

VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA NA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

VULNERABILITY AND HYPO-SUFFICIENCY IN THE SYSTEMATICS OF THE CONSUMER DEFENSE CODEX

STHÉFANNI MACHADO DE LIMA¹

RESUMO: O presente trabalho, oriundo da pesquisa exercida em projeto que objetivava a análise do sentido e alcance do conceito de consumidor na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, visa distinguir os termos vulnerabilidade e hipossuficiência perante o Código Consumerista. Trata-se de uma pesquisa dogmática, de âmbito de discussão diretivo, que procura influenciar a conduta dos aplicadores do direito. E, por terem sido os dados coletados e examinados pelo pesquisador, é uma investigação substancialmente bibliográfica e documental, em que foi realizada revisão de obras que abordam a caracterização legal dos conceitos de consumidor e o seu uso no egrégio Superior Tribunal de Justiça. Entendendo serem todos os consumidores frágeis diante das relações que estabelecem no mercado, o *Codex* Consumerista prevê sua vulnerabilidade (art. 4º,I) e possível hipossuficiência (art. 6º,VIII). Porém, por serem hipossuficiência e vulnerabilidade termos importados de outros ramos do direito, são comuns os equívocos na fundamentação de raciocínios que envolvem o Código de Defesa do Consumidor quanto às suas funções estabelecidas em lei.

PALAVRAS CHAVES: Hipossuficiência; Vulnerabilidade; Consumidor; Jurisprudência.

ABSTRACT: This article, originated from a research project that aimed to analyze the meaning and scope of the concept of consumer in the jurisprudence of the Brazilian Superior Court, aims to distinguish the terms vulnerability and lack of assets before the Consumer's Code. It's a dogmatic research, with a directive scope, that looks to influen-

1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. E-mail: sthef.lima@gmail.com

ce the practice of law. And since the data was collected and examined by the researcher, it's a substantially bibliographical and documental research, in which was carried the revision of works that approach the concept of consumer and its usage by the Superior Court. Understanding that all consumers are fragile on the relations that define the market, the Consumer's Codex predicts their vulnerability (article 4, I) and possible lack of assets (article 6, VIII). However, since vulnerability and lack of assets are terms introduced from other branches of law, the misconceptions in reasoning are common, when it comes to their legal objectives, established in the Consumer Defense Code.

KEYWORDS: lack of assets; vulnerability; consumer; jurisprudence

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Vulnerabilidade. 2.2. Espécies de Vulnerabilidade. 3. Hipossuficiência. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas.

I. Introdução

O Estado Democrático pretende combater a tendência humana ao autoritarismo e a concentração de poder, assim, o Estado foge das bases do liberalismo interferindo nas relações privadas em prol dos princípios da boa-fé e função social. O direito brasileiro, acompanhando as mudanças sociais e visando proteger a ordem econômico-social, em seu art. 170 da Constituição Federal exigiu a elaboração de um Código que protegesse os interesses do consumidor². A Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, foi criado para tutelar as relações de consumo, protegendo a coletividade, fragilizada, muitas vezes, por agressivas práticas abusivas perpetradas no mercado livre. Sua existência é consequência da observação da fragilidade dos consumidores perante o mercado, fenômeno tão iminente em nossas vidas – e sustentáculo de nossa sociedade. O Código de Defesa do Consumidor, de maneira legítima, intervém nas relações de direito privado, anteriormente, intocáveis graças aos princípios liberais do direito contratual³ que sofriam interferências apenas quanto à legislação trabalhista.

2 Art. 48 da Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT.

3 PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. A Inversão do Ônus Da Prova nas Relações Consumeristas. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 71, p.13 - 20, abr. 2007.

Não há questionamento sobre a competência do Estado em proteger o consumidor, que se mostra indiscutivelmente desigual à outra parte contratante, como fornecedores e produtores. Porém, a nomenclatura utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor quanto a diferentes fragilidades é confundida. O significado dos termos “vulnerabilidade” e “hipossuficiência” muitas vezes são distorcidos e o objetivo deste texto é traçar suas diferenças, utilizando a jurisprudência para exemplificar a aplicação destes conceitos diante de casos concretos. Os termos, importados de outros ramos do direito, confundem doutrinadores e magistrados que mesclam os significados das palavras empregadas pelo legislador da Lei 8.078/90, gerando conseqüências nem sempre pretendidas, dificultando a aplicação da justiça. A própria disposição do texto da Lei permite a admissão de que todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente (ou que todo consumidor hipossuficiente é vulnerável, mas nem todo consumidor vulnerável é hipossuficiente, por serem conceitos distintos), isso porque, a vulnerabilidade é tratada no Capítulo II da Lei Consumerista, “Da Política Nacional de Relações de Consumo”, onde nos é exposta a posição brasileira nos assuntos consumeristas, que pressupõe que todos os consumidores são vulneráveis. Para o Brasil, a vulnerabilidade é inerente ao consumidor, é um estado do sujeito mais fraco perante uma situação específica, um sinal de necessidade de proteção⁴ que torna o indivíduo tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor. Para Cláudia Lima Marques a “vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo”⁵. É, portanto, a vulnerabilidade uma condição desse sujeito mais fraco diante deste contrato (consumidor) que necessita de proteção, sendo utilizada para determinação da aplicação do Código de Defesa do Consumidor em uma situação concreta (principalmente, nas situações de equiparação). A hipossuficiência também representa uma fraqueza deste indivíduo em relação ao contrato firmado, porém, ao contrário da vulnerabilidade, nem todos consumidores a apresentam, tanto que sua consideração e seus benefícios dependem da análise e fundamentação do juiz. Essa fragilidade do hipossuficiente é probatória e sua investigação ocorre no processo, inexistindo procedimento certo que demonstre ao magistrado essa condição, valendo apenas para o fim de

