



**FACULDADE DE INHUMAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS
CURSO DE DIREITO**

THAIS MONIELLY CAMPOS PIRES

VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA NA ESFERA CONSUMERISTA

INHUMAS-GO

2019

THAIS MONIELLY CAMPOS PIRES

VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA NA ESFERA CONSUMERISTA

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel no Curso de Direito na Faculdade de Inhumas – Centro de Educação Superior de Inhumas.

Professor(a) orientador(a): Leandro Campelo de Moraes

INHUMAS –GO
2019

THAIS MONIELLY CAMPOS PIRES

VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA NA ESFERA CONSUMERISTA

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO (S) ALUNO (S)

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel no Curso de Direito na Faculdade de Inhumas – Centro de Educação Superior de Inhumas.

Inhumas, 14 de novembro de 2019.

Leandro Campelo de Moraes
(orientador e presidente)

Thiago Honorato Ramos Kamenach
(membro)

Dedico aos meus pais João de Souza Pires e Luzia Augusto de Campos Pires, minha irmã Thálita Cristielly de Campos Pires, meu irmão João Paulo de Campos Pires, minha cunhada Carla Rosa Talaveira, minha avó de coração Teodora Francisca Barbosa e meu noivo João Carlos Santos Pimenta, a minha sogra Maria de Lourdes B. S. Pimenta, vocês que são minha base e me ajudaram a chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

*Á Deus, primeiramente dedico o meu agradecimento, por ser essencial em
minha vida.*

*Aos meus queridos e amados pais, por serem exemplos de garra,
honestidade e humildade, a vocês minha eterna lealdade e gratidão.*

*Aos meus irmãos e minha cunhada que sempre permaneceram ao meu lado,
dando apoio e força.*

*Ao meu noivo que sempre me ajudou durante toda a jornada da minha vida
acadêmica.*

*Ao meu professor orientador e a Marineide Pimenta, por toda atenção,
cuidado e ter disponibilizado seu tempo ao meu favor.*

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

A todos vocês o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo um estudo a respeito da vulnerabilidade e da hipossuficiência nas relações de consumo. Inicialmente foram lançadas linhas introdutórias relativas ao direito do consumidor, pontuando noções basilares como os fundamentos constitucionais do direito do consumidor, além da caracterização das relações de consumo. O conceito de fornecedor e do consumidor, imprescindíveis para a compreensão do tema, também foi fixado. Em seguida, foram analisados os princípios que orientam a interpretação das normas relativas ao direito do consumidor, impondo, também, nortes para a produção normativa e para a hermenêutica contratual. Assim, importantes princípios como o da boa-fé objetiva, intervenção estatal, educação, informação, qualidade e segurança foram abordados. Por fim, a vulnerabilidade e a hipossuficiência foram discutidos, tanto no aspecto conceitual quanto nos pontos de diferenciação existentes.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Hipossuficiência. Vulnerabilidade.

ABSTRACT

The present work has as objective a study of respect to the vulnerability and hyposufficiency in the consumption relations. Initially, introductory lines to consumer law were launched, punctuating basic notions such as the constitutional foundations of consumer law, as well as the characterization of consumer relations. The concept of supplier and consumer, essential for understanding the theme, was also corrected. Then, the principles that guide and interpret the norms applicable to the consumer, also imported, related to normative production and contractual hermeneutics were analyzed. Thus, important principles such as objective good faith, state intervention, education, information, quality and safety were addressed. Finally, vulnerability and hypo- sufficiency were discussed, both in the conceptual aspect and in the existing points of differentiation.

Keywords: Consumer Law. Hyposufficiency. Vulnerability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITO DO CONSUMIDOR	11
1.1 NOÇÕES GERAIS	11
1.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	12
1.3 RELAÇÃO DE CONSUMO: CONCEITO	13
1.4 FORNECEDOR E CONSUMIDOR.....	14
2 PRINCÍPIOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR	16
2.1 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE	18
2.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO ESTATAL	19
2.3 PRINCÍPIO DA HARMONIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	22
2.4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	23
2.5 PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO E DA INFORMAÇÃO	23
2.6 PRINCÍPIO DA QUALIDADE E SEGURANÇA	24
2.7 PRINCÍPIO DA COIBIÇÃO E REPRESSÃO AO ABUSO	25
2.8 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.....	27
3 VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA	29
3.1 VULNERABILIDADE	31
3.1.2 VULNERABILIDADE TÉCNICA	33
3.1.3 VULNERABILIDADE JURÍDICA.....	33
3.1.4 VULNERABILIDADE FÁTICA/SOCIOECONÔMICA E OUTRAS ESPÉCIES DE VULNERABILIDADE	34
3.1.5 HIPOSSUFICIÊNCIA.....	36
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por objetivo realizar análise relativa a dois elementos fundamentais para a correta compreensão acerca da lógica jurídica que justifica a existência um sistema consumerista protetivo: a vulnerabilidade e hipossuficiência.

Visando fixar solo firme para uma compreensão facilitada dos assuntos que seriam abordados foram tratados de temas introdutórios ou basilares a respeito do direito do consumidor, notadamente o conceito de relação de consumo e um estudo envolvendo as figuras do fornecedor e do consumidor.

Também foram verificados os principais princípios que norteiam não apenas a interpretação das normas consumeristas, mas também toda a produção normativa a respeito do assunto, que bebe, como se teve a oportunidade de destacar, da própria Constituição Federal.

O estudo dos princípios revela-se de primeira importância, considerando que fornece elementos imprescindíveis para a formação de uma ideia completa e fiel da visão que o legislador ordinário concebeu para o microsistema.

Princípios como o da intervenção estatal, boa-fé objetiva, educação e informação lançam as bases para a construção da ideia da importância do reconhecimento da vulnerabilidade e, eventualmente, da hipossuficiência nestas relações.

Por fim, a vulnerabilidade e hipossuficiência foram abordadas, não apenas visando fixar as linhas limítrofes ou diferenciadoras, mas especialmente objetivando um detalhamento doutrinário preciso a respeito.

Assim, no que pertine à vulnerabilidade foram apontadas as noções básicas a ele respeitantes e analisadas as principais modalidades em que a vulnerabilidade em geral é operada: técnica, jurídica, informacional, dentre outras.

Por fim, a hipossuficiência também foi abordada, quando o assunto especificamente relativo à repercussão processual foi debatido.

A elaboração do presente trabalho monográfico, elaborado através do método indutivo, foi desenvolvido através de levantamento bibliográfico de obras especializadas, além da consulta de artigos científicos e da legislação aplicável ao tema proposto. A escolha do método empregado é atribuída ao fato de que, especialmente considerando a repetibilidade das situações jurídicas relacionadas à

hipossuficiência e vulnerabilidade, é possível, à luz destas situações, chegar-se à conclusões capazes de validamente atingir a universalidade das relações de consumo.

