

A HIPERVULNERABILIDADE COMO CRITÉRIO PARA A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Hypervulnerability as a criterion for the application of the Code of Consumer Protection

João Ricardo Bet Viegas*

RESUMO

Observando a sociedade envolvida pelo consumo, determinados segmentos, por suas peculiaridades próprias, apresentam-se em situação de intensificada fragilidade. A partir de retomada histórica da formação da sociedade de consumo e da nova ordem de mercado, objetiva-se compreender a evolução da proteção do consumidor nesse contexto. Diante da alteração nas interações no mercado, o presente estudo busca discutir se é possível enxergar uma segunda fase na trajetória consumerista no Brasil a partir da diferenciação entre peculiaridades de determinados grupos de consumidores. Nesse contexto, pretende-se analisar qual a relação entre a consolidação da hipervulnerabilidade e a manutenção da efetividade do Direito do Consumidor no país, observando quais as consequências de se promover tal reconhecimento e a decorrência no caso de afastá-lo.

PALAVRAS-CHAVE

Direito. Consumidor. Hipervulnerabilidade.

ABSTRACT

Observing the society involved in consumption, certain segments, due to their own peculiarities, are in a situation of increased fragility. Based on the historical recovery of the formation of the consumer society and the new market order, the objective is to understand the evolution of consumer protection in this context. Faced with the change in market interactions, the present study seeks to discuss whether it is possible to see a second phase in the consumerist trajectory in Brazil from the differentiation between peculiarities of certain groups of consumers. In this context, it is intended to analyze the relationship between the consolidation of hypervulnerability and the maintenance of the effectiveness of Consumer Law in the country, noting the consequences of promoting such recognition and the consequence in case of dismissing it.

KEYWORDS

Law. Consumer. Hypervulnerability

SUMÁRIO

Introdução. 1. A trajetória consumerista no Brasil. 2. Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade do consumidor. Considerações finais. Referências.

REFERÊNCIA: BET VIEGAS, João Ricardo. A Hipervulnerabilidade como critério para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 4, n. 1, Porto Alegre, p. 73-91, jun. 2019.

INTRODUÇÃO

A presente reflexão tem por norte a análise da hipervulnerabilidade como um critério de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Indissociável do contexto econômico-social e de suas constantes alterações, o Direito do Consumidor, que tem por característica e por objetivo a regulação das relações cotidianas do mercado, tem seu desenvolvimento – sua evolução – em grande parte determinado pelo movimento histórico do entorno do sujeito tutelado.

Sob os olhares do presente tempo, parece possível afirmar que se enfrenta um momento no qual determinadas noções características da *modernidade* encontram-se em franco processo de mudança para um próximo estágio.

* Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Em especialização em Direito Digital na UniRitter. Advogado em TozziniFreire Advogados.

No centro dessas alterações, observa-se a valorização da pessoa humana, manifesta na preocupação com sua dignidade, o que passaria a conduzir o ordenamento jurídico, inclusive no que tange ao direito privado.

A partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como elemento central da ordem jurídica, irradia-se uma série de preceitos fundamentais, que servirão de guia à atuação do legislador infraconstitucional – inafastáveis até mesmo quando se trata de relações privadas.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 apresenta, além de direitos fundamentais, o reconhecimento de novos sujeitos de direito, os quais reivindicariam leis especiais subjetivas e protetivas nos casos daqueles mais vulneráveis (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 18).

Em verdade, o reconhecimento de vulnerabilidades e de desequilíbrios surge como uma das mais relevantes expressões de que a preocupação constitucional de proteção de determinados grupos exala força normativa ao longo do ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, parece possível constatar uma estratégica influência constitucional na construção de mecanismos legislativos de efetivação de preceitos constitucionais, sendo caro, no recorte proposto, o forte exemplo do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, apresenta-se como plausível compreender qual caminho foi trilhado até o momento com o desenvolvimento da trajetória consumerista no Brasil e quais aspectos aparecem como mais relevantes para garantir a efetividade do arcabouço premeditadamente protetivo.

Diante da pluralidade de percursos já tomados – e a tomar – no que diz respeito às interações no mercado de consumo, este estudo propõe a análise do tema sob a perspectiva da vulnerabilidade do agente consumidor, consagrado no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, e seus desdobramentos e aprofundamentos.

1 A TRAJETÓRIA CONSUMERISTA NO BRASIL

No que tange à origem da identificação do consumidor como agente a ser protegido pelo Direito, concorda a doutrina em estabelecer como marco inicial de tal preocupação a data de 15 de março de 1962 (MIRAGEM, 2016, p. 46). Trata-se do célebre discurso proferido por John F. Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos da América.

À ocasião, o então presidente estadunidense mencionava, por um lado, a noção de que todos ocupam a posição de consumidor em alguma relação e; por outro, que é dever do Estado garantir ao cidadão, no contexto de consumo, (I) sua segurança, (II) seu acesso à informação, (III) seu direito à escolha e (IV) a ser ouvido (UC SANTA BARBARA, 2017).

Desde então, desenvolveu-se no panorama internacional uma busca pela delimitação de quais seriam os direitos atinentes ao consumidor e pela consolidação do paradigma que tal agente seria titular de proteção.

