



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

RONILDO DE MEDEIROS SILVA

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

**CAMPINA GRANDE – PB
2012**

RONILDO DE MEDEIROS SILVA

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Profº. MSc. Amílton de França

CAMPINA GRANDE – PB
2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S586i Silva, Ronildo de Medeiros.
Inversão do ônus da prova no direito do consumidor
[manuscrito] / Ronildo de Medeiros Silva.– 2012.
41 f.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)
– Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
Jurídicas, 2012.
“Orientação: Prof. Me. Amilton de França,
Departamento de Direito”.

1. Direito do consumidor. 2. Hipossuficiência técnica.
I. Título.

21. ed. CDD 343.071

RONILDO DE MEDEIROS SILVA

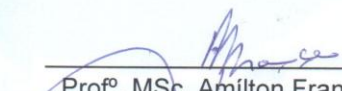
INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de bacharel.

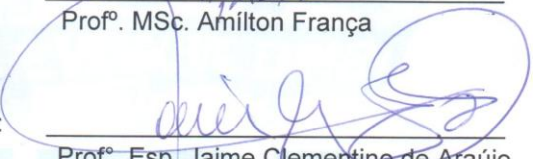
Aprovada em: 30 de novembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Orientador:


Prof.º MSc. Amílton França

1º Examinador:


Prof.º Esp. Jaime Clementino de Araújo

2ª Examinadora:


Prof.ª Esp. Danielle Patrícia G. Mendes

Aos meus pais, Gená Ferreira da Silva e Maria Lúcia de Medeiros Silva que sempre contribuíram para a minha formação de caráter.

À minha esposa , Josemary Leal pelo grande incentivo para a finalização da minha graduação em Direito.

À minha filha, Lílian Mary, que está por vir, se tornando assim um instrumento motivador da conclusão do curso.

Aos meus irmãos, Ricardo, Hélder e Lucimara, pela cumplicidade que tivemos durante todos esses anos.

À minha tia Santana, uma pessoa muito especial, que me ensinou a superar os desafios oferecidos pela vida.

Ao Professor Amilton de França, não apenas por ter aceitado ser o orientador deste trabalho, mas também pelo comprometimento e disponibilidade que me foram propostos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as conquistas que consegui ao longo da minha vida e esta em especial é muito significativa para mim.

*Posso não concordar com uma só palavra
sua, mas defenderei até a morte o seu
direito de dizê-la.*

Voltaire

RESUMO

Introdução A questão da distribuição processual do ônus da prova se mostra bastante interessante, especialmente nas relações de consumo que tem deságue no Poder Judiciário. Por certo que o Direito Processual Civil tem norma genérica própria que prega que o autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu, por sua vez, cabe provar os fatos modificativos ou extintivos do direito daquele. Acontece que nas lides consumeristas tal regra se mostra efetivamente injusta posto que diante do panorama traçado reste mais das vezes demasiadamente dispendioso e dificultoso para o consumidor levantar provas de suas razões. **Objetivos** O seguinte objetivo geral fora delineado: analisar a questão da hipossuficiência técnica como causa bastante para a inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor. Para dar cabo a tal intento, eis os objetivos específicos: trazer o entendido pela doutrina por inversão do ônus da prova; analisar os tipos de hipossuficiência do consumidor defendidos pela doutrina. **Metodologia** Fez-se uso das pesquisas descritiva e analítica. O estudo teve caráter problemático o qual fora empregado o uso da pesquisa bibliográfica com levantamento do tema delineado e análise dos posicionamentos de autores especializados em Direito do Consumidor. O tratamento qualitativo nas informações levantadas imperou por meio da pesquisa bibliográfica permitindo a análise de conteúdo e de discurso do tema proposto. **Resultados** É pacífico na doutrina que a hipossuficiência constante no Código de Defesa do Consumidor é a técnica. O consumidor tem uma debilidade presumida nesse sentido por não ser o detentor das informações acerca da atividade desenvolvida pelo fornecedor. Trata-se, pois, já dito, do monopólio da informação. Esse entendimento é o mais acertado na medida em que amplia o leque de possibilidades de defesa do consumidor em juízo, aumentando as chances de comprovação do alegado. **Conclusão** Para evitar injustiças, o Código de Defesa do Consumidor não traçou parâmetros econômicos e, sim, técnicos. Nesse sentido, é a capacidade informativa do consumidor que vai decidir sobre a inversão ou não do ônus da prova. Cabendo ao juiz tal análise.

PALAVRAS-CHAVE: Hipossuficiência Técnica; Inversão; Ônus da Prova.

ABSTRACT

Introduction The issue of distribution of the procedural burden of proof proves quite interesting, especially in consumer relations that have runoff in the Judiciary. Certainly the Civil Procedure Law has its own generic standard that holds that the author has the burden of proving the facts constituting his right and the defendant, in turn, must prove the facts of the law amending or extinct that. It turns out that in such labors consumerists rule effectively shows unfair since before the panorama route remains most often too costly and difficult for consumers to raise evidence of his reasons. **Objectives** The overall objective was outlined following: examine the question of how lack of technical knowledge technical enough to cause the reversal of the burden of proof on Consumer Law. To put an end to such intent, here are the specific objectives: bring the doctrine understood by reversing the burden of proof; analyze the types of consumer lack of technical knowledge defended the doctrine. **Methodology** was made use of descriptive and analytical research study was problematic character out where employee use of literature survey with the topic outline and analysis of the positions of authors who specialize in consumer law. The qualitative treatment of information raised reigned through the literature allowing content analysis and discourse theme. **Results** It is undisputed that the doctrine lack of technical knowledge constant in the Code of Consumer Protection is the technique. The consumer has a weakness in that sense presumed not to be the holder of the information about the activity performed by the supplier. It is therefore already said, the monopoly of information. This understanding is more accurate in that it expands the possibilities of consumer protection in court, increasing the chances of the alleged evidence. **Conclusion** To avoid injustice, the CDC does not traced economic parameters and, yes, coaches. In this sense it is the ability of the informative consumer who will decide whether or not to reverse the burden of proof. Fitting to judge such analysis.

KEYWORDS: Lack Technique; Inversion; Burden of Proof.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIações

§ - Parágrafo

Ac. – Acórdão

art. – artigo

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF - Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Diário da Justiça

nº. – número

p. – página

REsp - Recurso Especial

s/p – sem paginação

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1.	DA PROVA.....	13
1.1.	<i>Do conceito de prova.....</i>	14
1.2.	<i>A questão do ônus da prova no processo civil e o seu momento de distribuição.....</i>	15
2.	DO PROCESSO NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS.....	18
2.1.	<i>Da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor.....</i>	21
2.2.	<i>Dos requisitos para a consagração da inversão do ônus da prova e do momento adequado para a sua efetivação.....</i>	22
2.3.	<i>A inversão do ônus da prova e a sentença: do posicionamento jurisprudencial.....</i>	26
3	A QUESTÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA: CONCEITOS E MODALIDADES.....	28
3.1.	<i>A hipossuficiência no Direito do Consumidor e suas modalidades.....</i>	31
3.2	<i>Da hipossuficiência técnica.....</i>	35
	CONCLUSÃO.....	37
	REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

Inquestionável é o fato de que a globalização imprimiu mudanças significativas em todas as relações interpessoais, econômicas, financeiras e de mercado em todo o mundo.

Isso por que, somando-se ao desenvolvimento tecnológico, principalmente com o advento da *internet*, a economia de mercado procurou fragmentar sua linha de produção em busca de mão de obra mais barata e em busca de potencializar o lucro a ser auferido. Nesse sentido, é possível comprar um tênis, sem sair de casa, que fora produzido na China e está sendo comercializado nos Estados Unidos.

Por lógico, toda essa “nova” estrutura posta gera reflexos nos ordenamentos jurídicos. E com o Brasil não havia de ser diferente.

