
TRANSGÊNICOS E VULNERABILIDADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR: O DIREITO DE SER INFORMADO

TRANSGENICS AND VULNERABILITY IN CONSUMER LAW: THE RIGHT TO BE INFORMED

Ana Paula Myszczuk¹

Frederico Eduardo Zenedin Glitz²

RESUMO: O sistema brasileiro de proteção ao consumidor é regido pelo princípio da vulnerabilidade e adota, entre outros mecanismos de equalização, a figura da hipossuficiência. Frequentemente confundidos, tais conceitos são distintos e merecem análise detalhada. São hoje, ainda mais relevantes se levarmos em conta os avanços da biotecnologia. Nesta medida um importante paço é assegurar o direito a informação ao consumidor, exposto a relações de consumo que envolvam organismos geneticamente alterados.

Palavras Chave: Consumidor; Vulnerabilidade; Hipossuficiência; Transgênicos.

ABSTRACT: The Brazilian consumer protection is governed by the principle of vulnerability and adopt, among other mechanisms of equalization, the figure of hipossuficiência. Often confused, these concepts are distinct and deserve detailed analysis. They are today even more relevant if we take into account the advances in biotechnology. Thus, an important measure is ensure the right information to the consumer exposed to consumer relations involving genetically modified organisms.

Keywords: Quote by right time; Constitutionals Principles; Criminal Procudure; Criminal Reform.

INTRODUÇÃO

As atuais relações contratuais parecem demonstrar a complexidade de uma “nova” lógica de trocas. Nelas, outros objetos são transformados em prestações negociáveis. São eles “fantasmas” que surgem a demandar tutela jurídica e exigir reconhecimento.

Neste sentido, um dos dilemas que se apresentam é o “regime jurídico” atinente aos organismos geneticamente modificados. A questão é, ainda, mais relevante quando tratamos

¹ Advogada. Graduada em Licenciatura em História (1993) e Bacharelado em Direito (1999), ambos pela UEPG. Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC-PR (2003). Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR (2008). Professora da Faculdade Metropolitana de Curitiba - FAMEC e da Faculdade de Estudos Sociais do Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa em Sustentabilidade da UNIBRASIL e dos estudos do Co-Extra (Co-existence and Traceability) no Brasil. E-mail: anapaulamy@yahoo.com.br.

² Advogado. Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais (UFPR); Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (IBEJ); Professor UNIBRASIL. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Positivo (UP). Professor convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR e da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Membro do grupo de estudos em Direito empresarial da UFPR. Membro do Grupo de Pesquisa em Sustentabilidade da UNIBRASIL e dos estudos do Co-Extra (Co-existence and Traceability) no Brasil. E-mail: fglitz@gmail.com.

de relações contratuais realizadas entre “não-iguais”, nas quais não há equilíbrio necessário nos poderes de barganha, acesso ao conhecimento, manejo de instrumentos ou, estratégia de mercado.

Para os fins do presente artigo, limitar-nos-emos a análise dos casos em que o consumidor pode ser sujeito de relações biotecnológicas. Relações essas em que, necessariamente, não se tem acesso completo às informações necessárias a fundar uma escolha consciente.

Neste tocante será necessária a compreensão de como a tutela do direito a informação é abrangido pela legislação consumerista brasileira e, dentre seus instrumentos, quais os mecanismos consagrados a tutelar o sujeito vulnerável.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº 8.078/1990) foi elaborado a partir do princípio da proteção ao consumidor, tal como havia sido determinado pelo texto constitucional (artigo 170, V). Trata-se, portanto, de instrumento de proteção jurídica do consumidor frente aos fornecedores.

A opção do legislador brasileiro parece ter sido tutelar a relação jurídica de consumo, lastreando-a, forçosamente, no princípio da boa-fé objetiva. Para implementar tal disposição, define a figura do “consumidor” como toda pessoa física ou jurídica e/ou toda a coletividade de pessoas que adquiram ou utilizem produtos ou serviços como destinatários finais. Perceba-se, desde já, que em tal conceituação resta evidente a tutela da vulnerabilidade. Define, igualmente, a figura do “fornecedor”, como toda pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, bem como os entes despersonalizados, que exerçam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços³.

Para operar a proteção ao consumidor, o Código parte do pressuposto de que ele é a parte vulnerável nesta relação contratual. A tutela, então, do consumidor não teria aspecto paternalista, mas seria forma de preservar o equilíbrio negocial por meio da promoção de instrumentos de equalização. Em outros termos, assume o papel de promoção da justiça contratual.