4 BENJAMIM, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roco; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

5 *Ibidem*.

demonstrar ao julgador a existência de um dos elementos que autorizam o deferimento da inversão do ônus da prova⁶. A hipossuficiência é considerada no capítulo “Dos Direitos Básicos do Consumidor”, não sendo intrínseca a todos os consumidores no entender do legislador brasileiro, haja vista que aquele que for capaz de provar não dará margem à aplicação deste dispositivo legal.

Através da análise e comparação bibliográfica das posições dos doutrinadores, dos documentos jurisprudenciais e da legislação pertinente, atesta-se o equívoco do emprego dos termos, chegando à legítima intenção do legislador ao utilizar os termos em voga, separando seus conceitos e devidas consequências.

A incompatibilidade de idéias sobre a conceituação destes léxicos pode interferir no campo de aplicação da Lei - estendendo ou limitando seu alcance - ou disponibilizando recursos processuais a quem não é de direito. É necessário conceituar os termos de maneira clara, diferenciando os fenômenos da vulnerabilidade e da hipossuficiência, pontuando sua importância para a caracterização do indivíduo consumidor vulnerável e do consumidor hipossuficiente, com o fim de esclarecer e cessar a má aplicação dos recursos disponibilizados pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. Vulnerabilidade

Na vida cotidiana é rotineira a exposição às circunstâncias nas quais o indivíduo não possui o controle, vivenciando muitos momentos de impossibilidade de optar ou interferir perante situações da vida, sofrendo as consequências de decisões e ações de terceiros ou da própria natureza do existir. Porém, por ser um cidadão de um Estado Democrático de Direito, onde cada indivíduo deve se submeter às normas, o que garante a eficácia dos princípios fundamentais e, conseqüentemente, o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, CF/88, a ele é assegurado o tratamento igual aos iguais entre si e tratamento desigual aos diferentes, respeitando à medida que eles se desiguam. Assim, o Direito tutela aqueles que apresentam fragilidades adquiridas por inúmeros fatores naturais ou relativos à dinâmica da vida em sociedade, apresentando-lhes alternativas legais que visam à harmonização e equilíbrio entre as partes.

O Código de Defesa do Consumidor entende serem todos os consumidores vulneráveis; do latim *vulnerabile*, o termo, para a língua por-

6 SOUZA, Rogério de Oliveira. Da Hipossuficiência. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, 2004.

tuguesa⁷, significa aquilo que se pode vulnerar; diz-se do lado fraco de um assunto ou questão, e do ponto por onde alguém pode ser atacado ou ofendido; que dá presa à censura, à crítica. E é esse o significado de vulnerabilidade para a Lei Consumerista: uma condição permanente ou passageira de fragilidade diante do mercado e dos fornecedores e produtores que torna possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a vulnerabilidade é a desigualdade entre as partes que firmam o contrato de consumo, sendo que este estado de vulnerabilidade apresentado pelo consumidor na relação contratual gera a aplicabilidade da Lei.

A *ratio essendi* do Direito do Consumidor é a busca pelo equilíbrio entre as partes que compõe a relação de consumo, conforme o exposto no art. 4º da Lei Consumerista. É-nos assegurado que a Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores visando alcançar a harmonia dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, mas sempre reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor diante dos fornecedores e produtores. Zygmunt Bauman⁸ afirma que a nossa sociedade é dominada pelo consumismo, que para ele é o exercício do consumo como a atividade central de nossas vidas. Compara nosso momento atual com a sociedade de produtores, onde, substituímos os trabalhadores/produtores desta época em sua alienação, sendo nós, agora, os tresloucados que dedicam suas vidas a uma busca de satisfações momentâneas, já que se trata de extinguir pseudo-necessidades criadas com o intuito de não contemplar indivíduos por muito tempo. Aponta que o consumismo é mantido por grandes instituições/corporações, denominadas transnacionais – que o desenvolveram, tornando nossa realidade árdua, pois somos obrigados a nos transformar em objetos de consumo, já que consumimos desenfreadamente com o fim de sermos aceitos e admirados pelo grupo do qual somos parte. Maria Antonieta Zanardo Donato⁹ raciocina que a vulnerabilidade do consumidor ocorre por ele estar imbuído nessa teia de desejos, pois apesar de possuir o poder de compra que sustenta a cadeia produtiva, não o controla. Somos peças manipuláveis do mercado de consumo, frágeis por não termos a opção de não consumir, frágeis quanto ao

7 MICHAELIS: Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2011.

8 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

9 DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: Conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

modo com que o consumo é feito, como o consumo é oferecido e como é acertado. Somos frágeis diante desta realidade e, essa fragilidade é denominada pelo Código de Defesa do Consumidor como vulnerabilidade.

