



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público

Túlio Ribeiro Martins

Rio de Janeiro  
2011

TÚLIO RIBEIRO MARTINS

Inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção de título de Pós-Graduação.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2011

## INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Túlio Ribeiro Martins

Graduado pela Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de Fora.  
Advogado.

**Resumo:** As relações de consumo cresceram e passaram por mutações para chegar ao que hoje se chama de “consumo em massa”. Diante desse quadro, abusos se tornaram mais frequentes, o que levou à necessidade de tutela das relações consumeristas. Nesse diapasão, a Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, traçou importante normatização, prevendo de forma laudável a possibilidade de defesa desses direitos pelo Ministério Público. Este trabalho busca analisar a efetivação desse amparo coletivo, avaliando a possibilidade de se inverter o ônus da prova em favor do *Parquet*.

**Palavras-chaves:** Ações Coletivas. Inversão do ônus da prova. Ministério Público. Possibilidade.

**Sumário:** Introdução. 1. O Consumidor no Direito Brasileiro. 2. A Defesa do Consumidor em Juízo. 3. A Legitimidade do Ministério Público. 4. A Prova. 5. O Papel do Ministério Público na defesa dos direitos coletivos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho busca analisar a possibilidade de se inverter o ônus probatório em favor do Ministério Público, como legitimado ativo extraordinário na atuação em defesa de direitos individuais homogêneos – notadamente na defesa dos direitos dos consumidores.

A despeito da controvérsia existente acerca do tema, que também será abordada, parte-se da premissa de que o Ministério Público detém essa legitimidade ativa para buscar a tutela dos direitos consumeristas em juízo e, com isso, alcançar uma maior efetividade neste amparo – uma vez que haveria maior grau de dificuldade se cada consumidor, isoladamente, necessitasse buscar a proteção para si próprio.

Pretende-se examinar qual interpretação melhor se adéqua à *mens legis*, com base em lições doutrinárias de maior relevância e também segundo vêm aplicando os Tribunais. Nesse contexto, será feita uma avaliação do tratamento conferido pela jurisprudência pátria à questão, bem como uma prospecção do regramento legal e doutrinário, passando-se desde a teoria até a prática.

O estudo procura examinar uma questão que, à primeira vista, pode causar estranheza, devido ao fato de o Ministério Público dispor de larga estrutura, a qual lhe propicia a produção de provas as mais complexas. Assim, poder-se-ia imaginar afastado, *prima facie*, o cabimento dessa inversão.

Contudo, o que se busca é garantir a proteção do consumidor material – e é intrínseca a algumas relações consumeristas a dificuldade em se produzir provas, o que ocorre, por exemplo, quando os dados a serem analisados permanecem em poder exclusivo do fornecedor, sem que o acesso seja facultado ao consumidor, ou, ainda, no caso de se depender de conhecimentos técnicos específicos, detidos apenas pelos fornecedores.

Ademais, como será visto, deve ser frisado que a hipossuficiência tratada e exigida pela lei não é apenas jurídica ou econômica, mas também diz respeito à obtenção de informações – produção de provas –, o que pode acometer o Ministério Público em determinados casos.

Em busca da viabilidade de se inverter o ônus da prova em favor do Ministério Público, nos moldes acima descritos, será tratada a questão acerca da legitimidade ativa do *Parquet*, bem como o momento oportuno para que seja determinada a inversão, levando-se em conta a finalidade essencial pretendida pelo legislador consumerista, qual seja proteger o consumidor de abusos e impropriedades praticadas por quem fornece um produto ou serviço.

Ao final do trabalho, o que se intenta é chegar a uma conclusão, a partir da elucidação de conceitos, sobre se seria cabível a inversão do ônus da prova em favor do

Ministério Público, sem se perder de foco que a ideia maior deve ser, sempre, a proteção do consumidor e todos os reflexos sociais que isso pode implicar.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo pesquisa e revisão bibliográfica.

## **1. O CONSUMIDOR NO DIREITO BRASILEIRO**

O estudo do Código de Defesa do Consumidor, evolução legislativa trazida pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, deve levar em conta seu caráter inovador e de vanguarda, com suas ideias novas e até aquele momento pouco aprofundados no ordenamento jurídico brasileiro. Exige-se, com isso, espírito crítico e pensamento hante, capaz de aceitar peculiaridades próprias do Código.

Figura de fundamental importância em toda essa sistemática, o consumidor vem tendo um tratamento diferenciado a seu favor por parte da jurisprudência na aplicação prática da lei consumerista, o que busca garantir-lhe uma proteção maior, mais ampla e completa possível – tal como determinado pelo Texto Constitucional (art. 5º, XXXII da CRFB/88).

É de se assinalar que a elaboração de um sistema protetivo aos consumidores se fez necessária ante a constante evolução das relações de consumo. Com a abertura do mercado brasileiro, ocorrida no início da década de 1990, pode-se dizer que houve uma densificação dessas relações, com aumento da oferta de produtos os mais variados. E é manifesto que isso ocasionou o contínuo desenvolvimento do mercado interno, tanto o de consumo, como o produtivo.