Juridicamente, portanto, a tutela do consumidor parte da atribuição de uma qualidade intrínseca e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, isto é, o reconhecimento de sua vulnerabilidade. Partindo deste reconhecimento, o Código estabelece uma série de direitos ao consumidor que facilitem garantam e facilitem esta proteção. Entre estas se encontra a tutela do consumidor hipossuficiente.

³ Conforme redação dos artigos 2º e 3º do CDC.

Os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, embora muito utilizados como sinônimos apresentam diferentes feições.

Deste modo, o presente trabalho pretende realizar algumas diferenciações no conceito, características e objetivos de cada um destes institutos, utilizado como base o que dispões o art. 4, I e o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-os às discussões envolvendo os organismos geneticamente alterados.

Da Vulnerabilidade Do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, estabeleceu uma política nacional para as relações de consumo, enumerando uma série de princípios protetivos ao consumidor, que norteariam todo o disposto no Código⁴. Esta política é um instrumento que visa equilibrar os interesses de consumidores e fornecedores, preocupando-se com o atendimento das necessidades daqueles e a transparência e harmonia das relações de consumo. Dentre estes princípios, um dos mais importantes é o do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor⁵.

Segundo escreve Almeida (1993, p.11, 15), o princípio da vulnerabilidade é considerado a “espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre que se assenta toda a linha filosófica do movimento” consumerista. Reflete este autor:

A primeira justificativa para o surgimento da tutela do consumidor, segundo entendemos, esta assentada no reconhecimento de sua vulnerabilidade nas relações de consumo.

[...]

É facilmente reconhecível que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo. A começar pela própria definição, de que consumidores são os que não dispõem de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes. Para satisfazer suas necessidades de consumo, é inevitável que ele compareça ao mercado e, nessas ocasiões, submeta-se às condições que lhe são impostas pela outra parte, o fornecedor.

⁴ Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde, segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios...

⁵ Os demais princípios enumerados neste artigo são: ação governamental no sentido de proteger o consumidor, harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores, educação e informação, controle da qualidade e mecanismos de atendimento e mecanismos de solução alternativa de conflitos de consumo, coibição de abusos no mercado, racionalização e melhoria dos serviços públicos e estudo das modificações do mercado.

Em conclusão complementa:

Há um certo paralelismo entre o empregado e o consumidor. Está ocorrendo com a defesa do consumidor o mesmo fenômeno vivido há cinquenta anos, quando surgiu a tutela do empregado nas relações de trabalho: é que tal tutela só foi possível e se tornou real após o reconhecimento da situação de fragilidade e dependência econômica do empregado em face do empregador. O mesmo está ocorrendo agora no que respeita ao consumidor, ou seja, do reconhecimento de sua vulnerabilidade está nascendo a tutela legal. (ALMEIDA, 1993, p.17).

O consumidor é considerado vulnerável por ter facilmente limitada a sua livre manifestação de vontade. Isto é especialmente verdade no que se refere à escolha de suas prioridades e necessidades, tendo-se em vista todos os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços⁶.

Pasqualotto (1991, p. 49) caracteriza em síntese a relação de consumo, sob o ponto de vista de suas partes,

de um lado, situa-se o fornecedor de bens e serviços, geralmente materializado numa empresa, estruturada não somente para atender a sua finalidade precípua, como apta a prover o resguardo dos seus interesses comerciais, seja através de ações adrede concebidas, inseridas na sua própria estratégia mercadológica, seja através de recursos diversos, que vão desde o poder de barganha até departamentos jurídicos especializados. De outro lado, o consumidor, geralmente uma pessoa física isolada, desconhecadora dos seus próprios direitos ou impossibilitada de acioná-los, impotente diante da lesão aos seus interesses legítimos, confrontada com a necessidade de consumir bens imprescindíveis à sua própria existência e dignidade.

Tais mecanismos de convencimento e de manipulação que incidem, diariamente, sobre o consumidor são variados e acabam por criar representações fetalizadas da vida, que induzem o consumidor a considerá-las reais, tornando-o vulnerável, fazendo-o necessitar de proteção legal⁷.

Filomeno, comentando o Código de Defesa do Consumidor, afirma que no âmbito da tutela especial, efetivamente, o consumidor “é sem dúvida a parte mais vulnerável, se tiver em

conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou

⁶ Neste sentido é o entendimento jurisprudencial: CONTRATO – prestação de serviço – rescisão – ajuizamento por consumidor – alegação de ter sido induzido em erro, através de agressiva estratégia de marketing – artigo 4º inciso I, do Código de Defesa do Consumidor – ônus da prova em contrário que cabia ao réu – artigo 6º, inciso VIII, do mesmo Código – Recurso provido. (AC 262.603-2, São Paulo, apelante: Rodolfo Roberto Alves de Almeida, apelada: JK Viagens e Turismo Ltda.).