Nesse processo, salienta-se a Resolução de abril de 1975 do Conselho da Comunidade Europeia, que descreve os direitos fundamentais do consumidor por meio da seguinte divisão: (I) o direito à proteção da saúde e da segurança, (II) o direito à proteção dos interesses econômicos, (III) o direito à reparação dos prejuízos, (IV) o direito à informação e à educação e (V) o direito à representação (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 06).

E, nesse contexto, verifica-se a edição de leis esparsas referentes a aspectos específicos da proteção do consumidor; destacando-se, aqui, os exemplos de França¹, Portugal² e Espanha.

Quanto a este último exemplo, Miragem discorre sobre o movimento ao referir a promulgação da Lei Espanhola nº 26/1984, instrumento utilizado na regulamentação do art. 51 da Constituição Espanhola de 1978, no sentido da responsabilidade do Estado em atuar na garantia da defesa do consumidor (LÓPEZ SANTOS *apud* MIRAGEM, 2016, p. 47).

Em consonância ao movimento internacional no sentido do reconhecimento e do aprofundamento dos mecanismos de proteção do consumidor, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 eleva a proteção do consumidor ao plano constitucional e principiológico.

Sob esse prisma, verifica-se que o legislador constitucional no Brasil apresenta a proteção do consumidor em três diferentes sentidos dentro da carta magna. No artigo 5º, inciso XXXII, consagra-se a defesa do consumidor como direito fundamental; no artigo 170, inciso V, como princípio da ordem econômica e; por fim, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determina-se a elaboração de código específico.

Em primeira análise, a partir do artigo 5º, XXXII, da CF/88, trata-se da defesa do consumidor como direito fundamental, verdadeiro princípio do ordenamento jurídico brasileiro (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 151).

Nesse sentido, é válido chamar atenção à opção de enquadrar o primeiro mandamento constitucional referente à proteção do consumidor no Título II – *Dos direitos e garantias fundamentais* – do Capítulo I – *Dos direitos e deveres individuais e coletivos* – da CF/88 (MIRAGEM, 2016, p. 55).

¹ Nessa esteira, são os casos (I) da Lei de 22 de dezembro de 1972 – dispositivo que estipulava o prazo de sete dias para o consumidor refletir sobre determinada compra, (II) da Lei de 27 de dezembro de 1973 (*Loi Royer*) – que trazia em seu artigo 44 a necessidade de proteção do consumidor em face de propaganda enganosa e (III) das Leis nº 78, 22 e 23 de 10 de janeiro de 1978 (*Loi Scrivener*) – atentas à proteção do consumidor no que diz respeito às ofertas de crédito e às cláusulas abusivas.

² Observa-se em Portugal, através da Lei nº 29/81, uma coletânea de dezenove artigos dispendo sobre preocupações como a prevenção de riscos, a informação e a própria definição de consumidor.

Por um lado, observa Miragem, o constituinte impossibilita reforma posterior no sentido de enfraquecimento dessa garantia, destacando a previsão constitucional do art. 60, § 4º, IV, da CF/88 (MIRAGEM, 2016, p. 59). Por outro, caracteriza a defesa do consumidor, isto é, afirma que proteger o consumidor é dever do Estado, sendo direito do consumidor contar com essa proteção.

Avançando ao conteúdo da determinação constitucional ora observada, veja-se que o legislador constitucional é claro ao estabelecer que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”³.

Na realidade, a partir do dispositivo supramencionado, tem-se o mandamento constitucional ao Estado para que atue positivamente. Isto é, o consumidor – esse novo sujeito – passa a ter o direito de receber uma prestação positiva do Estado: a sua proteção (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 151).

Nesse sentido, destaca Marques que não se trata somente de garantia de proteção do consumidor frente aos atos do Estado, mas sim de atuação do Estado em prol da defesa consumidor no mercado (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 35).

Oportunamente, Miragem discorre sobre possível argumento a ser elencado: “Concretamente, até que ponto aquele a quem se vai determinar como destinatário de proteção jurídica não irá, em razão desta proteção, estar desrespeitando ou contradizendo o direito à igualdade, de mesmo status constitucional.” (MIRAGEM, 2016, p. 60).

Em seguida, passa a desconstruí-lo a partir da noção de que a defesa do consumidor é, em verdade, meio de equalização de relação faticamente desigual (MIRAGEM, 2016, p. 60). Não se trata, assim, de determinar proteção em circunstância em que se observe paridade, mas sim onde se verifica evidente discrepância de características fáticas.

Com o escopo de reequilíbrio entre a relação comercial em que se envolva em polos diversos o fornecedor e o consumidor, é que a doutrina reconhece a existência de uma primeira fase do Direito do Consumidor: da formação de sua efetividade (AZEVEDO, 2013).

Nesse momento de formação de efetividade do Direito do Consumidor no Brasil parece possível identificar dois principais aspectos a caracterizá-lo. Por um lado, o desafio de medir o alcance desse novo ramo do Direito, isto é, qual o espectro dos sujeitos tutelados e, por outro, a consolidação da noção do princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Ao se tratar da delimitação da abrangência de aplicação deste novo, à época, ramo do Direito, o grande debate centralizou-se na interpretação do art. 2º do CDC: quem se pode identificar como consumidor?

³ Art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988.