Assim, foi possível analisar o tema proposto não apenas sob o aspecto do quanto consta a respeito na doutrina especializada, mas levantar os pontos capazes de justificar toda a existência de um microssistema desenvolvido para a proteção da parte presumidamente vulnerável nas relações de consumo.

1 DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1 NOÇÕES GERAIS

A sociedade atual encontra-se baseada em pilares fundamentais que propiciam a sobrevivência da coletividade através de um sistema baseado em estímulos recíprocos. São trocas existenciais que se estabelecem entre indivíduos, entre grupos de indivíduos que formam determinada comunidade, entre estados, países e blocos. Especialmente no que pertine às trocas comerciais, a espécie humana saiu do antigo escambo – trocas puras nas quais se entregava um produto em retorno de outro equivalente, para as transações sofisticadas e bilionárias no mercado financeiro.

Qualquer que seja o enfoque que se pretenda dar, as relações comerciais sempre estiveram presentes ao longo da evolução das sociedades. Regulamentar estas relações, seja com o objetivo de facilitar a contabilização fiscal, seja com o objetivo de mapear a atividade econômica existente em determinada região sempre foi a intenção dos Estados, desde o surgimento da noção de Estado como atualmente conhecido.

A relação que se estabelece entre o consumidor e o fornecedor passou a ser objeto de estudo específico a pouco tempo – quando consideramos o Direito como fator evolutivo que vem desde milênios. O ponto fundamental do surgimento deste ramo específico dentro do grande sistema civil tem razão naquilo que é a base de todo microssistema consumerista: a hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor. A mencionada hipossuficiência será mais amplamente debatida adiante, quando será detalhadamente conceituada e categorizada.

Tomando por emprestadas as lições de Fábio Bolzan (2014), quando desenvolve linhas tendentes a introduzir o Direito do Consumidor, o assunto pode ser objeto de três enfoques distintos: sob o enfoque da origem constitucional, da filosofia de proteção aos mais fracos e da sociologia do direito.

A Constituição Federal de 1988, como se sabe, introduziu a proteção ao consumidor entre os direitos e garantias fundamentais, conforme se denota da previsão constante no artigo 5º, inciso XXXII do Texto Magno.

Assim, qualquer tentativa de introdução do tema do direito do consumidor, ao menos no que se refere ao sistema normativo brasileiro, deve partir deste enfoque jurídico específico.

No que respeita ao enfoque da filosofia da proteção aos mais fracos cuida-se de orientar “o direito dogmaticamente, em especial as normas do direito que se aplicam a esta relação de consumo” (BOLZAN, 2014, p. 48). É de se destacar que o fundamento da existência de um conjunto regulamentador específico para as relações de consumo tem por objetivo a proteção da parte mais “fraca” de tais relações, entendida como a posição ocupada pelo consumidor.

Quanto à sociologia do direito, cuida-se de “estudar as sociedades de consumo de massa atuais, a visão econômica dos mercados de produção, de distribuição e de consumo, que destaca a importância do consumo e de sua regulação especial” (BOLZAN, 2014, p. 48).

Partindo de tais premissas, o direito do consumidor pode ser conceituado como um microssistema de regras e princípios que regulamentam as relações que se estabelecem entre o consumidor e fornecedor de bens ou de serviços, tendo como premissa e objetividade jurídica a defesa da parte hipossuficiente da dita relação.

1.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Para que se possa racionalizar o direito do consumidor a partir do enfoque constitucional é necessário identificar onde, no texto da Constituição, o assunto ganha relevo ou destaque. Conforme já se teve a oportunidade de destacar, a Constituição destaca a proteção jurídica ao consumidor como direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XXXII. Verbis:

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

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

O artigo 170 da Constituição Federal também prevê a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica brasileira: Art. 170. “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”.

Por fim, evidenciando a urgência na regulamentação da matéria, inseriu-se no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a obrigatoriedade de elaboração e aprovação do Código de Defesa do Consumidor nos cento e vinte dias seguidos à promulgação da Constituição: Art. 48. “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Fabrizio Bolzan (2015) afirma que é necessário pensar no advento de um microsistema de proteção jurídica ao consumidor a partir da força normativa da Constituição conforme preconizado por Konrad Hess, ou seja, compreendendo o texto constitucional como legítima norma jurídica capaz de criar obrigações horizontais e verticais atradoras de consequências no caso de desobediência. A proteção jurídica ao consumidor, como norma de direito fundamental é, assim, elemento normativo dotado de força cogente apto a obrigar o respeito tanto para o Estado em relação aos administrados, quanto entre os indivíduos isoladamente considerados.

1.3 RELAÇÃO DE CONSUMO: CONCEITO

Como visto nas linhas conceituais, o direito do consumidor representa um conjunto de regras e princípios que compõem um microsistema específico cujo objetivo é trazer proteção jurídica à parte hipossuficiente das relações de consumo.

O consumo, como bem destaca João Batista de Almeida(2003, p. 1) “é parte indissociável do cotidiano do ser humano. É verdadeira a afirmação de que todos nós somos consumidores.” Isso significa dizer que, de uma maneira ou de outra, somos consumidores ou integramos relações de consumo em determinado momento ou ponto de nossas vidas. Quando forem lançadas as linhas conceituais relativas à figura do consumidor a afirmação parecerá mais clara.

O mesmo autor enumera duas características fundamentais das relações de consumo: a bilateralidade e a dinamicidade. São bilaterais tendo em vista que, numa ponta, está o fornecedor de bens e serviços, detentor dos meios de produção e parte dominante da relação de consumo, e de outra ponta têm-se o consumidor, parte mais vulnerável da relação. A dinamicidade se verifica na medida em “que,

contingenciadas pela própria existência humana, nascem, crescem e evoluem, representando, com precisão, o momento histórico em que estão situadas” (ALMEIDA, 2003, p. 2).

Partindo das premissas aqui estabelecidas a relação de consumo pode ser conceituada como aquela que se estabelece, de maneira necessária, entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços.

1.4 FORNECEDOR E CONSUMIDOR

Almeida (2003) afirma não ser fácil estabelecer um conceito jurídico a respeito da figura do consumidor. Segundo afirma o autor, é comum que os doutrinadores aceitem o conceito econômico, que, afirma, não é plenamente transferível para o plano jurídico.

José Geraldo de Brito Filomeno(2004, p. 12), entretanto, nos entrega um conceito econômico do consumidor, traçando seu conteúdo como “todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens.” Segundo aponta Almeida, a dificuldade em se aceitar o conceito econômico no plano jurídico se dá em razão, especialmente, da inserção do intermediário no conceito de consumidor em qualquer hipótese. Assim, pelo conceito econômico, o mero revendedor, que adquire o produto diretamente da indústria, também mereceria o título de consumidor, fazendo jus às benesses trazidas pelo estatuto consumerista.

