

TESE 91

Proponente: **Danilo Mendes Silva de Oliveira**

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula: É aplicável o instituto processual da inversão do ônus da prova em ações civis públicas em defesa dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal.

ASSUNTO

A presente proposta versa sobre a tutela de direitos coletivos através da ação civil pública, com enfoque na aplicação do instituto processual da inversão do ônus da prova, que em nosso ordenamento jurídico encontra previsão legal no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM AS ATRIBUIÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA

A pertinência da proposta é evidente, em razão da legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ação civil pública.

Sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações para tutela de interesses coletivos, ou seja, para a propositura de ação civil pública, há extensa previsão normativa em nosso ordenamento jurídico, exposta nos artigos 5º, II da Lei nº 7.347/85^[1] (Lei da Ação Civil Pública), com redação introduzida pela lei nº 11.448/07; artigos 1º^[2] e 4º, inc. VII e X^[3] e 106-A^[4] da Lei Complementar nº 80/94 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública), conforme recente alteração pela Lei Complementar 132/2009.

Não obstante anterior previsão normativa da legitimidade da Defensoria Pública insculpida no art. 5º, inc. II da Lei da Ação civil Pública (redação introduzida pela lei nº 11.448/07), recentemente foram introduzidas na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar 80/94) vários dispositivos prevendo como atribuição institucional das Defensorias Públicas a propositura de ações coletivas (para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos) no interesse de pessoas hipossuficientes.

A Constituição Federal, em seu artigo 134, dispõe que à Defensoria Pública incumbe a assistência jurídica **integral** e gratuita aos necessitados. Por conseguinte, o objetivo da Defensoria Pública é de servir como instrumento para o acesso à ordem jurídica justa pela população carente. Decerto, sem a ação civil pública a Defensoria Pública não conseguiria cumprir a sua vocação constitucional, que, em última análise, visa a promoção da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, mesmo antes da edição da Lei nº. 11.448/07, a legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública já havia sido reconhecida na doutrina e jurisprudência^[5] com base na Teoria dos Poderes Implícito, visto que, se a Constituição outorga à Defensoria Pública o dever de assistir integralmente os necessitados, é natural que lhe atribua os meios legítimos para tanto.

Portanto, resta demonstrada a relação de pertinência da presente proposta de tese institucional com as atribuições da Defensoria Pública.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E FÁTICA

É de conhecimento dos operadores do direito que para a obtenção da vitória em um processo judicial não basta um excelente trabalho profissional ou o acerto da tese jurídica. Ainda que somados tais elementos, mesmo que a parte “tenha razão”, sua vitória pode ser prejudicada tendo em vista o simples fato de não ser capaz de *provar o fato constitutivo de seu direito* (conforme art. 333, inc. I do Código de Processo Civil).

Ocorre que mesmo tendo o ordenamento jurídico a seu favor e sendo assistida processualmente por profissional de excelência, o sucesso da parte em um processo judicial certamente estará ameaçado diante de situação em que não tenha condições de produzir a prova necessária à demonstração da constituição de seu direito.

Significa, portanto, que diante da necessidade de prova cuja produção se mostre muito difícil ou impossível para a parte, de pouco adiantará se ela tem a seu lado um bom profissional e até mesmo o ordenamento jurídico.

Tendo em vista tal situação é que a ciência processual desenvolveu o conceito de *inversão do ônus da prova*, tendo havido, por parte do legislador, expressa previsão deste instituto jurídico-processual no conhecido art. 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

A previsão da regra da inversão do ônus da prova em favor do consumidor encontra justificativa na necessidade de se equilibrar a relação de desigualdade entre fornecedor e consumidor.

Desse modo, diante de situação de verossimilhança da alegação ou de hipossuficiência do consumidor, é permitido ao juiz aplicar a inversão do ônus da prova, afastando do consumidor o ônus que originariamente lhe impõe o art. 333, inc. I do Código de Processo Civil.

Conforme expõe a doutrina, “inverter o ônus da prova significa não só isentar uma das partes de provar os fatos afirmados, mas também transferir tal incumbência outra.”^[6] “Quando o magistrado inverte o ônus da prova, ele isenta a parte autora do fato constitutivo do seu direito, impondo que o réu ofereça a contraprova.”^[7]

O fato de a regra do art. 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor não estar inserida no Título III do diploma legal, intitulado “Da Defesa do Consumidor em

Juízo”, não impediu que doutrina e jurisprudência avançassem em uma interpretação sistemática para estabelecer que a regra da inversão do ônus da prova também se aplica na defesa de interesses metaindividuais de consumidores. Em outras palavras: o art. art. 6º, inc. VIII do CDC é aplicável não apenas na defesa de interesses individuais, mas também na defesa de interesses coletivos *lato sensu*.