O Direito vê-se compelido, por sua essência, a refletir os anseios sociais e assim abarcar a realidade posta tendo por norte a garantia do princípio da dignidade em todas as suas esferas.

Essa é a grande questão do Direito atualmente: conferir proteção aos cidadãos diante das novas relações jurídicas apresentadas de modo a impedir a violação a direitos fundamentais consagrados.

Dentro dessa ótica, a questão da distribuição processual do ônus da prova se mostra bastante interessante, especialmente nas relações de consumo que tem deságue no Poder Judiciário.

Por certo que o Direito Processual Civil tem norma genérica própria que prega que o autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu, por sua vez, cabe provar os fatos modificativos ou extintivos do direito daquele.

Acontece que nas lides consumeristas tal regra se mostra efetivamente injusta, posto que, diante do panorama traçado resta mais das vezes demasiadamente dispendioso e dificultoso para o consumidor levantar provas de suas razões.

Nesse sentido, o trabalho ganha importância na discussão da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor diante, especialmente, da hipossuficiência técnica que o impede de razoavelmente se defender no âmbito processual.

O estudo partira das seguintes problemáticas levantadas:

a) A hipossuficiência técnica é bastante para a inversão do ônus da prova?

Visando nortear o estudo a ser realizado o seguinte objetivo geral fora delineado: analisar a questão da hipossuficiência como causa bastante para a inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor. Para dar cabo a tal intento, eis os objetivos específicos:

a) trazer o entendimento pela doutrina por inversão do ônus da prova;

b) analisar os tipos de hipossuficiência do consumidor defendidos pela doutrina.

Fez-se uso das pesquisas descritiva e analítica por atender melhor aos objetivos geral e específicos já traçados, buscando o entendimento por hipossuficiência e por inversão do ônus da prova e trazendo suas respectivas implicações para as relações consumeristas e para o deslinde processual de lides que envolvam estas últimas.

O estudo teve caráter problemático onde fora empregado o uso da pesquisa bibliográfica com levantamento do tema delineado e análise dos posicionamentos de autores especializados em Direito do Consumidor. O tratamento qualitativo nas informações levantadas imperou por meio da pesquisa bibliográfica permitindo a análise de conteúdo e de discurso do tema proposto.

Finalizando o momento é de se registrar que não houve pretensão de esgotamento do tema e, sim, contribuição na discussão da defesa dos direitos do consumidor.

1. DA PROVA

É absolutamente inquestionável a importância do estudo e da efetividade da prova na dinâmica processual. É por meio dela que o mais próximo da verdade é trazido ao conhecimento do juízo para julgamento conforme a realidade apresentada.

Como parte do processo ela é essencial, pois, para a solução das lides, estando, inclusive consagrada sob as normas constitucionais:

CF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; *Omissis.* (BRASIL, 2012a).

Nota-se que há relação estreita entre a prova e o devido processo legal. Este abarca todos os mecanismos de oportunidade de apresentação de prova ao juízo competente. “A parte tem o direito de produzir as provas para constituir sua pretensão jurídica na demanda processual. A produção da prova e da contraprova pelos litigantes no processo são inerentes ao princípio do contraditório e da ampla defesa”. (CARVALHO, 2012, s/p).

A prova está ligada a ideia de confirmação do alegado pela parte e, assim, regra geral, a esta resta a obrigação de comprovar o alegado.

Montenegro Filho aponta que:

A prova recai sobre **os fatos controvertidos**, ou seja, os que receberam interpretação divergente das partes. Desse modo, não há necessidade da produção da prova (por ausência de interesse) em relação aos fatos: a) notórios; b) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; c) admitidos como incontroversos no processo; d) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (MONTENEGRO FILHO, 2007, p.322)

As diretrizes legais que regem a prova estão a cargo do direito processual e têm por objeto, como pontuado pelo autor anteriormente transcrito, os fatos pertinentes e relevantes ao processo, ou seja, os que influenciarão quando da tomada de decisão.

1.1. Do conceito de prova

Para Duarte e Brito:

Conceitualmente, podemos sintetizar o sentido de prova judicial como a demonstração, em juízo, da existência ou da inexistência de algo; ou então a demonstração da veracidade ou da não veracidade de uma afirmação. Doutrinariamente, são muitas as definições sobre o que seja prova judicial, prevalecendo a dicotomia entre os sentidos objetivo e subjetivo. Diz Canelutti que a prova é o *controle de verdade de uma proposição*. Tal definição elogiável por ser sucinta, porém corretamente explicativa, comporta uma indagação: será que existe o que se rotula de verdade? Alguns filósofos, inclusive do direito, supõem a existência de, no máximo, aquilo que se denominaria *quase-verdade*, não havendo que falar em verdade em sentido próprio, pois sempre se partirá de afirmação de alguém. (DUARTE; BRITO 2012, s/p, ênfases do original).

Montenegro Filho, por sua vez, aponta que:

[...] a prova refere-se à demonstração da veracidade das alegações articuladas pela parte no curso do processo, sobretudo na petição inicial e na contestação, determinando a procedência ou a improcedência da demanda, estabelecendo um juízo de *quase-certeza* da existência do direito em disputa. (MONTENEGRO FILHO, 2007, p.321, ênfases do original).

Alcoforado aduz que:

Considera-se prova o meio ou veículo pelo qual o sujeito exerce o poder de cognoscibilidade do objeto, com o intuito de afirmar um fato jurídico. A prova jurídica tem o papel de assegurar a veracidade ou a existência de um fato que importa ao mundo do direito. (ALCOFORADO, 2012, s/p).

Entende-se então que a prova é o caminho persuasivo usado para a ratificação da verdade ou o mais próximo dela em juízo quando do exercício de um direito.

1.2. A questão do ônus da prova no processo civil e o seu momento de distribuição

Antes de maiores deslindes deve-se entender o ônus da prova como uma responsabilidade dada à parte que pretende confirmar no juízo o alegado oportunamente no processo seja através de peça inicial ou contestação.

Nos termos do Código de Processo Civil:

CPC. Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. (BRASIL, 2012b).

Não há obrigação e sim necessidade, em prol do almejado em juízo, de provar. Carvalho esclarece que:

Quando se fala que o ônus da prova incumbe a quem alega, se quer dizer que a parte tem a possibilidade de agir conforme o comando jurídico para conseguir que sua pretensão seja atendida. Isto é, como ela tem o interesse de que seja reconhecida a verdade dos fatos que alegou, logo é sua incumbência provar suas afirmações. A obrigação apresenta aspecto diferente, não é uma faculdade, mas uma imposição de um comportamento e não cumpri-lo gera um ilícito jurídico. Portanto, a parte que tem o ônus de provar deve fazê-lo, senão em virtude de omissão pode ver sua pretensão negada por insuficiência de provas. É uma questão lógica diante de um conflito de interesses. (CARVALHO, 2012, s/p).

Em linhas gerais, a doutrina aponta o ônus da prova como conduta esperada pela parte que pretende comprovar algo pertinente em juízo.

Nesse sentido, a questão da distribuição do ônus da prova no processo funciona como agente organizador, dando oportunamente às partes a chance de mostrarem que têm razão em seus respectivos pleitos.

Por claro que nem tudo necessita de comprovação de modo que plenamente possível a decisão quando já houver provas suficientes para tanto.

Cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, este fato constitutivo é aquele que uma vez demonstrado leva à procedência do direito pedido. Já o réu deve provar os fatos que aduziu quando levantou o não reconhecimento do direito alegado pelo autor. O código prevê que o réu

pode articular fato impeditivo, para obstacular um ou alguns dos efeitos do pedido do autor; modificativo, para alterar o que foi expresso no pedido e extintivo, para pôr fim a todo o pedido, fazendo cessar a relação jurídica original. (CARVALHO, 2012, s/p).

