

NEHEMIAS DOMINGOS DE MELO

# DANO MORAL

NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

**3<sup>a</sup>**

**edição**

Revista e ampliada

2023



EDITORA  
*Jus*PODIVM

[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## Capítulo 7

# Questões Processuais Relevantes

### 1. VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA

Esclareça-se por primeiro que o Código de Defesa do Consumidor trata de maneira diferente os dois institutos. Com relação à vulnerabilidade, considera todo consumidor como parte vulnerável nas relações de consumo (art. 4º, I), porém dispensa-lhe tratamento diferenciado no que diz respeito à hipossuficiência, já que esta dependerá do reconhecimento por parte do juiz da causa, segundo as máximas de experiência (art. 6º, VIII).

Na dicção da lei consumerista, todo consumidor é vulnerável, mas nem sempre será considerado hipossuficiente, vejamos.

#### 1.1. Vulnerabilidade

A vulnerabilidade do consumidor decorre, principalmente, de três fatores básicos: de ordem técnica, de ordem econômica e de natureza jurídica.

Tecnicamente, é o fornecedor que detém o controle e o conhecimento da produção dos bens, pois é ele quem “escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido”.<sup>1</sup> Significa dizer que o consumidor, para satisfazer suas necessidades de consumo, comparece ao mercado e se submete às condições que lhe são impostas pelos fornecedores de produtos e serviços.<sup>2</sup>

---

1. RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 106.

2. Cf. João Batista de Almeida, A proteção jurídica do consumidor, p. 15.

Quanto à capacidade econômica das partes envolvidas, via de regra, o fornecedor detém capacidade econômica maior que o consumidor, individualmente considerado. Claro que haverá situação em que o consumidor terá capacidade econômica muito maior do que o fornecedor, porém isso deverá ser encarado como exceção, e não como regra geral.

Do ponto de vista da vulnerabilidade jurídica, os contratos de adesão e suas cláusulas abusivas constituem o melhor exemplo. Como esses contratos são elaborados previamente pelos fornecedores, de forma unilateral, temos que a inserção de cláusulas contratuais será realizada de modo a favorecer a posição econômica e jurídica do fornecedor, em detrimento do consumidor aderente.<sup>3</sup>

A vulnerabilidade, conforme insculpida no Código de Defesa do Consumidor, independe de qualquer critério de razoabilidade para ser aferida em face de uma situação concreta, já que o legislador presumiu, *iure et de iure*, que nas relações de consumo o consumidor, enquanto destinatário final de produtos, é a parte mais fraca e, portanto, merece ser amparado de forma privilegiada, de tal sorte que, tratando desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades, se possa obter a igualdade jurídica desejada.<sup>4</sup>

## 1.2. Hipossuficiência

Diferentemente da vulnerabilidade, que é presumida, a hipossuficiência do consumidor terá seu reconhecimento condicionado à análise do julgador, que, valendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, poderá reconhecê-la ou afastá-la diante do caso concreto, segundo as regras ordinárias de experiência (art. 6º, VIII).

A questão da hipossuficiência está intimamente ligada à possibilidade de o juiz determinar, ou não, a inversão do ônus da prova, como forma de facilitação da defesa do consumidor em juízo. Em muitas situações as informações e os documentos hábeis a instruir uma causa encontram-se em poder do fornecedor. Nessas circunstâncias, é de todo impossível ao consumidor fazer a prova de seus direitos

---

3. Ver Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 146-150.

4. Ver Roberto Senise Lisboa, *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 84-85.

instruindo adequadamente sua postulação em juízo, razão por que o instituto da inversão do ônus da prova permite que ele litigue em melhores condições em face do fornecedor de produtos ou serviços.

Atente-se para o fato de que a hipossuficiência de que trata o Código não é de ordem econômica ou financeira. Ela é lastreada na concepção de que ao consumidor faltam conhecimentos técnicos e informações sobre os produtos ou serviços disponibilizados no mercado de consumo. É essa pobreza de conhecimentos técnicos ou científicos sobre o produto ou serviço que transforma o consumidor no elo mais frágil da relação de consumo, razão por que precisa de maior proteção.<sup>5</sup> Tal fragilidade, repita-se, não é econômica ou financeira, porque para o consumidor carente de recurso existe a possibilidade de assistência judiciária gratuita, objeto do próximo item.