Logo em seu capítulo inicial, o CDC traz consigo – art. 2º – a definição de que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Sob essa perspectiva, verifica-se que se enquadra na definição jurídica de consumidor a pessoa, seja natural ou jurídica, que contrate – *adquirir* –, ou tenha contato – *utilize* – de produto ou serviço como destinatário final (MIRAGEM, 2016, p. 156).

Nesse passo, talvez a maior dificuldade para que se defina o consumidor reside na compreensão do significado da expressão “destinatário final” (MIRAGEM, 2016, p. 156). Para Tartuce, “o principal qualificador da condição de consumidor é que deve ser ele *destinatário final* do produto ou serviço.” (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 88).

Em que pese o consumidor ser, em regra, considerado como aquele polo leigo em contato com um profissional, restando caracterizada a vulnerabilidade daquele (MIRAGEM, 2016, p. 156), a doutrina desenvolveu teorias acerca da qualificação desse sujeito da relação de consumo.

Dentre essas, tem-se a *teoria finalista*. Tal interpretação promove uma análise teleológica, restrita ao objetivo da lei – CDC – de proteger o consumidor (MARQUES, 2014, p. 303).

Aqui, entende-se destinatário final por destinatário final fático e econômico de determinado produto ou serviço. É dizer, em outras palavras, que será considerado consumidor aquele que retira da cadeia de produção (MARQUES, 2014, p. 303) (final fático) e, ao mesmo tempo, extingue a função econômica (MIRAGEM, 2016, p. 166).

Tem-se, na realidade, a ideia de que não se faz suficiente a retirada do produto ou serviço do mercado, mas também que o bem não seja utilizado para revenda (MARQUES, 2014, p. 303); ou insumo, ou até incremento de atividade comercial (MIRAGEM, 2016, p. 169).

Por outro lado, a *teoria maximalista* consiste em interpretação objetiva (MIRAGEM, 2016, p. 167) acerca da “destinação final” mencionada no artigo 2º do CDC.

Nesse sentido, o conceito de “destinatário final” compreenderia substancialmente a destinação fática, ou seja, adquirir ou utilizar o produto ou o serviço consistiria em elemento suficiente para a caracterização como consumidor (MIRAGEM, 2016, p. 170).

Tem-se, assim, que enquanto a teoria finalista compreende como destinatário final aquele ente destinatário fático e econômico, na interpretação maximalista o conceito de consumidor vê-se ampliado (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 90), uma vez que bastaria a ocorrência da destinação fática.

Discute-se, porém, se uma interpretação com tamanha extensão não acarreta um deslocamento de relações comerciais à égide do CDC, alteração com fortes impactos. No Código Civil se valoriza o tomador do risco – o vendedor –, enquanto no CDC, o comprador.

Na busca de definir a extensão do conceito de consumidor, observa-se o aparecimento de uma corrente a qual se pode denominar *finalismo aprofundado* (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 93).

Tal interpretação tem por base duas afirmações: a equiparação de agente a consumidor ser algo excepcional no CDC e o reconhecimento de vulnerabilidade como pressuposto para que haja a equiparação (MIRAGEM, 2016, p. 171).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que quando evidenciada situação de vulnerabilidade, pode ser o agente equiparado a consumidor. A título exemplificativo, o taxista que se depara com defeito ou vício em seu veículo, ainda que não seja destinatário final econômico do produto, uma vez que o utiliza para desenvolvimento de atividade profissional, enquadra-se no conceito de consumidor (BRASIL, 2004).

De igual forma, o freteiro que observa defeito ou vício em seu caminhão, ainda que se valha do produto para fim profissional, é vulnerável perante a montadora (MIRAGEM, 2016, p. 173).

Nessa perspectiva, tem-se que a vulnerabilidade é critério para considerar ou não a equiparação e, conseqüentemente, aplicar o CDC. Assim, seu reconhecimento serve como fundamento à equiparação, tanto quanto sua ausência pode servir para o afastamento do diploma consumerista (MIRAGEM, 2016, p. 173).

Ora, se a vulnerabilidade é ponto crucial à delimitação do agente consumidor, parece compreensível que, para formação da efetividade do panorama consumerista, se fizesse necessária a consolidação de tal princípio.

Nesse contexto, observa-se que o próprio CDC estabelece o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo, isto é, quais as finalidades a serem perseguidas no que tange à relação de consumo, definindo, ainda, uma série de princípios a serem considerados para que se atinja o objetivo referido.

Assim, o art. 4º, caput, do CDC dispõe: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios”.

Logo em seu inciso I, o art. 4º do CDC traz consigo um princípio de extrema relevância ao direito do consumidor e ao objeto do presente trabalho: “I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

Com efeito, veja-se que a vulnerabilidade é o estado presumido absolutamente ao tratar-se do consumidor (art. 4º, I, CDC). Nessa perspectiva, por exemplo, Tartuce chega a afirmar que a denominação “consumidor vulnerável” é, inclusive, pleonástica.

Em verdade, tem-se, pelo legislador, o reconhecimento da existência de desequilíbrio na relação entre fornecedor e consumidor; uma disparidade entre o estado de ambos os sujeitos, identificado o consumidor como elo mais suscetível da relação.