O ordenamento jurídico pátrio ainda prevê situações onde, por exceção, o ônus probante é deslocado para o réu. Exemplo: quando há alegação de fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, como a prescrição, a novação, etc.

Montenegro Filho bem explicita:

[...] Em exemplo ilustrativo, com as atenções voltadas para a realidade da ação de investigação de paternidade, percebemos que a defesa do réu pode apenas se posicionar no sentido de negar a paternidade imputada, em respeito ao princípio da *impugnação especificada*, presente na realidade de toda a defesa. Porém, se o réu alegar que a genitora do autor teria mantido múltiplos relacionamentos sexuais com homens diversos, no período da concepção, podendo quaisquer deles ser o genitor do investigante, assume o ônus da prova no que concerne a esse fato, assumindo responsabilidade processual de demonstrar que a alegação articulada é verdadeira, justificando a ouvida de testemunhas, a juntada de documentos ou a produção de qualquer outra espécie probatória, com o propósito de convencer o magistrado a respeito da veracidade da imputação suscitada no curso da contestação. (MONTENEGRO FILHO, 2007, p.323).

Nota-se que a distribuição do ônus da prova está efetivamente associada ao interesse direto das partes em lograrem êxito em seus pleitos. Atenta-se, aqui, para o fato de que o Código de Processo Civil possibilita a convenção das partes em contrato acerca da distribuição do ônus probante. Claro que tal não poderá implicar em negociação com direito indisponível, tão-pouco tornar excessivamente dificultoso o exercício do direito de prova pela parte.

Nesse sentido, os dispositivos legais:

CC/02. Art. 1.035. O contrato pode prever outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente quando contestadas. (BRASIL, 2012c).

CPC. Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato. (BRASIL, 2012b).

O princípio da iniciativa das partes embasa a fase probante na medida em que a indicação das provas é feita pelos que estão em lide. Assomado isso, os princípios da autoridade e da iniciativa oficial também ajudam a manter o equilíbrio

do processo. “O primeiro confere ao juiz o comando do processo (art. 125, CPC), que, por conseguinte é quem dirige a instrução probatória. O segundo se encontra em vários dispositivos do Código de Processo que preveem o impulso oficial em diversas situações”. (CARVALHO, 2012, s/p).

O art. 130, CPC traz que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” (BRASIL, 2012b).

Assim, o juiz analisará a conveniência e necessidade da prova a ser realizada, em nome da economia e preservando a boa-fé processual.

Carvalho aponta que:

O ônus da prova é regra de julgamento, é aplicado no momento da decisão da demanda. Assim, o juiz pode se valer para proferir um provimento equânime e legítimo dessas regras no caso de incerteza. Visto que, como consequência de não ter a parte cumprido o ônus que lhe foi incumbido poderá ela ver sua pretensão jurídica negada. Enfim, a regra é que as provas sejam propostas pelas partes. A iniciativa oficial deve ocorrer, apenas, quando necessária, e na maioria das vezes de forma supletiva, uma vez que o magistrado não pode com a iniciativa oficial querer suprir a iniciativa das partes. (CARVALHO, 2012, s/p).

Tendo em vista a imparcialidade do juiz, este só deverá ordenar *ex officio* a produção de prova através de despacho fundamentado do ato. Isso para preservar a igualdade de tratamento das partes.

No que tange ao momento processual para a produção das provas, o Brasil adota a linha da fase de instrução e julgamento.

Entretanto, podem ocorrer casos em que as provas colhidas no momento processual de instrução e julgamento não se mostrem bastante para uma decisão justa e consciente, restando ainda dúvidas no magistrado sobre o que decidir. Aqui, deve o julgador fazer uso da distribuição do ônus da prova, esperando de cada parte a conduta cabida e na consciência de que a qualquer omissão ou má produção de prova incorrerá diretamente no que será decidido.

Finalizando o momento, esclarece-se que toda prova produzida pertence ao juízo e não a parte. De modo que todas são avaliadas tendo em vista o processo e a resolução justa da lide e, assim, plenamente possível que o pleito autoral seja atendido mesmo diante da insuficiência de provas por ele produzida, mas embasado no trazido pelo réu.

2. DO PROCESSO NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

O Código de Defesa do Consumidor veio com o objetivo de salvaguardar, diante do consumismo exacerbado implantado na economia mundial, os direitos fundamentais do cidadão no deslinde das relações consumeristas.

Para tanto o referido código ao definir aspectos básicos - consumidor, fornecedor, direitos, responsabilidades, etc. - implantou uma sistemática própria de processo que tem no CPC, pelo princípio da especialidade, fonte subsidiária de apoio, buscando estar atento a nova realidade posta das relações de consumo.

Nesse sentido, trata-se de norma alheia à negociação das partes, exceto nos casos essencialmente patrimoniais. Eis o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor neste sentido:

CDC. Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições. (BRASIL, 2012d).

O CDC admite todos os tipos de ações e mecanismo para defesa do consumidor em juízo.

Da mesma forma em relação ao procedimento, pois em se tratando de processo de conhecimento, as ações em defesa do consumidor seguirão o rito ordinário, os demais tipos de processo seguirão o rito respectivo previsto no CPC, desde que não contrarie alguma inovação do CDC. O que significa que onde o sistema processual do CDC disponha de forma diferenciada ou incompatível com o CPC, este último fica afastado. Um exemplo é o da prova da responsabilidade do fornecedor, o código prevê a responsabilidade objetiva. (CARVALHO, 2012, s/p).

Em termos de defesa, esta pode ocorrer tanto individualmente quanto coletivamente. O ponto interessante aqui é que nas demandas coletivas há preponderância dos ditames do CDC e das leis extravagantes, sendo o CPC aplicado, efetivamente, de modo subsidiário.

Nos casos de lides individuais ocorre que os pleitos podem fazer uso do CPC com aplicação subsidiária do CDC e outras leis pertinentes.

Seguindo as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor:

CDC. Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

- I - o Ministério Público,
- II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
- III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
- IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assembleia.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (BRASIL, 2012d).

A competência do Ministério Público é definida, inclusive, pela Constituição Federal de 1988:

CF/88. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. *Omissis*. (BRASIL, 2012a).

No que diz respeito à produção de prova, as relações processuais de Direito Consumidor segue o disposto no CDC e CPC com prevalência da hipossuficiência e da vulnerabilidade do consumidor, assomados à questão da responsabilização do entendido por fornecedor.

A responsabilidade objetiva advinda do risco da atividade exercida pelo fornecedor é consagrada pelo CDC - a exceção aqui, nos termos do art. 14 do mesmo diploma legal, se refere à questão dos profissionais liberais, e.g., advogados. Nestes casos, há necessidade de comprovação de culpa sem impedimento, acaso necessário, de inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

CDC. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 2012d).

É importante salientar que a consagração da responsabilidade objetiva do fornecedor não implica condenação direta desta. Ainda resta a necessidade de comprovação do nexo de causalidade e do dano, nos moldes da responsabilidade civil traçada pelo CC/02.

Os mecanismos de defesa, por assim dizer, com as possibilidades de não responsabilização do fornecedor também são traçados pelo Código de Defesa do Consumidor:

CDC. Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (BRASIL, 2012d).

Assomado a isso tem a questão do art. 14, já transcrito, com a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O art. 6º, VIII, CDC traz que: “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 experiência”. (BRASIL, 2012d). Assim, na hipótese de verossimilhança das alegações / hipossuficiência, o juiz pode traçar a inversão do ônus da prova.