## 2. JUSTIÇA GRATUITA

Vivemos num País de contradições. Nossa Constituição Federal de 1988, chamada pelo saudoso Ulysses Guimarães de “Constituição Cidadã”, criou para a população expectativas e, hoje, causa frustrações.

O constituinte de 1988, sensível à realidade social do País e alçando o Brasil à contemporaneidade, fez seu papel: inseriu como “direito e garantia fundamental” do povo brasileiro o livre acesso ao Judiciário. Como a todo direito corresponde uma obrigação, temos que ao Estado compete fornecer os meios necessários de acesso à justiça a todos aqueles que dela necessitar.

Nesse sentido é possível dizer, pois, sem exagerar, que a Constituição brasileira representa o que de mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça, conforme preleciona a jurista Ada Pellegrini Grinover.<sup>6</sup>

O Estado avoca a si o poder de conceder justiça; essa mesma justiça cujo caráter é primordial na sociedade e que tem por escopo resolver os conflitos sociais, evitando que cada um faça por si sua própria justiça. Talvez, por seu caráter de serviço público, assim como educação, saúde e tantos outros assegurados por nossa Carta

---

5. SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 195.

6. GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo, p. 82.

Magna e, em verdade, não devidamente prestados pelo Estado, cria um sentimento de descrédito no seio da sociedade.

Apesar dos avanços alardeados pelos governos que se sucedem, tanto no campo econômico como no social, os números da miséria contradizem a propaganda oficial. A realidade social brasileira demonstra que a maioria da população necessita de assistência jurídica integral, pois é excluída. Os números não mentem: a pobreza aumentou durante a pandemia no Brasil. A constatação é do estudo “Mapa da Nova Pobreza”, desenvolvida pelo FGV Social, a partir de dados disponibilizados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC), divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). De acordo com o estudo, o contingente de pessoas com renda domiciliar per capita de até R\$ 497 mensais atingiu 62,9 milhões de brasileiros em 2021, o que representa 29,6% da população total do país. Em dois anos (2019 a 2021), 9,6 milhões de pessoas tiveram sua renda comprometida e ingressaram no grupo de brasileiros que vivem em situação de pobreza.<sup>7</sup>

Não se pode, diante do quadro acima demonstrado, adotar a postura simplista de que se deve tratar igualmente a todos. A democracia pressupõe tratar igualmente os iguais e tratar desigualmente os desiguais. É evidente que a exclusão social e a pobreza são os maiores obstáculos ao livre acesso à justiça. O pleno acesso à justiça só será possível com a erradicação da pobreza ou com a inclusão dos excluídos no processo de democratização da justiça ou, ainda, com a intervenção do Judiciário, ofertando oportunidades iguais aos desiguais e criando um mecanismo de contrapeso, dotando os mais fracos e miseráveis da possibilidade, real e efetiva, de acesso a uma ordem jurídica justa e equânime.

É nosso entendimento que o Estado tem o dever constitucional de prover o livre e gratuito acesso à justiça, seja através da assistência judiciária, seja mediante a concessão dos benefícios da justiça gratuita. É evidente que o custo da prestação de tais serviços é elevado. Entendemos que o dinheiro público que sobra da pilhagem levada a cabo pelos políticos não dá para prover a extensão dos benefícios de

---

7. Conforme notícia vinculada no site da FGV, disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/mapa-nova-pobreza-estudo-revela-296-brasileiros-tem-renda-familiar-inferior-r-497-mensais>>. Acesso em 24.2.23.

forma ampla, geral e irrestrita. Contudo, o que se espera de qualquer julgador é que, em face do caso concreto e com base nas máximas de experiência de vida, possa melhor aquilhoar aqueles que, necessitando fazer valer seus direitos, não sejam obstados tão somente pelo preconceito ou capricho daqueles a quem cabe ofertar a prestação jurisdicional.