O Código de Defesa do Consumidor abrange todos os movimentos que envolvem o consumismo, pois está relacionado à exposição do indivíduo a determinadas relações e situações, ou seja, visando a tutela da vulnerabilidade.

Há na Lei 8.078/90 quatro conceitos de consumidor, estabelecidos graças à intenção do legislador de proteger “todas as performances que o consumidor pode adotar ou dos atos de consumo que podem vir a atingi-lo direta ou indiretamente”¹⁰. Assim, para estender o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, adotou-se um conceito padrão de consumidor e equiparações¹¹. Conforme afirma Adalberto Pasqualotto, a Lei Consumerista consente com o uso de equiparações, pois visa favorecer quem não é o destinatário final de produtos ou serviços, mas quem também dá sinais de vulnerabilidade nas situações e relações jurídicas de mercado¹². Esta é a posição adotada pelo Ministro Castro Filho em seu voto do REsp 540.235¹³ onde reconheceu a hipossuficiência (art. 6º, VIII, CDC) de indivíduo, diante de acidente aéreo, onde a aeronave de propriedade da ré caiu sobre a residência do autor, destruindo-a parcialmente, causando-lhe, além de danos materiais, danos físicos e forte abalo psicológico, por ser equiparado ao consumidor dos serviços prestados pela empresa aérea, nos termos do art.17, CDC:

Esse alargamento do âmbito de abrangência do Código do Consumidor para todos aqueles que venham a sofrer os efeitos danosos dos defeitos do produto ou do serviço decorre da relevância social que atinge a prevenção e a reparação de eventuais danos. E a equiparação de todas as vítimas do evento aos consumidores, na forma do citado artigo 17, justifica-se em função da potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço. É o que se verifica na hipótese em análise, em que o acidente mencionado nos autos causou, não apenas prejuízos de ordem material ao

10 *Ibidem*.

11 Técnica que torna possível a proteção de pessoas que podem ser prejudicadas ou atingidas pelas atividades de mercado, mesmo não atuando diretamente em tais relações, ou seja, sem adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatárias finais.

12 PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n.74, 2010, p.742.

13 STJ, REsp 540.235, Min. Rel. Castro Filho, J. 07 fev 2006, DJ. 06 mar 2006.

autor, que teria sofrido, também, danos emocionais e psíquicos.

É de se ter presente que, na busca do equilíbrio entre as partes, em situações específicas, a jurisprudência desta Corte tem admitido o abrandamento do rigor técnico do critério finalista para a interpretação do conceito de consumidor, mesmo nas relações entre pessoas jurídicas.

Na citação acima, fez-se referência ao critério finalista, que é uma das três correntes adotadas pelos juristas quanto à aplicação da Lei 8.078/90. As teorias maximalista e finalista analisam a expressão e abrangência do termo “destinatário final” no art. 2, *caput* do Código de Defesa do Consumidor e não a possível vulnerabilidade do consumidor para o enquadramento da norma. Consumidor, segundo os finalistas, seria apenas aquele fático e econômico do bem ou serviço. Interpretam a destinação final como a total retirada do objeto de consumo do mercado, através de sua ausência do ciclo econômico¹⁴, não admitindo, pois, a utilização direta ou indireta do bem/serviço adquirido na atividade econômica exercida, isso porque entendem que a vulnerabilidade entre pessoas jurídicas não ocorre. Este é o entendimento exposto pelo Min. Luiz Felipe Salomão em seu voto no AgRg 900563¹⁵, no qual não reconheceu pessoa jurídica como consumidora quanto ao negócio jurídico de mútuo bancário para obtenção de capital de giro, afirmando não se tratar de relação de consumo, já que não se vislumbra na pessoa da empresa tomadora do empréstimo a figura do consumidor final prevista no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Argumentou que não basta ser o adquirente destinatário final *fático* do bem ou serviço; deve ser também o seu destinatário final *econômico*; isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta. Assegurou que o Tribunal superou discussão acerca do alcance da expressão “destinatário final”, consolidando a teoria finalista como a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor.

A Teoria Maximalista defende que adquirir ou usar bem ou serviço como destinatário final caracteriza a relação de consumo, independente de utilizar o que adquiriu no âmbito profissional ou pessoal, ou seja, o que importa é a aquisição do bem ou serviço, não interferindo o uso privado ou econômico/profissional do bem. Para seus defensores, o ato de consumo é o que torna aplicável o Código de Defesa do Consumidor, isso

14 DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *op. cit.*

15 STJ, AgRg 900563, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, D. 19 ago. 2009, DJe. 03 maio 2010.

porque está a vulnerabilidade ligada à ação de consumir, vista a fragilidade daquele que os adquire diante do fornecedor. Ou seja, a vulnerabilidade está diretamente ligada ao ato de consumo, tendo em vista que não há meios de aplicar um código sem a presença daquilo que o gerou, a não observância da vulnerabilidade é um ato falho que desrespeita o *Códex Consumerista*. Defende essa teoria em voto-vista do Conflito de Competência 41056¹⁶ a Min. Nancy Andrighi, em que assegurou a caracterização da relação de consumo entre sociedade empresária que exerce atividade farmacêutica e pessoa jurídica administradora de cartão de crédito, decidindo que a sociedade empresária que tem por atividade a distribuição de medicamentos é destinatária final dos serviços de pagamento por cartões de crédito oferecidos, já que esta atividade não integra diretamente o produto objeto da empresa. Argumentou que o uso do serviço de cartão de crédito hoje é uma necessidade para todos os comerciantes e, na lide, além da presença do fator destinação final a empresa farmacêutica demonstrou sua vulnerabilidade devido ao ínfimo valor do contrato. Existindo a relação de consumo fixou-se o foro do consumidor em detrimento da cláusula de foro existente em contrato, motivo da lide.