Aqui, o termo central é o *desequilíbrio*. Tem-se, na relação de consumo, uma gangorra em que o consumidor resta suspenso, sem alcançar os pés ao chão, enquanto o fornecedor, no uso de seu pesado poder, dita o ritmo e o movimento da brincadeira de gangorra.

Inclusive, Paulo Valério Dal Pai Moraes adjetiva a desigualdade entre o fornecedor de produtos e serviços e o consumidor como “insuportável” (MORAES, 1999, p. 98/99).

Nessa perspectiva, veja-se que o Superior Tribunal de Justiça, em relevante julgado de relatoria do Min. Herman Benjamin, enxerga o Princípio da Vulnerabilidade como um instrumento capaz de proporcionar o reequilíbrio, isto é, a “igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo” (BRASIL, 2007, versão *online*).

Assim, a presunção de vulnerabilidade não somente explica a existência das normas protetoras do consumidor, como orienta sua aplicação (MIRAGEM, 2016, p. 130). Traduz-se em justificativa e instrumento – em fundamento e guia – para o reequilíbrio da relação de consumo.

Consoante ao entendimento exarado pelo STJ, recolhe-se da doutrina a noção de que o Princípio da Vulnerabilidade existe a partir do Princípio da Igualdade e da Equidade, como se filho destes fosse (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 120).

Nesse sentido, pode se compreender o Princípio da Igualdade como fonte ou base filosófica para o Princípio da Vulnerabilidade, ressaltando-se, no entanto, a distinção de que enquanto aquele possui visão objetiva e consolidada, esse prescinde de noção comparativa, carrega consigo carga superior de subjetividade (MARQUES, 2014, p. 321).

Ou seja, a vulnerabilidade é noção flexível, que não se compreende a partir de comparação entre situações, mas reflete um estado cujo reconhecimento é, nas palavras de Benjamin, “(...) a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor.” (BENJAMIN in MORAES, 1999, p. 10).

Em síntese, quando se fala em *desequilíbrio* no contexto do Direito do Consumidor, com o desenvolvimento do conceito de vulnerabilidade nessa denominada fase de efetivação, parece possível compreender o degraú existente entre fornecedores e consumidores.

Consolidada tal percepção, em uma realidade social imersa na globalização e em veloz e constante transformação, aparentemente as atenções tornaram-se a um próximo passo: *se consolidar a noção de vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor foi capaz de formar a efetividade do Direito do Consumidor, não será necessário observar as peculiaridades dos consumidores entre si para mantê-la?*

3 DA VULNERABILIDADE À HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Sob essa perspectiva, se em um primeiro momento o desafio do direito do consumidor no Brasil era (i) determinar a amplitude do campo de aplicação do CDC, a partir da discussão acerca do conceito de consumidor, e (ii) consolidar a vulnerabilidade do consumidor como princípio; Fernando Costa de Azevedo sugere que se passa observar uma nova fase, em que a manutenção da efetividade parece estar condicionada à interpretação dialogada entre fontes normativas e ao reconhecimento da insuficiência do princípio da vulnerabilidade, devendo ser observadas as hipóteses de seu agravamento (AZEVEDO, 2013).

Ao tratar-se da definição da vulnerabilidade, faz-se oportuno relembrar a conceituação de Marques de que:

é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, p. 104).

A vulnerabilidade, nesse passo, consiste em característica multifacetada, isto é, pode ser evidenciada conforme a esfera analisada: pode-se calibrar o olhar de modo a identificar sob quais aspectos o consumidor é vulnerável.

Assim, Marques observa a existência de quatro tipos de vulnerabilidade. São elas (i) a *técnica*, (ii) a *jurídica* ou *científica*, (iii) a *fática* e (iv) a *informacional*. Interessante o destaque atribuído a essa última modalidade, como questão básica (MARQUES, 2014, p. 322).

Tratando-se de *vulnerabilidade técnica*, o termo central consiste em *profissionalidade*. Com efeito, tem-se no caso do consumidor não profissional o entendimento de que a vulnerabilidade técnica é presumida, pois se refere essencialmente ao produto ou serviço em questão e suas especificidades (MARQUES, 2014, pp. 323).

Ou seja, por não conhecer os aspectos do objeto da relação à medida semelhante do fornecedor, vê-se o consumidor como suscetível a ser ludibriado ou induzido.

O caso da *vulnerabilidade jurídica* ou *científica*, por sua vez, envolve a ausência de conhecimento, pelo consumidor, de elementos de contabilidade, direito e economia, relevantes, sobretudo, no que tange ao instrumento de vinculação – contratação de obrigações.

Sobre o conhecimento jurídico, contábil e econômico, por um lado tem-se que presumido ao se tratar de pessoa jurídica e profissional, sendo o inverso verdadeiro, isto é, a pessoa física ou não profissional goza da presunção de ausência desses conhecimentos específicos.

A partir dessa presunção, Marques comenta acerca de seu caráter irradiador de deveres de informação. O raciocínio consiste na ideia de que, sendo o consumidor não profissional presumidamente

não conhecedor e, ao mesmo tempo, o fornecedor, profissional, este possui o dever de esclarecimento frente ao contratante leigo (MARQUES, 2014, pp. 326/327).