No que tange às ações coletivas, Carvalho aponta que:

Uma vez proposta a ação coletiva, quando ocorrer a sentença todos os interessados serão atingidos pela coisa julgada material mesmo os que não intervieram, em caso de sentença de procedência. Mas, se a sentença for de improcedência, somente os que não intervieram poderão propor as ações individuais. Na ação para a tutela de direitos difusos a sentença faz coisa julgada “erga omnes”, enquanto na ação para tutela de direitos coletivos a sentença faz coisa julgada “ultra partes”, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe (art. 103, I,II, CDC). Na ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos a coisa julgada é “erga omnes”, apenas para o caso de procedência do pedido, se a sentença for improcedente o interessado que não interveio no processo pode propor ação de indenização a título individual (art. 103, III e § 2º, CDC). (CARVALHO, 2012, s/p).

Em tempo, é de se esclarecer que o decidido nas ações coletivas não prejudicam as demandas individuais. De modo que no caso de extinção por ausência de aparato probatório não fará coisa julgada seja na esfera individual, seja na coletiva e, assim, a ação poderá ser proposta novamente com apresentação de novas provas.

Concluindo a presente etapa, é de se contar que é certo que há vulnerabilidade do consumidor no sentido de ter dificuldades de comprovar algumas questões em juízo, entretanto, o juiz deve estar atendo a razoabilidade quando da proteção deste na esfera processual.

2.1. Da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor

A questão da inversão do ônus da prova no Direito do consumidor está expressamente previsto no CDC:

CDC. Art. 6º. Omissis.

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 experiência; (BRASIL, 2012d).

Estando no dispositivo legal supramencionado é preciso entender de fato o sentido de inverter o ônus da prova. Desta feita, tem-se que nada mais representa a não ser atribuir àquele que se mostra com superior poder econômico ou domínio técnico a obrigação de comprovar que o pleito do autor é descabido. Esse desequilíbrio financeiro/ técnico faz da parte autora hipossuficiente para, por si só,

lograr êxito em sua demanda por pura “incapacidade” de discussão e comprovação jurídica.

Em atenção ao resgate do equilíbrio da relação, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a inversão do ônus da prova como direito básico sempre que o fornecedor apresentar clara vantagem em relação ao consumidor.

Importante salientar que o referido código assim preceitua em atenção, especialmente, ao princípio constitucional da isonomia.

Nesse sentido, Amorim aponta que:

[...] o princípio da isonomia é aquele diretamente ligado à questão da inversão do ônus da prova, mas não exclui o fato de que nesta matéria incide também outros princípios tais como o da razoabilidade, afinal, não é razoável obrigar o consumidor hipossuficiente a produzir provas suficientes capazes de comprovar a veracidade de suas alegações, sob pena de restar prejudicada a ação diante da impossibilidade de fazê-lo. A dignidade da pessoa humana é fundamento Constitucional do Brasil e, como exemplificado anteriormente, pode ser facilmente violada dentro de relações de consumo. Não se trata apenas de dano material ou moral, mas sim do mínimo necessário para se viver com dignidade, e, resguardadas as devidas proporções, um bem adquirido com defeito, ou um serviço básico mal prestado não resultam em mera inconveniência, e sim no prejuízo direto à dignidade da pessoa humana e à Constituição em sua totalidade. (AMORIM, 2012, s/p).

2.2. Dos requisitos para a consagração da inversão do ônus da prova e do momento adequado para a sua efetivação

Há uma tendência doutrinária em classificar os requisitos para a consagração da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor conforme critérios objetivos e subjetivos. Não é unanimidade, mas tendo em vista o lado didático e prático da explanação, optou-se por segui-lo.

Sob essa óptica o chamado critério objetivo é a própria hipossuficiência do consumidor. No mais das vezes esta é entendida como falta de condições financeiras para custear o processo.

Tendo em vista isso, a Constituição Federal, no art. 5º, LXXIV, consagrou a assistência jurídica gratuita, custeada pelo Estado, aos que se enquadrarem como pobres na forma da lei.

Acontece que nas relações de consumo, o entendido por hipossuficiente deve ser alargado, abarcando também a questão da falta de preparo e conhecimento técnico para discutir em juízo certos assuntos.

Sobre isso Watanabe aponta que:

Numa relação de consumo [...] a situação do fabricante é de evidente vantagem, pois somente ele tem pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo, e por isso está em melhores condições de demonstrar a inoccorrência do vício de fabricação. A situação do consumidor é de manifesta vulnerabilidade, independentemente de sua situação econômica. [...] Foi precisamente em razão dessas situações, enquadradas no conceito amplo de hipossuficiência, que o legislador estabeleceu a inversão do ônus da prova, para facilitar a tutela jurisdicional do consumidor. (WATANABE, 2007, p. 794).

Resta incontestável que em alguns aspectos a própria produção de provas pelo consumidor resta prejudicada pela falta de capacidade para tanto. E, aqui, está a razão para denominar a hipossuficiência como requisito objetivo. Não são levados em consideração aspectos como condição social, qualificação escolar, e, tão só a vulnerabilidade real para produzir provas.

Amorim aduz que:

E não há o que discutir a respeito da capacidade de produção de provas quando, por exemplo, é obrigação legal do fornecedor manter seus livros de contabilidade pelo período de cinco anos, sob pena de incorrer em infração tributária, portanto, é mais provável que este fornecedor tenha como comprovar que a venda de determinado produto foi há tanto tempo que o bem já perdeu sua garantia, a querer que o consumidor, ainda que seja sua obrigação, tenha guardado por anos todos os comprovantes das compras efetuadas. (AMORIM, 2012, s/p).

O critério subjetivo é a verossimilhança das alegações feitas pelo autor. Ou seja, o alegado pelo autor precisa ter “aparência” e adequação com a realidade para que seja determinada a inversão do ônus da prova.

Saran aponta que:

Para sua avaliação não basta, é verdade, a boa redação da petição inicial ou qualquer outra. Não se trata apenas do bom uso da técnica de argumentação que muitos profissionais têm. Isto é, não basta relatar fatos e conecta-los logicamente ao direito, de modo a produzir uma boa peça exordial. É necessário que da narrativa decorra verossimilhança tal que naquele momento da leitura, desde logo, possa-se aferir forte conteúdo persuasivo. E, já que se trata de medida extrema, deve o juiz aguardar a peça de defesa para verificar o grau de verossimilhança na relação com os elementos trazidos pela contestação. E é essa a teleologia da norma, uma vez que o final da proposição reforça, ao estabelecer que as bases são “as regras ordinárias de experiência”. Ou, em outros termos, terá o magistrado

de se servir dos elementos apresentados na composição do que usualmente é aceito como verossímil. (SARAN, 2012, s/p).

O critério é tido por subjetivo posto que restará a cargo do juiz, após tomar conhecimento dos fatos, pelo bom senso, decidir se há ou não verossimilhança para determinação da inversão do ônus da prova.

Por fim, percebe-se que ambos os requisitos ficam sujeito a análise do Magistrado, conforme determina o Código quando utiliza a expressão “a critério do Juiz”, contudo, ao contrário da hipossuficiência, que é clara numa relação de consumo, bastando ao Magistrado verificar se o consumidor, ante ao fornecedor, tem ou não melhores condições de produzir prova, a verossimilhança das alegações fica exclusivamente a mercê de como o Juiz compreenderá os fatos narrados. (AMORIM, 2012, s/p).

No que tange ao momento adequado para sua inversão do ônus da prova também não há uniformidade entre os especialistas.

Matos aponta que deve ser:

[...] no despacho saneador ou em outro momento que preceda a fase instrutória da causa, o magistrado deixe advertido às partes que a regra de inversão do ônus da prova poderá, eventualmente, ser aplicada no momento do julgamento final da ação. Com semelhante providência ficará definitivamente afastada a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa. (MATOS, 1993, s/p).