Já a corrente finalista aprofundada examina a vulnerabilidade para considerar a incidência do Código de Defesa do Consumidor, diferentemente da teoria maximalista que entende ser sempre a pessoa jurídica vulnerável e da teoria finalista tradicional que analisa, primeiramente, a destinação do objeto do consumo, o seu entendimento é o de que a vulnerabilidade deve ser provada em concreto, caso a caso. É o que expõe o Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, em voto do REsp nº 913.711¹⁷ que não admitiu a equiparação do Município a consumidor, pois que apesar de ser uma pessoa jurídica não utiliza o serviço de luz em benefício próprio, sem repassá-los a terceiros ou empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Segundo seu raciocínio, a existência do Município se justifica para a satisfação do interesse público e a prestação de serviços à população, sendo a energia adquirida pelo ente público inserida nessa cadeia de prestação de serviços públicos. O ente público não é, propriamente, o destinatário final da energia elétrica que ilumina ruas, escolas públicas e postos de saúde; assim, os consumidores são, na etapa final, os próprios cidadãos. O Código de Defesa do Consumidor só poderia ser aplicado a

16 STJ, CC 41056, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, J. 23.06.2004, DJe. 20.09.2004.

17 STJ, REsp 913.711, rel. Min. Mauro Campbell Marques, J.19.08.2008, DJe 16.09.2008.

um Município em situações de vulnerabilidade:

Para chegar a essa conclusão, basta imaginar uma grande metrópole na mesma situação dos autos. Alguns Municípios são patrocinados por dezenas de procuradores e técnicos, além de possuírem expressivo potencial econômico. Poderia esse Município ser enquadrado como consumidor e ter em seu favor os benefícios da condição de “hipossuficiente”? Obviamente, não. O CDC só poderia ser aplicado a um Município em situações de vulnerabilidade, sob pena de gerar ainda mais desigualdade entre as partes.

Em decisão do Resp 1.010.834¹⁸ o Tribunal decidiu pela existência da relação de consumo entre costureira que adquiriu máquina de costura e empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para atividade confeccionista, pois, mesmo sendo o produto para uso profissional, a costureira apresentou vulnerabilidade econômica na relação, visto que a máquina de bordar foi adquirida para a sobrevivência da família. Desta forma, a profissional foi considerada consumidora e a cláusula de eleição de foro, contida no contrato de adesão foi desconsiderada já que “ainda que o adquirente do bem não seja o seu destinatário final econômico, poderá ser considerado consumidor, desde que seja constatada a sua hipossuficiência, na relação jurídica, perante o fornecedor”; aqui a Ministra Nancy Andrighi¹⁹ usa o termo hipossuficiência como sinônimo de vulnerabilidade, o que não é raro na doutrina e na jurisprudência.

2.2 – Espécies de Vulnerabilidade

Para Cláudia Lima Marques a vulnerabilidade é dividida em: vulnerabilidade técnica; vulnerabilidade jurídica; vulnerabilidade fática e vulnerabilidade informacional. A ausência de conhecimentos específicos do consumidor quanto às características do bem ou serviço que obtém compõe a vulnerabilidade técnica. Cláudia Lima Marques afirma que o consumidor não dispõe conhecimentos específicos sobre aquilo que adquire, podendo ser enganado graças a essa ignorância quanto a características do bem ou serviço ou quanto a sua utilidade²⁰. Essa vulnerabilidade é presu-

18 STJ, Resp 1.010.834. Min. Rel. Nancy Andrighi, J. 03.08.2010, Dj: 13.10.2010.

19 *Idem*.

20 MARQUES. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

mida para o consumidor pessoa natural e não profissional, que é sempre destinatário final do produto ou bem adquiridos, mas aquele que visa obter produto ou serviço com fins profissionais nem sempre é tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor, pois, como foi explanado, aqueles que seguem a teoria finalista só aceitam a aplicação da Lei Consumerista quando não há aplicação econômica do objeto, direta ou indiretamente.

A vulnerabilidade jurídica diz respeito à carência do consumidor de conhecimentos jurídicos específicos e conhecimentos de economia, que ao contrário daquele que disponibiliza os produtos e serviços no mercado tem. Ser fornecedor exige a noção sobre o mercado que o homem médio não tem, e muitas vezes, estão disponíveis verdadeiros sistemas e/ou departamentos jurídicos, econômicos e de qualidade que orientam o fornecedor a realizar sua função, considerando sempre seus objetivos. Esse acesso a informações sobre o mercado e a atividade a ser exercida descaracteriza a necessidade do amparo da Lei 8078/90 ao adquirente do produto e/ou serviço com intenções profissionais, já que são exigidos conhecimentos mínimos, jurídicos e do mercado, para que exerçam a profissão, ou devem fazer consultorias antes de contrair obrigações.