⁷ O CDC proíbe, em seu artigo 37, toda a publicidade enganosa ou abusiva. A publicidade enganosa é aquela que informa incorretamente o consumidor sobre um produto ou serviço. Abusiva é a publicidade que se excede despropositadamente e de forma contrária aos critérios de igualdade de determinada conduta reconhecida como lícita.

seja, sobre o que produzir, como produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro” (GRINOVER et al., 1998, p. 46).

Conforme escreve Almeida, há um consenso no mundo ocidental sobre a vulnerabilidade do consumidor, “já tendo a ONU se pronunciado sobre este assunto, na resolução 29/248 de 10.04.85⁸, reconhecendo que os consumidores se deparam com vários desequilíbrios o que conflita com o direito de acesso a produtos e serviços seguros e inofensivos” (ALMEIDA, 1993, p. 16).

O conceito do que seja a vulnerabilidade do consumidor abrange diversos enfoques como o econômico, técnico-profissional e jurídico. O consumidor é vulnerável economicamente, pois os possuidores dos meios de produção – fornecedores - detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o produzir, como produzir, para quem produzir e as taxas de lucro utilizadas. Neste sentido, expõe Amarante (1997, p.15-16):

O poderio econômico da parte mais forte evolui no desequilíbrio da força contratual, que dita condições, faz prevalecerem interesses egoístas, contrata sem combate, mascarando os privilégios e assegurando-lhe a eficiência e a rentabilidade.

[...]

Comprovadamente exposto aos fenômenos econômicos, tais como a industrialização, a produção em série e a massificação, assim como vitimado pela desigualdade de informações, pela questão dos produtos defeituoso e perigosos, pelos efeitos sobre a vontade e a liberdade, o consumidor acaba lesionado na sua integridade econômica e na sua integridade físico-psíquica, daí emergindo como vigoroso ideal a estabilidade e a segurança, o grande anseio de protegê-lo e colocá-lo em equilíbrio nas relações de consumo.

A vulnerabilidade técnico-profissional do consumidor surge da falta destes conhecimentos específicos sobre determinado ramo de atividade ou serviço. Note-se, ademais, que tal falta de acesso fica ainda mais evidente quando são analisam os desenvolvimentos biotecnológicos. Isto é especialmente sensível se pensarmos em termos de utilização de organismos geneticamente modificados na alimentação animal e humana e na falta de divulgação ou acesso às conseqüências disso.

⁸ Resolução adotada pela assembléia Geral (ONU):

Normas para a proteção do consumidor – Objetivos:

1. Levando em consideração os interesses e as necessidades dos consumidores em todos os países, particularmente os países em desenvolvimento; reconhecendo que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo; e tendo em mente que consumidores tem o direito de acesso a produtos inofensivos, assim como o direito de elaborar um desenvolvimento econômico e social justo, eqüitativo e duradouro, essas normas para a proteção do consumidor tem o seguintes objetivos: [...]

Conforme Bonatto e Moraes (1999, p.44), “cada área de conhecimento já possui naturalmente suas peculiaridades, somente sendo oportunizado ao estudioso específico de determinada matéria o domínio integral das causas, conceitos e conseqüências dos fenômenos passíveis de ocorrência nesta área”. Se imaginarmos a quantidade de invenções que povoam o dia a dia das sociedades humanas, ter-se-á noção do quão variados são os bens criados pelo homem e a vulnerabilidade científica dos consumidores. Concluem os autores que o vulnerável-consumidor, “não tem como ser equiparado aos fornecedores de produtos e serviços também por este aspecto, pois estes detêm os conhecimentos técnicos e profissionais específicos atinentes às suas atividades, o que induz à óbvia aceitação de que o consumidor deve ser protegido.”

Outro enfoque sob o qual pode ser analisada a vulnerabilidade do consumidor é jurídico. A sociedade de consumo inaugura um novo tipo de contratação, a de massa, nas quais se inserem os contratos de e por adesão⁹. No contexto desta nova realidade, os fornecedores se valem dos contratos por adesão, que pela complexidade, tecnicidade, falta de clareza e transparência, dificultam a manifestação de vontade livre e consciente do consumidor¹⁰, fazendo surgir a necessidade de proteção legal. Uma dessas formas de tutela é a imposição, ao fornecedor, do dever de informação sobre a composição de um determinado alimento. Poder-se-ia exemplificar este tipo de situação na exigência de que conste do rótulo de alimentos geneticamente modificados a figura do triângulo amarelo de advertência.