Especificamente sobre o aspecto jurídico, Miragem destaca que permearia “a ausência de compreensão sobre as consequências jurídicas dos contratos que celebra.” (MIRAGEM, 2016, pp. 129).

Avançando, Marques ainda observa a *vulnerabilidade fática*, também denominada de socioeconômica. Nesse caso, a ideia central consiste na concentração de poder – seja pelo largo poder econômico, ou pela essencialidade do serviço (MARQUES, 2014, p. 329).

Em que pese a subespécie de vulnerabilidade fática mais comum seja a econômica, é preciso observar que é nessa modalidade, mais abrangente e genérica, que se verifica características específicas de consumidores como fator de agravamento (MIRAGEM, 2016, p. 130).

Por certo tempo, a vulnerabilidade foi tradicionalmente dividida nessas três espécies supracitadas. Devido, porém, a alterações da própria sociedade globalizada, Marques entende que o consumidor experimenta, hoje, uma nova modalidade: a *vulnerabilidade informacional* (MARQUES, 2014, p. 335).

Trata-se, aqui, não somente da falta de informação característica do consumidor, mas também da lógica de que o fornecedor do produto ou serviço consiste no único polo da relação que, de fato, possui a informação, podendo manipulá-la e controlá-la (MARQUES, 2014, p. 334).

Com efeito, em uma sociedade em que a informação seja observada em larga escala, tem-se por meio da vulnerabilidade informacional um olhar atento, também, ao aspecto qualitativo da informação quando passada ao consumidor, como em casos em que o fornecedor soterra o consumidor com uma exagerada gama de informações desnecessárias, acarretando a impossibilidade de localização dos aspectos de maior relevância à relação.

Nesse sentido, a doutrinadora conclui que a presunção dessa vulnerabilidade informacional gera um dever ao fornecedor: de compensar esse desequilíbrio (MARQUES, 2014, p. 335).

Além disso, é preciso observar que quanto mais importante a informação, mais vulnerável está o consumidor. Destaque-se, exemplificativamente, o caso de alimentos ou de remédios.

Não obstante, reconhece-se a existência de autores que sugerem outros tipos de vulnerabilidade.

No caso de Moraes, destacam-se a *vulnerabilidade política ou legislativa*, caracterizada pela baixa força de atuação dos consumidores ou de associações representativas junto ao poder legislativo e em combate ao *lobby* dos fornecedores empresários (MORAES, 1999, p. 132-144); a vulnerabilidade biológica ou psíquica, que compreende a ideia de que o avançadíssimo nível das técnicas de vendas e marketing disponível aos fornecedores para “aflorescer necessidades, criar desejos, manipular manifestações de vontade e, assim, gerar indefinidas circunstâncias que poderão ter como resultado o maior consumo [...]” (MORAES, 1999, p. 152); e a *vulnerabilidade ambiental*, que se refere ao prejuízo

ambiental a ser suportado pelo consumidor ao longo do tempo acarretado por imposições mercadológicas dos fornecedores (MORAES, 1999, p. 174).

De todo modo, ao que importa no recorte proposto ao presente estudo, é a partir do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, explicitado no voto do Min. Herman Benjamin na relatoria do Recurso Especial nº 586316/MG:

O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas. (BRASIL, 2007, versão *online*)

Depreende-se, em breve síntese, pela própria natureza da noção de vulnerabilidade e do reconhecimento dado pela Constituição Federal de 1988 da importância da defesa do consumidor, que não parece possível deixar de redobrar a atenção e a proteção sobre determinados grupos da sociedade.

Com efeito, o objeto do presente estudo passa pelo reconhecimento de que, de fato, diante das características específicas de determinados grupos, ver-se-á o aprofundamento da já consolidada noção de vulnerabilidade do consumidor, fundamentada no art. 4º, I, do CDC.

Verifica-se, nessa toada, uma tendência ao reconhecimento de elementos de fato pelo direito, o que evolui a partir da construção de uma interpretação atenta aos aspectos da realidade fática aliada à preocupação em alcançar o objetivo constitucional de proteção do consumidor.

É dizer, em verdade, que se passa a enxergar uma “escada de graduação da vulnerabilidade (geral ou agravada)” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 197). Em que “certas qualidades pessoais do consumidor podem dar causa a uma soma de fatores de reconhecimento de vulnerabilidade, razão pela qual se pode falar em situação de vulnerabilidade agravada” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 201).

Nesse contexto, parece que presumir – de forma absoluta no caso do consumidor pessoa física – a vulnerabilidade geral do consumidor (art. 4º, I, CDC) não tem se mostrado suficiente para todos os casos, somando-se, assim, uma presunção funcional, essa atenta aos elementos da realidade fática (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 197-198).

Depreende-se da doutrina que, “a hipervulnerabilidade seria a situação social, fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 201).

Para Adalberto Pasqualotto e Flaviana Rampazzo Soares, a condição de vulnerabilidade agravada evidenciará uma situação em que consumidor estaria “em situação de um maior potencial de risco

de lesão”, ou vivenciaria a “intensificação da suscetibilidade ao dano” (PASQUALOTTO; SOARES, 2017).

O prefixo hiper, do grego *hypér*, faz referência ao grau elevado – além do comum – e une-se ao termo vulnerabilidade, remetendo à situação de fragilidade intensa, que ultrapassa a posição de mera fraqueza (SCHMITT, 2014, p. 217/218).