Fazendo esforço para traçar um conceito jurídico, diversos autores se lançaram na tarefa de desenvolver uma conceituação que se adequasse de maneira plena aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e se harmonizasse com as demais regras e princípios do Direito do Consumidor. Podemos citar, como exemplo, os seguintes conceitos trazidos por Fábio Konder Comparato (1977, p. 2), que segue literalmente citado abaixo:

consumidor é qualquer pessoa natural ou jurídica, que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação de vontade; isto é, sem forma especial salvo quando a lei expressamente a exigir.

Fábio Konder Comparato (1988, p. 37) afirma que consumidores são aqueles que “não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes.”

A diferença entre os dois conceitos é evidente, entretanto, nem por isto é possível afirmar que um esteja mais ou menos correto que o outro. Da análise das linhas desenvolvidas verifica-se uma relação de complementariedade entre eles. É certo que o consumidor é aquele que se apresenta como destinatário final de um determinado produto e serviço, mas não apenas. Consumidor também é aquele que não dispõe do controle da produção dos bens e dos serviços, e que, em razão disto, se submete ao poder dos titulares daqueles que o detém: os fornecedores.

Já no que diz respeito ao conceito de fornecedor, Almeida (2003) afirma que não há tanto debate jurídico tendente a vencer uma disputa jurídica conceitual. A definição é consideravelmente mais tranquila de ser alcançada que a relativa ao consumidor. Segundo o autor é absolutamente possível admitir o conceito trazido no corpo do Código de Defesa do Consumidor, precisamente no artigo 3º da mencionada Lei, cujo texto integral, em seu artigo 3º, afirma que o “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços”.

2 PRINCÍPIOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do consumidor é detentor de três características principais, segundo explica Fabrício Bolzan (2014).

Na primeira, se entende que é um microsistema multidisciplinar, o que é adequado, tendo em vista a existência de normas pertencentes aos mais diversos ramos jurídicos: direito civil, processual, administrativo, dentre outros. Também se cuida de lei eminentemente principiológica, na medida em que sua construção e interpretação se dá à luz de uma série de princípios que dela decorrem. Afirma, ainda, que o Código inclui normas de ordem pública (e portanto inderrogáveis voluntariamente) e de interesse social.

Para o campo de discussão que ora se pretende explorar, a segunda característica se revela como a mais importante. O Código de Defesa do Consumidor efetivamente trás em seu bojo, implícita e explicitamente, uma série de princípios capazes de guiar a interpretação e a aplicação de seu conteúdo.

Entretanto, antes que novos passos possam ser dados no sentido da citada exploração, torna-se imperioso fixar as linhas delimitadoras do sentido de princípio. Ronald Dworkin (2002) associa o princípio a um tipo de conjunto padrão que não é regra. Daí surge, portanto, uma primeira diferenciação relevante: regra e princípio.

Para o jurista, "os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares". Não trazem, portanto, mandamentos concretos capazes de vedar ou permitir determinado comportamento, mas, ainda assim, são capazes de orientar a formação, conformação, interpretação e aplicação de todo um ordenamento.

Os critérios decisivos para a diferenciação entre princípio e regra também são explorados por Robert Alexy (2008, p. 87-88), que fixou a existência de:

diversos critérios para distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo o preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério da generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra.

Assim, a diferenciação pode se dar considerando casos de aplicação específica, do caráter explícito do seu conteúdo axiológico, da referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e da importância para a ordem jurídica.

Cuidando-se especialmente de princípio, o conceito desenvolvido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 53) ganha relevo. Afirma que o princípio é:

um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2015, p. 53).

Em se tratando do Código de Defesa do Consumidor, a linha principiológica mais relevante é aquela seguida pelo artigo 4º do Código, que trazem os princípios gerais da defesa do consumidor.

O citado artigo, em seu caput, trás norma narrativa exercente de papel direcionar em sentido hermenêutico, atestando que:

Art. 4º 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:

Como é típico das normas narrativas, o artigo 4º do Código fixa uma série de mandamentos abertos, nitidamente programáticos (embora Claudia Lima Marques assim não concorde) consistente em cinco objetivos tendentes a efetivar a proteção consumerista: a atenção às necessidades dos consumidores, respeito à dignidade, saúde e segurança, proteção dos interesses econômicos, melhoria da qualidade de vida, transparência e harmonia nas relações de consumo.

Interessante perceber, que o Código de Defesa do Consumidor, refletindo a importância reconhecida constitucionalmente, visualiza na relação de consumo (eminentemente privada) relevante interesse social.

Nada mais justo, tendo em vista o papel destas relações para o desenvolvimento econômico propulsor de necessárias modificações sociais tendentes à redução da desigualdade e elevação da qualidade de vida. Em

exposição sobre tema, advertiu que "se a Lei 8.078/90 se tivesse limitado a seus primeiros sete artigos, ainda assim o consumidor poderia receber uma ampla proteção, pois eles refletem concretamente os princípios constitucionais de proteção ao consumidor e bastaria aos intérpretes compreender seus significados".

2.1 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

O primeiro princípio a ser detalhado é aquele que reflete a necessidade da proteção especial do consumidor frente ao fornecedor de bens e serviços. Cuida-se do princípio da vulnerabilidade. Não fosse reconhecida a vulnerabilidade do consumidor neste tipo de relação, todo o microsistema protetivo estaria fadado à desnecessidade, especialmente se aliada à ausência de reconhecimento da hipossuficiência (tema que será melhor explorado adiante).

O consumidor é identificado e reconhecido como a parte mais vulnerável ou frágil das relações de consumo, e representa o artigo 4º, I do Código de Defesa do Consumidor, e se funda na desigualdade naturalmente existente entre o consumidor e o fornecedor.

Algumas linhas devem ser gastas para tratar a respeito da ausência de isonomia existente entre estes polos, força motivadora do princípio ora em comento.

A isonomia não deve ser compreendida a partir de sua concepção literal, possui um conteúdo todo especial, afastado das acepções convencionalmente atribuídas. Implica não no tratamento formalmente igual dos dois personagens da relação de consumo, mas importa no reconhecimento de que uma das figuras se encontra em posição de desvantagem em relação à outra e que em razão disso merece proteção da Lei, que confere privilégios capazes de trazer igualdade material de tratamento (ALMEIDA, 2003).

Esta noção de isonomia encontra reconhecimento pela Organização das Nações Unidas, que o acolhe como princípio humanitário aplicável em diversos ramos. Encontra-se implícito no texto constitucional e explícito no Código de Defesa do Consumidor.

Continuando a explicação relativa ao reconhecimento da vulnerabilidade e suas implicações no olhar isonômico, fixa Jorge Miranda (2013, p. 48):

os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que estas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem (...) mesmo quando a igualdade social se traduz na concessão de certos direitos ou até certas vantagens especificamente a determinadas pessoas — as que se encontram em situações de inferioridade, de carência, de menor proteção — a diferenciação ou a discriminação (positiva) tem em vista alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais no rumo para esses fins.