Importante salientar que o reconhecimento da vulnerabilidade independe do nível econômico, social ou intelectual do consumidor. Também não admite prova em contrário, não é questionável e não pode ser suprida, uma vez que é um princípio e não uma presunção legal. É uma qualidade intrínseca, peculiar, ingênita, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor. Na verdade se admite, mesmo, que aqueles que não são consumidores *lato sensu* (art. 2º do CDC) possam, demonstrando sua vulnerabilidade, receber a proteção prevista naquela legislação (art. 29 do CDC).

Deve-se frisar, ainda, que a o princípio da vulnerabilidade do consumidor tem natureza jurídica de direito material, que busca evidenciar o significado daquela situação em que alguém se encontra frágil ou fraco em relação a uma situação ou alguém.

Na lição de Silva (1994, p. 84), a palavra princípio exprime uma noção de “mandamento nuclear de um sistema”, nos quais confluem valores e bens eleitos pelo legislador, cons-

⁹ Contratos de adesão são aqueles onde os aderentes não podem rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão. Contratos por adesão são aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente.

¹⁰ O CDC, no art. 54, determina que os contratos de adesão sejam escritos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a sua compreensão pelo consumidor.

tituindo-se em preceito básico da organização do sistema e a matriz de todas as outras normas constantes de lei.

Neste diapasão, o princípio da vulnerabilidade do consumidor é um dos pilares do Código de Defesa do Consumidor, que serve de base para todo o sistema, sendo uma diretriz orientadora para a consecução dos objetivos colimados por este e sua adoção implica em considerar o consumidor como centro do universo jurídico e que esta vulnerabilidade impossibilita a redução do consumidor à condição de mero objeto do mercado ou dos fornecedores. É uma diretriz material para a identificação de direitos implícitos, seja de cunho defensivo ou prestacional, funcionando como um limitador das atividades dos fornecedores¹¹. Constitui-se não só numa garantia de que o consumidor não será objeto de manipulação que o reduzam a condição de objeto, mas também, num dever de pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo e/ou da coletividade.

Enfim, é um princípio que embasa os posicionamentos jurídicos subjetivos, isto é, as normas definidoras dos direitos, garantias e deveres constantes do Código de Defesa do Consumidor, sendo decorrente dos princípios gerais da atividade econômica estabelecidos no art. 170, V da Constituição Federal de 1988. É parâmetro para sua aplicação, interpretação e integração do código.

Por fim, cumpre destacar que o princípio da vulnerabilidade apresenta-se consubstanciado, principalmente nos artigos: 6º, VIII – que possibilita a inversão do ônus da prova -; 12, 13 e 14 - que disciplina a responsabilidade dos fornecedores em danos por acidente de consumo-; 38 - que determina necessidade de informações verdadeiras na publicidade -; 39, IV - proteção do consumidor mais fraco contra práticas abusivas -; 46 - que desobriga o consumidor quando da imposição de contratos de que não tenham conhecimento prévio -; 47 - que impõe o critério de interpretação em favor do consumidor das cláusulas contratuais -; 48 - que obriga o cumprimento dos escritos -; e 51 § 4º - que confere competência do MP para postular contra cláusulas potestativas nos contratos.

DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR

De acordo com o exposto no item anterior, o Código de Defesa do Consumidor visa equilibrar a relação contratual existente entre fornecedor e consumidor.

¹¹ PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR – indenização por acidente de trânsito – sentença condenatória prolatada em favor do consumidor – intervenção de terceiro que impossibilita a consecução imediata do direito material do consumidor – enaltecimento do princípio da vulnerabilidade. Não deve ser admitida a intervenção de terceiro quando já proferida a sentença, na medida em que a anulação do processo, para permitir o chamamento da seguradora, acabaria por retardar o feito, prejudicando o consumidor, o que contraria o escopo do sistema de proteção do consumidor. (AGA 184616/RJ; agravo Regimental no Agravo de Instrumento – 1998/0025532-0).

Para tanto, estabeleceu uma série de direitos básicos ao consumidor¹², entre os quais - artigo 6º, VIII - o da facilitação da defesa de seus direitos, no qual se insere a possibilidade de inversão do ônus probatório.

