

DA HIPOSSUFICIÊNCIA

Rogério de Oliveira Souza
Desembargador/RJ

1. A hipossuficiência no sistema jurídico. 2. O assento constitucional. 3. Hipossuficiência e insuficiência de recursos. 4. A hipossuficiência e a relação de consumo. 5. As espécies de hipossuficiência. 6. A relevância da hipossuficiência de informação. 7. A conseqüência processual da hipossuficiência.

1. A hipossuficiência no sistema jurídico. O Sistema Jurídico Positivo Brasileiro recebeu o reforço de novo conceito jurídico-legal, trazido à baila pela Lei 8.078, de 11.09.1990, ao dispor no inciso VIII do art. 6^o, que “são direitos básicos do consumidor, 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”. 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.

Segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, a palavra hipossuficiente é composta pelos prefixos “hipo” e pelo substantivo “suficiente”, indicando seu significado: “diz-se de, ou pessoa que é economicamente fraca, que não é auto-suficiente”. O prefixo “hipo”, por si, significa “posição inferior”. Segundo o sentido lingüístico da palavra, portanto, a hipossuficiência relaciona-se às próprias condições econômicas da pessoa, situando-a em posição inferior dentro da sociedade.

2. O assento constitucional. A Constituição Federal, em seu art. 5^o, inciso LXXIV, estabelece como direito do cidadão a assistência jurídica, no seguinte termo: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A seu turno, a Lei 1.060, de 05.02.1950, definiu quem seja é “necessitado” para os fins de receber assistência jurídica prestada pelo Estado: “considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários e advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”. A lei federal veio regulamentar o parágrafo 35 do art. 141 da Constituição Federal de 1945, que estabelecia que “o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”¹. Posteriormente, com a Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional no. 1, o art. 153 dispôs no parágrafo 32 que “será concedida

¹ Pontes de Miranda, em comentário ao dispositivo constitucional, leciona que “a regra é bastante em si, self-executing, a despeito da alusão à “forma que a lei estabelecer”. Há direito subjetivo à assistência judiciária, pretensões e ações contra o Estado, conforme a percepção dos emolumentos, custas, taxas e selos (União, Estados-membros). Quer dizer: provada a miserabilidade, que é, na espécie, o não poder alguém pagar advogado, emolumentos, custas, taxas e selos, não podem os juizes deixar de processar e julgar os feitos” (cf. Comentários à Constituição Federal de 1946, Vol. III, pág. 373, Libreria Boffoni, Rio de Janeiro, 1947).

assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”². A nível constitucional, houve uma evolução e um alargamento da intervenção dos Poderes do Estado ao lado do necessitado, passando da concessão de uma “assistência judiciária” à “prestação de assistência jurídica integral”. O Estado deixou para trás a posição de simplesmente oferecer assistência judiciária para verdadeiramente encarregar-se, por si, de prestar efetiva e integralmente, assistência jurídica; deixou para trás a assistência judiciária, limitada à própria atuação processual, para assistir ao cidadão jurídica e integralmente em toda a sua vida de relação, ou seja, fornecendo-lhe informações, meios e instrumentos próprios na atuação de seus direitos e não apenas por meio do processo judicial³. Embora o dispositivo constitucional atual não traga qualquer referência à hipossuficiência, a matiz remota do conceito situa-se na condição de necessitado.

3. Hipossuficiência e insuficiência de recursos. Em todas as intervenções legislativas relacionadas ao tema da hipossuficiência, pode-se apreender, com facilidade, uma ligação umbilical que o legislador constitucional e infra-constitucional faz do direito de acesso à Justiça com as condições econômicas da pessoa. Apenas terá “assistência jurídica integral” (CF, 5º LXXIV) aquele que “comprovar insuficiência de recursos”; essa insuficiência de recursos diz respeito a impossibilidade de suportar as despesas com a contratação de advogado, as custas do processo (CPC, 19) e quaisquer gastos relacionados com a atuação em Juízo ou fora dele na defesa ou afirmação de direitos. É “instituto pré-processual”, na lição de Pontes de Miranda, não sendo indispensável a existência de processo judicial para o seu reconhecimento.