Nesse sentido se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, conforme julgados se verifica nos julgados do REsp 736.308-RS^[8] e REsp 951.785-RS.^[9]

Ocorre que a doutrina desenvolveu a idéia da inversão do ônus da prova (juntamente com a idéia da *distribuição dinâmica do ônus da prova*), avançando para a concepção de que outros direitos, diversos dos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, também justificam a utilização do instituto processual.

Nesse sentido, o entendimento exposto por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em estudo exaustivo sobre as provas no direito processual civil:

“Há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato de o art. 6º, VIII do CDC afirmar expressamente que o consumidor tem direito à inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material.”^[10]

Segundo os mesmos autores, “a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível ou muito difícil provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar sua inexistência.”^[11]

No mesmo sentido:

“O magistrado pode, sem previsão legal, inverter o ônus da prova contrariando a regra geral do art. 33 do CPC para beneficiar o cidadão quando litiga o poder Público? A resposta é positiva.

Se a Constituição e também o Código de Processo civil exigem o tratamento isonômico; se existem no ordenamento jurídico normas que determinam a inversão do ônus da prova como a do mandado de segurança e do Código de Defesa do Consumidor com fundamento na hipossuficiência da parte, não poderia agir diretamente o magistrado.

A inversão do ônus da prova é uma forma de concretizar o direito ao ônus da prova justo. Assim, do ponto de vista sistemático, a inversão do ônus da prova é possível.”^[12]

“Os cidadãos devem ter à sua disposição instrumentos processuais para a concreta efetividade da tutela de seus direitos, motivo que, só por si, torna imprescindível a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, em qualquer relação jurídica de natureza civil, como garantia constitucional do devido processo legal.”^[13]

O avanço da ciência processual na concepção do instituto da inversão do ônus da prova, chegando-se ao entendimento de que sua aplicação não se restringe

apenas em processos judiciais que tratam de direito do consumidor, também refletiu no campo da tutela coletiva.

Nesse sentido, passou-se a discutir sobre a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova em ações civis públicas de tutela do meio ambiente.

É certo que houve divergência doutrinária no tocante à aplicabilidade da regra processual da inversão do ônus da prova em ações civis públicas em defesa do meio ambiente.^[14]

No entanto, o fato é que **o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido da possibilidade da aplicação da regra da inversão do ônus da prova em matéria de direito ambiental**, conforme se verifica nos seguintes julgados:

Recurso Especial 1.049.822 - RS (1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 23/04/2009)^[15];

Recurso Especial 972.902 - RS - (2ª Turma, Re. Min. Eliana Calmon, j. 25/08/2009)^[16]

Recurso Especial 1.060.753-SP (2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 1/12/2009);^[17] e

Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.192.569 - RJ (2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 19/10/2010).^[18]

Verificado, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de conferir aplicação da regra processual da inversão do ônus da prova, é possível avançar em busca da aplicação desse instituto em demandas que versem sobre outros direitos de categoria constitucional.

De fato, se o Superior Tribunal de justiça admitiu a aplicação da regra da inversão do ônus da prova em matéria de direito ambiental, tendo sido consignado que *a inversão do ônus da prova, em verdade, se dá em prol da sociedade*, é possível também admitir a aplicação da regra da inversão do ônus da prova na defesa de direitos não menos relevantes do que o direito do consumidor ou o direito ao meio ambiente saudável.

A base legal para a aplicação da inversão do ônus da prova em processos que versem sobre os demais direitos que podem ser tutelados pela ação civil pública (e não somente em defesa de direito do consumidor e meio ambiente) encontra-se no próprio Código de Defesa do Consumidor.

Conforme observado, sem divergências, pela doutrina processualista, as normas que regem os processos de tutela coletiva no Brasil são basicamente compostas pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, que formam uma *sistemática de processo coletivo*.

A integração entre a Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor é consequência da expressa previsão legal do art. 117 do CDC.^[19]

Conforme exposto em obra escrita pelos próprios autores do anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor:^[20]

“Há, por assim dizer, uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais”.