Contudo, se é saudável que haja uma maior oferta de produtos e serviços, deixando mais livre a escolha por quem vai adquiri-los, é também arriscado o resultado que pode advir disso. Como se sabe, a busca pelo lucro por parte de sociedades empresárias (em regra,

fornecedoras) pode ser de modo desenfreado e gerar consequências drásticas, com prejuízos aos consumidores, circunstância essa que não é almejada e nem pode ser aceita.

Em obediência ao mandamento constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi desenvolvido e aprovado o referido Código de Defesa do Consumidor, com vistas a disciplinar a conduta entre consumidores e fornecedores. Já por esse motivo, previsão no rol constitucional do art. 5º, há que se ter o direito do consumidor como um direito fundamental, o que torna ainda mais destacada a sua importância.

Outra também não é determinação do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o ADCT, o qual alberga a previsão de que “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”.

No mesmo sentido, o art. 170, inciso V da CRFB/88 determina a defesa dos direitos do consumidor como um princípio da ordem econômica, o que configura verdadeira limitação à livre concorrência, prevista no inciso anterior do mesmo artigo.

## **1.1. CONCEITO DE CONSUMIDOR**

Passadas essas notas introdutórias, deve ser buscado o conceito de consumidor para título de proteção pelo Estado. Essa abordagem se faz necessária para demonstrar a importância que essa figura vem tendo no ordenamento jurídico, o que implicará numa maior amplitude de possibilidades para a sua defesa em juízo, e buscará facilitar o acesso à justiça e a tutela por meio do Poder Judiciário.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, *caput*, disciplina quem é o consumidor. Consta da legislação que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que

adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Em sequência, o parágrafo único do mesmo artigo estende esse conceito, ao afirmar que “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”. Importante lembrar que existem outros dois dispositivos legais que dizem respeito à conceituação do consumidor, quais sejam os artigos 17 e 29 do mesmo Código.

Mas apesar dessa previsão legal, não é tarefa fácil delimitar os contornos que devem ser dados ao “consumidor”. Ao longo dos mais de vinte anos do CDC, essa conceituação vem sendo adaptada de modo a melhor representar esse personagem.

Há duas formas de se entender o alcance do art. 2º do Código Consumerista. São a teoria finalista e a teoria maximalista<sup>1</sup>, a seguir relacionadas, as quais derivaram numa terceira corrente, hoje predominante na jurisprudência e também aqui elencada, qual seja a teoria do finalismo mitigado.

De início, a teoria finalista traz um cunho restritivo, que vê o consumidor como aquele que utiliza do produto para si próprio ou para sua família, não havendo hipótese de se trabalhar uma cadeia produtiva. Segundo esta definição legal, o ponto distintivo seria a aquisição de produto ou serviço como destinatário final, portanto<sup>2</sup>.

*Destinatário final* seria quem utilizasse ou adquirisse produto ou serviço, tanto pessoa física (pessoa natural), como pessoa jurídica. Com isso, não basta que se retire o bem da cadeia de produção; é necessário que essa destinação fática seja também final, ou seja, não haja revenda ou comercialização futura daquilo que fora adquirido.

Por outro lado, existe a corrente maximalista<sup>3</sup>, que entende ser o consumidor aquele que retira o bem ou serviço de circulação do mercado, qualquer que seja a sua finalidade,

---

<sup>1</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 84.

salvo caso de revenda direta. Independentemente de seu lugar numa linha de produção, será consumidor o destinatário fático do produto.

Para essa doutrina maximalista<sup>4</sup>, o conceito de consumidor deveria ser interpretado o mais extensamente possível, visando o CDC a regular o maior número de relações de consumo que se pudesse ter, e não necessariamente aqueles casos que envolvessem o sujeito enquanto destinatário final do bem ou serviço. Tal orientação prevê aspecto totalmente objetivo à interpretação do art. 2º do CDC, de modo que não importa se quem adquire algo colocado à venda o faz com o fim direto de revender e lucrar.

Para esse viés maximalista, não há que se perquirir a vulnerabilidade do consumidor. Diante de uma massificação dos contratos e relações de consumo, todo aquele que adquire produto ou serviço colocado no mercado seria vulnerável.

Numa linha intermediária, pode-se dizer que a jurisprudência<sup>5</sup> tem aplicado o texto legal, mitigando, por vezes, o ali determinado, para ampliar a assistência. Em que pese o costume mais restritivo usualmente empregado nas interpretações, essa característica é abandonada em determinados casos.

Trata-se do *finalismo mitigado*, ou *finalismo aprofundado*, enfoque utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça aproximadamente desde 2004, que é “baseado na utilização da noção maior de vulnerabilidade, exame *in concreto* e uso das equiparações a consumidor conhecidas pelo CDC”<sup>6</sup>.