Caldeira explica que para se entender o porquê da inversão do ônus da prova, mister se faz aludir ao caput e o inciso I do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹³, que estabelece o princípio da isonomia. Escreve:

A fim de atender ao princípio da isonomia, foi que o código de Defesa do Consumidor adotou vários mecanismos destinados a colocar o consumidor em posição de igualdade com o fornecedor, numa busca desenfreada à igualdade real – e não só formal. Primeiro passo, foi o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor [...]. Entrementes, o reconhecimento da fraqueza do consumidor perante o fornecedor, ante uma relação jurídica não se fazia suficiente para a implementação do princípio da isonomia. Era necessário, ainda, um tratamento desigual diante de uma relação processual. Assim, o Código estatuiu, como um dos direitos básicos do consumidor, o direito à facilitação da defesa, sendo certo que, para tanto, possibilitou a inversão do ônus da prova como meio mais viável de atingir essa facilitação. (CALDEIRA, 2001, p. 169).

Conclui-se que o objetivo de se instituir a possibilidade de inversão do ônus da prova é, não só colocar o consumidor em igualdade com o fornecedor, mas garantir-lhe uma efetiva e adequada proteção processual.

¹² 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 especificações corretas de quantidades, 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, 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.

¹³ 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 seguintes termos:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

Moreira (1998, p. 135-136) afirma que a possibilidade de inversão do ônus da prova consiste em atribuir ao consumidor uma vantagem processual, consubstanciada na dispensa do ônus de provar determinado fato, o qual sem a inversão deveria demonstrar; transferindo o encargo de provar que os fatos não aconteceram, ao fornecedor. Deste modo a inversão significa isenção de ônus para o consumidor e criação de ônus probatório ao fornecedor.

Esta possibilidade fica evidente quando se trabalha com relações de consumo cujo objeto é o desenvolvimento biotecnológico. Como se poderia exigir do consumidor a demonstração de elementos tecnológicos que, na maior parte das hipóteses, sequer compreenda. Imagine-se, por exemplo, a necessidade de se demonstrar a existência de vício em relação à qualidade do produto (por exemplo, pela ausência de informação sobre a presença de transgenia) ou, mesmo, a de que tal tipo de produto pode ser o responsável por uma determinada alergia que tenha sido desenvolvida.

Esta inversão, porém, não é se dá de forma automática e só pode ser concedida, a critério do juiz, em duas situações processuais específicas: quando for verossímil¹⁴ a alegação do consumidor, ou quando este for hipossuficiente¹⁵.

Caldeira afirma que não há consenso na doutrina e jurisprudência¹⁶ sobre a extensão do conceito de hipossuficiência, sendo que esta pode ser entendida ora como econômica, ora como técnica ou englobando os dois enfoques. Criticando a visão que a restringe ao enfoque econômico, analisa a autora:

O reconhecimento da hipossuficiência com base no poderio econômico é tão absurda,

¹⁴ Carlos Roberto Barbosa Moreira, no artigo aqui citado, explica que a verossimilhança assenta-se num juízo de probabilidade, que resulta da análise dos motivos que lhe são favoráveis e desfavoráveis, que aumentam ou diminuem conforme prevalece de um ou outro. Estará este juízo autorizado quando formar, pelo material probatório à sua disposição no processo, um juízo de probabilidade que se lhe afigure provavelmente verdadeira a alegação do consumidor.

¹⁵ É o entendimento jurisprudencial:

1. CORREÇÃO MONETÁRIA – prestação - casa própria – SFH – aplicação – plano de equivalência salarial – vinculação, vencimento – categoria profissional – necessidade – apreciação do contrato – favorecimento do mutuário. Ementa: (...) a denominada inversão do ônus probandi a que se refere o inciso VIII do ar. 6º do CDC, fica subordinada ao critério do juiz quando provável ou quando hipossuficiente o consumidor, segundo regras ordinárias de experiência. Depende, portanto, de circunstâncias concretas a serem apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor (...). (RESP 85521 –PR, RESP 77788-SC (STJ))

2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – publicidade enganosa – indenização – ônus da prova – inversão – artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor – Inaplicabilidade, tendo em vista a falta de verossimilhança na alegação e de hipossuficiência do consumidor – recurso não provido. (AC 238.799-2, São Paulo, apelante: Luciana Buchmann freire, apelada: Cia. Territorial e de Turismo de São Francisco dos Campos do Jordão)

¹⁶ Entende a jurisprudência a hipossuficiência:

1. PROVA – ônus – inversão – hipossuficiência de consumidor – artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor – recurso não provido. Acórdão: (...) “Consta de fls. 162 declaração de pobreza firmada, pela ré, para obtenção de benefícios de justiça gratuita, o que enseja crer que é hipossuficiente” (AC 254.767-2, São Paulo, apelante: Associação de Médicos de São Paulo - Consulta Assistência Médica e Cirúrgica S.C. Ltda., apelada: Maria Romão Naveiro Parondi).