Amorim, por sua vez:

A regra de distribuição do ônus da prova é regra de juízo e a oportunidade de sua aplicação é o momento da sentença, após o magistrado analisar a qualidade da prova colhida, constatando se há falhas na atividade probatória das partes que conduzem à incerteza. Por ser norma de julgamento, qualquer conclusão sobre o ônus da prova não pode ser emitida antes de encerrada a fase instrutória, sob o risco de ser um pré-julgamento, parcial e prematuro. (AMORIM, 2012, s/p).

Carvalho aduz que:

Há o entendimento doutrinário contrário. João Batista de Almeida entende que o momento para o deferimento da inversão deverá ocorrer entre a propositura da ação e o despacho saneador, sob pena de prejuízo para a defesa do réu. Rizzatto observa que a polêmica em torno do momento processual para aplicação da regra da inversão do ônus da prova se dá em razão da falta de rigorismo lógico e teleológico do sistema processual instaurado pela Lei 8.078. E se opõe ao entendimento de que o momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova é no julgamento da causa, afirmando que esse pensamento está alinhado com a distribuição legal do ônus da prova que é uma regra que exprime certeza (art. 333, CPC). O processo fora da relação de consumo não exige que o juiz faça qualquer declaração a respeito da distribuição do gravame. Basta levá-lo em consideração no momento de julgar a demanda. Não existe surpresa

para as partes quanto a quem compete a produção da prova. Já a lei consumerista não expressa essa certeza, uma vez que a inversão prevista no art. 6º, VIII não é automática, fica à critério do juiz quando for verossímil a alegação ou se for hipossuficiente o consumidor. (CARVALHO, 2012, s/p).

Saran defende que:

O nosso entendimento é no sentido de que, nos casos que envolvam acidente de consumo, em concedendo o juiz ao autor consumidor os benefícios da justiça gratuita, com fulcro na Lei 1.060/50, seja suficiente para que o consumidor tenha proteção da lei, ou seja, os gastos com a produção das provas ficarão então a cargo do fornecedor. Esclarecemos, no entanto, que o momento em que o juiz irá avaliar a quem incumbia o ônus da prova, pode ser realizado até o momento da prolação da sentença, onde concluirá o magistrado, se a alegação do consumidor é verossímil, e então, dirá a quem caberia o ônus da prova. (SARAN, 2012, s/p).

O juiz deve se manifestar acerca dos requisitos objetivo e subjetivo para decretação da inversão do ônus da prova. Nesse sentido, parece mesmo ser o momento inicial, via despacho saneador, quando da análise da exordial para a decretação da inversão. Agindo assim qualquer das partes não poderá alegar o fator surpresa quando da decisão do magistrado.

O instituto processual da inversão serve para facilitar a defesa do consumidor e por consequência onerar a defesa do fornecedor. Este último tem o direito de saber, já que não existe uma certeza legal, se a incumbência do ônus da prova é sua, ou não, antes que se proceda a instrução e julgamento do processo. A apreciação da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor, como já foi examinado, não implicam num prejulgamento da lide posto que a verossimilhança é aparência da verdade, não exigindo a certeza da verdade, enquanto que a hipossuficiência é examinada através da capacidade técnica e informativa do consumidor, de suas deficiências neste campo para litigar com o fornecedor que por sua condição é detentor das técnicas. (CARVALHO, 2012, s/p).

A decisão inicial trará a ciência do réu de que este terá que desconstituir, em face da hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança das alegações, o alegado pelo autor – seja através da desconstituição da verdade ou da verificação de uma das causas excludentes de responsabilidades nos moldes do Código de Defesa do Consumidor.

Em tempo, no caso da responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova serve para retirar do autor a obrigação de provar o dano e nexo causal.

Retomando a argumentação quanto ao momento adequado, este tende a ser mesmo na fase inicial com o despacho saneador tendo em vista, inclusive, o

princípio da ampla defesa, indispensável ao melhor e mais justo deslinde processual.

Tal decisão é interlocutória, passível de agravo, e deve ser fundamentada sob pena de nulidade.

2.3. A inversão do ônus da prova e a sentença: do posicionamento jurisprudencial

Pela grande celeuma apresentada, pelo número considerável de doutrinadores que defendem a sentença como o momento oportuno para decretação da inversão do ônus da prova, passa-se brevemente a explicar as razões para tanto.

Nesse sentido, parte-se do pressuposto que as regras são inversão de julgamento da causa e, assim, só poderiam ser feitas após a instrução processual com a apresentação das provas.

Além disso, entendem que se o magistrado declarar a inversão antes da sentença haverá pré-julgamento de causa.

Humbert aponta que:

Para Nery, o ônus da prova é regra de juízo. Este renomado autor, ao manifestar-se acerca do tema em debate, afirma que a sentença é o melhor momento para a inversão. Sustenta este renomado jurista que "a parte que teve contra si invertido o ônus da prova (...) não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo non liquet quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova." No mesmo sentido, leciona Batista Lopes: "... é orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente". Conclui, ao final, que "... somente após o encerramento da instrução é que se deverá cogitar da aplicação da regra da inversão do ônus da prova. Nem poderá o fornecedor alegar surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente no texto legal". Aduzem, ademais, que ao se manifestar a respeito do ônus da prova anteriormente a sentença, poderia o magistrado incorrer em prejulgamento, parcial e prematuro. (HUMBERT, 2012, s/p, ênfases do original).

Alerta ainda, o autor citado, para a necessidade de observação do princípio da isonomia, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Entretanto, em que pesem todas as opiniões contrárias, a sentença não é o melhor momento para manifestação acerca da inversão e, sim, antes de iniciada a instrução para dar a certeza às partes de todas as medidas a serem adotadas a partir de então.

Resta claro, pelos ditames do art. 6º, VII, CDC, que a conduta defendida não ofende o direito a ampla defesa do fornecedor, posto que já alertado desde sempre pelo código da existência dessa possibilidade de inversão do ônus da prova. Sem contar que o fornecedor tem consciência de que é o detentor das informações técnicas e particulares do produto.

Humbert aponta que:

Se o demandado, fiando-se na suposição de que o juiz não inverterá as regras do ônus da prova em favor do demandante, é surpreendido com uma sentença desfavorável, deve creditar seu insucesso mais a um excesso de otimismo do que à hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa. (HUMBERT, 2012, s/p, ênfases do original).

Acerca do posicionamento da jurisprudência sobre a inversão do ônus da prova nas relações de consumo pode-se dizer que, no geral, versam sobre a necessidade de observação da hipossuficiência do consumidor e da existência da verossimilhança dos fatos alegados na peça inicial com a realidade do homem médio.

É de encontrar um significativo número de julgados acerca do momento exato para a fixação da inversão.

Já dito anteriormente que na doutrina a questão não é pacífica e tal tem seus reflexos juntos aos tribunais.

Campos aponta que:

O Superior Tribunal de Justiça ainda não chegou a uma jurisprudência pacífica acerca do momento processual correto para a decretação da inversão do ônus da prova. Em concordância com a corrente que defende a decretação da inversão na instrução processual: PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MOMENTO OPORTUNO - NO MOMENTO DA SENTENÇA - PRETENDIDA REFORMA – ACOLHIMENTO - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. - A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida. (grifo nosso) (REsp 881651. 2006/0194606-6. Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. QUARTA TURMA. DJ 21/05/2007 p. 592.). (CAMPOS, 2012, s/p).

De outra forma, é possível encontrar julgados que apontam para a inversão do ônus da prova como regra de julgamento.

Pelo brevemente exposto, resta evidenciado que ainda há necessidade efetiva de posicionamento jurisprudencial acerca da obrigação ou não do magistrado se decidir *ex officio* sobre os requisitos do ônus da prova.