Relevante frisar aspecto processual diretamente conectado com o princípio da vulnerabilidade. Em sede de processo judicial em que se tenha reconhecido a aplicação das normas do microssistema consumerista, dispensa-se a prova da vulnerabilidade. É dizer: a vulnerabilidade do consumidor, nas relações de consumo, é absolutamente presumida, não demandando qualquer consubstanciação processual para que reste configurada. A regra não se aplica, entretanto, em se tratando de profissionais liberais e pessoas jurídicas, que mantêm o ônus de comprovar a vulnerabilidade.

O tema da vulnerabilidade, entretanto, será melhor explorado em tópico próprio.

2.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO ESTATAL

O princípio da intervenção estatal decorre da necessidade da intervenção do Estado no mercado consumidor, com vistas à dar concretude ao mandamento de guarda à parte vulnerável da relação de consumo: o consumidor. Esta intervenção, como aponta Bolzan (2014), se desenvolve nos três níveis de atuação estatal.

No âmbito legislativo, o Parlamento edita normatizações tendentes a prever proteção ao consumidor. O Poder Judiciário, por sua vez, aplica as regras e princípios constantes no Código de Defesa do Consumidor com vistas, igualmente, a promover a mesma proteção.

A implementação concreta das regras consumeristas também é carga do Executivo, que mais comumente e desempenha através de órgãos administrativos de proteção aos direitos do consumidor, como é o caso do Procon.

[...] princípio da intervenção do Estado resulta do reconhecimento da necessidade da atuação do Estado na defesa do consumidor. A

Constituição brasileira, ao consagrar o direito do consumidor como direito fundamental, o faz impondo ao Estado o dever de defesa deste direito(MIRAGEM,2015, p. 80)

A doutrina, ainda, fixou a intervenção estatal à luz de cinco pontos concretos de ação.

Na atuação por iniciativa direta, tem-se a intervenção executiva realizada (e como já mencionado) através dos órgãos administrativos de defesa do consumidor, como o PROCON. A respeito deste órgão ou ente administrativo em específico, aponte-se que inexistente unanimidade quanto a sua natureza jurídica ao longo dos estados da federação.

Em determinados estados, funciona como verdadeiro órgão, não dotado de personalidade jurídica. Em outros, assume a forma de autarquias ou fundações, dotadas de personalidade jurídica de direito público. É certo, que a capacidade postulatória atribuível aos entes é desejável à integralidade dos PROCONs por todo o Brasil.

O Estado ainda exerce intervenção ao cumprir o mandamento legal consistente no incentivo à criação e ao desenvolvimento de associações representativas dos consumidores. Bolzan (2014) enumera a Associação de Defesa do Consumidor, o Instituto de Defesa do Consumidor e o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.

Um dos mecanismos encontrados pelo sistema consumerista no sentido de se viabilizar a atuação destas entidades privadas de defesa, é a isenção de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, vedando-se, ainda, a condenação da associação autora em processos coletivos, ao pagamento de honorários de advogado, custas e despesas processuais (BOLZAN,2014).

O Estado também com sua presença efetiva no mercado de consumo, seja enquanto verdadeiro agente integrante do mercado, seja enquanto regulador e fiscalizador dos serviços prestados. Quanto a este último aspecto, é interessante verificar o papel que as agências reguladoras têm exercido na fiscalização dos serviços públicos concedidos(BOLZAN,2014).

A defesa do consumidor também é exercida pelo Estado na medida em que garante produtos e serviços com padrões de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho adequados, conforme previsão constante no artigo 4º, inciso II, alínea "d" do Código de Defesa do Consumidor(BOLZAN,2014).

Com este objetivo, cita-se a existência de diversos entes tendentes à testagem dos produtos e serviços oferecidos, como o Instituto Nacional de Metrologia, o Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial e o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, cada qual atuando em campo diverso de competência.

Como aponta Grinover (2018), a missão destas entidades se revela de primeira importância, tendo em vista que possibilita a concretização da segurança dos consumidores, bem como o atendimento de suas expectativas, reforçando competitividade dos fornecedores no mercado interno.

Assim, o Estado possui uma série de ferramentas tendentes a efetivar a proteção ao consumidor, operando não apenas no campo legislativo, mas através de diversas ações de semelhante objetivo.

O artigo 4º, inciso XIII do CDC, como já apontado, também indica que o Estado exerce seu papel de intervenção, na medida em que tem por responsabilidade, o estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Neste sentido, revela-se necessário que o Estado esteja atento às modificações que são, gradual e naturalmente, implementadas no mercado.

As relações econômicas estabelecidas entre as pessoas não são estáticas, ou seja, o modo como as pessoas se relacionam, tanto quanto às modalidades de negócios jurídicos entabulados, à forma de materialização destes negócios e as respectivas consequências, evoluem ao longo do ano, em evidente nota de historicidade.

Daí se tem que a evolução desde o simples escambo, até as transações digitais guiadas por algoritmos e outros elementos de idêntica natureza. De igual modo, novos serviços surgem a cada dia, suprimindo necessidades até então inexistentes.

Os próprios valores (monetários ou morais) relacionados à certas práticas evoluem, tanto em decorrência da normatização realizada por órgãos de controle quanto por conta das variações típicas dos mercados.

Ressalta, á luz do quanto exposto, a necessidade de constante estudo por parte do Estado, visando sempre sanar eventual estado de vulnerabilidade capaz de vitimar o consumidor.

Exemplo desta atuação ou intervenção estatal, foi aquela instrumentalizada pela Lei 12414/2011, que estabeleceu o banco de dados positivo, ou mesmo o Marco Regulatório da Internet.

2.3 PRINCÍPIO DA HARMONIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Também chamado de "princípio da harmonização dos interesses", tem por objetivo a construção de dois alvos básicos previstos no artigo 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor: a compatibilização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da tutela e do desenvolvimento econômico e tecnológico.

Em que pese as expressões empregadas no Código nem sempre sejam capazes de revelar com facilidade a norma a se extraída da regra, o ponto fulcral do debate lançado é a harmonização da defesa dos direitos do consumidor com o desenvolvimento econômico.

É dizer: a tutela dos direitos do consumidor não deve funcionar como entrave ao crescimento econômico e ao desenvolvimento tecnológico. Aponta, assim, a coexistência entre a proteção e o desenvolvimento econômico.

A proteção do consumidor, assim como todo direito fundamental, não se reveste de caráter absoluto. Pode e deve ser relativizado especialmente quando confrontado com outros princípios ou com outras normas instrumentalizadoras de princípios.

No caso posto em análise, tem-se que o princípio da proteção não se sobressai em relação aos objetivos e aspirações econômicas do País. A codificação consumerista deve ser analisada à luz daquilo que realmente representa: ferramenta promotora da igualdade material, tendentes à reequilibrar uma relação jurídica desigual.

