958&num_registro=200602750210&data=20080905&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 ago. 2019.

¹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório. São Paulo: Método, 2009. p. 266.

Na prática, o reconhecimento do consumidor como hipossuficiente conduz o julgador a deferir a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.”¹⁸

Neste ponto reside o fundamento para concluir que a concessão da inversão ope judicis do ônus da prova, baseada na presença da hipossuficiência do autor, pode ser aplicada nas demandas coletivas consumeristas propostas pelos legitimados ativos, já que trata-se de uma análise sob a ótica processual deste requisito, e não material como ocorre na verificação da vulnerabilidade, não criando empecilhos, portanto, às condições peculiares dos agentes ativos.

Em outras palavras, a inversão do ônus da prova, consubstanciada na análise do requisito da hipossuficiência, não está restrita às demandas individuais, pois tal instrumento processual não é concedido simplesmente porque o consumidor é naturalmente vulnerável, mas sim porque em determinadas circunstâncias é hipossuficiente para produzir algumas provas, característica que pode ser atribuída, de acordo com o caso concreto, aos representantes dos consumidores nas ações coletivas de consumo, já que estes também podem encontrar dificuldades para produção probatória.

2. CAPACIDADE PROBATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS CONSUMERISTAS

Conforme restou demonstrado no capítulo anterior, a hipossuficiência é um dos requisitos necessários à concessão da inversão ope judicis do ônus da prova, e deve ser analisada pelo magistrado no caso concreto, portanto, pretende-se verificar no presente capítulo se o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro, atuante legitimado ativo no âmbito estadual, nas causas coletivas consumeristas, possui infraestrutura satisfatória para produção probatória.

O art. 5º da Lei nº 7.347/85¹⁹ ampliou o rol de legitimados ativos a propor demandas coletivas, configurando um importante instrumento de tutela da coletividade que, segundo Leonardo Bessa, visa tutelar direitos difusos, coletivos em stricto sensu e individuais homogêneos²⁰, tais direitos encontram-se regulamentados no art. 81 do Código de Defesa do

¹⁸AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. Teoria geral do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68-70.

¹⁹BRASIL, Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 03 ago. 2019.

²⁰BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 435.

consumidor.²¹

O órgão ministerial possui função permanente e é considerado essencial à atividade jurisdicional do estado, sendo-lhe assegurado constitucionalmente o exercício das suas funções²², quais sejam: a de fiscal da lei, atuando como custos legis, e a de titular da ação penal pública. Ocorre que com o passar dos anos e a conseqüente evolução legislativa, novas funções foram atribuídas ao guardião da lei e, dentro deste raciocínio, não se deve esquecer que o Parquet deve atuar na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No que se refere à obrigação de proteção da coletividade, a CRFB determina em seu art. 129, III²³ que é função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. No mesmo sentido o art. 81 do CDC²⁴ prescreve que o Parquet possui legitimidade concorrente para defesa dos interesses e direitos dos consumidores à título coletivo.

Ocorre que, em relação aos direitos individuais homogêneos, faz-se necessário tecer um breve comentário acerca do antigo entendimento doutrinário sobre a legitimidade do Ministério Público para atuar nas demandas coletivas que versam sobre esses direitos. Parte da doutrina sustentava que, por se tratar de direitos disponíveis, a atuação do órgão ministerial estaria inviabilizada, já que não há previsão legal na carta magna e na lei de ação civil pública abarcando tal hipótese²⁵.

Por outro lado, o entendimento que ganhou força na doutrina e jurisprudência consolidou a ideia de que o Parquet é legitimado para atuar nas causas que versam sobre direitos individuais homogêneos, já que a própria Constituição da República Federativa do Brasil impôs a esta instituição o dever de defender a ordem jurídica, o regime democrático de direito e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

No mesmo sentido se manifestou o Superior Tribunal de justiça ao analisar o tema, tendo sido a questão, inclusive, objeto do Informativo nº 0497, no qual a Excelentíssima Ministra Relatora Nancy Andrichi entendeu que:

[...] o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública que trate da proteção de quaisquer direitos transindividuais, tais como definidos no art. 81 do

²¹BRASIL, op. cit., nota 3.