3. A QUESTÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA: CONCEITO E MODALIDADES

A abordagem dos direitos do consumidor, realmente, ganhou novo e importante enfoque quando do surgimento do Código de Defesa do Consumidor com a Lei nº. 8.078/90, posto pontuou àqueles de maneira direta, objetiva e acessível a todos, nos moldes do art. 6º, que assim reza:

CDC. Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

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:

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. (BRASIL, 2012d, ênfases acrescidas).

Dentre toda a gama não exaustiva de direitos elencados o que mais chamou a atenção da jurisprudência, da doutrina e dos que militam na área consumerista, foi certamente o trazido pelo inciso VIII do artigo transcrito: a inversão do ônus da prova quando o consumidor se mostrar hipossuficiente.

Certo que o termo hipossuficiente é muito vago, dando margens a várias interpretações. Souza aponta que:

O dispositivo legal onde o novo conceito foi inserido, é cheio de indagações, tendo merecido diversos estudos e interpretações jurisprudenciais. A Ciência do Direito, cujo instrumento maior é a palavra escrita, deve procurar definir, em detalhes e com limites estreitos, os conceitos de que faz uso, de molde a evitar interpretações e aplicações distorcidas; na medida do possível e do desejável, cada conceito jurídico deve servir a uma utilidade prática, perfeitamente identificável e definida pelo operador do Direito e útil ao destinatário final da norma. (SOUZA, 2012, s/p).

Buscando apoio nos ensinamentos de Plácido e Silva, “hipossuficiente é aquele que tem direito à assistência judiciária”. (PLÁCIDO & SILVA, 2006, p.681).

Complementando a ideia, Viana bem explica:

Hipossuficiência é uma situação que determina a falta de suficiência para realizar ou praticar algum ato, ou seja, é uma situação de inferioridade que indica uma falta de capacidade para realizar algo. [...] Sendo assim, entende-se por Consumidor Hipossuficiente aquele que se encontra em situação de impotência ou de inferioridade na relação de consumo, ou seja, está em desvantagem em relação ao fornecedor, decorrente da falta de condições de produzir as provas em seu favor ou comprovar a veracidade do fato constitutivo de seu direito. (VIANA, 2012, s/p).

Nota-se que o termo traz a noção de que o hipossuficiente é aquele que de alguma maneira está em desvantagem em alguma relação. No caso, no Direito do Consumidor, a desvantagem está basicamente consubstanciada na possibilidade de produzir provas em prol do requerido judicialmente.

É importante salientar que essa defesa facilitada é reflexo direto do trazido pelo texto constitucional quando alça como direito fundamental a obrigação do Estado em assistir juridicamente àqueles que não tiverem recursos para tanto.

Por certo que há necessidade de comprovação do estado de pobreza, por assim dizer e, aqui, a Lei nº. 1.060/50 veio definir as pessoas que podem ter acesso à tal benefício, por assim dizer:

Lei nº. 1.060/50. Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. (BRASIL, 2012e).

Certo que houve alargamento do entendido por concessão de assistência judiciária.

A CF/88 a previu, mas de uma maneira muito direta e que não atendia aos anseios visualizados pelo constituinte. Assim, a doutrina começou a pontuar a necessidade de evolução para que ocorresse assistência mais ampla, integral.

Pierri esclarece que:

[...] a assistência jurídica engloba a assistência judiciária, sendo ainda mais ampla que esta, por envolver também serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um programa de informação a toda comunidade. (PIERRI, 2012, s/p).

Em linhas objetivas, significa que agora há obrigação estatal em acompanhar o cidadão em todas as esferas, concedendo orientação na fase pré-processual, esclarecimentos e mecanismos de atuação quando da lide.

Souza aponta que:

O art. 134 da Constituição Federal de 1988, ao considerar a Defensoria Pública como uma das “funções essenciais da Justiça”, dispôs que a ela cabe a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º. LXXIV”. A atribuição de “orientação jurídica” é espectro maior do que simplesmente participar em processos judiciais; pretende a Constituição, através dos órgão da Defensoria Pública, colocar à disposição do cidadão necessitado, todas as informações necessárias e indispensáveis a que o mesmo se realize enquanto sujeito de direitos em uma ordem jurídica democrática. O papel da Defensoria Pública, ao prestar “orientação jurídica” é ativo, dando ao dispositivo constitucional que prevê a “assistência jurídica integral”, plena e completa eficácia em prol do necessitado. (SOUZA, 2012, s/p).

Certo que a CF/88 não fala em hipossuficiência e, sim, em necessitado. Entretanto, nenhum apego formal pode ser suficiente para afastar o benefício aqui tratado.

A ideia de hipossuficiente traz uma tendência equivocada de associação à falta de recursos financeiros, até por que a própria CF/88 traz que haverá necessidade de comprovação de insuficiência de recursos para fazer *jus* ao benefício da assistência jurídica integral.

É incontestável a realidade dos altos custos processuais no Brasil. Prosseguir como uma demanda judicial requer, de fato, dinheiro, seja com advogados, seja com as próprias custas e emolumentos, por assim dizer.

Miranda aponta que:

[...] a assistência jurídica integral e o benefício da justiça gratuita são direitos constitucionalmente garantidos a qualquer cidadão que “comprove insuficiência de recursos”, a condição de hipossuficiente depende do preenchimento de requisitos materiais, legais e processuais, não constituindo garantia processual e nem direito subjetivo da parte assistida juridicamente por órgão da Defensoria Pública. Não basta ter reconhecida a condição de “necessitado” (Lei 1.060/50, 2º par. un.), para também ser reconhecida a condição qualificada de “hipossuficiente”. (MIRANDA, 1987, p. 614).

3.1. A hipossuficiência do Direito do Consumidor e suas modalidades

Diante da complexidade das relações, do desmembramento do processo de produção imprimido pela globalização, da falta de conhecimento propriamente dito, o entendido por hipossuficiente ganha contornos específicos no Direito do Consumidor.

Tendo em vista a dificuldade de acesso para comprovação do requerido é que a lei previu a chamada inversão do ônus da prova partindo como pressuposto que o consumidor é hipossuficiente por natureza. Entenda-se que aqui, muito mais que questão financeira, há referência a hipossuficiência técnica.

Para que tal “benefício” seja concedido é preciso que haja relação de consumo nos termos do CDC, com a presença do fornecedor e do consumidor, além do objeto da relação firmada ser um produto ou serviço oferecido indistintamente no mercado. Frise-se que o consumidor é tipo por hipossuficiente apenas no âmbito

processual quando do deslinde das provas para melhor possibilitar o sucesso do pleito, por assim dizer.

A hipossuficiência se apreende apenas dentro da relação processual, após a verificação da condição das partes litigantes e do objeto material do litígio; nem todo consumidor é hipossuficiente, embora possa ser “necessitado”; mas o hipossuficiente tem que ser antes um consumidor. A existência de uma demanda onde se discuta alguma relação de consumo, portanto, é pressuposto básico para se perquirir sobre o reconhecimento da condição da parte como hipossuficiente. (SOUZA, 2012, s/p).

A situação é muito peculiar às relações de consumo não ocorrendo nas outras esferas processuais. Entretanto não há expressamente disposição em contrário nesse sentido, até por que, entende-se que a hipossuficiência e a consequente inversão do ônus da prova como desdobramento normal do princípio da isonomia.

Dando prosseguimento à argumentação, existem, basicamente, três tipos de hipossuficiência (classificação doutrinária), quais sejam:

- hipossuficiência econômica;
- hipossuficiência técnica; e
- hipossuficiência jurídica.

Souza aponta que:

A hipossuficiência se apresenta como um conceito de direito material e não processual, embora somente possa ser averiguada dentro de uma relação jurídica processual. A hipossuficiência tem relação direta com as condições pessoais da parte consumidora, devendo ser perquirida junto às suas próprias condições de vida, ou seja, situação social, econômica e cultural, de molde a possibilitar o preenchimento do conceito. A investigação, no entanto, se desenvolve dentro do processo, inexistindo procedimento específico e autônomo que demonstre ao Juiz tal condição, valendo apenas para o fim de demonstrar ao julgador a existência de um dos elementos que autorizam o deferimento da inversão da carga probatória processual. (SOUZA, 2012, s/p).