José Geraldo Brito Filomeno (2004) aponta três ferramentas existentes capazes de viabilizar o princípio em comento: os serviços de atendimento ao consumidor, as convenções coletivas de consumo e as práticas recall.

Estes três pontos revelam a boa-fé do fornecedor na prestação de seu serviço ou no oferecimento de seu produto, contribuindo para a já dita harmonização das relações de consumo. Note-se, que em ambas as três situações, tem-se a preocupação do setor econômico com as necessidades reveladas pelo consumidor,

seja em relação à segurança, qualidade ou reparação de danos efetivos ou potenciais.

2.4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Embora conste como princípio do microsistema consumerista, a boa-fé objetiva se mostra como orientadora das relações jurídicas que se estabelecem nos mais variados ramos do Direito. É presente tanto na legislação civilista (em sentido estrito), no direito processual civil, direito processual penal, direito administrativo, dentre outros. A boa-fé é, mais que um princípio do direito do consumidor, um princípio de toda a ordem jurídica modernamente considerada.

Inicialmente, é interessante realizar a distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva.

A boa-fé subjetiva, como aponta Fabrício Bolzan (2015, p. 164), se ocupa com "questões internas, psicológicas dos sujeitos de direito" buscando-se "saber se o titular de um direito tinha ciência ou não da existência do vício que estava por trás da prática de determinado ato jurídico".

A boa-fé objetiva, interessante para o sistema consumeristas, tem seu enfoque voltado para as condutas efetivamente praticadas pelos sujeitos da relação de consumo. "É uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e legalidade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo" (RIZZATO, 2017, p. 132).

Deste modo, tomando-se por base o quanto lecionado por Bruno Miragem (2015), a boa-fé subjetiva não pode ser tida como princípio jurídico, notadamente tendo em vista a impossibilidade de aferição. A boa-fé subjetiva, como apontado, indica um estado psicológico, uma consciência interna ou um juízo de valor formado pelo indivíduo, inaférível externamente.

2.5 PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO E DA INFORMAÇÃO

O princípio da educação e da informação se encontra previsto no artigo 4º, IV do Código de Defesa do Consumidor, e aponta a necessidade, como a nomenclatura, enuncia, de educar e informar os consumidores acerca de seus direitos e deveres. Este princípio tem sido instrumentalizado, por exemplo, através

da obrigatoriedade de disponibilização de um exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos.

O Poder Público, através de seus órgãos de fiscalização e regulação, ou mesmo diretamente, também colabora através da produção de cartilhas e programas informativos.

No âmbito educacional, mesmo ações pedagógicas tidas como corriqueiras também contribuem para esse intento, a exemplo do ensino de cálculo de juros, ensino do sistema métrico, preocupações relativas às normas sanitárias, qualidade dos alimentos, entre outros.

2.6 PRINCÍPIO DA QUALIDADE E SEGURANÇA

Os princípios da qualidade e da segurança encontram-se previstos no artigo 4º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo o "incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo".

Indica a obrigação imposta aos fornecedores de inserir no mercado produtos e serviços não representem riscos à segurança ou à saúde dos consumidores. É certo que existem riscos normais, tidos como previsíveis em decorrência da utilização, estes tolerados.

O artigo 9º do Código, em homenagem a este princípio e ao princípio da informação, enumera a obrigação de alerta na embalagem de produtos capazes de representar riscos à saúde ou à segurança do consumidor. O alerta deve ser ostensivo e adequado.

De acordo com o artigo 10 da Lei 8078/90, o fornecedor deve se abster de colocar no mercado produtos capazes de apresentarem alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança. No caso de descoberta de nocividade ou periculosidade superveniente, tanto o fornecedor quanto o Poder Público são responsáveis pela realização de campanhas capazes de alertar consumidores acerca do risco.

2.7 PRINCÍPIO DA COIBIÇÃO E REPRESSÃO AO ABUSO

O princípio da coibição e repressão ao abuso opera em determinadas dimensões de proteção. Está previsto no artigo 4º, inciso VI da Lei 8078/90, e estabelece a "coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores".

Em dimensão geral, o princípio veda qualquer postura representativa de abuso capaz de ofender os direitos do consumidor. Este princípio encontra instrumentalização através das práticas conceitualmente abusivas exemplificadas pelo artigo 39 do CDC:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

XI - Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

XIV - permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo.

O artigo 51, por sua vez, expõe em rol também exemplificativo, as cláusulas contratuais abusivas nulas de pleno direito, à saber:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Como exposto, as práticas apontadas são corriqueiras, correntes no exercício diário das relações jurídicas que normalmente são entabuladas sem a necessária percepção de abusividade por parte do consumidor.

Em segunda dimensão de proteção, tem-se que é vedado o abuso do direito de proteção concedido aos inventos, marcas, nomes comerciais, signos distintivos, dentre outros. Por outro lado, a proteção destas marcas, quando não caracterizada pelo abuso, é sempre bem vinda, na medida em que impede que o consumidor adquira produtos falsificados ou de origem diversa da imaginada.

Como aponta José Geraldo Brito Filomeno "faz-se necessário todo o arsenal legislativo oriundo da Constituição Federal para coibir os abusos do poder econômico, da concorrência desleal e da clonagem ou falsificação de marcas, sinais e outros aspectos distintivos protegidos pela propriedade industrial, pois o fim imediato é, certamente, a defesa e proteção do consumidor, uma vez que este é o destinatário final de tudo quanto é colocado no mercado de consumo" (FILOMENO, 2004, p. 15).

2.8 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

No princípio da responsabilidade solidária representa verdadeira arma da sociedade contra práticas abusivas nos mercados de consumo. Implica que todos os integrantes da cadeia produtiva responsável pela colocação do produto no mercado, poderão ser chamados à responsabilização: um, alguns ou todos.

Assegura-se, deste modo, não apenas o direito da cobertura de eventuais perdas e danos por parte do consumidor, mas também que todos os integrantes da cadeia policiar-se-ão mutuamente, na expectativa de não serem responsabilizados pela falha dos demais.

Querendo, o fornecedor que se sentir prejudicado poderá acionar o outro, de maneira regressiva.

Neste sentido, tem-se que, nos moldes do artigo 7º, parágrafo único do CDC, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

O artigo 18, no caput, afirma que "os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminua o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes no recipiente, da embalagem, rotulagem

ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas".

O artigo 19, atesta que os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, rotulagem ou de mensagem publicitária.

O artigo 25, informa que havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação, sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes do código consumerista.

E, por fim, no artigo 34, tem-se que o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

3 VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA

Antes que se pretenda lançar luz acerca de outros pontos relativos ao direito consumerista, é fundamental compreender a objetividade normativa dos dois elementos que figuram como ideias centrais do tema que se pretende desenvolver: a vulnerabilidade e a hipossuficiência nas relações de consumo.