2. ÔNUS DA PROVA – hipossuficiência – Código de Defesa do Consumidor – a inversão do ônus da prova é um direito do consumidor de acordo com o art. 6º, VII, da lei 8.078/90. O conceito de hipossuficiência econômica ou técnica não permite subjetividades tendentes a informação da regra cogente, de modo que a circunstância de ser médico não autoriza, por só, concluir-se que o consumidor conheça mecânica de automóvel, simples ou de luxo. (TAMG – Acórdão: 0243161-6 – 1º Câmara Cível – Relator: Juiz Nepomuceno Silva).

quanto insustentável. Primeiramente, precisamos saber se se trata de economicamente fraco em relação ao fornecedor ou em relação ao processo. Sim, pois, para beneficiar o “pobre” não seria necessária a inversão, bastaria a determinação judicial de que o fornecedor arcaisse com eventuais custos para a produção de provas, tais como as periciais, o que, diga-se, não é ônus para fins de aferição de provas. (CALDEIRA, 2001, p. 174-175).

Gidi questionando quando o consumidor pode ser considerado hipossuficiente observa “que o principal aspecto que desponta no contexto da inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor, no que diz respeito a produção probatória, está na desigualdade que existe quanto à detenção dos conhecimentos técnicos inerente à atividade deste”. Conclui, então, que a hipossuficiência está relacionada com a falta de conhecimentos técnicos específicos da área de atividade do fornecedor. Tomando em conta este aspecto da hipossuficiência, reflete sobre os limites de possibilidades da inversão do ônus da prova:

Assim, se está correto que a hipossuficiência do consumidor é relacionada com a falta de conhecimentos técnicos específicos da atividade do fornecedor, afigura-se de clareza meridiana que somente em relação a tais conhecimentos é legítima a inversão do ônus da prova

É preciso, como se vê, haver uma correlação racional entre a diferença que existe especificamente entre consumidor e fornecedor, e o efeito benéfico concedido pelo ordenamento. Caso contrário, a afronta ao princípio da igualdade das partes será manifesta.

[...]

Assim postas as coisas, no amplo espectro de fatos jurídicos que exigem prova por parte do consumidor-autor, como a existência do dano, o montante do prejuízo, o nexo de causalidade, a culpa (nos casos de responsabilidade subjetiva), e mesmo a efetiva ocorrência de fato ilícito, nem todos poderão ser objeto de inversão do ônus da prova. Somente aqueles fatos diretamente relacionados com a hipossuficiência do consumidor ensejam a inversão legítima do ônus da prova. (GIDI, 1996, p. 35-37).

Sansone (2002, p. 154) destaca que a hipossuficiência “muito tem a ver com a impossibilidade de o consumidor provar algo a seu favor; ou por não dispor de conhecimento técnico necessário para a produção de tal prova, ou por não encontrar e deter meios para melhor demonstrá-la”. Comenta a autora:

a inversão, todavia, não se configura ônus excessivo ao fornecedor, justamente porque, se ela for decretada, significa ser o consumidor hipossuficiente, por outro lado, ser o fornecedor capaz de produzir provas, se elas existirem, beneficiando-se do seu próprio conhecimento técnico e utilizando os meios que usa na sua atividade profissional.

Sobre a extensão do conceito, Moreira (1998, p. 143) entende que este “deve ser elaborado a partir da finalidade da norma, que é de tornar mais fácil, no campo específico da instrução, a defesa dos direitos do consumidor”. No que se refere ao aspecto puramente econômico, argumenta que, embora não comungue do entendimento que a hipossuficiência se equivale à mera ausência de recursos financeiros, reconhece que, em muitos casos, configurada a condição de juridicamente necessitado, estará esta caracterizada quando a prova depender de gastos não cobertos pela isenção dada pela justiça gratuita¹⁷.

Dos vários conceitos de hipossuficiência acima expostos, pode-se concluir que, embora este inclua o aspecto econômico, que o objetivo deste instituto no Código não é só o de proteger a parte economicamente mais fraca, mas garantir a todo o consumidor, seja qual for seu nível econômico, o amplo acesso à justiça, através de uma tutela jurisdicional efetiva e adequada à defesa de seus direitos.

Em consonância com os princípios do Código, visa o equilíbrio contratual, e não, apenas, econômico, entre o consumidor e fornecedor. Conforme conclui Caldeira (2001, p.175), a possibilidade de inversão do ônus da prova, quando caracterizada a hipossuficiência, “visa auxiliar aquele que não tem condições sequer de dialogar com o fornecedor, pois não entende ou nada sabe sobre o produto, não tendo subsídios para realizar provas que comprove o seu direito”.