Assim é que, por exemplo, de pessoas jurídicas de pequeno porte, ou profissionais liberais que adquirem bens ou serviços para deles se utilizar em seu ofício, desde que se comprovada a sua vulnerabilidade, serão tidos como consumidores. O entendimento do STJ tem sido no sentido de que esses sujeitos merecem a proteção do Código de Defesa do

---

<sup>4</sup> Ibidem, p. 84.

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 27.512/BA. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 28/09/2009.

<sup>6</sup> BENJAMIN. op. cit., p. 86.

Consumidor, em que pese o fato de não serem destinatários finais de produtos ou serviços, conforme dispõe a literalidade legal.

Neste sentido foi a lavra da Ministra Nancy Andrichi, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 27.512, do estado da Bahia, na Terceira Turma do Tribunal, na data de 20 de agosto de 2009<sup>7</sup>.

Vê-se que há de se reconhecer um consumidor diante da sua vulnerabilidade no caso concreto, motivo pelo qual nem sempre haverá uma definição fechada de “consumidor”.

Essa vulnerabilidade deverá ser aferida em cada caso concreto, na medida em que pode estar presente em determinadas situações, mas em outras não: mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise do caso concreto decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes.

Em suma, o que há de se ter em um determinado caso para ensejar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com todos os seus institutos, tais como a inversão do ônus probatório, objeto de análise desse estudo, é a presença de um consumidor material, vulnerável. O termo “consumidor” não pode ser entendido simplesmente como parte processual, mas principalmente como *parte material* da relação jurídica extraprocessual, ou seja, como o destinatário do propósito de proteção da norma.

---

<sup>7</sup> *In verbis*, firmou a Ministra: “A jurisprudência consolidada pela 2ª Seção deste STJ entende que, a rigor, a efetiva incidência do CDC a uma relação de consumo está pautada na existência de destinação final fática e econômica do produto ou serviço, isto é, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. Entretanto, o próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra.”

## 2. A DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

Para a tutela em juízo dos consumidores, existem hoje diversos mecanismos, dentre os quais aqui superficialmente listamos o Juizado Especial Cível; a possibilidade de ação coletiva em defesa dos consumidores; núcleos de atendimento ao consumidor nas Defensorias Públicas, como existe no estado do Rio de Janeiro; o PROCON, de atuação eminentemente extrajudicial, etc.

Talvez aquele de maior impacto, por abarcar um grande volume de ações judiciais em matéria consumerista seja o Juizado Especial Cível, instituído pela Lei n. 9.099/95, e com previsão na CRFB/88 – art. 98, I. Os “juizados de pequenas causas”, como são comumente chamados, estão também previstos no art. 24, X da CRFB/88 – dispositivo no qual recebem essa corriqueira nomenclatura. Apesar de sua enorme relevância prática, os Juizados não constituem objeto deste estudo e não serão aqui avaliados, assim como não o serão os outros mecanismos estranhos à matéria ora ponderada.

Nesta linha da tutela coletiva do consumidor, o CDC, em seus art. 81 a 104 trata do assunto, disciplinando matérias de processo civil coletivo, conforme se verá adiante, e que atinem a esse escrito.

### 2.1. AS AÇÕES COLETIVAS

Segundo leciona Bessa<sup>8</sup>, uma peculiaridade do Código de Defesa do Consumidor brasileiro em relação à legislação alienígena é o cuidado com a tutela metaindividual, cuidando-se dos interesses dos consumidores de modo integral e nos mais diversos flancos.

---

<sup>8</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 430.

No que tange às ações coletivas, pode se dizer que elas também representam uma grande ferramenta de tutela aos direitos dos consumidores, pois tornam possível a discussão, em juízo, de lesões que, se individualmente consideradas, teriam caráter ínfimo; mas no somatório das ocorrências, tais pequenos prejuízos individuais acumulam um grande dano aos consumidores em geral, e, como se verá, autorizam a proposição de uma ação coletiva buscando a reparação.

No estudo dessas ações extraindividuais, é importante localizar o direito do consumidor e estabelecer quais interesses poderão ser tutelados, bem como tratar da legitimidade para propositura de demandas.

Deve ser salientado que o Código do Consumidor, ao se referir à “ação coletiva”, e não à ação civil pública (que constituiu importante marco na evolução do direito processual coletivo pátrio – originada, na forma que hoje a conhecemos, da Lei n. 7.347/85), não criou uma nova modalidade de “ação” no processo civil brasileiro. Neste ponto, a melhor doutrina informa que “esta distinção não faz sentido”<sup>9</sup>.

Em sua origem, com previsão na Lei Complementar n. 40/81, a ação civil pública trazia consigo um aspecto subjetivo, na medida em que seu autor sempre seria o Ministério Público, e a denominação buscava diferenciar essa modalidade processual das ações criminais, também de titularidade do *Parquet*.

Com o advento da Lei n. 7.347/85, contudo, ao se trabalhar a denominação *ação civil pública*, fala-se sobre a defesa judicial de direitos coletivos. Ademais, há previsão de diversos legitimados para a propositura dessa demanda coletiva (art. 5º da Lei de Ação Civil Pública – LAP), tendo havido ampliação em relação ao que previa a Lei Complementar n. 40/81.