Enquanto 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”.

4. A hipossuficiência e a relação de consumo. A hipossuficiência possibilita à parte reconhecida como hipossuficiente, o

² Mais uma vez, Pontes de Miranda comenta o dispositivo: “assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo. Para o deferimento ou indeferimento do benefício da justiça gratuita é competente o juiz da causa. Para a assistência judiciária, a lei de organização judiciária é que determina qual o juiz competente” (cf. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda no. 1 de 1969, Tomo V, pág. 641/624, Forense, Rio de Janeiro, 1987).

³ 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.

exercício de um “direito básico” do consumidor, qual seja, a inversão do ônus da prova. A hipossuficiência somente tem existência e aplicação em processos judiciais onde se discuta alguma relação de consumo, ou seja, aquela onde estão presentes um “consumidor” (Lei 8.078/90, 2º) e um “fornecedor” (idem, 3º), e o objeto da relação jurídica existente entre os mesmos seja um produto ou serviço oferecido indistintamente no mercado. 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 quer 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. Até o momento, o legislador não previu tal situação em outras relações processuais ou materiais; embora não haja vedação constitucional ou legal para tanto, é de se considerar que a hipossuficiência tem por escopo garantir o princípio de igualdade entre as partes no processo, tratando desigualmente partes que são desiguais em suas condições pessoais de existência, como por exemplo, uma grande empresa e um consumidor de residente em bairros populares.

5. As espécies de hipossuficiência. A hipossuficiência deve ser analisada sob três aspectos: a hipossuficiência econômica, a hipossuficiência de informação (ou técnica) e a hipossuficiência jurídica. 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.

Sob o primeiro aspecto, existe correlação entre o conceito de hipossuficiência e de necessitado, conforme previsto na Lei 1.050/60, posto que se refere à parte, considerada como consumidor, que não dispõe dos meios econômicos próprios e suficientes para prover às despesas do processo sem prejuízo do sustento de si e de sua família. Desta forma, ao deferir à parte consumidora a assistência judiciária (através de órgão estatal ou privado, ou profissional particular, incumbido da defesa de seus interesses em juízo) e conceder-lhe a gratuidade de justiça, o Juiz também já reconheceu sua condição de hipossuficiente econômico, preenchendo parte de um dos requisitos previstos no inc. VIII do art. 6º da Lei 8.078/90⁴.

⁴ “Em relação ao elemento consistente na hipossuficiência do consumidor, há de se ter em consideração sua realidade social (*rectius*, econômica), com projeção imediata em suas condições processuais de produzir a prova da alegação. A hipossuficiência, assim, tem origem no reconhecimento da existência de verdadeira desigualdade sócio-econômico entre as partes no processo. Esta desigualdade há de ser tal que os meios postos à disposição do consumidor para se desincumbir da produção da prova de sua alegação, se revelam de difícil aquisição, seja por dificuldades patrimoniais (locomoção, condução de testemunhas, honorários periciais, etc.), seja por assistência judiciária desprovida dos mesmos recursos disponíveis à outra parte (contratação de peritos, juntada de documentos, confecção de plantas, visita a locais, etc.). A hipossuficiência tem natureza extra-processual, assentada na realidade sócio-econômica do