Pode-se compreender, assim, que a vulnerabilidade agravada, ou hipervulnerabilidade, é produto da soma da vulnerabilidade intrínseca ao consumidor e da fragilidade que afeta grupos ou pessoas específicas, isto é, sendo inerente e especial à situação pessoal de determinado consumidor (SCHMITT, 2014, p. 219).

Nessa perspectiva, o desafio reside na discussão acerca de quais seriam os grupos de consumidores hipervulneráveis, isto é, quais as características pessoais, juridicamente relevantes, que ensejariam o reconhecimento de um agravamento de vulnerabilidade.

Por um lado, Roberta Densa e Adolfo Nishiyama consideram que a hipervulnerabilidade seria produto da soma de vulnerabilidades reconhecidas constitucionalmente (DENSA; NISHIYAMA, 2010).

Nesse entendimento, o reconhecimento da hipervulnerabilidade na relação de consumo estaria vinculado, exclusivamente, à interpretação de existência, em âmbito da CF/88, de proteção do agente observado cumulada com a noção de vulnerabilidade inerente ao consumidor.

Parece, nessa ótica, que o reconhecimento do agravamento de vulnerabilidade estaria limitado aos casos previstos expressamente na Constituição Federal de 1988, deixando-se, porém, de observar as características específicas do sujeito, mas sim o status que lhe é atribuído pelo legislador constitucional.

Não há como afastar que, de fato, os sujeitos referidos na CF/88 como passíveis de serem defendidos – como portadores de deficiência, idosos, crianças e adolescentes – poderão ser reconhecidos como hipervulneráveis no universo da relação de consumo, verifica-se, no entanto, que limitar a análise a esses agentes é restringir o conceito.

Marques e Miragem ampliam o reconhecimento do agravamento de vulnerabilidade a outros grupos especialmente frágeis, observando que a hipervulnerabilidade terá por base os princípios da igualdade e da equidade (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 202).

Corroborando a ideia de que podem ser incluídos outros sujeitos especialmente frágeis além daqueles expressamente mencionados na CF/88, Azevedo argumenta que o próprio Código de Defesa do Consumidor traz consigo, em seu artigo 39, IV, “norma que apresenta fatores de hipervulnerabilidade dos consumidores” (AZEVEDO, 2013).

Nessa esteira, Sergio Sebastián Barocelli destaca que a análise dos grupos incluídos na Constituição Federal do Estado é um primeiro passo na busca para identificar de quem se fala ao se tratar de hipervulneráveis no consumo.

No entanto, a análise não se estancaria por aí. Ressalta, nesse sentido, que “Tratados internacionais de direitos humanos também respondem a essa preocupação.” (BAROCELLI, 2017). E destaca, ainda, que a questão não envolve uma lista fechada que excluiria outras situações particulares enxergadas na sociedade.

Nessa esteira, a identificação do agravamento de vulnerabilidade será possível a partir da análise de múltiplos fatores que possam enfraquecer ainda mais o consumidor na relação frente ao fornecedor, atentando-se às peculiaridades do caso concreto (BAROCELLI, 2017).

A título exemplificativo, sobre a delimitação de critérios, Pasqualotto e Soares discorrem sobre fatores biológicos; sociais, culturais, educacionais, técnicos e econômicos; vinculados ao próprio consumo; e até geográficos a serem considerados para que se analise a ocorrência de agravamento da vulnerabilidade (PASQUALOTTO; SOARES, 2017).

Para compreender do que se trata quando se aborda o agravamento de vulnerabilidade – ou a hipervulnerabilidade – de extrema valia é observar as consequências de seu reconhecimento.

Nessa perspectiva, parte-se, a título de esclarecimento, da situação trazida por Pasqualotto e Soares, no que denominaram “*exemplo da faca*”:

A faca é um objeto que naturalmente tem grande potencial de causar dano ao consumidor, mas sua manutenção no mercado de consumo é justificada por sua inegável utilidade. Vender facas é uma atividade lícita, embora possa haver responsabilização do fornecedor (lojista) que exponha esse produto na loja ao alcance de uma criança. Vender facas, repita-se, não é proibido, mas não pode o fornecedor oferecer facas plásticas afiadas em kits infantis de cozinha, pois o cuidado exigível do fornecedor, decorrente da hipervulnerabilidade do pequeno consumidor em formação, é maior que aquele exigível do fornecedor de facas para o consumidor adulto. (PASQUALOTTO; SOARES, 2017)

Ou seja, vender facas é uma atividade lícita, no entanto, o fornecedor não poderá direcionar o produto ao consumidor criança, uma vez que este, em razão de suas características específicas, não poderá, sabidamente, lidar com o referido produto.

Veja-se: a situação de hipervulnerabilidade do consumidor – no exemplo da faca, da criança – exigirá do fornecedor conduta diversa daquela praticada em contato com consumidor acerca do quais características não sejam observadas.

É possível, também, observar o caso do consumidor analfabeto. Vale, aqui, a comparação do “*exemplo da faca*” com a situação em que a suposta ciência sobre as condições de determinado contrato é passada a consumidor analfabeto exclusivamente por meio de instrumento contratual por escrito.