---

<sup>9</sup> Ibidem, p. 435.

Diante desse panorama, conclui Leonardo Bessa<sup>10</sup> que a ação civil pública é uma ação coletiva, e, independentemente da parte autora, passa a significar uma demanda que visa a tutelar direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos.

## 2.2. DIREITO DOS CONSUMIDORES ENQUANTO DIREITO COLETIVO

A própria Lei n. 8.078/90, em seu art. 81, parágrafo único divide os direitos coletivos em sentido amplo, em três categorias diferentes, o que implica num diferente regramento legal e processual acerca das lides respectivas.

De igual modo faz a doutrina: seguindo a informação de Bessa<sup>11</sup>, pode-se afirmar que existem os direitos *difusos, coletivos e individuais homogêneos*, sendo que este último merecerá maior destaque por ser o enfoque principal deste trabalho.

Os direitos difusos, conforme preceituado no art. 81 do CDC, têm natureza indivisível, ou seja, não se pode definir exatamente o quanto desse direito diz respeito a cada um de seus titulares. Eles são comuns a toda uma categoria de pessoas indetermináveis, as quais se unem por uma situação fática, o que se dará, em regra, por uma exposição no mesmo lugar e ao mesmo tempo.

Para efeitos do Direito do Consumidor, lembra Bessa<sup>12</sup> que exemplo dessa categoria de direito ocorre no caso de veiculação de propaganda enganosa, em que todos os consumidores estão expostos a ela, não sendo possível se medir quem foi afetado pela publicidade, ou não.

Já os direitos coletivos, nesta subcategorização, devem ser chamados direitos coletivos *stricto sensu*. Também possuem natureza indivisível, mas pertencem a um grupo determinável de pessoas. Exemplos clássicos são aqueles atinentes aos sindicatos, associações

---

<sup>10</sup> Ibidem, p. 435.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 436.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 436.

de consumidores de determinado produto, etc. Mas também pode ocorrer a categoria de interesse sem que haja essa entidade associativa prévia, no caso de uma ação coletiva em face de determinada sociedade empresária, por danos por ela causados.

O traço distintivo dos direitos coletivos *stricto sensu* é a “determinabilidade de pessoas titulares, seja por meio da relação jurídica base que as une (...), seja por meio de vínculo jurídico estabelecido com a parte contrária”<sup>13</sup>.

Por fim, a última categoria aqui tratada versa sobre os direitos individuais homogêneos. Em sua origem, não possuem contornos de coletivos, mas devido à grande abrangência que podem tomar, com ampla repercussão social, nosso ordenamento jurídico permite o tratamento destes direitos, *individuais e divisíveis*, como direitos individuais homogêneos, a merecer a tutela coletiva.

A definição legal dessa categoria é rasa e nem tanto elucidativa. Apenas os determina como “decorrentes de origem comum” – (art. 81, parágrafo único, inciso III do CDC). Mas uma melhor abordagem do tema é feita nos artigos 91 a 100 do mesmo diploma legal.

Segundo ensina Mazzilli<sup>14</sup>, há uma origem comum na lesão, que advém da mesma situação fática, mas a nota distintiva é que o proveito decorrente da reparação é plenamente divisível entre os lesados.

E por ter essa divisibilidade entre seus titulares, traço característico do individualismo, é que esta última categoria de direitos ora trabalhada já suscitou dúvidas quanto à possibilidade de sua defesa em juízo por meio de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público.

Diante disso, passa-se a perquirir a legitimidade ativa do *Parquet* para atuar nesta seara.

---

<sup>13</sup> Ibidem, p. 437.

<sup>14</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro de. *A defesa dos direitos difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

### 3. A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é uma instituição de previsão constitucional, da maior relevância em nosso Estado Democrático de Direito. Além de seu viés ligado ao direito criminal, sendo detentor da *opinio delicti*, o *Parquet* tem também notória importância na “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”<sup>15</sup>.

Acerca da legitimidade do Ministério Público para defender, em juízo, direitos disponíveis, de um lado diz-se<sup>16</sup> que os direitos disponíveis, como o são os direitos individuais homogêneos, tratam de direito privado, e têm cunho eminentemente patrimonial, o que não ensejaria a atuação do *Parquet*, além da falta de previsão específica na Constituição da República e na Lei de Ação Civil Pública.

De se registrar que o STJ já decidiu pela impossibilidade de atuação do Órgão Ministerial como legitimado ativo em causas que versem sobre direitos individuais homogêneos<sup>17</sup>. Mas esse entendimento da Corte Superior já restou superado, como se verá.

Em outro giro, tem prevalecido o entendimento<sup>18</sup> de que o Ministério Público é, sim, legitimado ativo extraordinário para buscar em juízo essa tutela. Isto porque incumbe a ele a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que consagra sua legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

---

<sup>15</sup> Artigo 127, *caput* da CRFB/88.