²²BRASIL, op. cit., nota 2.

²³Ibid.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁵MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 227.

CDC. Isso decorre da interpretação do art. 129, III, da CF em conjunto com o art. 21 da Lei n. 7.347/1985 e arts. 81 e 90 do CDC e protege todos os interesses transindividuais, sejam eles decorrentes de relações consumeristas ou não.²⁶

Quanto à capacidade probatória do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro, é inegável a estrutura técnica e econômica que circunda a instituição, também não é demais dizer que o poderio investigativo do órgão propicia condições especiais não estendidas aos demais entes legitimados a propor ações coletivas de consumo. Atualmente o órgão ministerial conta com 2.535 – dois mil, quinhentos e trinta e cinco – funcionários ativos, dentre eles: procuradores, promotores, técnicos administrativos, técnicos das áreas de informática, saúde, transporte, serviço de apoio, etc²⁷.

O crédito orçamentário e as receitas próprias deste órgão no exercício de 2019 somam a quantia de R\$1.820.249.820 - um bilhão, oitocentos e vinte milhões, duzentos e quarenta e nove mil e oitocentos e vinte reais.²⁸ Tais números permitem traçar um panorama da capacidade financeira da instituição, de maneira que pode-se afirmar que, em circunstâncias normais, o Parquet não carece de aparatos técnicos e financeiros que não o possibilite ter acesso a determinados meios de provas, bem como requerer a confecção de outras.

Em consonância com a premissa que aduz que o Parquet possui benefícios que o privilegia frente aos demais agentes ativos nas ações civis públicas consumeristas, destaca-se que a Constituição Federal instituiu que é dever do guardião da lei promover o inquérito civil, e no âmbito da legislação infraconstitucional, no art. 8º, §1º da Lei 7.347/85²⁹, que o Ministério Público poderá instaurar inquérito civil e requisitar informações, conforme se observa a seguir:

Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

²⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp ° 1.099.634 - RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21662197&num_registro=200802301820&data=20121015&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 24 ago. 2019

²⁷BRASIL, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Gestão de Pessoas. Disponível em: <<http://transparencia.mprj.mp.br/gestao-de-pessoas/cargos-vagos-e-ocupados>>. Acesso em: 24 ago. de 2019

²⁸BRASIL, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Execução orçamentária. Disponível em: <<http://transparencia.mprj.mp.br/execucao-orcamentaria-e-financeira/receitas-proprias>>. Acesso em: 24 ago. 2019

²⁹ BRASIL, op. cit. nota 19.

§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

Tais possibilidades ampliam a capacidade de produção probatória do órgão ministerial e possibilitam uma tutela jurisdicional coletiva mais efetiva, na medida em que, conforme apreciado anteriormente, o magistrado poderá se debruçar sobre um robusto conjunto probatório para realizar o seu juízo de valor e, conseqüentemente, fundamentar a sua decisão.

Torna-se imperioso destacar ainda que o art. 18 da Lei de ação civil pública³⁰, bem como o art.87 do codex consumerista, garantem isenção de custas e despesas processuais aos legitimados ativos nas demandas coletivas de consumo, portanto, um possível requerimento de produção probatória, tal como a realização de perícia técnica, por parte do Parquet não oneraria a instituição.

Ocorre que, nas relações de consumo, a dificuldade de produção de provas não está restrita aos aspectos econômicos, portanto, em que pese toda a infraestrutura que garante o regular cumprimento das funções precípua do órgão ministerial, este poderá ser considerado hipossuficiente quanto à produção probatória quando, por exemplo, em razão da especificidade do tema, não possuir corpo técnico próprio especializado, ou pessoas capacitadas para realizar perícias técnicas capazes de comprovar ou rechaçar as alegações autorais. Do mesmo modo, situações nas quais a produção probatória esbarra em informações sigilosas, tais como fórmulas e ingredientes secretos.