Ora, se é inconcebível que o fornecedor direcione ao consumidor criança a venda de facas afiadas em razão das características específicas do consumidor, parece possível afirmar que o cuidado exigível do fornecedor ao pactuar com consumidor analfabeto faz com que não se admita a apresentação de instrumento contratual escrito como meio de conferir ciência plena ao contratante analfabeto.

Em verdade, parece consequência da diferenciação entre o consumidor vulnerável e o consumidor hipervulnerável afirmar que os deveres de diligência e de cuidado do fornecedor deverão ser reforçados de um caso para outro. Isto é, traça-se um paralelo em que o reconhecimento de agravamento de vulnerabilidade do consumidor impactará em um reforço de dever do fornecedor.

Acaba que observar essa diferenciação evidencia uma visão aprofundada, em um sentido de igualdade e de justiça materiais (AZEVEDO, 2013) – verdadeiros fundamentos para atuação positiva do Estado no reequilíbrio das relações⁴.

Com efeito, decorre do reconhecimento das situações de vulnerabilidade agravada, ou da distinção entre vulneráveis e hipervulneráveis, a necessidade de implementação de tratamento jurídico diferenciado, sob pena de estar o Estado a afastar-se de seu dever constitucional de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, CF/88) (AZEVEDO, 2013).

Nesse sentido, Pasqualotto e Soares exemplificam que, em determinada demanda que envolva consumidor hipervulnerável, a conduta do fornecedor, como pressuposto, será analisada com maior rigor, podendo-se deste exigir um maior cuidado tanto na formação do vínculo, quanto na execução do serviço (PASQUALOTTO; SOARES, 2017).

Nesse contexto, Barocelli afirma que:

fornecedores devem fazer ajustes razoáveis para assegurar o acesso ao consumo, à informação, ao justo e equitativo tratamento, à proteção da saúde, da segurança, dos interesses econômicos e da liberdade de escolha do consumidor hipervulnerável. (BAROCELLI, 2017).

A reflexão que se propõe, nesse sentido, consiste em observar a relevância em promover-se a diferenciação dos consumidores entre si, levando em conta suas características e especificidades, para que se atinja, de fato, a efetiva proteção deste sujeito de direitos.

Em outras palavras, para se exemplificar a necessidade de tratamento em conformidade às peculiaridades de cada consumidor – ou de cada grupo de consumidores – é preciso compreender que deixar de observá-las acarretará situações em que a presunção formal de vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC) não será mais suficiente.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586.316/MG, da 2ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 17 de abril de 2007.

Trata-se, na realidade, de reconhecer a insuficiência da interpretação meramente formalista se o objetivo constitucional é de proteção. Aliás, identificar o agravamento de vulnerabilidade tem por corolário o aprofundamento de dever do fornecedor.

Ora, se a origem do CDC revela o intuito de retomar o equilíbrio das relações de consumo – inerentemente desiguais –, parece que levar em consideração as peculiaridades fáticas dos consumidores juridicamente relevantes é, em verdade, avançar à etapa de manutenção da efetividade da proteção.

Ainda, parece possível afirmar que o contrário, negligenciar tais especificidades, seria nocivo aos interesses manifestados expressamente na Constituição Federal e, ainda, um passo atrás na trajetória consumerista.

Pense-se, em síntese, em uma gangorra cujo objetivo do jogo é manter o equilíbrio: é necessário relativizar o peso do fornecedor na exata medida a garantir ao consumidor que permaneça na brincadeira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho surgiu com o intuito de estudar parcela do novo cenário do Direito do Consumidor. Propôs-se, na realidade, identificar um percurso ao longo do qual fosse possível abordar – em trajetória do geral ao específico – o contexto da sociedade de consumo, a relação entre os agentes nessa perspectiva, atentando-se, sobretudo, ao caso específico dos consumidores que, por razões especiais, estariam em situação de maior desequilíbrio.

Nesse sentido, o presente estudo teve por objetivo analisar uma caminhada: a trajetória do Direito do Consumidor no Brasil. Por certo, diante do caráter multifacetado de tal pretensão, optou-se por restringi-la à discussão sobre um aspecto mais específico: as peculiaridades do agente protegido.

Sob essa perspectiva, constatou-se a importância atribuída ao consumo nas vidas das pessoas e a inversão de lógica anterior, em que se passou de uma economia primitiva à produção massificada, a abundância da oferta e a despersonalização da demanda.

Como não poderia ser diferente, as alterações da sociedade acarretam mudanças ao Direito. Destaca-se, aqui, a relevante flexibilização acerca da interpretação da teoria contratual, que se viu obrigada a enfrentar temas como a diminuição do caráter de efetiva negociação e a despersonalização de acordos comerciais.

Com as novas formas de produzir e de contratar, a figura do consumidor vai tomando forma e, ao longo dos anos, desenvolve-se a consciência da necessidade de proteção a esse novo sujeito de direitos.

Em passadas que se iniciam com as palavras do presidente estadunidense John Kennedy em 1962, a proteção do consumidor vai ganhando força no cenário internacional e sendo pauta de discussões como são os casos da Resolução nº 543/1973 da Assembleia Consultiva da Comunidade Europeia e as legislações francesas, portuguesas e espanholas nos anos seguintes.