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. A hipossuficiência técnica tem relação direta com a capacidade individual da parte consumidora em prover informações de cunho relevante ao processo, gerando incerteza quanto ao reconhecimento do direito pleiteado. A hipossuficiência técnica se apresenta como conseqüência inarredável das próprias condições econômicas a que se sujeita a parte consumidora em sua vida de relação, impossibilitando-a de adquirir conhecimentos mínimos sobre o direito que pleiteia. A base legal do reconhecimento da hipossuficiência de informação (ou técnica) situa-se no próprio Código do Consumidor, ao estabelecer como princípio, que o consumidor é a “parte vulnerável no mercado de consumo” (art. 4º, I), que o mesmo tem direito à “educação e informação (...) quanto aos seus direitos e deveres” (id., IV), elencando, ainda, dentre os seus “direitos básicos”, a “educação e divulgação sobre o consumo adequado de produtos e serviços” (art. 6º, II), “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços” (id., III), e “proteção contra a publicidade enganosa” e outras práticas comerciais ilícitas (ib., IV). Este direito básico à “informação adequada” garante ao consumidor, em razão de sua vulnerabilidade, o reconhecimento da hipossuficiência técnica na identificação dos elementos de prova necessários à defesa de seus interesses. Somente o consumidor bem informado, isto é, com informação adequada sobre o produto ou serviço objeto da demanda, pode proporcionar elementos de prova hábeis à defesa de seus direitos; o consumidor mal informado, seja em razão de sua hipossuficiência econômica, seja em razão de ofensa aos seus direitos de informação, se apresenta como hipossuficiente técnico, fazendo jus ao reconhecimento pleno de sua condição protetiva. O direito a informação adequada se apresenta, assim, sob duplo aspecto: material e processual, voltando o primeiro para o conhecimento mínimo razoável sobre o produto ou serviço fornecido e, o segundo, para a identificação de elementos de prova indispensáveis à propositura de eventual demanda; se o primeiro é mal

consumidor: reconhece o legislador que o consumidor que integra as camadas populares da sociedade, cujo acesso à Justiça é dificultado por diversas circunstâncias que se encontram antes e fora do processo, há de receber tratamento diferenciado quanto ao ônus da produção da prova de suas alegações. A hipossuficiência tratada pelo legislador é aquela concernente às condições sócio-econômicas do consumidor, gerando impossibilidade ou dificuldades jurídico-processuais no que diz respeito ao ônus probatório. Em tese, não haveria “hipossuficiência jurídica”, posto que o advogado ou o defensor público que atende ao consumidor se encontra nas mesmas condições profissionais que o grande advogado que representa o potente econômico réu. A hipossuficiência jurídica nasce das parcas condições sócio-econômicas do consumidor para prover os meios necessários à aquisição e produção das provas de seu interesse; tal dificuldade, evidentemente, não existe para a instituição bancária, financeira ou econômica com quem contende no processo, cujos recursos são superiores em grau acentuado àqueles do consumidor considerado hipossuficiente” (cf. Rogerio de Oliveira Souza, Da Inversão do Ônus da Prova, Revista EMERJ, no. 3, Vol. 12, Rio de Janeiro, 2000).

compreendido pelo consumidor, gerará dificuldades enormes na própria defesa do direito em Juízo.

Por último, apresenta-se a hipossuficiência jurídica, onde a parte consumidora é assistida por profissional de baixa qualificação ou mal qualificado para o exercício de seu mister, proporcionando a apresentação deficiente ou inaproveitável da demanda judicial (CPC, 295), desincumbindo-se de maneira desidiosa ou imperita sobre os elementos do processo (partes, pedido, provas, recursos), ensejando uma assistência jurídica imperfeita para os fins de proteção do consumidor. 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 prova⁵, 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). É evidente que tal medida apenas se dará no caso de a demanda chegar a bom termo, isto é, até a fase probatória, sendo de pouca valia se a petição inicial for indeferida.