## 2.1. Da gratuidade de justiça no Novo CPC<sup>8</sup>

Importante inovação promoveu o legislador pátrio ao disciplinar a concessão dos benefícios da justiça gratuita no Novo CPC, revogando inclusive alguns dispositivos da Lei nº 1.060/50, procurando dar mais efetividade à questão da gratuidade processual, regulando a matéria nos arts. 98 a 102. Vale lembrar que o CPC/73 era silente quanto a matéria que era regulada exclusivamente pela Lei nº 1.060/50.

Nesse sentido, é importante deixar desde logo consignado que o Novo CPC acaba, por assim dizer, com a possibilidade de alguns magistrados negarem tal benefício confundindo o que seja gratuidade de justiça com assistência judiciária, fato comumente ocorrente por cômoda ignorância do real significado dos dois institutos. Veja-se que o Novo CPC, ao tratar do tema, o faz de maneira adequada, denominando-o de “gratuidade de justiça”, afastando qualquer possibilidade de confusão que se possa fazer com a “assistência judiciária gratuita”.

É importante fazer a distinção entre a assistência judiciária gratuita e os benefícios da gratuidade de justiça para uma análise mais acurada de qualquer pedido posto à apreciação no Judiciário.

De longa data já vimos nos manifestando sobre a necessidade de melhor disciplinamento deste importante instituto tendo em vista a tendência atual da maioria dos magistrados, especialmente de primeiro grau, em negar tal benefício aos requerentes, escudando-se muitas vezes em argumentos sem nenhum fundamento legal.

O Código começa por dizer claramente que a pessoa “natural ou jurídica”, “nacional ou estrangeira”, pode ser beneficiária da gratuidade de justiça se provar insuficiência de recursos para arcar com as despesas processuais (ver CPC, art. 98, *caput*). Essa previsão legal é de fundamental importância porque para muitos magistrados os

---

8. Ver nossa obra Lições de Processo Civil, v.1, p. 85/88.

benefícios da gratuidade de justiça somente poderiam ser concedidos a pessoa natural e jamais para a pessoa jurídica. Tanto é verdade que foi necessário o Superior Tribunal de Justiça editar a súmula nº 481 de seguinte teor: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

Apesar da lei falar em “pessoa” natural ou jurídica, entendemos que este benefício pode ser concedido também os entes despersonalizados como, por exemplo, o espólio, o condomínio e o nascituro, dentre outros.

A gratuidade da justiça isenta o beneficiário de diversas despesas processuais, tais como custas iniciais, despesas com citações (por cartas, oficial de justiça ou mesmo editalícia), despesas e emolumentos cartorários, despesas com realização de perícia, honorários advocatícios (ver CPC, art. 98, §§ 1º, 7º e 8º).

Embora o § 2º, do art. 98, do CPC, consigne expressamente que a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios da parte contrária, decorrentes de sua sucumbência, na prática isso é uma meia verdade porque nos termos do § 3º do mesmo art. 98, essa condenação ficará sob condição suspensiva de exigibilidade pelo prazo prescricional de cinco anos. Quer dizer, o ganhador da demanda somente poderá executar as despesas e honorários sucumbenciais se provar que houve mudança na situação do beneficiário da gratuidade e somente dentro do lapso temporal de cinco anos. Passado esse prazo, nada mais se poderá fazer.

Oportuno destacar que a concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas. Ademais, a gratuidade pode ser concedida para a totalidade dos atos processuais ou pode ser concedida para algum ato específico do processo, podendo ainda consistir na redução do percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento ou até mesmo no parcelamento destas despesas.

Concedida a gratuidade de justiça, a parte contrária poderá impugnar a concessão do benefício na contestação (quando for concedida ao autor inicialmente), na réplica (se foi concedida ao réu na

sua contestação) ou nas contrarrazões do recurso (quando concedida na fase recursal). Nos demais casos, poderá promover a impugnação por simples petição no prazo de 15 (quinze) dias, nos próprios autos do processo (CPC, art. 100).

A decisão que negar o pedido de gratuidade ou acolher o pedido de sua revogação deve ser enfrentada através de agravo de instrumento, a não ser que a questão seja resolvida na sentença quando, então, caberá apelação (CPC, art. 101). No eventual recurso, o recorrente estará dispensado do recolhimento de custas até decisão do relator sobre a questão, que deverá ocorrer preliminarmente ao julgamento do recurso.