Complementando a ideia Andrade assevera:

A doutrina, depois de algumas vacilações, passou a tender para um conceito ampliativo de hipossuficiência, abrangente não apenas da situação de insuficiência ou fraqueza econômica, mas de uma situação de inferioridade ou desvantagem em geral do consumidor perante o fornecedor. Hipossuficiente, de acordo com esse conceito mais amplo, seria o consumidor que, por razões de ordem econômica, social, cultural (dentre outras) tivesse grandes dificuldades de comprovar a veracidade de suas

alegações. Daí se poder falar em uma hipossuficiência econômica, social, cultural, etc. (ANDRADE, 2012, s/p).

Nesse contexto, a hipossuficiência econômica é aquela prevista em lei específica que trata do necessitado como sendo aquele que não tem dinheiro, por assim dizer, para engajar numa demanda jurídica sem prejuízo de seu sustento e de sua família. Aqui, as pessoas que se enquadrarem nos requisitos da lei tem o benefício da justiça gratuita assomado da assistência pela Defensoria Pública independentemente da condição de consumidor e do processo que se litiga.

A hipossuficiência técnica é a falta de qualificação e preparo do consumidor para entender e melhor se defender em juízo quando em questão algo específico. Tal desqualificação prejudica a possibilidade de trazer aos autos informações importante para a decisão do pleito

A hipossuficiência de informação (ou técnica) volta-se para as próprias condições pessoais da parte que não avalia o que seja relevante para a defesa de seus interesses, não compreendendo o valor deste ou daquele documento, da identificação de pessoas habilitadas a prestarem depoimentos em juízo, a carência de identificação de locais e situações que forneçam elementos de prova, a falta de cuidado na preservação de objetos de prova (v.g., documentos, prontuários, receitas, bens móveis, etc.). Tal deficiência gera evidentes dificuldades para o profissional encarregado de sua defesa, podendo, inclusive, conduzir à formulação de estratégia errada e fadada ao insucesso. (SOUZA, 2012, s/p).

No mesmo sentido, Soares:

[...] informação é um direito na seara consumerista que já vem desde a antiguidade, como nas Leis das XII Tábuas, que exigia do vendedor uma obrigação de transparência, determinando que este definisse as qualidades essenciais de seus produtos e proibindo-o de fazer publicidade mentirosa. De uma forma mais evoluída o princípio da informação exige que o consumidor seja informado em todos os aspectos que envolvem o ato de comprar, de adquirir bens ou serviços, para que este não venha a ser lesado quando desejar adquirir o bem da vida. Mas, para que este princípio venha a ser efetivo a população também precisa compreender as novas tecnologias, entender as necessidades que cada produto tem para o seu dia-a-dia. (SOARES, 2012, s/p).

O embasamento legal para abarcar a questão da falta de condições técnicas está nos dispositivos do próprio CDC, nas expressões ali espalhadas, e.g.:

a) parte vulnerável no mercado de consumo;

- b)** direito à educação e divulgação sobre o consumo adequado de produtos e serviços;
- c)** informação adequada sobre os diferentes produtos e serviços.

A questão de garantia à informação adequada é de suma importância para o resguardo dos direitos do consumidor, posto que o ajuda no recolhimento de provas para sua possível defesa em juízo.

É de se frisar que o direito à informação tem dois deságues básicos.

Um deles é a questão de garantir mesmo o acesso ao conhecimento mínimo para que o consumidor avalie se o produto e/ou serviço é de fato seguro e atende suas necessidades. A outra é a implicação processual consubstanciada na capacidade de recolher provas para possível demonstração em juízo.

Por fim, tem-se a hipossuficiência jurídica. No geral, os cidadãos comuns têm essa incapacidade, restando aos advogados a competência para tanto.

Souza aponta que:

A hipossuficiência jurídica, embora de maneira indireta, também apresenta relação direta com a hipossuficiência econômica da parte consumidora, posto que, seja através da intervenção deficiente do Estado, seja através da atuação particular do advogado, a atuação judicial do hipossuficiente se vê evidentemente prejudicada. A ocorrência da hipossuficiência jurídica na relação processual de consumo, não tem o condão de possibilitar ao Juiz proceder à substituição cogente do profissional que assiste à parte; pode, apenas, reconhecer de ofício, o direito à inversão do ônus da prova, mesmo que não requerido processualmente pela parte, como uma das manifestações de um “direito básico do consumidor”, que, no caso, se apresenta como “a facilitação da defesa de seus direitos” (Lei citada, art. 6º, VIII). (SOUZA, 2012, s/p).

Via de regra, é necessário a conjugação das três hipossuficiências, por assim dizer, para realmente taxar o consumidor como parte vulnerável. Isso por que quem se mostra carente financeiramente tem, perante a lei, reconhecimento da condição de necessitado. A hipossuficiência jurídica e técnica com a má informação implicam na intervenção do juiz para inversão do ônus da prova.

3.2. Da hipossuficiência técnica

É pacífico na doutrina que a hipossuficiência constante no Código de Defesa do Consumidor é a técnica.

O consumidor tem uma debilidade presumida nesse sentido por não ser o detentor das informações acerca da atividade desenvolvida pelo fornecedor. Trata-se, pois, já dito, do monopólio da informação.

O desembargador JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES aduz que não há que se confundir a hipossuficiência técnica com a hipossuficiência econômica esta última responsável pela concessão do benefício da gratuidade da Justiça enquanto que aquela tem a ver com “o leigo, o incauto, o inocente, aquele que por falta de cultura ou de experiência ordinária, se deixa ludibriar em contrato de consumo.” (PORTELA, 2012, s/p, ênfase do original).

Esse entendimento é o mais acertado na medida em que amplia o leque de possibilidades de defesa do consumidor em juízo, aumentando as chances de comprovação do alegado.

O conceito da hipossuficiência, pois, merece ser traçado, tendo por norte a finalidade da norma, qual seja, nos moldes do CDC, a facilitação da defesa do consumidor. Como ele não detém as informações necessárias, nada mais lógico, que tal encargo fique por conta do fornecedor / prestador de serviços.

Jorge esclarece que:

[...] a hipossuficiência técnica sai da esfera do aspecto puramente econômico e financeiro e adentra na seara da tecnicidade do objeto da relação de consumo, que tanto pode ser um produto quanto um serviço. É importante deixarmos claro, ainda, que nem sempre a hipossuficiência econômica acompanha a técnica, isto é, um consumidor pode ser considerado pelo juiz como hipossuficiente tecnicamente sem ser necessariamente hipossuficiente economicamente. Portanto, repita-se, sendo o consumidor hipossuficiente econômica ou tecnicamente, o juiz deverá inverter o ônus da prova a seu favor observando, inclusive, as regras ordinárias de experiência. (JORGE, 2012, s/p).

A facilitação, pois, da defesa, dos direitos do consumidor deve sempre prevalecer na interpretação reclamada após a alegação de hipossuficiência e requerimento da inversão do ônus da prova, especialmente, no aspecto técnico.

Por certo, nos casos em que não há nenhum indício de verossimilhança, não há inversão do ônus da prova e não há que se falar em hipossuficiência. Nesse sentido:

[...] ressalte-se que, uma vez preenchido ou constatado a existência de qualquer um dos requisitos supra estudados, o juiz deverá obrigatoriamente inverter o ônus da prova, ou seja, a inversão não afigura-se como uma mera faculdade do julgador, mas sim como obrigação que decorre diretamente da lei, *in casu*, do Código de Defesa do Consumidor. (JORGE, 2012, s/p).