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica se dá através da vantagem econômica do fornecedor diante do consumidor, podendo decorrer do monopólio ou do caráter essencial do serviço oferecido, não podendo o consumidor se desfazer do produto por ele ser fundamental para o bom funcionamento de sua vida e rotina e não havendo outras opções além de manter o contrato do produto ou serviço em questão. Essa vulnerabilidade tem como o ponto de concentração o outro parceiro contratual e a idéia de superioridade econômica daquele que fornece em vista do consumidor. Já o *déficit* informacional sofrido pelo consumidor gera a vulnerabilidade homônima. A quantidade de informações disponíveis ao consumidor é enorme, gera desgaste e dúvidas na hora da escolha, isso porque não é possível verificar todas as fontes, todas as informações ou todas as opções disponíveis em tanto meios de comunicação, muito menos verificar todas as procedências ou comprovações. Vivemos em um mundo onde a informação circula, muitas vezes sem ser observada, devido à pressa com que vivemos e à velocidade com que a notícia é gerada, veiculada e descartada. E, ainda, a oferta de produtos é tão grande e variada que não é possível obter informações seguras e corretas sobre todas as características dos produtos ou serviços, estando o consumidor em uma verdadeira teia de informações que o confundem e torna a escolha mais

difícil e manipulável. Não é válida a informação que não pode ser interpretada ou que a população a quem é dirigida - os consumidores - não é capaz de entender a mensagem apresentada. Devemos ressaltar que a vulnerabilidade psíquica também existe, isso porque, seguindo o pensamento de Bauman e de Paulo Valério Moraes²¹, o consumidor não é livre em seu consumo, ele é estimulado através de técnicas de *marketing*, que utilizam estudos sobre sistema nervoso do homem e da própria psicologia para escravizá-lo a partir de seu desejo e da sua vontade de ser parte do grupo.

3. Hipossuficiência

A hipossuficiência para o Código de Defesa do Consumidor é a fragilidade no sentido processual, ou seja, é a impotência do consumidor para produzir prova perante aquela relação contratual. Ocorre, portanto, graças à dificuldade do indivíduo em provar fato alegado, devido à desvantagem que dificulta ou impossibilita a defesa do direito em juízo quanto à técnica, ao processo ou à estrutura²². Humberto Theodoro Júnior²³ conceitua-a como a “impotência do consumidor, seja de origem econômica seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano”, logo, é um fator técnico, processual, não estando ligado a demais situações em que o consumidor se enquadra; o que Rizzatto Nunes²⁴ confirma afirmando que o significado de hipossuficiência para a Lei Consumerista não é econômico e sim, técnico, sendo o conceito de vulnerabilidade o que abrange os demais tipos de fragilidade do consumidor perante o contrato firmado. O autor também sustenta que a hipossuficiência para o *Codex* Consumerista tem sentido de ignorância técnica e informativa do produto e/ou do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital ou intrínseco, dos modos (especiais) de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente ou dano de consumo, das características do vício, etc.; porém, de acordo com o estudo dos conceitos consumeristas, essa ignorância caracteriza as vulnerabilidades técnica e informacional que podem

21 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato na publicidade nas demais práticas comerciais : interpretação sistemática do direito*. 2 ed. Porto Alegre : Síntese, 2002.

22 HOLFFMAN, Paulo. “Inversão do Ônus da Prova Prevista no CDC.”. In: BARIONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano. (coord.). *Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

23 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

24 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

gerar a falta de condições de provar, que é a hipossuficiência. Por conseguinte, a vulnerabilidade pode levar à hipossuficiência. E esta é a posição de Rogério Licastro Torres de Mello²⁵, ao assegurar que a hipossuficiência não está diretamente relacionada a parâmetros econômicos ou da confrontação econômica entre os litigantes, pois é um *déficit* técnico; busca-se neutralizar a achapante primazia do fornecedor perante o consumidor quanto ao domínio das informações sobre o bem de consumo debatido, com intuito de impor um equilíbrio processual instrutório às partes da demanda consumerista. Ainda que aquele que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família seja considerado hipossuficiente, podendo ser amparado pela justiça gratuita, tal como expõe o art. 4º da Lei 1.060/50, não é este o significado de hipossuficiente empregado na Lei 8.078/90²⁶, haja vista que, se esta parte conseguir provar, através de qualquer meio, o que alega, não será hipossuficiente para o Direito Consumerista.