Caso seja confirmada a denegação ou a revogação da gratuidade, deverá o relator ou o órgão colegiado determinar ao recorrente o recolhimento das custas processuais, assinalando prazo de 5 (cinco) dias para cumprimento, sob pena de não conhecimento do recurso (ver CPC, art. 101, § 2º).

Caso a decisão que revoga o benefício tenha transitado em julgado, a parte deverá efetuar o recolhimento de todas as despesas de cujo adiantamento foi dispensada, inclusive as relativas ao recurso interposto, se houver, no prazo fixado pelo juiz, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas em lei. Se a parte não realizar o recolhimento no prazo assinalado, o processo será extinto sem resolução de mérito, tratando-se do autor. Nos demais casos, não poderá ser deferida a realização de nenhum ato ou diligência requerida pela parte enquanto não efetuado o depósito (CPC, art. 102).

Importante: o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado em qualquer momento processual, tanto na petição inicial, quanto na contestação, na petição de terceiro que pretende ingressar no processo ou por qualquer das partes na fase recursal (ver CPC, art. 99, *caput*).

Outro aspecto que é importante ressaltar é o fato de que a assistência do requerente por advogado particular não é motivo, por si só, para o indeferimento do pedido de gratuidade da justiça (ver CPC, art. 99, § 4º).

## **2.2. Da concessão de justiça gratuita a todos que dela necessitem**

O acesso à justiça não pode ficar à mercê da possibilidade econômica da parte fazer frente às despesas processuais, visto que tal acesso



consiste na proteção de qualquer direito, sem restrição econômica, social ou política. É importante destacar que não basta a simples garantia formal da defesa dos direitos e o acesso aos tribunais, mas exige-se a garantia da proteção material desses direitos, assegurando a todos os cidadãos, independentemente de classe social, a ordem jurídica justa.

De outro lado, o Estado tem o dever de conceder a todos o acesso ao Judiciário sem a necessidade de antecipação das despesas processuais. Seria absurdo, para dizer o mínimo, que o ingresso em juízo fosse possível apenas aos que detêm situação econômica abastada. A função do Estado-juiz é decidir os litígios e trazer a paz social nas relações intersubjetivas; logo, essa máxima estaria prejudicada se a maioria da população pobre não pudesse defender seus direitos.

O professor Gabriel de Rezende Filho, já nos idos de 1954, preconizava que “a justiça deve estar ao alcance de todos, ricos e poderosos, pobres e desprotegidos, mesmo porque o Estado reservou-se o direito de administrá-la, não consentindo que ninguém faça justiça por suas próprias mãos. Comparecendo em juízo um litigante desprovido completamente de meios para arcar com as despesas processuais, inclusive honorários de advogado, é justo seja dispensado do pagamento de quaisquer custas”<sup>9</sup>.

Partilhando do mesmo pensamento, Vicente Greco Filho afirma de forma peremptória que “uma justiça ideal deveria ser gratuita. A distribuição da justiça é uma das atividades essenciais do Estado e, como tal, da mesma forma que a segurança e a paz pública, não deveria trazer ônus econômico àqueles que dela necessitam. Todavia, inclusive por tradição histórica, a administração da justiça tem sido acompanhada do dever de pagamento das despesas processuais, entre os quais se incluem o das custas, que são taxas a serem pagas em virtude da movimentação do aparelho jurisdicional”<sup>10</sup>.

O Desembargador José Renato Nalini vai mais longe ao afirmar que “do juiz se exige não apenas reequilibrar as situações díspares, mas ainda oferecer seu talento, desforço pessoal e inteligência para ampliação real do rol de atendidos pela Justiça. E para isso é necessário

9. REZENDE FILHO, Gabriel de. Curso de direito processual civil, v. 1, p. 281.

10. GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro, p. 108.

desenvolver uma concepção consentânea do princípio fundamental da isonomia. Não é uma opção preferencial pelos pobres, no sentido da teologia da libertação. Mas a constatação de que a pobreza extrema é inconciliável com o exercício da igualdade e liberdade”.<sup>11</sup>