No dizer de Rodolfo de Camargo Mancuso, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor

“se interagem conforme se fossem *vasos comunicantes*: a Lei 8.078/90, ao regular a defesa judicial coletiva de consumidores (art. 81 – 104) inseriu no art. 117 a autorização para o traslado da parte processual do CDC para o ambiente da ação civil pública da Lei 7.347/85, nesta inserindo um artigo (21º).”^[21]

Ainda segundo Rodolfo de Camargo Mancuso:^[22]

“Ressalte-se que, apesar da citada menção ao Título III do CDC, a melhor exegese é a de que ficou autorizado o aproveitamento de outros dispositivos do CDC para o ambiente da ação civil pública (até porque o objeto desta última inclui a proteção coletiva dos consumidores – art. 1º, II da Lei 7.347/85), e assim se passa, v.g., com o alvitre da *inversão do ônus da prova* (art. 6º, inc. VIII do CDC).”^[23]

Consequência que se extrai dessa integração entre a Lei da ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor é a de que a regra da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inc. VIII do CDC vem a ser aplicável a todos os processos coletivos.^[24]

Importante ressaltar que o fato de os titulares dos interesses estarem sendo representados judicialmente por órgãos considerados poderosos, como Ministério Público, não afasta a invocação da hipossuficiência como fundamento da inversão do ônus da prova. O que há de se ter em mente é o seguinte: **para que a inversão do ônus da prova possa ser invocada não se considera a *suficiência* do legitimado à propositura da ação, mas sim a *hipossuficiência* dos titulares dos interesses em questão.**

Esta é a lição de Hugo Nigro Mazzili, nos seguintes termos:

“Nos casos em que se invoque a hipossuficiência como fundamento da inversão do ônus da prova, é o lesado que tem de ser hipossuficiente, não seu substituto processual. Desta forma, a inversão do ônus da prova pode aproveitar a grupos de consumidores, em ações civis públicas ou coletivas movidas em seu benefício por associações civis ou quaisquer legitimados.”^[25]

A base constitucional para a aplicação da inversão do ônus da prova em processos que versem sobre os demais direitos que podem ser tutelados pela ação civil pública (e não somente em defesa de direito do consumidor e meio

ambiente) é extraída do texto da Constituição Federal de 1988, que consagra, mais do que qualquer outra Constituição da história de nosso país, direitos e garantias fundamentais e direitos sociais (arts. 5º e 6º).

Com efeito, seria ilógico, sob o enfoque da hermenêutica constitucional, admitir a inversão do ônus da prova para tutela coletiva de direito do consumidor e do meio ambiente, e não admitir para tutela coletiva de outros direitos fundamentais, como o direito fundamental à saúde, que valorativamente pode ser considerado superior.

De fato, o direito à saúde pode ser considerado o direito social mais prestigiado pelos Tribunais Superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal.

O reconhecimento do caráter fundamental do direito à saúde vem sendo realizado reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que nossa Suprema Corte, na interpretação dos mandamentos constitucionais do art. 5º *caput* e 196 da Constituição da República, vem consignando em seus julgamentos que o Poder Público não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional, incumbindo, assim, ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.^[26]

Importante registrar que o direito à saúde vem gozando de tanto prestígio perante o Supremo Tribunal Federal que nossa Suprema Corte já decidiu que em face de tal direito não pode ser admitido que os entes públicos requeridos invoquem a chamada "teoria da reserva do possível", pela qual invocam limitações de ordem orçamentária para a consecução dos mandamentos constitucionais referentes a direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência sobre o direito à saúde, já se posicionou no sentido de que incumbe ao ente federativo requerido demonstrar sua incapacidade financeira de suportar os gastos com o tratamento de saúde de que se socorre do Judiciário, de modo a julgar improcedente pedido de suspensão de segurança por não demonstração de grave lesão à ordem ou à economia.^[27]

Da mesma forma, em se tratando de questão afeta ao dever constitucional de proteção integral da criança e adolescente, o Supremo Tribunal Federal também já afastou a invocação, pelo Poder Público, do princípio da reserva do possível, conforme se verifica no julgamento do Recurso Extraordinário 482.611 – SC.^[28]

Desse modo, da forma como Suprema Corte brasileira vem conferindo proteção incondicionada ao direito à saúde e ao direito à proteção integral à criança e ao adolescente, constituiria conclusão bizarra a de que as ações civis públicas promovidas na tutela de tais direitos não podem gozar do benefício da aplicação do ônus da prova, enquanto que se admite a inversão do ônus da prova em defesa de direito do consumidor, que, embora goze de amparo constitucional, não possui, à toda evidência, a mesma carga valorativa.