Portanto, conclui-se que o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro, em que pese possua infraestrutura adequada - contando com um quadro de funcionários de aproximadamente 2600 servidores, dentre eles técnicos das mais diversas áreas, bem como um orçamento capaz de garantir o curso regular das suas funções – em algumas circunstâncias será considerado hipossuficiente no tocante à produção probatória, devendo usufruir do benefício da inversão do ônus da prova, garantindo aos seus representados a correta prestação jurisdicional.

³⁰Ibid.

3. DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE INVERSÃO OPE JUDICIS DO ÔNUS DA PROVA NOS CASOS EM QUE NÃO SE VERIFICA A HIPOSSUFICIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NAS DEMANDAS COLETIVAS CONSUMERISTAS.

Por fim, neste capítulo pretende-se analisar se na hipótese de negativa do pedido de inversão do ônus da prova, nos casos em que não se verifica a hipossuficiência do Ministério Público estadual nas Ações Civas Públicas consumeristas, há algum dano aos seus representados, de maneira a possibilitar a aplicação do instituto em prol da coletividade mesmo na ausência dos requisitos legais.

Restou demonstrado que é possível o indeferimento do pedido de concessão do benefício da inversão ope judicis do ônus da prova nas demandas coletivas consumeristas nas quais o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro figura no pólo ativo da ação. Para tanto, é necessário que, durante a análise do magistrado quanto aos critérios subjetivos para tal concessão, não seja possível verificar a presença de nenhum dos requisitos previstos em lei.

Ao estudar nos capítulos anteriores os requisitos necessários à concessão da inversão do ônus probatório, constatou-se que os critérios subjetivos pendentes de análise posterior do magistrado, quais sejam: verossimilhança dos fatos relatados pelo autor, bem como sua hipossuficiência, possuem aplicação alternativa³¹.

Tal premissa baseia-se na interpretação literal do dispositivo legal que regulamenta o tema, já que este utiliza no seu conteúdo a conjunção “ou” em vez de “e” para separar os dois elementos. Interpretação contrária, ou seja, que entende que a conjunção alternativa deveria ser interpretada de maneira aditiva, levaria à conclusão de que a decisão do legislador ao regulamentar o tema vai de encontro aos preceitos consumeristas, que buscam equilibrar a relação essencialmente desigual entre consumidores e fornecedores, bem como pretendem a facilitação do acesso dos vulneráveis aos meios jurisdicionais.

Presume-se que a interpretação literal do art. 6, VIII do CDC³² é explicitamente mais favorável aos consumidores, de modo que a interpretação contrária, favorável à cumulatividade dos elementos, teria que comprovar que a aplicação da alternatividade seria ilógica. Portanto, presente apenas um dos requisitos necessários à concessão deste benefício, verossimilhança ou hipossuficiência, o juízo estaria obrigado a conceder a inversão do ônus

³¹CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Inversão do ônus da prova, Revista de Direito do Consumidor, vol. 39, p. 173

³²BRASIL, op. cit., nota 3.

da prova, já que preenchido o critério legal.

Este foi o entendimento esposado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatora Ministra Nancy Andrighi assim entendeu:

RECURSO ESPECIAL Nº 557.030 - RJ (2003/0129252-1) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE: BANCO ITAÚ S/A ADVOGADO: SÉRGIO LUÍS FUKS E OUTROS RECORRIDO : ALEX BRASIL FILGUEIRA DE MENEZES E OUTRO ADVOGADO : THAÍS MOYA DE SOUZA - DEFENSOR PÚBLICO EMENTA

Consumidor. Saque indevido em conta corrente. Cartão bancário. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Inversão do ônus da prova. - Debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta corrente, efetuado mediante cartão bancário, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques. - Reconhecida a possibilidade de violação do sistema eletrônico e, tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, ocorrendo retirada de numerário da conta corrente do cliente, não reconhecida por este, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC. - Inversão do ônus da prova igualmente facultada, tanto pela hipossuficiência do consumidor, quanto pela verossimilhança das alegações de suas alegações de que não efetuara o saque em sua conta corrente. Recurso não conhecido.³³

Ultrapassado este ponto, é necessário analisar o requisito da verossimilhança, sobre o qual restou apreciado que o seu conceito está relacionado às alegações que parecem verdadeiras, cujo conteúdo se assemelha à fumaça do bom direito, portanto, intrínseco aos fatos narrados pelo autor.