Em linhas volvidas, restou consignado, ainda que de maneira indireta, que as normas consumeristas protetivas têm como condão principal a harmonização dos dois polos no plano jurídico, ante uma desigualdade inerente à relação de consumo.

O pano de fundo da desigualdade que, como dito, é ínsita ao contrato consumerista pode ser observada à luz de diversas posições que orbitam esta mesma relação: jurídica, econômica, processual, dentre outras. É dizer: o consumidor estará, presumivelmente, em posição de desvantagem em diversos dos aspectos relevantes para a conformação da união de vontades típica dos negócios jurídicos bilaterais e comutativos.

Para a plena compreensão do assunto é necessário revisitar a visão jurídica a respeito do contrato sob o enfoque da força cogente oriunda do *pacta sunt servanda* que, por sua vez, bebe do modelo francês ao analisar a manifestação de vontades exercitada através de um contrato: autonomia da vontade e liberdade de contratar. Este modelo, como aponta Cavalieri, caracterizava-se pela neutralidade acerca do conteúdo do contrato, desconsiderando inclusive fatores a ele posteriores, tudo com vistas à proteção absoluta da manifestação de vontades ali veiculada.

Esta maneira de interpretar o contrato restou combatida pelo Código de Defesa do Consumidor, impondo a observância de princípios a serem seguidos, tanto para a elaboração e interpretação das regras contratuais, permitindo-se, ainda, sua revisão para modificação e anulação de cláusulas tidas como abusivas.

Cavalieri destaca, assim, que a revisitação da teoria contratual no que importa para as relações de consumo representou a presença do Estado como entidade balizadora das posições contratuais.

Há, assim, uma relativização do *pacta sunt servanda*, mediante a presença, ainda que implícita, da função social do contrato consumerista. O ponto de busca da função social do contrato é justamente forjar um equilíbrio em uma relação presumidamente desequilibrada.

Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim destacam que a evolução do mercado de consumo teve papel fundamental para o desequilíbrio observado entre os dois polos contratuais na sociedade contemporânea. Se antes as partes, consumidor e fornecedor, detinham posição aproximadamente igualitária, tendo em vista que inclusive se conheciam e eram, ambas, detentoras de poder de barganha, nos dias atuais, as regras são, em geral, apontadas exclusivamente pelo fornecedor.

A superação destes pontos de desequilíbrio não pode ser atingida pelas regras do próprio mercado, de sorte que foi necessária a atuação do Estado, através da manifestação de seus três poderes, para remediar a vulnerabilidade consumerista. O legislativo por meio da formulação de normas protetivas, o executivo por meio de ações concretas (inclusive via fiscalização) e o judiciário, analisando e dirimindo os conflitos oriundos das relações de consumo.

Assim, ao analisar-se o contrato de consumo com vistas a, inicialmente, reconhecer a posição de desvantagem que ocupa o consumidor e aplicar o direito para restabelecer o equilíbrio, a norma de ordem pública prevista no artigo 2035 do Código Civil se materializa: a interpretação do contrato à luz do contexto social em que é celebrado.

Esta possibilidade de revisão dos contratos de consumo encontram guarida, assim, na função social do contrato e na boa-fé objetiva, ambas nas teorias da base do negócio e da culpa *in contrahendo*, como lecionaram Nelson Nery Jr. E Rosa Maria de Andrade Nery.

TARTUCE e NEVES (2016) destacam que a função do contrato emana efeitos entre as partes (eficácia interna) e para além das partes (eficácia externa).

A eficácia interna da função social do contrato resta evidenciada pela própria força cogente que as normas jurídicas ali fixadas possuem. A eficácia externa, por outro lado, não é extraída de maneira tão óbvia, demandando maiores considerações a respeito.

Emblemática da eficácia externa da função social do contrato é a possibilidade presente no ordenamento jurídico de que a vítima de um acidente de trânsito possa demandar diretamente da seguradora do culpado pelo sinistro.

Nota-se que, em que pese não exista relação contratual entre a vítima e a seguradora (que se estabeleceu apenas entre esta e a parte culpada através de um contrato de seguro), é notório que esta relação produziu efeitos para outros, alheios

a esta mesma relação: a vítima. Segundo o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a demanda apenas será lícita se o segurado também restar presente no polo processual passivo, o que, entretanto, não elimina a citada eficácia externa da função social do contrato.

Vejamos:

Processual civil. Recurso especial. Prequestionamento. Acidente de trânsito. Culpa do segurado. Ação indenizatória. Terceiro prejudicado. Seguradora. Legitimidade passiva ad causam. Ônus da sucumbência. Sucumbência recíproca. Carece de prequestionamento o recurso especial acerca de tema não debatido no acórdão recorrido. A ação indenizatória de danos materiais, advindos do atropelamento e morte causados por segurado, pode ser ajuizada diretamente contra a seguradora, que tem responsabilidade por força da apólice securitária e não por ter agido com culpa no acidente. Os ônus da sucumbência devem ser proporcionalmente distribuídos entre as partes, no caso de sucumbência recíproca. Recurso provido na parte em que conhecido" (STJ – REsp 444.716/BA – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 11.05.2004 – DJ 31.05.2004, p. 300)

No âmbito do direito do consumidor a função social do contrato é instrumentalizada em seu grau máximo, de modo a proporcionar um equilíbrio efetivo na relação que se estabelece. É certo, por outro lado, que se o objetivo é materializar uma isonomia, o princípio jamais poderá ser utilizado para desequilibrar a relação em favor do consumidor.

A observância da função social do contrato, como já apontado, demanda o reconhecimento de que o consumidor se encontra em posição díspar em relação ao fornecedor. Este é o ponto fulcral que sustenta a própria existência do sistema consumerista.

Essa disparidade é estudada sob o enfoque de dois elementos sempre presumidamente presentes na relação de consumo: a vulnerabilidade e a hipossuficiência.

Sendo os objetos de análise do trabalho que ora se desenvolve é de todo necessário tomar linhas para explicitá-los.

3.1 Vulnerabilidade

Amaral (2010) aponta que a vulnerabilidade representa um conceito de primeira importância no universo do direito do consumidor, de sorte que o seu reconhecimento justifica a existência dos direitos a ele inerentes. Aponta Miragem:

Há na sociedade atual o desequilíbrio entre os dois agentes econômicos, consumidor e fornecedor, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. O reconhecimento desta situação pelo direito é que fundamenta a existência de regras especiais, uma lei *ratione personae* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo (MIRAGEM, 2008, p. 18).

Cabe aqui fixar a diferenciação entre dois conceitos que normalmente são tidos como sinônimos: risco e vulnerabilidade.