Em outras palavras: se o Supremo Tribunal Federal, Corte constitucionalmente investida na competência de interpretar a Lei Maior brasileira, vem conferindo máxima carga eficaz aos direitos relativos à saúde e à infância e juventude,

conclui-se ser indevida interpretação que exclua a aplicação da inversão do ônus da prova na defesa de tais direitos.

Da mesma forma, se a Constituição elegeu os direitos sociais de maior relevância em seu art. 6º (“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”), a posição hierárquica de tal dispositivo em nosso ordenamento jurídico exige que se dê prioridade na tutela de tais direitos.

Assim, não se pode negar o instrumento processual da inversão do ônus prova na defesa de tais direitos, na medida em que se confere tal instrumento na defesa do consumidor, direito este que, embora de grande relevância, possui carga valorativa inferior aos direitos expressamente mencionados no texto do art. 6º da Constituição.

De fato, basta um breve exercício de imaginação que se chega a várias situações em que se mostra contraditória a aplicação do ônus da prova em favor do consumidor e a não aplicação em favor da tutela de outros interesses de incontestável relevância.

Seria o consumidor, diante de um fornecedor, mais hipossuficiente do que o detento recluso em condições desumanas perante o sistema penitenciário? Ou mais hipossuficiente do que o paciente moribundo à espera de vaga em UTI perante Sistema Único de Saúde? Ou, ainda, mais hipossuficiente do que crianças moradoras de rua diante do Estado que se omite em lhes dar a assistência determinada pelo art. 227 da Constituição?

Ante todo o exposto, resta demonstrada, por fundamentos legais, doutrinários, jurisprudenciais e constitucionais, a possibilidade de aplicação do instituto processual da inversão do ônus da prova em ações civis públicas promovidas em tutela dos direitos fundamentais, especialmente os dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A operacionalização da presente proposta requer a adoção do entendimento nela exposto pelo Defensor Público, com sua defesa em todas as fases do processo e instâncias judiciais.

Procedendo-se desta forma, o Defensor Público conduzirá o processo exigindo que se atribua ao requerido da ação civil pública (que em caso de tutela dos direitos fundamentais sociais será de regra o Estado *lato sensu*), o ônus da prova quanto à demonstração de inveracidade da causa de pedir suscitada pelo Defensor Público na petição inicial, naturalmente acompanhada de elementos de convicção aptos a conferirem verossimilhança às suas alegações.

A operacionalização da proposta requer, em suma, que o Defensor Público adote e defenda o entendimento proposto na condução do processo.

[1] “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

II - a Defensoria Pública”;

[2] “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”;

[3] “São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”; X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”;

[4] “A organização da Defensoria Pública do Estado deve primar pela descentralização, e sua atuação deve incluir atendimento interdisciplinar, bem como a tutela dos interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

[5] O Superior Tribunal de Justiça, anos antes da expressa previsão na Lei da Ação Civil Pública, já reconhecia a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública. No REsp n. 181.580/SP, 3ª T- Min. Ministro Castro Filho – DJU, DE 22.03.2004, o STJ reconheceu legitimidade da até então “Procuradoria de Assistência Judiciária”, órgão que fazia as vezes da Defensoria Pública no Estado de São Paulo, para a propositura de ação civil pública no interesse de consumidores.

A legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações coletivas vem sendo reiterada pelo STJ em diversos julgados, citando-se como exemplos: REsp 555.111-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 5/09/2006; REsp 912.849-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 26/02/2008.

[6] MIRANDA NETO, Fernando Gama de. Ônus da prova no direito processual público. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 204.

[7] MIRANDA NETO, Fernando Gama de. Ônus da prova no direito processual público. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 205

[8] No acórdão do REsp 736.308-RS (4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15/12/2009), que reconheceu a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público em ação civil pública em defesa de direito do consumidor, colhe-se a seguinte fundamentação:

“A inversão do ônus da prova nas causas consumeristas, previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é medida processual relevante, que assegura a proteção privilegiada dos interesses do consumidor e deve ser reconhecida tanto no plano de sua tutela individual como na coletiva, já que a própria legislação consumerista não faz distinção entre consumidor individual e coletividade - art. 81 do CDC.

(...)

A inversão é aplicável à ação civil pública em razão do disposto no art. 21 da Lei n. 7.347, *in verbis* :

'Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.'

A facilitação da defesa do consumidor em juízo decorre de sua inferioridade, que pode ser técnica, processual, ou de qualquer outra natureza, sendo imprescindível a inversão do ônus para o estabelecimento da igualdade processual."

[9] Já o REsp 951.785-RS (4ª Turma, Rel. Luis Felipe Salomão) conta com a seguinte ementa:

"CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. LEGALIDADE. ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE DE AGRAVO INTERNO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE.