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 23. ed. Atual. Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 227.

<sup>17</sup> Confira-se, a respeito, o já ancestral Recursos Especial n. 47.016/SP – Rel. Min. Waldemar Zveitter, Terceira Turma, DJ 06/03/95.

<sup>18</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro de. *Introdução ao Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 64.

Essa posição de Hugo Nigro Mazzilli<sup>19</sup> aceita o agir ministerial, desde que condicionado à relevância social que a questão deve tomar. O autor aponta como critério a ser preenchido a “abrangência social”. Esse o posicionamento dominante hoje, no qual tem prevalecido que o *Parquet* é legitimado ativo extraordinário para buscar em juízo essa tutela. E essa legitimidade decorre mesmo da interpretação do dispositivo constitucional, art. 129, inciso III, que determina como função institucional do Ministério Público a promoção de inquéritos civis e ações civis públicas para a “proteção (...) de outros interesses difusos e coletivos”.

O que deve ser feito é uma interpretação sistemática deste art. 129, III da CRFB/88 com os artigos 81 e 82 do CDC e também com o art. 1º da LAP. É o que informou o eminente Ministro Luiz Fux, enquanto ainda julgador do STJ, no REsp n. 1.010.130/MG<sup>20</sup>.

É por sua clareza e proeminência que merece destaque a lição do nobre magistrado. Para além de firmar a legitimidade ativa do Ministério Público, quando do julgamento do recurso especial acima referido, o julgador espanca qualquer dúvida que possa pairar sobre a interpretação que deve ser feita em casos tais; ainda, explica toda a lógica processual atinente.

Nesse diapasão, cumpre informar que hoje é pacífica a jurisprudência pátria admitindo a proposição de ações judiciais pelo Ministério Público com o fulcro de defender direitos individuais homogêneos. Confira-se os precedentes do STF (AgR no RE 424.048/SC) e STJ (REsp 435.465/MT; REsp 806304/RS; REsp 799.669/RJ, entre outros).

Ainda, é válido o raciocínio desenvolvido por Silva Júnior<sup>21</sup>, no sentido de que o art. 127 da CRFB/88 preceitua a garantia da ordem social, e deve ser interpretado de forma extensiva, de modo que se trata de um campo de atuação mínima do Ministério Público, o que

---

<sup>19</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>20</sup> Ensinou Luiz Fux que “O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública em defesa de direitos transindividuais, (...), ante a *ratio essendi* do art. 129, III, da Constituição Federal, arts. 81 e 82, do Código de Defesa do Consumidor e art. 1º, da Lei 7.347/85”.

<sup>21</sup> SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Legitimidade do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos disponíveis*. Disponível em: <<http://www.jfrn.jus.br/jfrn/biblioteca/docs/doutrina111.doc>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

permite ao legislador infraconstitucional estender a área de ação em defesa dos direitos da sociedade. E assim o fez com as Leis n. 7.347/85 e n. 8.078/90.

Concluindo o tema, pode-se afirmar que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, portanto; e que tais missões consagram ao Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, pois dada a sua amplitude, sobrevém a repercussão social que enseja a participação ativa do *Parquet*.

#### **4. A PROVA**

Não se pretende inovar neste campo que de forma ampla e brilhante é estudado pelos processualistas. Contudo, em face do objeto principal deste esboço, não se pode furtar a uma rápida compreensão do que seria “a prova”.

Como é certo que todas as decisões judiciais devem ser motivadas, conforme faz imperativo o art. 93, IX da CRFB/88, também é correto que todas elas deverão ser embasadas em elementos decisórios, ou seja, não estão sujeitas simplesmente à vontade e ao pensamento do juiz.

Vige no ordenamento brasileiro o princípio do livre convencimento motivado do magistrado, em que ele é livre para decidir, mas, para tanto, deve atentar-se aos elementos constantes dos autos, indicando-os na decisão. Assim, o art. 131 do Código de Processo Civil, Lei n. 5.869/73.

Tais elementos formarão o conjunto probatório do processo. Além das provas produzidas na instrução, o julgador poderá se valer do texto legal e da jurisprudência. É, ainda, cabível o trabalho com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Artigo 4º do Decreto-Lei 4.657/42 – da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB –, com redação dada pela Lei n. 12.376/10.

Colhe-se na doutrina<sup>23</sup> interessante observação, no sentido de que a prova feita no processo leva a razão a quem tem o direito. Tal assertiva demonstra que a prova busca a verdade acerca da situação fática que gerou a lide.

“Provar” significa demonstrar sua razão em juízo, isto é, deixar claros os fundamentos da pretensão posta à análise do Estado-Juiz; é demonstrar a existência, ou não, daquilo que foi alegado. Como consectário lógico, a prova é o que produz esta certeza.

#### **4.1. O ÔNUS PROBATÓRIO**

O art. 333 do CPC, em seu inciso I, determina que o ônus de provar recai sobre o autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito; já o inciso II informa que incumbe ao réu provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor.