Na realidade social em que vivemos, entendemos que incumbe ao Poder Judiciário abandonar o mundo da ficção jurídica, da abstração da norma, do “faz de conta”, e efetivar a concretização de direitos fundamentais consagrados pela Constituição do Brasil (direito à igualdade, ao devido processo legal material, à ampla defesa, à proteção do consumidor, à assistência judiciária integral), assumindo, assim, uma postura ativa – e não neutra – na busca da justiça processual.<sup>12</sup>

Assim, cabe ao juiz da causa analisar cada situação em particular e, na dúvida, *pro misero*, até porque o benefício da justiça gratuita não há de ser estendido apenas aos miseráveis, mas também a todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar custas processuais e honorários de advogado, o que em muitos casos se torna extremamente oneroso, independentemente do salário ou dos bens que possua o postulante. É, pois, irrelevante que a parte seja proprietária de bens ou tenha colado grau superior; não obstante isso, poderá, num dado momento de sua vida, não ter disponibilidade de numerário suficiente para fazer frente às despesas processuais.<sup>13</sup>

### 2.3. A justiça gratuita e o Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, em várias passagens, reforça a tese de que se deve prestar assistência jurídica gratuita aos consumidores considerados hipossuficientes na relação com os grandes conglomerados econômicos. Aliás, essa concepção se alarga quando consideramos o Código como instrumento de execução da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 5º, I). Também quando trata dos direitos básicos do consumidor (art. 6º, VII), bem assim ao disciplinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII). Ademais, com o escopo de facilitar a defesa dos chamados mais fracos, o Código

---

11. PINHEIROS, Eduardo Bezerra de Medeiros Pinheiros. Breves considerações acerca da Lei 1.060/50, RT, 733/99.

12. Cf. Juíza Maria Elza (TAMG, AI 0328819-3, 4ª C. Cív., j. 23-5-2001).

13. Cf. Des. Tenisson Fernandes (TJMG, Ap. 97.423/8, 3ª C. Cív., j. 18-6-1998, DOMG, 23-12-1998.)

instituiu diversas outras regras visando o equilíbrio nas relações entre os consumidores (mais fracos) e os fornecedores (mais poderosos), tanto é verdade que a regra de interpretação de contratos (art. 47), a que trata da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28), o permissivo de propositura de qualquer tipo de ação com o fim de garantir os direitos estatuídos pelo Código (art. 83) e a fixação da competência a partir do domicílio do autor (art. 101, I) são exemplos, dentre outros, do intuito buscado pelo legislador, qual seja, o acesso facilitado à prestação jurisdicional.

A efetividade dos postulados consumeristas, contudo, somente será atingida em toda a sua plenitude quando o acesso à justiça se fizer sem os óbices que atualmente o dificultam aos mais desafortunados.

## **2.4. Da interpretação do texto legal**

De todo o exposto constata-se que o instituto da assistência jurídica gratuita não pode ser entendido como disciplinamento centrado tão só na Constituição Federal de 1988, muito embora o regramento constitucional seja a lei superior. Há de ser feita uma exegese teleológica com os demais institutos que regulam a matéria.

Ademais, já foi dito que o julgador não é mero autômato, um simples aplicador da fria e abstrata norma jurídica ao caso concreto; é, sobretudo, agente político na dinâmica social, que procura compor os conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas ou insatisfeitas, com o mais alto espírito de equanimidade e justiça, sem o que não se alcança a verdadeira e desejada paz social. “A mitológica Deusa da Justiça tem os olhos vendados, porém o Magistrado pode tudo enxergar” (muitos já o disseram).

Além disso, não podemos interpretar de forma literal os regramentos jurídicos. Deve ser feita uma exegese sistemática e teleológica com os princípios gerais de direito, consagrados desde 1942 na Lei de Introdução ao Código Civil,<sup>14</sup> cujo art. 5º expressamente diz: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”.