Neste cenário, a verossimilhança das alegações do Ministério Público estadual, nas Ações Cíveis Públicas propostas por ele, deve ser analisada levando em consideração as características peculiares inerentes ao próprio órgão, já que, enquanto agente legitimado ativo para propor demandas coletivas, possui competências especiais em razão de um comando constitucional previsto no art. 129, III da CRFB³⁴, bem como em razão de um comando infralegal previsto no art. 8º, §1º da Lei 7.347/85³⁵, de maneira que possui como uma das suas funções, a realização do inquérito civil público.

Tal mecanismo pode ser utilizado pelo Parquet, em um procedimento investigatório, para apurar se um determinado direito coletivo foi violado. Para tanto, o membro do Ministério Público está autorizado por lei a requerer e realizar diversos procedimentos com o objetivo precípuo de consubstanciar as suas alegações, tais como inspeções, requisitar perícias

³³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 557.030 - RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1544618&num_registro=200301292521&data=20050201&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 24 agosto 2019

³⁴BRASIL, op. cit. nota 2

³⁵BRASIL, op. cit. nota 19

técnicas, ouvir testemunhas, requerer documentos, etc.

Desta forma, o inquérito Civil Público instaurado pelo Ministério Público configura a formação do juízo de probabilidade necessário à configuração do requisito da verossimilhança e, conseqüentemente, compele o magistrado à concessão da inversão do ônus da prova.

Portanto, nas hipóteses em que o órgão ministerial promover a realização de um inquérito civil público para consubstanciar a propositura de uma demanda coletiva consumerista, e o mesmo estiver em consonância com a narrativa realizada pelo Parquet, estará preenchido o requisito da verossimilhança e, conseqüentemente, o magistrado não poderá denegar o pedido de inversão do ônus da prova, ainda que não reste configurada a hipossuficiência do órgão, já que a possibilidade de indeferimento por parte do magistrado quanto a este pedido só poderá ser realizado quando não estiverem presentes nenhum dos dois requisitos legais necessários à sua concessão.

Assim, ainda que no caso concreto não seja verificada a hipossuficiência do órgão ministerial, mas o Parquet tenha requisitado a instauração de inquérito civil público, e este corrobore com as alegações autorais, a inversão do onus probandi deverá ser assegurada, já que de maneira que os consumidores não sofrerão com uma possível negativa do juízo quanto à concessão do benefício.

Entretanto, poderá haver hipóteses nas quais o inquérito civil público, requisitado pelo Ministério Público estadual, pode apresentar informações contrárias aos direitos dos consumidores e, conseqüentemente, às impressões iniciais do órgão ministerial a respeito do tema, motivo pelo qual, *prima facie*, a Ação Civil Pública não deverá ser proposta, já que não possui elementos fáticos capazes de consubstanciá-la.

No mesmo sentido, haverá hipóteses nas quais o Parquet não instaurou o procedimento investigativo capaz de consubstanciar as suas alegações nas demandas coletivas que figura como autor. Nestes casos, abre-se espaço para a análise subjetiva do juízo quanto à existência ou não da verossimilhança no caso concreto, já que a ausência do inquérito impossibilita a configuração automática do requisito da verossimilhança e, conseqüentemente, desobriga o magistrado a conceder automaticamente a inversão do ônus da prova.

Entretanto, tal fato não impossibilita a concessão do benefício, tão somente permite ao juiz analisar as circunstâncias através de critérios subjetivos, o que pode dificultar tal concessão. Ocorre que a decisão quanto à instauração ou não do inquérito civil público é exclusiva do Parquet, legitimado ativo nas demandas coletivas, portanto, cabe ao órgão verificar se, no caso concreto, há elementos suficientes para a configuração da verossimilhança, sem a necessidade de instauração do inquérito.