A condição de hipossuficiente, em princípio, somente pode ser reconhecida à parte consumidora, se presente esta tripla manifestação, posto que, embora a hipossuficiência econômica possa, na maioria das vezes, ensejar a ocorrência da hipossuficiência técnica e jurídica, tal encadeamento lógico não é inevitável. A parte consumidora pobre, mal informada e má assistida, é evidentemente hipossuficiente, para os fins do art. 6º inc. VIII da Lei 8.078/90 (devendo, então, ser analisada a verossimilhança de sua alegação). A hipossuficiência econômica, por si, garante apenas o reconhecimento da condição de “necessitado”, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei 1.060/50, não sendo bastante para ser considerado hipossuficiente para os fins protetivos do Código do Consumidor. A hipossuficiência jurídica, a seu turno, garante à parte consumidora a intervenção oportuna do Juiz, no sentido de determinar a inversão do ônus da prova, a seu favor, mesmo que não requerida pelo profissional que assiste a assiste.

6. A relevância da hipossuficiência de informação. A hipossuficiência de informação (ou técnica), portanto, se afigura como elemento mestre na decisão quanto à hipossuficiência, posto que poderá levar a demanda ao insucesso, em razão da falta de informação relevante (falta de conhecimento) sobre os fatos necessários à demanda.

Na sociedade moderna, onde a rapidez e complexidade da informação se impõe a todos os consumidores, não se pode negar que grande parte da população, mormente aquela integrante das camadas mais pobres, apresenta grande dificuldade em entender o real significado das informações

⁵ O conceito de hipossuficiência, conforme estabelecido na legislação de consumo, integra, como elemento constitutivo, o direito básico do consumidor de obter a inversão do ônus de produzir a prova de sua alegação; por si, não é suficiente ao tratamento protetivo, impondo também o reconhecimento de suas alegações são “verossímeis”. (cf. Rogerio de Oliveira Souza, ob. cit.).

que lhe vem ter às mãos. A dificuldade tem origem na própria formação escolar, deficiente ou inexistente, onde o consumidor apenas “desenha” o nome, ao invés de escrevê-lo. Não sabe o que é “bula” de remédio; não entende espanhol ou inglês, língua dos manuais de utilização dos eletrodomésticos ou brinquedos que adquire; não sabe seguir os “passos” para a utilização da rede inumerável de máquinas eletrônicas bancárias, de supermercados, etc., que é colocada à sua disposição para o uso diário e cotidiano. Além disso, a contratação de serviços (bancários, de financiamento, de saúde, etc.) pressupõe a leitura de instrumentos longos, confusos e ininteligíveis ao interessado que, premido pela necessidade, aquiesce aos seus termos sem o seu pleno conhecimento ou entendimento. A incidência de erro – derivado da ignorância ou do conhecimento deficiente – é grande, gerando conseqüências patrimoniais e emocionais negativas para o consumidor.

Ao garantir o direito à “informação adequada” (Lei 8.078, art. 6º, II, III e IV), o legislador teve sua atenção voltada para a grande massa de consumidores que constitui a maioria esmagadora do mercado de consumo, formado por pessoas de baixa ou nenhuma instrução ou capacidade de compreensão, mas que, ao mesmo tempo, adquire e consome produtos e serviços por toda a sua vida. A capacidade do consumidor em compreender o produto ou serviço que gerou a demanda judicial, desta forma, se revela como indicador mestre ao Juiz para o reconhecimento de sua condição de hipossuficiente frente ao fornecedor, devendo ser apreciada no caso concreto. Por exemplo, o engenheiro necessitado juridicamente (hipossuficiente econômico), que adquire este ou aquele material para servir à sua casa, deve, presumivelmente, conhecer suas características intrínsecas e extrínsecas, não podendo, ao cabo, alegar que o mesmo não atendia às especificações que apresentava; diversamente se dá quando o morador de uma comunidade carente adquire determinado produto de beleza que promete o “rejuvenescimento dos cabelos” e os mesmos vem a cair, porque o shampoo não podia ser utilizado em cabelos tais ou quais. A atenção do legislador, assim, está dirigida para a proteção do consumidor enquanto sujeito receptor da devida informação sobre o produto ou o serviço consumido; se a informação é adequadamente apreendida, o consumidor não pode requerer seja reconhecida sua hipossuficiência, sob este aspecto.