---

14. Atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Nomenclatura dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

Como explicitou o saudoso Silvio Rodrigues, “a lei disciplina relações que se estendem no tempo e que florescerão em condições necessariamente desconhecidas do legislador. Daí a ideia de se procurar interpretar a lei de acordo com o fim a que se destina, isto é, procurar dar-lhe uma interpretação teleológica. O intérprete, na procura do sentido da norma, deve inquirir qual o efeito que ela busca, qual o problema que ela almeja resolver. Com tal preocupação em vista é que se deve proceder à exegese de um texto. Só assim, ao meu ver, pode-se compreender a regra do art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).<sup>15</sup>

De fato, a interpretação teleológica, sempre hábil a elidir as controvérsias mais intrincadas, demonstra de forma iniludível que a finalidade da justiça gratuita é possibilitar o amplo acesso de todos ao Poder Judiciário, prestigiando o direito de petição e de ampla defesa, de forma a impedir que a situação econômica precária do litigante seja óbice à plena defesa de seus legítimos interesses. Nesse passo, importantes os ensinamentos do sempre mestre Washington de Barros Monteiro, que assim prelecionou: “tratando-se, porém, de interpretar leis sociais, preciso será temperar o espírito do jurista, adicionando-lhe certa dose de espírito social, sob pena de sacrificar-se a verdade lógica”.<sup>16</sup>

Clóvis Beviláqua, com a maestria que lhe era peculiar, ensinava que “o intérprete, esclarecendo, iluminando, alargando o pensamento da lei, torna-se um fator de evolução jurídica. (...) Para que sua decisão traduza, de fato, o direito imanente às relações sociais, é necessário que o intérprete seja dotado de um critério, de um senso jurídico e de um largo preparo intelectual, não somente nas disciplinas propriamente jurídicas, mas ainda em todas as ciências que se ocupam com o homem e com a sociedade, desde a psicologia até a história, a economia e a sociologia”.<sup>17</sup>

Ainda no tocante à interpretação, escudamo-nos nas sábias palavras de Carlos Maximiliano, que, doutrinando sobre questões de hermenêutica, profetizou: “A interpretação deve ser objetiva, desapaixionada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária,

---

15. RODRIGUES, Silvio. Direito civil, v. 1, p. 27.

16. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v. 1, p. 39.

17. BEVILÁQUA, Clovis. Teoria geral do direito civil, p. 43.

aguda, mas sempre atenta respeitadora da lei. (...) Deve o intérprete, acima de tudo, desconfiar de si, pensar bem suas razões pró e contra, e verificar, esmeradamente, se é a verdadeira justiça, ou são ideias preconcebidas que o inclinam neste ou naquele sentido. ‘Conhece-te a ti mesmo’ – preceituava o filósofo ateniense. Pode-se repetir o conselho, porém completando assim: – ‘e desconfia de ti quando for mister compreender e aplicar o Direito’. Mais à frente, na mesma obra, ele alertava: “Desapareceu nas trevas do passado o método lógico, rígido, imobilizador do Direito: tratava todas as questões como se foram problemas de Geometria. O julgador hodierno preocupa-se com o bem e o mal resultantes do seu *verdictum*. Se é certo que o juiz deve buscar o verdadeiro sentido e alcance do texto, todavia este alcance e aquele sentido não podem estar em desacordo com o fim colimado pela legislação – o bem social”.<sup>18</sup>

Por último, cabe lembrar a lição do professor paulista Estevão Mallet ao afirmar que “tudo se resume à seguinte ideia tirada de uma analogia do direito com a medicina (e são muito frequentes as semelhanças entre as duas ciências: a lide é uma doença e o juiz atua como médico, curando as doenças, etc.): ao doente pobre ninguém imagina oferecer tão somente a possibilidade de se tratar por si mesmo; cabe, sim, a assistência médica pública e gratuita. Ao litigante pobre, da mesma forma, o que se deve dar é assistência jurídica gratuita e não permitir que, postulando por sua conta em juízo, faça com que se perca seu direito”.<sup>19</sup>

## 2.5. Notas conclusivas

Em verdade o que precisamos é de uma mudança na mentalidade dos operadores do direito, em especial dos magistrados que amiúde dificultam ou denegam a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita muitas vezes atendo-se a parâmetros estáticos de renda, que nem sempre traduzem a realidade socioeconômica da população brasileira.

18. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 104 e 157.

19. MALLET, Estevão. Apud Mário Antônio Lobato de Paiva, “A supremacia do advogado face ao jus postulandi”, disponível em: <[www.angelfire.com/ut/jurisnet/art92.html](http://www.angelfire.com/ut/jurisnet/art92.html)>. acesso em 06/03/2023.