A regra na distribuição do ônus probatório, conforme previsto em lei, determina a cada parte do processo o que deverá ela provar – e não se está aqui falando sobre a *inversão* da carga probatória, mas sim da distribuição legal.

#### **4.2. O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

O Código de Defesa do Consumidor torna possível a defesa dos consumidores em juízo ao permitir a inversão do ônus da prova, em ser art. 6º, inciso VIII. Diz-se *tornar possível*, e não só *facilitar*, pois há situações nas quais seria impraticável tal defesa, ante a impossibilidade total de se demonstrar a lesão sofrida. Dispõe o CDC que é um direito básico do consumidor (art. 6º, *caput*) a facilitação de sua defesa em juízo, “inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor” (inciso VIII).

---

<sup>23</sup> GRECO, Leonardo. *A prova no Processo Civil: do Código de 1973 até o novo Código Civil*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 15, 2004, p. 76-94.

Essa inversão não é uma discricionariedade dada ao magistrado. Para afirmá-la, ou afastá-la, deverá fundamentar de acordo com a situação *in concreto*. Neste sentido também aduz Mazzilli<sup>24</sup>.

Tal inversão também não é automática, decorre da análise do juiz, o qual deverá determiná-la quando, a seu critério, for verossímil a alegação ou for hipossuficiente o consumidor, o que se depreenderá segundo regras ordinárias de experiência. Além de verificar estes pressupostos legais, o juiz deve fundamentar, no caso concreto se é devida a inversão.

O alicerce sobre o qual se embasa a inversão do ônus da prova em favor do consumidor é o fato de que, em grande parte dos casos, não é dado ao indivíduo provar o que alega, e isto pode ocorrer porque ele não detém conhecimentos técnicos para tanto.

Ademais, conforme ensina o mestre Mazzilli<sup>25</sup>, deve ser levado em conta também o custo econômico da prova, que pode ser mais facilmente suportado, via de regra, pelo fornecedor.

A hipossuficiência exigida pelo CDC não diz respeito à situação econômica do consumidor, conforme no caso de assistência judiciária gratuita prevista no art. 2º, parágrafo único da Lei n. 1.060/50. O que se busca proteger aqui é o consumidor que não detém conhecimentos técnicos sobre o produto ou serviço – trata-se de hipossuficiência técnica.

É esse posicionamento que defende o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar que “a hipossuficiência exigida pelo art. 6º, VIII, do CDC abrange aquela de natureza técnica”<sup>26</sup>.

#### **4.3. MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO**

Importante ponto a ser fixado é o momento correto de inversão desse ônus probatório. O entendimento mais moderno do Superior Tribunal de Justiça<sup>27</sup> é no sentido de

---

<sup>24</sup> MAZZILLI, op. cit., 2011, p. 631.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 631.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.178.105/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 25/04/2011.

que a inversão do ônus probatório deve ser realizada na instrução processual, quando do despacho saneador, de modo a permitir ao interessado que faça sua prova no momento adequado, não sendo surpreendido com uma decisão futura que lhe concedera tal encargo.

Em sentido contrário, diz-se que a inversão do ônus da prova deve se dar quando da prolação da sentença, após a instrução do feito, momento em que o magistrado teria a oportunidade de saber se é caso, ou não, de inversão do ônus da prova<sup>28</sup>.

Pela primeira corrente<sup>29</sup>, deve se frisar que se o encargo probatório é para atribuir a alguém a responsabilidade de produzir uma prova, então não se mostra adequada essa atribuição somente quando da decisão, pois essa deveria, isto sim, levar em conta a prova que haveria de ter sido produzida.

Logo, conclui-se que o momento adequado para o juiz determinar a inversão do ônus probatório é no despacho saneador, momento em que decidirá acerca de questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas – também este o dizer do STJ<sup>30</sup>.

## **5. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS**

Como visto acima, o Ministério Público é hoje legitimado ativo para a defesa do consumidor em juízo, ante a repercussão social que uma causa relativa ao Direito do Consumidor pode tomar. Havendo essa repercussão, caberá ao *Parquet* buscar essa tutela jurisdicional, e seu meio de atuação por excelência será a ação civil pública, regulada em maior parte pela já referida Lei n. 7.347/85.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 802.832/MG. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 20/09/2011.

<sup>28</sup> JUNIOR, Nelson Nery; WATANABE, Kazuo, *apud* MELO, Nehemias Domingos de. *Da defesa do consumidor em juízo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 170.

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 802.832/MG. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 20/09/2011

<sup>30</sup> *Ibidem*.

Destaca Mazzilli<sup>31</sup> que com alguma frequência membros do Ministério Público são procurados por particulares que alegam ter algum direito seu violado, intentando que o *Parquet* busque a defesa em juízo. Estes casos são plenamente possíveis, porque incumbe ao Órgão Ministerial a defesa de direitos individuais homogêneos.