O reconhecimento da fragilidade probatória (hipossuficiência) gera a inversão do ônus da prova²⁷, que enfraquece a regra prevista no art. 333 do Código de Processo Civil²⁸. O ônus da prova funda-se na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para ganhar a causa. Segundo Código de Processo Civil é dever do autor provar fato constitutivo de seu direito e, do réu, aquilo que possa impedir, modificar ou extinguir direitos da parte que o acusa. O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor torna possível que o juiz conceda a inversão o ônus da prova, em favor do consumidor, quando considerar verossímil a alegação ou se comprovada a hipossuficiência do consumidor²⁹. A inver-

25 MELLO, Rogério Licastro Torres de. Inversão do Ônus Probatório nas Ações de Consumo. In: BARIONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano. (coord.). *Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

26 A possibilidade de inversão do ônus da prova é uma das alternativas disponibilizadas pela Lei para facilitar a defesa de direitos, existindo outras para suplantar as desigualdades como a dificuldade econômica para a proponente de uma demanda em virtude das custas processuais (LEONARDO, 2004) deste modo, a inversão da prova prevista no art. 6, VIII, CDC não deve ser tomada como inversão do ônus econômico da prova, tanto que essa inversão não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor (STJ. REsp. 443.208. Min. Rel. Nancy Andrighi. DJ: 17.07.2003.).

27 Ônus, originada do latim *oneris* que tem significado de carga, fardo, peso, é admitido no âmbito do procedimento probatório como o compromisso atribuído às partes para produzir uma prova, e, caso não desempenhado satisfatoriamente torna o fato defendido não provado.

28 PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. *op. cit.*

29 Inversão *ope iudicis do ônus da prova*, que não é concedida sem a comprovação dos requisitos previstos no ordenamento jurídico, ou seja, inversão do ônus da prova concedida pelo magistrado. Há a distribuição *ope*

são do ônus probatório em benefício do consumidor é um instrumento jurídico vocacionado à realização do art. 5º, XXXII, Constituição Federal, cuja positivação infraconstitucional visa à facilitação da defesa de seus direitos. Está ligada à produção probatória já que, segundo Rodrigo Xavier Leonardo³⁰, se deixássemos todo o risco da produção de provas nas mãos do consumidor imputaríamos uma sucumbência antecipada, pois as ocorrências incidentais a uma relação de consumo costumam surgir no ambiente profissional do fornecedor, sob cuidados técnicos especializados.

Entretanto, não é possível admitir a idéia de que todo consumidor merece esse benefício, o Código de Defesa do Consumidor condiciona a requisitos, que devem ser observados pelo magistrado para a sua concessão excepcional, não sendo, portanto, automática. É necessário comprovar a verossimilhança ou que, além de frágil naquele negócio jurídico firmado diante de um produtor e/ou fornecedor (vulnerável), o consumidor é tecnicamente prejudicado por não possuir condições de se desincumbir da produção probatória (hipossuficiente). Logo, esta medida de exceção tem de ser fundamentada e se o benefício for concebido sem o respeito aos requisitos previstos no Código Consumerista haverá ato abusivo, com quebra do princípio do devido processo legal. Contudo, os requisitos expostos no Código de Defesa do Consumidor para a decretação da inversão do ônus da prova não são cumulativos, não é necessária a presença da verossimilhança e da hipossuficiência, como a própria disposição gramatical da lei nos permite concluir. Não é correta a exigência de ambos os requisitos, pois haveria a dilatação daquilo que o legislador limitou, tal como afirma Alexandre Magalhães Pinto³¹.

Todavia, cometer equívocos ao fundamentar a concessão da inversão do ônus da prova é erro comum nos Tribunais brasileiros: no julgamento do REsp 1.080.719³² a Ministra Nancy Andrighi alargou o conceito de consumidor, defendendo as idéias da corrente finalista abrandada, per-

legis do ônus da prova como no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor que torna sempre obrigatória a produção da prova relativa à informação publicitária por aquele que a patrocina, sem que o magistrado avalie a procedência da inversão do ônus da prova. Há quem afirme que se trata de inversão *ope legis* do ônus da prova, como Nelson Rodrigues Netto em seu artigo "O Direito Fundamental de Facilitação da Defesa em Juízo dos Consumidores", o que nos leva a algumas indagações, já que a lei positiva quem deve provar estes fatos não havendo inversão e sim uma imposição de quem deve provar. O legislador baseia essa distribuição na vulnerabilidade informacional do consumidor - ver tópico 2.2 do nosso artigo.

30 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro; Renovar, 2004.