A nosso sentir o acesso à justiça deveria ser totalmente gratuito, não se justificando o recolhimento de taxas e custas para o ingresso no Judiciário, na exata medida em que sabemos que o conjunto de tributos incidente sobre a população brasileira ultrapassa os 34% da renda nacional, dinheiro esse que seria mais que suficiente, se bem aplicado, para custear não somente a rede pública de saúde, educação, segurança pública, transportes, como também os serviços da justiça.

Assim, o que se espera é que o Judiciário possa dar sua contribuição criando condições para que seus membros revejam a forma pela qual tem sido analisada a concessão de tão nobre benefício. Espera-se que os juízes, como agentes da dinâmica social, postem-se como o homem médio da sociedade e, a partir das máximas de experiência, atuem com sensibilidade e consciência, fugindo do excessivo e cômodo formalismo processual, passando a ver no processo um instrumento de realização dos anseios de cidadania, sem o que não se alcançará a tão almejada justiça.

### **3. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**

A inversão do ônus da prova é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores inovações contidas na lei consumerista e significa um importante instrumento de facilitação da defesa do consumidor em juízo, isso porque, em muitas situações, o consumidor não tem como fazer a prova de seu direito, seja em razão de seu desconhecimento técnico com relação ao problema que o produto ou serviço tenha apresentado, seja porque os elementos de prova encontram-se em mãos do próprio fornecedor.

Anote-se, por oportuno, que a regra geral da nossa processualística civil é aquela prevista no art. 373 do Código de Processo Civil, pela qual incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu, o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo autor. Nesse quadro, a inversão do ônus da prova é uma exceção a essa regra geral, devendo ser vista com as devidas cautelas.

Em muitas situações é de todo impossível ao consumidor fazer a prova do seu direito como, por exemplo, em razão de erro médico. Veja-se que nessas circunstâncias o prontuário médico, com todas as prescrições que foram ministradas ao paciente, encontra-se em poder

do hospital ou com o médico, sem contar que o paciente, por ser leigo no assunto, não terá maiores meios de formalizar adequadamente sua pretensão de indenização por eventual erro médico. Nesse caso, exigir que o consumidor faça a prova de que houve erro médico é exigir aquilo que se denominou “prova diabólica”.<sup>20</sup>

Advirta-se, contudo, que essa inversão não é automática. O legislador condicionou a sua concessão ao preenchimento de algumas condições: a) que o consumidor seja hipossuficiente em relação ao fornecedor, b) que suas alegações sejam verossímeis e c) que ambas as condições sejam apreciadas livremente pelo juiz, segundo as máximas de experiência (art. 6º, VIII). Nessa linha de proceder José Geraldo Brito Filomeno afirma: “Não será em qualquer caso que tal se dará, advertindo o mencionado dispositivo, como se verifica de seu teor, que isso dependerá, a critério do juiz, da verossimilhança da alegação da vítima e segundo as regras ordinárias de experiência”.<sup>21</sup>

Ademais, é necessário que o magistrado fundamente e justifique adequadamente a determinação de inversão, decisão essa que poderá ser atacada via agravo de instrumento, com eventual efeito suspensivo.

Assim, conforme assevera o Des. José Marcos Morrone, a “inversão do ônus da prova objetiva permite ao consumidor o exercício da garantia constitucional da ampla defesa, inserta no art. 5º, LV, da Constituição Federal”, de sorte que “se a parte for reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo, legitima-se a inversão do ônus da prova”.<sup>22</sup>

### 3.1. Momento da inversão

Alguns doutrinadores entendem que o momento processual adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova situa-se entre o pedido inicial e o despacho saneador. Nesse sentido, Rizzato Nunes afirma que na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento. Não vemos qualquer

20. RIPERT, Georges. O regime democrático e o direito civil moderno, p. 331.

21. FILOMENO, José Geraldo Brito. Código brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 86.

22. (TJSP – AI 7.303.947-3, da comarca de Santo André – Rel. Des. José Marcos Morrone – j. 4-3-2009 – disponível no site do Tribunal, acesso em 21-7-2009).