Mas é também importante lembrar que não poderá o Ministério Público atuar de modo desmedido, em qualquer situação, ou “fora dos fins constitucionais que lhe reservou a Constituição”<sup>32</sup>. Ao contrário disso, ser-lhe-á vedado buscar a tutela de direitos individuais de pequenos grupos, ante a ausência da necessária repercussão social.

Visto isso, assunto que pode causar estranheza é o Ministério Público, instituição de sabida grandeza e relevância, constitucionalmente eleita para a defesa da ordem social e devidamente aparada para tanto, promover a defesa de consumidores em juízo e, neste contexto, pleitear a inversão do ônus da prova, em desfavor do réu.

À primeira vista, pode causar espanto essa ideia quando quem demanda é o *Parquet*, pois trata-se de uma instituição bem sólida e organizada, com amplos poderes investigatórios, que pode agir tanto no âmbito judicial, nas mais variadas searas do Direito, bem como no domínio extrajudicial. Ou seja, o Ministério Público tem em seu favor uma gama de possibilidades a serem buscadas.

Isso poderia afastar a vulnerabilidade ou a hipossuficiência acima dispostas, pois o Ministério Público pode proceder, por exemplo, a um inquérito civil, a fim de apurar eventual falha na prestação de um serviço, ou mesmo defeito em algum produto colocado no mercado, em casos de grande repercussão social.

Neste inquérito civil hipotético, seria possível avaliar as condições de fabricação, ou mesmo toda a dinâmica de funcionamento de um serviço prestado que venha apresentando

---

<sup>31</sup> MAZZILLI, op. cit., 2011, p. 183.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 183.

problemas aos consumidores e, após, a conclusão serviria de base à propositura de uma ação judicial, caso entenda o Ministério Público pelo seu cabimento.

Contudo, mesmo essa instituição de ampla possibilidade investigativa pode não conseguir demonstrar um vício inerente a um produto ou serviço. Daí a relevância de se inverter o ônus da prova em favor da parte autora, mesmo quando esta seja preenchida pelo Ministério Público em alguma ação coletiva.

Não entender por essa possibilidade configura verdadeira incoerência na defesa consumerista. Explique-se: caso o consumidor lesado pretendesse ingressar em juízo, e para tanto se valesse de uma ação individual, poderia ter a seu favor a inversão do ônus probatório – quanto a isso não restam dúvidas. Se houvesse um dano de grande monta social, de modo a legitimar o agir ministerial, e não se aceitasse essa inversão do ônus probatório quando o autor da ação fosse o Ministério Público, então haveria grave prejuízo ao consumidor material, titular daquele direito que o Órgão Ministerial defende em juízo.

Não se deve levar em conta, pois, que quem promove a ação tem grande poderio investigativo, como de fato o tem o Ministério Público. Ao contrário disso, o pensamento que deve prevalecer diante do nosso ordenamento jurídico, é o de proteção maximizada ao consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça, responsável pela interpretação da legislação federal, tem se valido da ótica de amparo ao consumidor material<sup>33</sup>, determinando a inversão do ônus da prova em ações promovidas pelo Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos. Anote-se:

Neste passo, o termo “consumidor”, previsto no art. 6º do CDC, não pode ser entendido simplesmente como a “parte processual”, senão como “parte material” da relação jurídica extraprocessual, vale dizer, a parte envolvida na relação jurídica de direito material consumerista, na verdade o destinatário do propósito protetivo da norma.

---

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 951.785/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Dje 18/02/2011.

A orientação daquele Tribunal Superior é tal pelo cabimento, que os eminentes julgadores entendem que essa inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público não é apenas uma possibilidade, mas sim poder-dever do magistrado em determinados casos.

Veja-se, a respeito, o REsp nº. 1.049.822/RS<sup>34</sup>:

[...] tendo o magistrado o “poder-dever” de, no caso concreto, inverter o ônus da prova, não em prol do autor, mas da sociedade que tem direito de saber se há, ou não, danos ao meio ambiente, bem como ver reparada, compensada e/ou indenizada possível prática lesiva ao meio ambiente.

O caso acima, embora trate sobre o dano ambiental, tem o mesmo pano de fundo do presente estudo, pois tem-se o Ministério Público defendendo direito coletivo em juízo; logo, há que se partir das mesmas premissas. Assim se posiciona o próprio STJ, no mesmo julgado, afirmando que “é cabível a inversão do ônus da prova não só na esfera do direito do consumidor, mas também no âmbito de proteção do meio ambiente”<sup>35</sup>.

Diante do presente estudo, deve-se ter por possível a inversão do ônus probatório em favor do Ministério Público. Esta é conclusão necessária a que se deve chegar após a análise do microssistema coletivo, notadamente com base na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor.

Repita-se que o bem maior a ser tutelado, nessas demandas, é o direito do consumidor, de cada um deles individualmente lesado em si, mas que foi defendido em juízo pelo *Parquet*, numa casuística que, por sua dimensão, originou uma ação coletiva, com todas as características acima expostas.