O risco representa uma situação de probabilidade de ocorrência de um determinado evento. A vulnerabilidade, por outro lado, em que pese dependa do risco para que se concretize, existe por si só, não se falando em probabilidade de ser ou não vulnerável:

Foram Yunes e Szymanski (2001) que chamaram atenção para a diferença entre os conceitos de risco e vulnerabilidade. Segundo elas, o conceito de vulnerabilidade “é aplicado erroneamente no lugar de risco” (p. 29), pois são dois conceitos distintos. Enquanto risco, segundo as autoras, foi usado pelos epidemiologistas em associação a grupos e populações, a vulnerabilidade refere-se aos indivíduos e às suas suscetibilidades ou predisposições a respostas ou consequências negativas. É importante ressaltar-se, contudo, que, para essas autoras, existe uma relação entre vulnerabilidade e risco: “a vulnerabilidade opera apenas quando o risco está presente; sem risco, vulnerabilidade não tem efeito” (p. 28). A palavra vulnerável origina-se do verbo latim *vulnerare*, que significa ferir, penetrar. Por essas raízes etimológicas, vulnerabilidade é um termo geralmente usado na referência de predisposição a desordens ou de susceptibilidade ao estresse (YUNES E SZYMANSKI, 2001, p.28).

Transpondo os conceitos para o âmbito do direito do consumidor, tem-se que o risco está presente em todas as relações contratuais: o risco de inadimplemento voluntário ou não, é típico de qualquer relação jurídica negocial. No caso das relações contratuais consumeristas está presente o risco e está presente a vulnerabilidade. Ou seja, o consumidor sempre possuirá vulnerabilidade em relação ao fornecedor de bens e serviços. Destaca Moraes:

Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos na sua

incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte dos sujeitos mais potentes da mesma relação. (MORAES, 2009, p. 125)

Como já restou apontado em linhas anteriores, a vulnerabilidade se faz presente nos diversos aspectos inerentes às relações contratuais, de modo que a doutrina identificou diversas modalidades. Analisemos as mais apontadas.

3.1.1 Vulnerabilidade técnica

A vulnerabilidade técnica é caracterizada pelo fato de que o consumidor não possui todos os conhecimentos técnicos a respeito do produto que está adquirindo, de sorte que, confiando nas orientações e informações repassadas pelo fornecedor, corre mais risco de ser ludibriado. É o caso, por exemplo, de um consumidor que é orientado a adquirir um equipamento informático sob a informação de que seria de última geração quando, na realidade, não é.

Marques também sintetiza este pensamento com bastante clareza:

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional, mas também pode atingir, excepcionalmente o profissional, destinatário final fático do bem. (MARQUES, 2010, p. 324)

Assim, com o objetivo de mitigar a desvantagem do ponto de vista técnico, o Código enumerou normas como, por exemplo, prazos de garantia obrigatórios, além do direito de arrependimento típico das compras à distância.

Assim, caso o consumidor, ludibriado pelo fornecedor ou crente em características inflacionadas por ele, adquira determinado produto através da rede mundial de computadores, poderá exercer o direito de arrependimento nos sete dias subsequentes ao recebimento. Para tanto, será desnecessária a apresentação de qualquer justificativa, bastando o mero descontentamento com o produto recebido.

3.1.2 Vulnerabilidade jurídica

A vulnerabilidade jurídica consiste na falta, por parte do consumidor, dos conhecimentos inerentes à relação de consumo. É dizer: o consumidor possui pouco

ou nenhum conhecimento a respeito de seus direitos no negócio que estabelece com o fornecedor. O mesmo pode ser dito quantos às obrigações que cabem a este último, que podem ir além daquelas previstas em sede contratual. Estas obrigações adicionais, que normalmente resultam da lei, normalmente são ignoradas pelo consumidor, à exemplo das garantias contratuais previstas pela norma civil (antes da codificação consumerista).

Este tipo de vulnerabilidade também é encontrada na doutrina como vulnerabilidade científica, e também pode incluir a ausência de conhecimentos a respeito de economia ou contabilidade (MARQUES, 2003).

Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e

Miragem, por sua vez, atesta que:

[...] falta de conhecimentos, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes, à relação de consumo que estabelece, assim como a ausência de compreensão sobre as consequências jurídicas dos contratos que celebra [...]. A vulnerabilidade jurídica é presumida com relação ao consumidor não especialista, pessoa natural, não-profissional, a quem não se pode exigir a posse específica destes conhecimentos. Todavia, com relação ao consumidor pessoa jurídica, ou o consumidor profissional, é razoável exigir-lhe o conhecimento da legislação e das consequências econômicas dos seus atos, daí porque a presunção neste caso, ainda que se trate de presunção relativa (*iuris tantum*) é que deva possuir tais informações.

Outro exemplo típico de verificação deste tipo de vulnerabilidade se dá com relação de contratos bancários, onde termos técnicos do universo jurídico, financeiro e mesmo do universo contábil se fazem presentes.

3.1.3 Vulnerabilidade fática/socioeconômica e outras espécies de vulnerabilidade

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica identifica situações outras que não estão abarcadas pela vulnerabilidade técnica ou jurídica, mas casos em que esta é verificada em situações que envolvem outros aspectos, normalmente comportamentais ou mesmo sociológicos. É o caso, por exemplo, do consumidor de

origem humilde e simples que, ao se deixar levar pelos argumentos do vendedor, acaba por ultimar negócio que lhe é prejudicial.

A doutrina destaca se tratar de uma espécie mais ampla, abrangendo, como dito, situações fática ou concretas de evidente debilidade do consumidor, revelando-se, de maneira mais comum, em seu aspecto econômico (MIRAGEM, 2015).

É o caso, por exemplo, do consumidor crédulo que adquire o produto mais caro do estabelecimento, convencido pelo vendedor que se trata do melhor presente a ser dado (BOLZAN, 2014).

Para outros autores, existe, ainda, a vulnerabilidade informacional, embora a maioria aceite enxergá-la mais como uma decorrência da vulnerabilidade fática e econômica do que como um tipo autônomo. Os que a tem como uma espécie de vulnerabilidade em si mesma, destacam que o consumidor, normalmente, se encontra em situação de desvantagem em função de dois fatores: a sua posição passiva em relação ao marketing agressivo que é realizado pelo fornecedor e por conta da dificuldade de apurar as informações relativas ao produto que são fornecidas através dos anúncios.

Destaca Miragem:

característica da atual sociedade, conhecida como sociedade da informação, em que o acesso às informações do produto, e a confiança despertada em razão da comunicação e da publicidade, colocam o consumidor em uma posição passiva e sem condições, a priori, de atestar a veracidade dos dados, bem como suscetível aos apelos do marketing dos fornecedores. (MIRAGEM, 2015, p. 68)

Entretanto, há situações em que o consumidor se encontra em posição vulnerável nos mais variados níveis e dos mais variados aspectos, ou mesmo situações em que a vulnerabilidade apresentada tem nível mais elevado que aquele normalmente percebido.