TRANSGÊNICOS: O DEVER DE INFORMAR

Decorrente efetiva do princípio da vulnerabilidade é o dever de informação incido a qualquer relação de consumo. Nas relações de consumo envolvendo organismos geneticamente modificados, este dever é decorrente estrita do princípio da boa-fé objetiva e da legislação atualmente em vigor.

Estranhamente, contudo, recentemente, foi aprovado, pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, o projeto de Lei nº 4.148/2008 que altera a redação da Lei nº 11.105/2005 sobre as normas de segurança de organismos geneticamente

¹⁷ A Lei 1.060/50 estabelece os critérios e os limites da justiça gratuita. Diz o artigo 3º desta lei:

“A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios, ou contra o poder público estadual, nos estados;

V - dos honorários de advogados e peritos.

alterados (OGMs). O referido projeto havia sido apensado a outro (PL nº 5.848/2005) cuja redação foi considerada inconstitucional. A justificativa para a alteração legislativa é a correta informação do consumidor, em consonância com a legislação já existente, evitando-se a “politicização” da discussão e a utilização da rotulagem como forma de “contra propaganda”.

A atual redação da Lei nº 11.105/2005, contudo, já prevê, em seu artigo 40, que os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal contenham a informação sobre a presença ou não de organismos geneticamente alterados. Condiciona, contudo, a rotulagem a posterior regulamento. Interessante notar que já havia regulamentação a respeito (Decreto nº 4.680/2003).

Em grande medida, contudo, a ausência de eventual regulamentação sobre rotulagem não desobrigaria o fornecedor de prestar a mais completa e adequada informação sobre os ingredientes dos produtos que comercializa. Eis afirmação que se sustentaria não apenas no princípio da boa-fé objetiva (transparência, lealdade e informação), mas igualmente no princípio da vulnerabilidade.

Note-se, por exemplo, que a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) consagra o dever de informação como princípio basilar da política nacional das relações de consumo (art. 4º, IV) e como direito básico do consumidor (art. 6º, III). Quanto a este último aspecto, aliás, o dispositivo é amplo o suficiente para permitir supor que este dever abrange as especificidades dos alimentos produzidos a partir de OGMs (vide os termos “características”, “composição”, “qualidade” e “riscos”). Parece claro, portanto, que, sob qualquer análise, seja sobre os percentuais utilizados na elaboração do produto, seja sobre os eventuais riscos à saúde, deve o fornecedor prover as indispensáveis informações.

Não bastasse esta interpretação, o mesmo CDC prevê o dever de o fornecedor manter (e disponibilizar em interpretação sistêmica) dados técnicos e científicos que sustentem a publicidade que veicular (art. 36, parágrafo único). Sendo certo, ainda, que qualquer publicidade omissa possa ser considerada enganosa (art. 37, §§1º e 3º).

Poder-se-ia, nesta medida, indagar quais as conseqüências do eventual desrespeito a tais disposições. Ao lado das conseqüências cíveis, por exemplo, indenização pelos danos causados ou pela quebra do dever de boa-fé (objetiva, ligada a informação), o próprio CDC prevê sanções administrativas para tal omissão (multas e proibições de comercialização) e sanções penais (art. 66, detenção e multa).

Em certa medida, então, parece injustificada a redação proposta para os §§ 2º e 3º do art. 40 da Lei nº 11.105/2005. Isso porque, segundo o mencionado Projeto de Lei, a informação

sobre a ausência de OGMs estaria condicionada à existência de similares “transgênicos” e a comprovação por análise específica daquela condição. Para, além disso, propõe-se que toda e qualquer regulamentação sobre informação esteja condicionada ao disposto na redação projetada.

Ora, admitindo-se que tal redação seja aprovada definitivamente, estar-se-ia diante de verdadeira inversão da lógica de proteção ao consumidor e de ampliação de sua consciência, educação e consumo responsável. Isso porque negar ou limitar ao consumidor a informação sobre o conteúdo dos alimentos que consome não contribui para seu esclarecimento ou evita a “politização” da rotulagem. Se há receio de que os produtores de alimentos que utilizem OGMs sejam prejudicados, eis tutela a ser realizada em sede de direito concorrencial.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor tem a finalidade de equilibrar as relações contratuais entre consumidores e fornecedores. Reconhece que o consumidor é a parte mais fraca desta relação e, por isto, busca protegê-lo.

Este tipo de tutela é extremamente importante em tempos em que as relações de consumo também estão sujeitas aos rigores das inovações tecnológicas. É fato que há descolamento do conhecimento tecnológico e a capacidade cognitiva do consumidor. Este nem sempre é capaz de compreender as conseqüências de seus hábitos de consumo e, mesmo, se determinado produto ou serviço possa vir a ser danoso à sua saúde.