31 PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. *op. cit.*

32 STJ, REsp 1.080.719, rel. Min. Nancy Andrighi, D. 10 fev 2009, DJe. 17 ago 2009.

mitindo a inversão do ônus da prova em favor de freteiro adquirente de caminhão, que utilizava o objeto de consumo para desenvolver a profissão de motorista. Porém, ao justificar sua decisão, a Ministra afirmou que fica evidenciada a vulnerabilidade do adquirente do produto dada à incapacidade de apontar ou de precisar o defeito técnico do caminhão e que “diante deste quadro fático é inexorável a conclusão de hipossuficiência do comprador, o qual não tem condições de conhecer a concepção, o desenvolvimento, e a tecnologia utilizadas na fabricação”; conforme a análise e estudos dos conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, podemos identificar a troca da função dos termos estabelecida em Lei, ou seja, no raciocínio desenvolvido pela Ministra a hipossuficiência leva à vulnerabilidade, que seria a dificuldade de provar, o que a Lei discorda. De acordo com o Código Consumerista, a vulnerabilidade é a fragilidade técnica, jurídica, fática ou informacional do consumidor e a hipossuficiência é a sua dificuldade de provar, se o consumidor tiver meios de provar o que alega não poderá ser considerado como hipossuficiente. Houve, também, equívoco na justificativa da decisão do REsp 856.820³³, onde se salientou que os contratos celebrados com as instituições financeiras estão incluídos no conceito legal de serviços, podendo a autora, pessoa jurídica, ser considerada consumidora quanto ao negócio estabelecido com prestadores destes serviços; porém, o Ministro Jorge Scartezzini afirmou em seu voto que o consumidor apresentava hipossuficiência econômica o que justificava a inversão do ônus da prova – mormente pela sua fragilidade econômica e de acesso às informações como consumidora, que geraria imensa dificuldade em produzir suas provas sem a intervenção da instituição financeira. Porém, não há a classificação “hipossuficiência econômica”, o que existe é vulnerabilidade econômica e a inversão do ônus de provar não se relaciona diretamente com ela. A vulnerabilidade econômica pode justificar a hipossuficiência, já que a pessoa não teria como arcar as custas da produção de provas³⁴ e a hipossuficiência geraria a possibilidade de inversão do ônus da prova, mas não podemos basear a outorga do benefício da inversão probatória na presença de uma vulnerabilidade. Isso porque, todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor está desprovido de meios técnico-processuais para comprovar o fato constitutivo de seu direito, ou

33 STJ, REsp 856.820, rel. Min. Jorge Scartezzini, D. 14 nov 2006, DJ 11 dez 2006.

34 A produção da prova pode exigir gastos imediatos que não se enquadram no orçamento da parte consumidora, como, por exemplo, uma viagem a outro estado.

seja nem todo consumidor é provido de hipossuficiência. A possibilidade de que a prova seja produzida pelo consumidor extingue a aplicação da inversão do ônus da prova, deste modo, lides nas quais o consumidor pode comprovar suas alegações através de documentos mínimos ou aquele que puder providenciar um parecer técnico acerca do objeto do conflito não terão causa para que o art. art. 6º, VIII do Código de Direito do Consumidor seja aplicado, como podemos observar no REsp 720.930³⁵ que trata da controvérsia de gravidez de usuária de anticoncepcional, alegadamente, por defeito o produto. Observou o Ministro Relator Luis Felipe Salomão que seria necessário que a autora tivesse demonstrado ao menos a compra do medicamento sem princípio químico ativo, não se podendo igualar essa hipótese com outras em que mulheres adquiriram medicamentos pertencentes aos lotes de anticoncepcionais inativos e que ainda sendo uma relação consumerista não se deve inverter o ônus da prova a quem seria impossível provar:

Diante da não-comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora - quando lhe era, em tese, possível -, bem como da inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver, assim, com a improcedência do pedido.

Ainda que a vulnerabilidade e a hipossuficiência se relacionem, não é possível afirmar que são interdependentes, tanto que em outros ramos do direito não há a necessidade da vulnerabilidade para haver a inversão do ônus da prova ou não há inversão do ônus da prova quando se trata de alguns vulneráveis. No caso do direito consumerista há sempre vulnerabilidade, pois assim foi postulado, então, sempre haverá neste ramo o encontro de hipossuficiência e vulnerabilidade quando houver inversão do ônus da prova, mas a hipossuficiência não é baseada na vulnerabilidade e sim na dificuldade de produzir provas.

4. Conclusões

O Estado observa a relação consumidor e fornecedor, percebendo o indivíduo manipulado ou manipulável por uma rede gigante que nutre e faz surgir, em medidas desproporcionais, objetos de desejo e outros ditos como necessários, deixando sempre a pessoa a mercê de cobiças, vontades e necessidades. Observa a pequenez do indivíduo comum diante

35 STJ, REsp 720.930, rel. Min. Luis Felipe Salomão, D. 20 out 2009, DJe. 09 nov 2009

deste fenômeno cultural-social, tentando sobreviver e manter-se desejável e atualizado. Assim, por meio do *Codex* Consumerista, harmoniza as conexões de consumo apreciando a vulnerabilidade do consumidor por sua debilidade em relação aos fornecedores e produtores; assegurando as garantias constitucionais. Estabelece ao vulnerável medidas processuais com o fim de reequilibrar sua relação com fornecedores. Uma dessas medidas foi adotar àqueles fracos processualmente a inversão do ônus da prova. Porém, no direito brasileiro houve confusões com os termos “vulnerabilidade”, fragilidade que vem da relação consumidor-fornecedor-produtor, subdividida em fragilidade técnica; jurídica; fática e informacional; e “hipossuficiência”, impossibilidade de produzir provas. Observou-se decisões dos Tribunais, trabalhos acadêmicos e obras de Direito que consideram a vulnerabilidade e hipossuficiência como sinônimos, ou confundem a sua função legal.

Aplicar-se-á a Lei 8078/90 àqueles que se enquadram nos conceitos de consumidor (art. 2, *caput*; art. 2, §1º; art. 17 e art.29), considerando sua vulnerabilidade sempre. A vulnerabilidade é a razão existencial da Lei 8.078/90, é uma fragilidade em sentido mais amplo, não é limitada à produção de provas como a hipossuficiência, pois se justifica e é baseada na realidade vivenciada pelo consumidor, enquanto a hipossuficiência para o Código de Direito do Consumidor está ligada a uma realidade processual, a uma dificuldade técnica.