Cuida-se, aqui, de construção doutrinária e jurisprudencial caracterizada pela figura do hipervulnerável. A doutrina enumera diversas categorias de pessoas capazes de figurar entre aqueles hipervulneráveis, como crianças, idosos, enfermos, portadores de necessidades especiais, analfabetos, dentre outros. Inexiste previsão legal contendo rol taxativo capaz de ilustrar todos aqueles indivíduos que podem ser considerados hipervulneráveis, de sorte que a análise dependerá, necessariamente, da observância atenta da casuística posta em discussão.

Bolzan (2014) enumera determinados exemplos capazes de demonstrar situações em que a hipervulnerabilidade se apresenta. O primeiro caso exemplificado é o da gestante e do portador de necessidades especiais que não conseguem se dirigir a um caixa preferencial localizado no segundo andar de um prédio sem elevador.

Outro caso é o da criança, diante da publicidade voltada para o público infantil. A publicidade voltada para crianças deve vir cercada de cuidados previstos na legislação, especialmente em função da ausência da deficiência de julgamento, próprio da falta de maturidade intelectual destes indivíduos em formação.

Os idosos, por sua vez, frequentemente costumam ser vítimas das escandalosas propostas de crédito consignado e seguro, que acabam por minar significativamente suas aposentadorias. O valor extremamente mais elevado que é cobrado de pessoas de mais idade em planos de saúde.

Pessoas doentes, com sua reduzida capacidade de resistência, normalmente também são vítimas de práticas como a limitação do tempo de internação.

3.1.5 Hipossuficiência

Enquanto a vulnerabilidade é um conceito eminentemente jurídico, a hipossuficiência é um conceito fático, observado a luz de uma disparidade notada no caso em concreto. Deste modo, é possível afirmar, inclusive de forma como já se pode destacar, que a vulnerabilidade do consumidor é plenamente presumível por conta sua posição enquanto consumidor, entretanto, a hipossuficiência há de ser verificada no caso concreto.

Isto se dá em função da diferença existente entre o conceito de hipossuficiente que corre no meio processual, normalmente atrelada à noção de pobre ou sem recursos (TARTUCE e NEVES, 2016) e aquela apontada no universo consumerista.

A hipossuficiência consumerista é mais ampla, analisada de acordo com o reconhecimento da disparidade técnica ou informação existente naquela relação de consumo em especial. Roberto Senise Lisboa destaca:

O reconhecimento judicial da hipossuficiência deve ser feito, destarte, à luz da situação socioeconômica do consumidor perante o fornecedor (hipossuficiência fática). Todavia, a hipossuficiência fática não é a única

modalidade contemplada na noção de hipossuficiência, à luz do art. 4º da Lei de Introdução. Também caracteriza hipossuficiência a situação jurídica que impede o consumidor de obter a prova que se tornaria indispensável para responsabilizar o fornecedor pelo dano verificado (hipossuficiência técnica). Explica-se. Muitas vezes o consumidor não tem como demonstrar o nexo de causalidade para a fixação da responsabilidade do fornecedor, já que este é quem possui a integralidade das informações e o conhecimento técnico do produto ou serviço defeituoso (LISBOA, p. 85)

Esta hipossuficiência, assim como ocorre com a vulnerabilidade, também é destacada pela doutrina em sua dimensão técnica, englobando os casos em que o consumidor se apresenta ignorante em relação a determinados aspectos de um dado produto ou serviço.

Uma decorrência do reconhecimento da hipossuficiência é a possibilidade inversão do ônus da prova em favor do consumidor, direito a ele entregue e reconhecido pela Lei 8078/90, em seu artigo 6º, inciso VIII. Ali se tem que o consumidor tem direito à 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.

Como se vê, a inversão do ônus probatório não é decorrência direta do reconhecimento da posição de vulnerável, já garantida e justificadora de todo o microsistema consumerista, mas depende do reconhecimento da hipossuficiência, aferível caso a caso.

A vulnerabilidade, assim, decorre de uma presunção legal imposta pela norma protetiva, enquanto a hipossuficiência demanda análise das diversas dimensões que cercam o caso, com vistas a verificar se sua presença justifica a aplicação de normas capazes de minorar ou eliminar a posição de desvantagem.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 privilegia um de seus nortes mais basilares, a noção de que todos são iguais perante a Lei. Esta igualdade, como restou salientado, não se vislumbra exclusivamente através de uma igualdade formal, declarada pelo corpo normativo tratando a todos de maneira igual.

A Constituição Federal supera a noção subvertida de igualdade enquanto dois indivíduos sendo rigorosamente tratados igualmente conforme a Lei, para reconhecer a exigência de diversidade, revelada pelas discrepâncias em sociedade profundamente desigual.

Privilegia-se, assim, uma igualdade material, entregando ao corpo normativo a tarefa de entregar mais ferramentas à quem não as possui ou possui poucas, visando elevar estes indivíduos a uma posição isonômica em relação à outra parte.

O reconhecimento que o consumidor se encontra em posição de desvantagem em relação ao fornecedor é o passo principal para a compreensão da existência de um microsistema que, mais que lançar normas protetivas, lança normas de equiparação nas mais variadas dimensões.

O conceito de vulnerabilidade, assim, é de vital importância para a construção de uma visão adequada das normas de proteção ao consumidor. É dizer: a vulnerabilidade é elemento presumido em toda relação de consumo, de sorte que esta presunção se justifica pela existência de posições de vantagem em favor do fornecedor nos mais variados aspectos, sejam eles técnicos, informacionais, jurídicos, econômicos ou fáticos.

O conceito hipossuficiência também é outro elemento que se inclui na balança que se busca equilibrar no sistema consumerista. Entretanto, como visto, não se confunde com o conceito de vulnerabilidade pregado no Código de Defesa do Consumidor.

Enquanto a vulnerabilidade, como apontado, é algo presente em toda e qualquer relação de consumo, a hipossuficiência, geralmente associada à um desequilíbrio técnico, há de ser analisada caso a caso.

A presença de vulnerabilidade e hipossuficiência faz gerar não apenas o reconhecimento da relação de consumo justificadora da imposição de normas e

interpretações mais benéficas ao consumidor, mas a fixação de vantagens probatórias importantes em sede processual.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008.
- ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquematizado**. São Paulo. Saraiva. 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: Importante capítulo do direito econômico. São Paulo. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v.13, n.15/16, 1974.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo. Martins Fontes. 2002.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. São Paulo:Forense. 2004.
- GRINOVER,Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2001.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso De Direito Do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Tomo IV. São Paulo. Saraiva. 2013.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil das empresas tabagistas**. Curitiba: Juruá, 2009.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. Neves. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo. Método. 2016.

YUNES, M. A. M.; SZYMANSKI, H. **Resiliência: noção, conceitos afins e considerações críticas**. In: TAVARES, J. (Org.). *Resiliência e educação*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.