sentido, diante da norma do CDC, que não gera inversão automática (à exceção do art. 38), que o magistrado venha a decidir apenas na sentença a respeito da inversão, como se fosse uma surpresa a ser revelada para as partes”.<sup>23</sup>

Entendendo que a inversão pode ocorrer em qualquer momento, desde que cientificada a parte contrária, para evitar surpresa, a Magistrada Vanessa Verdolim Hudson Andrade assim se posicionou: “A cientificação da adoção da inversão pode ser feita no despacho inicial, após a especificação das provas, na audiência de conciliação, no saneador ou em qualquer momento que se fizer necessário, segundo o entendimento do juiz no caso concreto, mas deve haver decisão expressa e fundamentada, mesmo que de modo conciso, para não acarretar surpresa ao fornecedor”.<sup>24</sup>

Considerando que o momento oportuno para apreciação e aplicação da inversão do ônus da prova é o da prolação da sentença, Nelson Nery Junior<sup>25</sup> e Kazuo Watanabe<sup>26</sup> defendem que somente após a instrução do feito, no momento da valoração da prova, é que o juiz estaria habilitado a dizer se é o caso, ou não, de inversão do ônus da prova. Fazê-lo antes, assevera ainda o segundo autor, é proceder a um prejulgamento do feito, fato este inadmissível segundo nosso ordenamento jurídico.

A nosso ver, o momento mais adequado para a prolação da decisão que aprecia a inversão do ônus da prova é o do saneador, isso porque é nesse momento que o juiz irá apreciar a regularidade do processo, decidindo questões processuais pendentes; irá fixar os pontos controvertidos, avaliar a necessidade de realização de provas e determinar os meios pelos quais devam elas ser produzidas (CPC, art. 357). Além do mais, em prestígio ao princípio do contraditório e da ampla defesa, é de rigor conceder à parte a quem incumbe provar a oportunidade para sua realização.

---

23. RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 126.

24. ANDRADE, Vanessa Verdolim Hudson. Aspectos práticos da inversão do ônus da prova no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC, v. 3, p. 85, 2002.

25. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria. CPC comentado, p. 696.

26. WATANABE, Kazuo. Código comentado pelos autores do anteprojeto, p. 498-499.



Nesse mesmo sentido, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça determina que a inversão do ônus da prova – prevista no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) – deve ocorrer antes da etapa de instrução do processo; se proferida em momento posterior, deve garantir à parte a quem foi imposto esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas, reafirmando assim que a inversão do ônus da prova é regra de instrução, e não de julgamento – cassando acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em processo no qual a inversão só foi adotada na análise da apelação, quando não havia mais a possibilidade de produção de provas.<sup>27</sup>

### **3.2. Quem deve arcar com os custos da realização da prova?**

Sobre o tema há duas correntes doutrinárias: uma que entende que, apesar da inversão do ônus da prova, o consumidor/autor deve realizar o desembolso necessário à realização das provas periciais, e outra que entende que seria tornar letra morta a inversão do ônus da prova se também não fosse imposto ao fornecedor o ônus de arcar com os custos da sua realização.

Embora a inversão do ônus da prova não esteja necessariamente ligada à hipossuficiência econômica do consumidor, é evidente que, se ocorrer a inversão do ônus da prova mas o consumidor tiver de arcar com os custos da realização da prova (antecipação de despesas periciais, por exemplo), não se terá atingido os fins colimados pela lei em comento, porque, na prática, não estará ocorrendo a preconizada “facilitação da defesa de seus direitos”.

A prevalecer esse entendimento, estar-se-ia criando uma incrível contradição: inverter o ônus da prova em favor do autor, mas impor-lhe o ônus econômico da realização dela.<sup>28</sup>

De toda sorte, nossos Tribunais têm entendido que a inversão do ônus da prova não obriga que o fornecedor arque com os custos de sua realização. No entanto, estará abrindo mão da oportunidade de provar que as alegações do autor eram infundadas, porque, se houve

27. (STJ, REsp. nº 1.286.273 – SP (2011/0236096-1), Relator: Ministro Marco Buzzi, j. 08 de junho de 2021).

28. Cf. Rizzatto Nunes, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 127.