1. Não há óbice a que seja invertido o ônus da prova em ação coletiva - providência que, em realidade, beneficia a coletividade consumidora -, ainda que se cuide de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público.

2. Deveras, "a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas" - a qual deverá sempre ser facilitada, por exemplo, com a inversão do ônus da prova - "poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo" (art. 81 do CDC).

3. Recurso especial improvido."

[10] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT. 2010, p. 186.

[11] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT. 2010, p. 186.

[12] MIRANDA NETO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 213/214.

O mesmo autor ainda demonstra a possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova quando o cidadão não se encontra em situação de consumidor, mas em situação usuário de serviço público, nos seguintes termos: "o fato de o cidadão - em relação aos serviços públicos - não ser do ponto de vista técnico um consumidor, mas usuário, não impede que as regras do Código de Defesa do Consumidor possam ser a ele aplicadas. A razão não colhe fundamento apenas na posição de vulnerabilidade do cidadão- consumidor e do cidadão- usuário diante do sujeito que detém maior poder econômico ou decisão dentro da relação; e pelo fato de a utilização de serviços públicos como no uso de serviços privados ser idêntica - o que já autorizaria a aplicação da analogia. É que a lei dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos (Lei nº 8.987/1995) ressalva, expressamente, em seu art. 7º, os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor." (MIRANDA NETO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 207/208).

[13] SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2006 p. 99.

São da mesma autora as seguintes passagens, todas colhidas de sua obra *A inversão do ônus da prova*: "defendemos a inclusão do instituto da inversão como garantia constitucional do devido processo legal, toda vez que, presente ao menos um dos requisitos legais, haja necessidade para obtenção do justo.

Nas relações de consumo, o legislador reconheceu o consumidor como a parte mais fraca, fato que o levou a criar mecanismos, como o instituto da inversão, para equilibrar a balança jurídica, buscando nitidamente a aplicação da igualdade real.

Ocorre que existem outras hipóteses de desequilíbrio entre os litigantes, fora do âmbito das relações de consumo, em que a hipossuficiência de uma das partes, no tocante à impossibilidade material de produzir a prova, é tamanha, que chega a causar verdadeiras injustiças sociais" (p. 92).

“Concluindo, o instituto da inversão processual do ônus da prova deve ser largamente utilizado, na medida em que nos deparamos com situação de desigualdade, que obste, só por si, a garantia constitucional do devido processo legal” (p. 93).

“A aplicação do instituto do ônus da prova é medida que se impõe, toda vez que esteja presente um dos requisitos legais: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência da parte” (p. 99).

[14] A propósito, verifica-se divergência doutrinária entre Édis Milaré e Renata Castanho que de um lado defendem a impossibilidade da inversão do ônus da prova em ações em defesa do meio ambiente, e Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery que de outro defendem que “são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerram todo o Título III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova.” (MILARÉ, Édis. CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT. 2007, p. 256-257.

[15] “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão.

II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.

III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85.

IV - Recurso improvido.”

[16] “PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.

2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.

3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.

4. Recurso especial parcialmente provido.”

[17] “PROCESSUAL CIVIL – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – OMISSÃO – NÃO-OCORRÊNCIA – PERÍCIA – DANO AMBIENTAL – DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual.
2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.
4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet.
5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano.
6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial.”

[18] “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 333, I, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Na ação civil pública ambiental em que o Ministério Público Federal seja o autor, a competência é da Justiça Federal (art. 109, I, e § 3º, da CF).

2. “Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.” (REsp 1.049.822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 18.5.2009.) Agravo regimental improvido.”

[19] Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, reenumerando-se os seguintes:

“Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

[20] Nelson Nery Junior. In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007, p. 1057.

[21] *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. 2ª ed. RT: São Paulo. 2007, p. 57.

[22] Mancuso, após expor sua lição, invoca idêntico entendimento exposto também pelo processualista Marcelo Abelha.

[23] *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. 2ª ed. RT: São Paulo. 2007, p. 57.

[24] Nesse sentido, a obra do magistrado paulista Swarai Cervone de Oliveira: *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas. 2009, p. 82.

[25] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16 ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 159.

[26] Nesse sentido o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, em que se reconheceu o dever

do Poder Público no tocante a fornecimento gratuito de tratamento e medicamentos a pessoas destituídas de recursos financeiros, portadoras de HIV.

[27] Nesse sentido o histórico julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de tutela antecipada 175.

[28] **EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191- -197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219- -1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.**