Assim, nota-se que a hipossuficiência dispensa análise do tipo rico/ pobre, culto/ ignorante, em relação ao fornecedor, posto que o consumidor, presumivelmente, está em desvantagem face ao conhecimento da atividade/ produto daquele.

Andrade esclarece:

Por uma tal perspectiva, a hipossuficiência do consumidor pode decorrer do seu desconhecimento acerca de aspectos relacionados com a elaboração de produtos e a realização de serviços, ou, ainda, da extrema dificuldade de produzir prova relacionada com as fases da cadeia produtiva. O monopólio da informação por parte do fornecedor justifica a inversão da carga probatória. (ANDRADE, 2012, s/p).

A posição de fragilidade do consumidor decorre, já dito, em relação às informações e, assim, deve ser verificada no caso concreto.

A falta de conhecimentos técnicos sobre os produtos e/ou serviços, jogando o cidadão, embasado na boa-fé e confiança, aos “caprichos” do mercado, faz daquele realmente vulnerável.

Duarte e Brito apontam que:

Esta vulnerabilidade concretiza-se pelo fenômeno da complexidade do mundo moderno, que é ilimitada, impossibilitando o consumidor de possuir conhecimentos das propriedades, malefícios, e benefícios dos produtos e/ou serviços adquiridos diuturnamente. (DUARTE; BRITO, 2012, s/p).

Vê-se que o consumidor, na posição de vulnerabilidade, está, de fato, sem proteção alguma, posto não conseguir prever determinado vício ou defeito do produto ou serviço prestando, o que acaba por colocá-lo em posição de perigo frente a sua higidez física e/ou patrimonial.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor surgiu com intuito de diminuir a grande desigualdade existente, até então, nas relações de consumo, através da clara hipossuficiência do consumidor em promover sua defesa frente às grandes empresas.

Tal código, pois, trouxe importante mecanismo posto à disposição do juiz para efetivar o princípio da igualdade nos deslindes processuais que envolvam relações de consumo. Tal mecanismo é a própria inversão do ônus da prova.

Em demandas comuns, a cada parte compete alegar e fornecer elementos comprovantes do alegado. Entretanto, há situações em que tal regra é alterada em prol do princípio da igualdade, dando ensejo à inversão do ônus da prova.

Para aplicação da inversão deve o juiz observar a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor na construção de provas de seu direito. Acaso não haja tal contexto, a regra geral do Código de Processo Civil do ônus da prova deve ser aplicada.

A verossimilhança não implica necessidade de certeza da verdade e, sim, aparência de verdade nas alegações do autor – para tanto, por certo, a experiência e astúcia do magistrado hão de valer.

Nesse sentido, diante da problemática levantada, os objetivos geral e específicos, traçados introdutoriamente, foram alcançados.

A questão da hipossuficiência está, essencialmente, ligada ao aspecto técnico, isto é, na incapacidade de o consumidor levantar informações para comprovar o direito lesado, sendo bastante para a inversão do ônus da prova.

A ignorância inerente a quem não detém conhecimentos específicos acerca do produto e / ou serviço prestado acaba colocando em perigo a segurança física e patrimonial do indivíduo enquanto consumidor. Essa foi a preocupação do legislador e, assim, ao salvaguardar tais questões implantou a questão da inversão do ônus da prova na dinâmica processual brasileira.

Por certo que as condições econômicas podem, em tese, influenciar a capacidade técnica do consumidor: quanto mais instruído, maiores são as chances de produzir prova. Aqui, o magistrado deve, frise-se, diante de toda a sua

sagacidade, analisar o caso concreto para averiguar o grau verdadeiro de vulnerabilidade do consumidor na demanda posta.

Nota-se que a importância dos ditames do Código de Defesa do Consumidor é transparente posto que não visa tão só a constatação do direito subjetivo material e sim do prejuízo e insegurança advinda com a fragilidade daquele em provar o seu direito. Tal acarreta a própria inviabilidade no acesso ao Poder Judiciário pois impetrar ação sem possibilidade real de levantamento de prova, por extremo desequilíbrio na balança da justiça e em predominância à defesa do réu, é, de fato, o mesmo que não ingressar com ação alguma.

Por fim, pontua-se, pois, para evitar injustiças, o Código de Defesa do Consumidor não traçou parâmetros econômicos e, sim, técnicos. Nesse sentido, é a capacidade informativa do consumidor que vai decidir sobre a inversão ou não do ônus da prova. Cabendo ao juiz tal análise.

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Luís Carlos. O conceito de prova jurídica. Disponível em:<http://www.correioforense.com.br/noticia_pdf/id/26092/titulo/O_conceito_de_prova_juridica.html>. Acesso em: 25 ago. 2012.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; e SOUZA, James Marins de. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. São Paulo: Ed. RT, 1995.

AMORIM, Aureliano Albuquerque. A defesa do Consumidor e o Abuso do Poder Econômico. 10 ed., Goiânia – GO: Revista dos Tribunais, 2007.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor - O momento em que se opera a inversão e outras questões. Disponível em:<http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=3195>. Acesso em: 17 set. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2012a.

_____. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 25 ago. 2012b.

_____. Lei nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 set. 2012c.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 ago.2012d.

_____. Lei nº. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em: 11 set. 2012e.

CAMPOS, Aline Jéssica Ribeiro Cruz. O Direito do Consumidor e a inversão do ônus da prova: Estudo acerca da obrigação do Magistrado de analisar ex officio os requisitos para a inversão do ônus da prova. Disponível em: < Estudo acerca da obrigação do Magistrado de analisar ex officio os requisitos para a inversão do ônus da prova.>. Acesso em: 11 set. 2012.

CARVALHO, Micheline Maria Machado de. A inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor. Disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Processual_Civil/A_INVERSAO_DO_ONUS_DA_PROVA_NO.htm>. Acesso em: 25 ago. 2012.

DUARTE, Haroldo Augusto da Silva Teixeira; BRITO, Alírio Maciel Lima de. O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e conseqüências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8648>>. Acesso em: 23 out. 2012.

GAMA, Hélio Zaghetto. Curso de Direito do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HUMBERT, Georges Louis Hage. Inversão do ônus da prova no CDC: momento processual e adequação aos princípios constitucionais e processuais. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4939>>. Acesso em: 11 set. 2012.

MATOS, Cecília. **O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: USP, 1993.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº. 1 de 1969**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Processo Civil. Série Concursos Públicos. São Paulo: Método, 2007.

PIERRE, J. C.C. Diferenças entre assistência jurídica, assistência judiciária e assistência gratuita. Disponível em: <http://www.faa.edu.br/revista/v1_n1_art01.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

PORTELA, Rachel Gomes Ramos. Princípio da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor. Disponível em: <<http://www.avm.edu.br/monopdf/35/RACHEL%20GOMES%20RAMOS%20PORTELA.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2012.

SANTOS, Daniel Cuba dos. Inversão do ônus da prova. Disponível em:<
<http://www.marica.com.br/2007/1206drdaniel.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

SARAN, Maria Carolina Genaro. O ônus da prova e sua inversão no Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4986>>. Acesso em: 11 set. 2012.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Whelison Cerqueira. Princípios atinentes ao Direito do Consumidor. Disponível em:<
http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8959&revista_caderno=10>. Acesso em: 23 out.2012.

SOUZA, Rogério de Oliveira. Da hipossuficiência. Disponível em:<
http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca&groupId=10136>. Acesso em: 15 set. 2012.

VIANNA, Selma de Moura Galdino. O que se entende por Consumidor Hipossuficiente? Disponível em:<
http://www.lfg.com.br/artigo/20091013194210919_direito-do-consumidor_o-que-se-entende-por-consumidor-hipossuficiente-selma-de-moura-galdino-vianna.html>. Acesso em: 15 set. 2012.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** – Comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.