A hipossuficiência de informação conduz, quase sempre, ao reconhecimento da hipossuficiência; não basta ser pobre e ser assistido juridicamente; imprescindível que a informação recebida pelo consumidor tenha sido adequada e que o mesmo tenha condições pessoais de entender o direito que pretende exercer. Na falta destes elementos, o consumidor faz jus ao reconhecimento de sua condição carente de uma maior proteção processual. A preocupação do fornecedor quanto à qualidade da informação prestada deve ser diretamente proporcional às próprias condições pessoais do consumidor: quanto mais carente, melhor e mais compreensível deve ser a informação concernente ao produto ou ao serviço a ele dirigido. O dano causado pelo produto ou pelo serviço e que seja deduzido em Juízo, assim, estará diretamente ligado às condições do consumidor na apreensão e compreensão das informações recebidas pelo fornecedor (v.g., a utilização de um bujão de gás, a troca de lâmpadas, a utilização de determinado remédio, etc.).

7. A consequência processual da hipossuficiência. A solução encontrada pelo legislador constitucional⁶ e ordinário⁷ foi, reconhecendo a “vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, estabelecer “direitos básicos”, dentre os quais, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive, com o 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”. A verificação pelo Juiz da condição de hipossuficiência da parte consumidora, em sua tripla manifestação, impõe ao mesmo que se detenha na análise da verossimilhança de suas alegações, a fim de, concluindo pela afirmativa, reconhecer seu direito à inversão do ônus da prova, “a seu favor”.

Desta forma, para a constituição do direito à inversão do ônus da prova, a condição de hipossuficiência se apresenta como um de seus elementos, ao lado da verossimilhança da alegação.

A finalidade precípua da condição de hipossuficiente da parte consumidora, portanto, é restabelecer sua igualdade jurídico-processual na defesa de seus interesses frente ao fornecedor. O fornecedor detém o controle da produção ou da prestação do serviço, para os efeitos legais (embora possa não ser, efetivamente, o produtor), conhecendo o processo de produção em sua inteireza. A ele cabe prover o consumidor com toda a informação adequada, nutrindo-o com o conhecimento das características intrínsecas e extrínsecas do produto ou do serviço, de molde a que o consumidor, ao adquirir este ou aquele produto ou serviço, esteja, efetivamente, exercendo sua vontade na realização de uma finalidade que atende aos seus interesses. Se a informação prestada é deficiente ou não é compreendida por seu destinatário final ou o produto ou serviço não preenche a finalidade para o qual foi posto ao consumo, o consumidor se encontra em posição inferior, frente ao fornecedor, na defesa de seu direito. O reconhecimento da hipossuficiência apenas recoloca as partes frente à frente no mesmo nível processual, não significando nenhuma vantagem para o consumidor, mas apenas, um restabelecimento da igualdade entre as partes no processo, que, em caso contrário, seriam tratadas desigualmente.

A relevância da hipossuficiência se dirige, notadamente, para o processo, possibilitando que o consumidor tenha invertido, a seu favor, o ônus da prova de suas alegações. De pouca valia seria o novel conceito jurídico, se a relação entre consumidor e fornecedor não fosse deduzida em Juízo, permanecendo apenas produzindo seus efeitos entre pessoas privadas, sem a intervenção do Estado, através do juiz. A hipossuficiência (junto com a verossimilhança da alegação) tem o condão de impor ao fornecedor a demonstração de que a alegação formulada pelo consumidor não é verdadeira ou não é totalmente verdadeira. Se o consumidor não fosse reconhecido como hipossuficiente, restaria inalterada a disposição geral quanto ao ônus da prova, prevista no art. 333, I do Código de Processo Civil.

Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 18 de julho de 2008.

⁶ Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e art. 170, inc. V: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor”.

⁷ Lei 8.078/90, art. 4º e 6º (Código de Defesa do Consumidor).