Os tribunais pátrios não veem dificuldade nessa aplicação. Conferindo a devida legitimidade ativa ao Ministério Público e permitindo que se inverta o ônus da prova nos casos pertinentes, o que se busca é maximizar a proteção ao consumidor em juízo, com a

---

<sup>34</sup> BRASIL. REsp n. 1.049.822/RS. Rel. Min. Francisco Falcão. Dje 18/05/2009

<sup>35</sup> Ibidem.

extensão da aplicação das normas de que ele disporia para os casos em que é representado extraordinariamente em juízo.

A doutrina<sup>36</sup> caminha no mesmo sentido, ao afirmar que “Nos casos em que se invoque a hipossuficiência como fundamento da inversão do ônus da prova, é o lesado que tem que ser hipossuficiente, não seu substituto processual.” O autor admite a inversão do ônus da prova a qualquer dos legitimados que proponha ação coletiva visando a tutela do consumidor.

Diante disso, não há como se negar que o melhor interesse do consumidor será tutelado permitindo-lhe ser defendido em juízo por uma instituição como o Ministério Público, tendo este a seu favor, a possibilidade de inversão do ônus probatório.

## **CONCLUSÃO**

A Constituição da República de 1988 determinou em seu texto que fosse efetivada a proteção ao consumidor em toda a sua amplitude. Essa proteção se fez necessária ante a evolução das relações de consumo, que, com a evolução social, se densificaram, podendo, todavia, gerar abusos em face do consumidor. Nesse caso, ele poderá se valer do Código de Defesa do Consumidor, protetivo, para garantir a tutela de seus direitos.

Com vistas a facilitar e permitir de forma melhorada essa guarda, é também possível a atuação do Ministério Público, desde que haja a repercussão social necessária a embasar a sua atuação, ou seja, desde que o direito do consumidor individualmente lesado extrapole a sua esfera particular, com contornos de uma lesão coletiva.

Nesse contexto de se tutelar a parte frágil da relação consumerista (o consumidor), muitas vezes será necessário que se inverta o ônus da prova, pois quem deterá a capacidade

---

<sup>36</sup> MAZZILLI, op. cit., 2011, p. 631.

probatória será o réu-fornecedor. Não fosse assim, estaria esvaziada boa parte das demandas que versam sobre relação de consumo, pois o consumidor não teria condições de embasar seu pleito, por não ter conhecimento técnico para aquilo e também, em outros casos.

Essa inversão, como visto alhures, se apoia no art. 6º, VIII da Lei n. 8.078/90, que prevê a possibilidade se for verossímil a alegação do consumidor, ou for ele hipossuficiente. Busca-se, portanto, a defesa do *consumidor material*.

E o Ministério Público, utilizando-se de sua legitimidade extraordinária para buscar a tutela dos direitos individuais homogêneos, o faz defendendo direito alheio, como é o traço característico da legitimidade extraordinária. Como o titular do direito continua a ser o consumidor individualmente lesado, há que se conceder ao *Parquet* todas as possibilidades de defesa que teria o indivíduo caso buscasse isoladamente a reparação do dano por ele sofrido.

Por isso é que deve se entender possível a inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público, pois ainda que seja uma instituição sólida e com grande poder investigatório, em muitos casos é o fornecedor do produto ou serviço quem detém os dados ou conhecimento técnico para produzir a prova necessária ao deslinde da demanda, fazendo-se necessária a inversão do ônus probatório.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 14 de abril de 2011.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 21 de abril de 1942. Atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB –, com redação dada pela Lei n. 12.376, de 14 de janeiro de 2010. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 25 de maio de 2011.

- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em 12 abr. 2011.
- BRASIL. Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp40.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2011.
- BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2011.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2011.
- BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* n. 47.016/SP. Relator: Min. Waldemar Zveitter. Publicado no DJ de 6 de março de 1995.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* n. 802.832/MG. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Publicado no DJe de 20 de setembro de 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* n. 951.785/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Publicado no DJe de 18 de fevereiro de 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* n. 1.010.130/MG. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJe de 18 de fevereiro de 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* n. 1.049.822/RS. Relator: Min. Francisco Falcão. Publicado no DJe de 18 de maio de 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* n. 1.178.105/SP. Relator: Min. Nancy Andrighi. Publicado no DJe de 25 de abril de 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança* n. 27.512/BA. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Publicado no DJe de 28 de setembro de 2009.
- GRECO, Leonardo. A prova no Processo Civil: do Código de 1973 até o novo Código Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 15, 2004, p. 76-94.
- JUNIOR, Nelson Nery; WATANABE, Kazuo, *apud* MELO, Nehemias Domingos de. *Da defesa do consumidor em juízo*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MAZZILLI, Hugo Nigro de. *A defesa dos direitos difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MAZZILLI, Hugo Nigro de. *Introdução ao Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 23. ed. Atual. Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Legitimidade do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos disponíveis*. Disponível em: <<http://www.jfrn.jus.br/jfrn/biblioteca/docs/doutrina111.doc>>. Acesso em: 14 abr. 2011.