Para efetivar esta proteção parte-se do princípio de que todo e qualquer consumidor – pobre ou rico, culto ou ignorante, pessoa física ou jurídica, indivíduo ou coletividade – é vulnerável, ou seja, pode ter sua livre e consciente manifestação de vontade atacada pelas práticas comerciais, pela ausência de conhecimento e pela vedação ao acesso à informação. Este reconhecimento é o que embasa e justifica a existência do sistema protetivo ao consumo, servindo de norte para as normas por ele estabelecidas.

Com o escopo de proteger o consumidor é que foram conferidos seus direitos básicos, dentro os quais está o da facilitação da defesa de seus direitos, através de tutela jurisdicional efetiva e adequada, o que possibilita a inversão do ônus da prova quando o consumidor é hipossuficiente.

Neste contexto verifica-se que a vulnerabilidade é uma característica geral de todos os consumidores. Já a hipossuficiência é uma condição específica de um determinado

consumidor(es) que não têm condições, econômica ou técnica, de fazer prova de seu direito.

Diferenciando estes dois institutos escreve Arruda Alvin et al. (1991, p. 45):

a vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência que é a característica restrita aos consumidores que além de presumivelmente vulneráveis, vêem-se agravados nesta situação por sua individual condição de carência cultural, material ou, como ocorre com frequência, ambas.

Benjamin diferencia os institutos de forma diferente:

O consumidor é reconhecidamente vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I). só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permita avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes. (apud GRINOVER et al., 1998, p. 300).

A vulnerabilidade é uma condição material e geral imposta pela lei. Já a hipossuficiência é matéria meramente processual, analisada exclusivamente para fins de inversão de ônus da prova. Sobre estas diferenças argumenta Caldeira (2001, p.176):

a condição de vulnerável é imposta ao consumidor por determinação legal, isto é, todos são vulneráveis porque assim manda a lei. Trata-se de uma presunção legal absoluta, não admitindo prova em contrário. Aliás, justamente por ser o consumidor vulnerável, a parte fraca da relação, é que se sentiu a necessidade de uma legislação que equilibrasse esta situação de desvantagem.

Já a hipossuficiência é uma condição a mais, ou seja, há consumidores que, além de vulneráveis, possuem um plus, que os torna mais vulnerável ainda, deixando-os impossibilitados de realizar a prova dos fatos constitutivos de seus direitos.

Neste último caso, é o juiz quem decidirá se o consumidor - pessoa física ou jurídica - é ou não hipossuficiente, conforme as peculiaridades do caso concreto, bem como as alegações do autor, sendo certo que, reconhecida tal condição, esta beneficiará o consumidor apenas no que diz respeito à facilitação de sua defesa, sendo-lhe concedida a inversão do ônus da prova. Ou seja, a hipossuficiência não é requisito determinante da condição do consumidor, serve, apenas, para efeito de prova.

Por fim, a vulnerabilidade é um princípio admitido pelo Código de Defesa do Consumidor. É um ponto de partida para o estabelecimento e interpretação das normas neste contidas. É um limitador das atividades dos fornecedores, não pode ser suprido ou afastado. De outro

modo, a hipossuficiência é um juiz, uma conclusão à que se chega, analisando-se as características individuais de um consumidor. É um benefício legal, que pode ser suprido e revogado.

Embora sejam institutos diferentes, vulnerabilidade e hipossuficiência têm um traço em comum: são dispositivos utilizados pelo Código de Defesa do Consumidor para a proteção, garantia e efetivação dos direitos do consumidor.

Em se tratando de relações de consumo que envolvam organismos geneticamente modificados, o dever de adequada informação (instrumento de proteção da vulnerabilidade) e o mecanismo da hipossuficiência representam efetiva forma de tutela do consumidor, para além de regulamentações casuísticas e de interesses meramente econômicos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1993.
- AMARANTE, Maria Cecília Nunes. Justiça ou equidade nas relações de consumo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.
- ARRUDA ALVIM, João Manuel et al. Código do consumidor comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do consumidor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Questões controvertidas no Código de defesa do Consumidor. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Inversão do ônus da prova. Revista de direito do Consumidor, São Paulo, n. 38, p. 169, 2001.
- CARVALHO, Sylvio Vicente de. O direito do consumidor. Porto alegre: Sagra Luzzatto Editores, 1997.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 13, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, p. 135-136, 1998.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 666, p.48-53, 1991.

SANSONE, Priscila David. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 40, p. 154, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

RECEBIDO: 05/11/2010

APROVADO: 03/12/2010