Conclui-se que as hipóteses capazes de permitir ao magistrado negar o pedido de concessão da inversão ope judicis do ônus da prova, nos casos em que o Ministério Público estadual figura como autor das demandas coletivas e não é possível verificar a sua hipossuficiência, são restritas, já que seria necessário constatar a ausência de verossimilhança das suas alegações, hipótese que só seria possível, a partir da análise subjetiva do magistrado, caso o órgão ministerial não tenha instaurado inquérito civil público capaz de consubstanciar as suas alegações. Ocorre que, apesar de serem hipóteses restritas, nestes casos não seria possível aplicar a inversão do ônus da prova em prol dos consumidores, já que o comando legal que concede tal benefício determina a obrigatoriedade da presença de pelo menos um dos requisitos legais: verossimilhança e hipossuficiência.

CONCLUSÃO:

Através deste estudo, foi possível constatar que o art. 6º, VIII do CDC, que possibilitou a inversão do ônus da prova nas demandas consumeristas, é um importante instrumento para a proteção dos consumidores, já que reduziu a desigualdade existente entre os consumidores e os fornecedores no mercado de consumo, possibilitando uma efetiva prestação jurisdicional. No mesmo sentido, a possibilidade de ajuizamento de demandas coletivas consumeristas permitiu a criação de um instrumento menos complexo de tutela dos direitos difusos, viabilizando melhores soluções nas controvérsias relacionadas ao direito do consumidor.

Daí surgiu a importância do presente artigo científico, já que pretendeu-se analisar a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações civis públicas consumeristas na quais o Ministério Público estadual figura como autor.

Assim, verificou-se que a inversão do ônus da prova baseada na presença da hipossuficiência do consumidor não está restrita às demandas individuais, já que em determinadas circunstâncias os legitimados ativos coletivos podem ser considerados hipossuficientes para produzir algumas provas complexas, quando envolver, por exemplo, questões que versem sobre segredos industriais.

No mesmo sentido, averiguou-se que o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro, em que pese possua infraestrutura capaz de afastar a presença do requisito da hipossuficiência, necessário à inversão ope judicis do ônus da prova, já que consta com quadro técnico e orçamento que o coloca em um patamar diferenciado, em algumas circunstâncias, como a esposada acima, será considerado hipossuficiente, devendo usufruir

deste benefício.

Por fim, concluiu-se que nas hipóteses que não se verifica a hipossuficiência do órgão ministerial, o magistrado só poderia negar o pedido de concessão da inversão ope judicis do ônus da prova, após análise subjetiva, nos casos em que não tenha sido instaurado o inquérito civil público capaz de consubstanciar as alegações do Parquet. Além disso, verificou-se que, em razão do comando legal taxativo do art. 6º, VIII do CDC, a presença dos requisitos para concessão da inversão do ônus da prova é obrigatória, de modo que não pode ser afastada em razão de uma suposta lesão aos consumidores.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. Teoria geral do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe. Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Inversão do ônus da prova, Revista de Direito do Consumidor, vol. 39.

CÂMARA, Alexandre. Lições de direito processual civil. V. I. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

CASTRO, Cássio Benvenuto. A versão e a inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/43094/A%20Vers%C3%A3o%20e%20a%20Invers%C3%A3o%20do%20%C3%94nus%20da%20Prova.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 28 jul. 2019

Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 jul. 2019.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jul. 2019.

FLACH, Daisson. A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GIDI, Antônio. Artigo publicado pela Revista Direito do Consumidor, “Aspectos da inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. vol 13.

Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 03 ago. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório. São Paulo: Método, 2009.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 23.ed. atual. Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mesndes. São Paulo: Malheiros. 2001.

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Execução orçamentária. Disponível em: <<http://transparencia.mprj.mp.br/execucao-orcamentaria-e-financeira/receitas-proprias>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Gestão de Pessoas. Disponível em: <<http://transparencia.mprj.mp.br/gestao-de-pessoas/cargos-vagos-e-ocupados>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Prueba y motivación de la sentencia. Temas de Direito Processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 586316/MG. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2893505&num_registro=200301612085&data=20090319&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 03 ago. 2019.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp ° 1.099.634 - RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21662197&num_registro=200802301820&data=20121015&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 24 ago. 2019.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 915.599/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4191958&num_registro=200602750210&data=20080905&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 ago. 2019.