A Lei Consumerista positiva que todo consumidor é vulnerável, por ser prevista a desigualdade no contrato firmado entre o consumidor e produtor e/ou fabricante e que pode ser hipossuficiente, caso não consiga produzir prova.

Porém, observou-se que as correntes maximalista e finalista buscavam a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor prendendo-se a análise da destinação final, deixando de admirar a vulnerabilidade do consumidor. Observa-se, neste raciocínio, uma descaracterização da motivação da aplicabilidade da Lei, isso por que o consumidor torna-se tutelável por ser destinatário final e não por ser vulnerável. A observação da vulnerabilidade como ponto de partida para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é defendido pela corrente do finalismo abrandado, na qual analisa caso a caso, aplicando e justificando, a partir dela, a aplicabilidade da norma consumerista. Ao contrário da teoria maximalista não abrange sempre a incidência do Código de Defesa do Consumidor à pessoa jurídica. Também discorda da teoria finalista tradicional que é rígi-

da quando a impossibilidade de incidência em casos onde há utilização do objeto de consumo na atividade econômica do adquirente.

A má justificativa da utilização dos recursos disponibilizados pela Lei Consumerista prejudica o entendimento da aplicação da Lei, e estes equívocos não ocorrem apenas quanto à vulnerabilidade. A hipossuficiência para o Direito Consumerista é a dificuldade de provar, e gera a possibilidade de inversão do ônus da prova. A oportunidade da produção da prova pelo consumidor gera a inaplicabilidade da inversão do ônus de provar, previsto no art. 6º, VIII do Código de Direito do Consumidor e esta capacidade produtiva deve ser observada *in casu*, isto pois, a hipossuficiência depende da desproporção entre as partes contratantes.

Porém, é comum a utilização da vulnerabilidade para conceber o benefício, o que é um entendimento errôneo. Apesar de a vulnerabilidade e a hipossuficiência não serem interdependentes, pode ocorrer de a primeira justificar a segunda, que tornará possível a inversão do ônus probatório. Porém, este caminho deve estar visível a todos, para que seja possível o acompanhamento do raciocínio e a observação da utilização dos elementos da Lei 8.078/90.

Tomar parte do modo com que os termos legais são empregados possibilita o maior entendimento de seus conceitos e a correção de enganos, buscando a aplicação dos conceitos conforme a Lei prescreve. A diferenciação dos fenômenos da vulnerabilidade e da hipossuficiência é fundamental para o bom uso da Lei. Não é válido ter como sinônimos dois conceitos que levam a conseqüências diferentes. O uso da hipossuficiência como vulnerabilidade faria possível a todo consumidor inverter o ônus da prova, já que todo consumidor é vulnerável; ou limitaria a aplicação do Código Consumerista caso o consumidor em questão não apresentasse dificuldades probatórias, já que a hipossuficiência gera esse fenômeno jurídico. Aplicar a Lei, conceituando as fragilidades com os nomes impostos pela Lei, tornaria sua interpretação menos árdua, e sua aplicação mais justa.

Referências Bibliográficas

Art. 48 da Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIM, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Rocco; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: Conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ELLO, Rogério Licastro Torres de. Inversão do Ônus Probatório nas Ações de Consumo. In: BARIONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano. (coord.). *Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

HOLFFMAN, Paulo. “Inversão do Ônus da Prova Prevista no CDC.”. In: BARIONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano. (coord.). *Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro; Renovar, 2004.

MARQUES. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MICHAELIS: *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2011.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato na publicidade nas demais práticas comerciais : interpretação sistemática do direito*. 2 ed. Porto Alegre : Síntese, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PASQUALATTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n.74, 2010, p.7-42.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. A Inversão do Ônus Da Prova nas Relações Consumeristas. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 71, p.13 – 20, abr. 2007.

SOUZA, Rogério de Oliveira. Da Hipossuficiência. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, 2004.

STJ, AgRg 900563, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, D. 19 ago. 2009, DJe. 03 maio 2010.

STJ, CC 41056, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, J. 23.06.2004, DJe. 20.09.2004.

STJ, Resp 1.010.834. Min. Rel. Nancy Andrighi, J. 03.08.2010, DJe: 13.10.2010.

STJ, REsp 1.080.719, rel. Min. Nancy Andrighi, D. 10 fev 2009, DJe. 17 ago 2009.

STJ, REsp 540.235, Min. Rel. Castro Filho, J. 07 fev 2006, DJ. 06 mar 2006.

STJ, REsp 720.930, rel. Min. Luis Felipe Salomão, D. 20 out 2009, DJe. 09 nov. 2009

STJ, REsp 913.711, rel. Min. Mauro Campbell Marques, J.19.08.2008, DJe 16.09.2008.

STJ, REsp 856.820, rel. Min. Jorge Scartezzini, D. 14 nov 2006, DJ 11 dez 2006.

STJ. REsp. 443.208. Min. Rel. Nancy Andrighi. DJ: 17.07.2003

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