No Brasil, conclui-se que a proteção ao consumidor possui força constitucional, sendo tratada: como direito fundamental (Art. 5º, XXXII, CF/88) e como princípio da ordem econômica (Art.170, V, CF/88).

Para atingir tais mandamentos constitucionais é que, em 1990, entra em cena o Código de Defesa do Consumidor no Brasil, norma de caráter de ordem pública e que consistente em microssistema jurídico.

Assim, observa-se a organização de normas e de princípios para um funcionamento em prol do alcance de um objetivo de origem constitucional: proteger o elo mais fraco na relação de consumo.

Ao longo do presente de estudo, viu-se que posições doutrinárias e jurisprudenciais alinham-se ao afirmar que considerar a vulnerabilidade do consumidor é, de certa forma, perseguir o reequilíbrio de uma relação desequilibrada. Traduz-se em justificativa e instrumento – em fundamento e guia – para o reequilíbrio da relação de consumo.

Diante desse pensamento, pode afirmar-se que o Direito do Consumidor se encontra em uma segunda fase, um momento no qual é preciso enxergar os consumidores em suas peculiaridades, considerando que, de fato, há circunstâncias e características pessoais que colocam o consumidor – já vulnerável – em suscetibilidade ainda maior, como os exemplos da criança, do idoso e do analfabeto.

Percorrendo essa trajetória ao longo do presente estudo, o trecho conclusivo desta caminhada envolve a noção interpretativa construída pela doutrina e pela jurisprudência – sobretudo do Superior Tribunal de Justiça – de que o alcance dos objetivos constitucionais de proteção do consumidor impescinde da observação das peculiaridades entre consumidores.

Entende-se, no presente estudo, que o agravamento de vulnerabilidade do consumidor consiste no grau elevado de suscetibilidade em contexto de relação de consumo por decorrência de característica, permanente ou transitória, de sua pessoa em específico.

Isto é, trata-se de um somatório entre a vulnerabilidade do consumidor – decorrente de sua posição em determinada relação – e a vulnerabilidade pessoal, produto de circunstância ou de característica.

E, nesse passo, negligenciar a diferenciação entre consumidores seria enfraquecer o Direito do Consumidor, traçando-se trajetória em sentido diverso daquele travado há longos anos na busca pela proteção do consumidor.

Diz-se isso, pois a consequência de não perceber a relevância do agravamento de vulnerabilidade é extremamente nociva ao mercado de consumo.

Para que se vislumbre resposta ao questionamento sobre as consequências do reconhecimento da vulnerabilidade agravada, valioso lembrar o exemplo de Pasqualotto e Soares, do “caso da faca”: é lícito vender facas, mas não se pode direcionar a venda a crianças, pois, sabidamente, não possuem capacidade de administrar o produto.

Se a informação e a educação são objetivos do legislador brasileiro ao tratar de consumo e de direitos básicos do consumidor, parece possível afirmar que o tratamento, pelo fornecedor, atento às peculiaridades relevantes e sabidas dos consumidores consiste em seu dever decorrente do princípio da boa-fé na formação e no cumprimento de contratos.

Assim, o presente estudo aponta na direção de que o reconhecimento da vulnerabilidade agravada do consumidor enseja um reforço de dever ao fornecedor.

É dizer, em síntese, que o fornecedor deve ter por prática a atenção às características específicas dos consumidores se estas forem de tamanha relevância, para que se garanta a proteção e não somente se construa uma fachada protetiva.

Trata-se de uma visão da concretização de igualdade e de justiça para além de seus significados formais, isto é, em atenção aos elementos materiais que apontam para, em nosso estudo, afirmar que é preciso dar a informação e garantir seu acesso, proteger de fato o consumidor, afinal não se pode conceber, por exemplo, que o consumidor analfabeto estará plenamente informado e tomando uma escolha livre se sua fonte de informação for um instrumento contratual escrito.

Por certo, a consideração desse espectro de vulnerabilidades e o olhar mais humano e específico sobre a coletividade de consumidores consubstanciam uma expressão do princípio da igualdade, corolário da dignidade da pessoa humana, ainda mais em tempos de velocidade e de tortuosos caminhos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fernando Costa de. *O reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea*. I Seminário Internacional “Imagens da justiça, currículo e educação jurídicas”. Pelotas. Disponível em: <<http://imagensdajustica.ufpel.edu.br/anais/trabalhos/GT%207/GT%207%20-%20AZEVEDO,%20Fernando%20Costa%20de.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BAROCELLI, Sergio Sebastián. Rumo à construção da categoria consumidores hipervulneráveis. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 113/2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/out de 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 108.079/MG, da 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 575.469/RJ, da 4ª Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini, Brasília, DF, 18 de novembro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586.316/MG, da 2ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 17 de abril de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2893505&num_regis-tro=200301612085&data=20090319&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 24 Set. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, vol 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/out. 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto e SOARES Rampazzo Flaviana. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de Direito do Consumido*, vol. 113/2017. São Paulo: Revista dos Tribunais set/out. de 2017.

PLANALTO CENTRAL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 23 Ago. 2017.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

UC SANTA BARBARA. *The american Presidency Project*. Disponível em <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em 09 Jun. 2017.

Recebido em: 08/06/2018

Aceito em: 26/02/2019

