



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
Ana Luiza Mourthe Dahdah

A VULNERABILIDADE COMO FATOR ESSENCIAL AO CONCEITO DE
CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Brasília

2013

ANA LUIZA MOURTHE DAHDAH

A VULNERABILIDADE COMO FATOR ESSENCIAL AO CONCEITO DE
CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Projeto de pesquisa apresentado
em cumprimento parcial às
exigências da disciplina
Monografia III da Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Júlio César Lérias
Ribeiro

Brasília

2013

Agradeço a Deus por toda proteção ao longo do curso e por ter me dado coragem e perseverança para seguir adiante. Aos meus pais, pelo constante incentivo, carinho e confiança que depositaram em mim. E principalmente, ao meu querido orientador, Professor Júlio César Lérias Ribeiro, por toda dedicação e pelas preciosas orientações ao longo deste trabalho.

RESUMO

O conceito de consumidor, capitulado no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor desencadeia correntes doutrinárias para se determinar o “destinatário final” da relação jurídica pautada entre um fornecedor profissional, e de outro lado, o sujeito não profissional. O debate maior gira em torno da vulnerabilidade, parte essencial ao consumidor, segundo doutrinas abordadas neste trabalho se apresenta nos aspectos técnico, jurídico e econômico, possuindo como base demonstrar a fragilidade deste indivíduo frente à parte mais forte da relação vertical, estando em desequilíbrio perante o fornecedor. Verifica-se neste trabalho que o Código de Defesa do Consumidor tornou uma lei especial de suma importância para sanar a vulnerabilidade existente nas relações contratuais. No texto é discutido o conceito de contratos, os conceitos básicos da relação jurídica de consumo, a distinção de vulnerabilidade e hipossuficiência, bem como as teorias acerca do destinatário final.

Palavras-chaves: Vulnerabilidade. Destinatário final. Relação de Consumo. Hipossuficiência

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. ABORDAGEM DA DOCTRINA ATUAL SOBRE CONSUMIDOR E RELAÇÃO CONTRATUAL.....	7
1.1 Contratos: Generalidades.....	7
1.2 Relação de consumo.....	14
1.3 Vulnerabilidade do consumidor.....	20
2. ABORDAGEM DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	26
2.1 A vulnerabilidade do consumidor e a CF/88.....	26
2.2 A vulnerabilidade do consumidor e o CDC.....	31
2.3 A vulnerabilidade do consumidor e o ECA.....	38
3. ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL DA TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR.....	45
3.1 Jurisprudência favorável.....	45
3.2 Jurisprudência desfavorável.....	49
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIA.....	57

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho versa sobre a vulnerabilidade como parte integrante do conceito de consumidor. Cuida-se do esforço de identificar no caso concreto os sujeitos que merecem a aplicação da lei especial. Contudo, deve-se saber que trata-se de regulamentação especial, devendo ser aplicada aos casos em que reste demonstrada a necessidade de interferência do Código de Defesa do Consumidor.

A relevância do tema aborda sobre as relações contratuais pactuadas entre sujeitos profissionais e não profissionais, que possui como escopo a interpretação do termo “destinatário final”, dando ensejo a duas correntes doutrinárias, quais sejam, maximalismo e finalismo, delimitando situações que serão amparadas pela lei especial ou pela lei geral.

Dada a relevância do tema, impõe a seguinte questão: É possível na interpretação do ordenamento jurídico conceber-se o significado e os efeitos da vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais?

A hipótese em questão responderá afirmativamente ao problema proposto, o qual se verificará nos capítulos seguintes a serem devolvidos no estudo monográfico.

O capítulo primeiro investigar-se-á a perspectiva doutrinária acerca do conceito de contrato, bem como o estudo da relação jurídica de consumo, identificando os sujeitos desta e apontando os elementos que a compõe com suas principais características. Objetiva, além da ilustração do conceito de consumidor, a elucidação das correntes doutrinárias desenvolvidas para se determinar o “destinatário final” da relação de consumo.

Ato contínuo perquire-se a idéia acerca do princípio da vulnerabilidade, distinguindo-o de hipossuficiência, contida às normas do artigo 4º, inciso I e artigo 6º, inciso VIII, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, pretende-se ilustrar, segundo doutrinas abordadas neste trabalho, os tipos

de vulnerabilidades, que se apresentam nos aspectos técnico, jurídico e socioeconômico.

O capítulo segundo apontará a aplicabilidade do princípio da vulnerabilidade do consumidor nas três normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, como Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e discorrerá no Estatuto da Criança e do Adolescente a noção de hipervulnerabilidade dos sujeitos que estão em desenvolvimento.

No capítulo três far-se-á a abordagem jurisprudencial, sobre a tutela judicial da vulnerabilidade do consumidor, inclusive, trazendo a colação de julgados desfavoráveis a essa tutela, a fim de que se possa observar em quais ocasiões essa tutela da vulnerabilidade é permitida ser protegida, e casos que não se devam dar essa proteção.

O marco teórico a ser usado neste trabalho é a doutrina atual e a jurisprudência contemporânea brasileira.

E a metodologia a ser usada são pesquisas bibliográficas e documentais, bem como, casos práticos, decorrentes de modo como o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o princípio da vulnerabilidade do consumidor, segundo o entendimento doutrinário e os julgados proferidos pelo Judiciário.

1. ABORDAGEM DA DOCTRINA ATUAL SOBRE CONSUMIDOR E RELAÇÃO CONTRATUAL

Neste capítulo será abordada a aspecto doutrinário acerca do conceito de contrato, bem como o estudo da relação jurídica de consumo, identificando os sujeitos desta e apontando os elementos que a compõe com suas principais características. Objetiva, além da ilustração do conceito de consumidor, a elucidação das correntes doutrinárias desenvolvidas para se determinar o “destinatário final” da relação de consumo. Ato contínuo perquire-se a idéia acerca do princípio da vulnerabilidade, distinguindo-o de hipossuficiência, contida às normas do artigo 4º, inciso I e artigo 6º, inciso VIII, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, pretende-se ilustrar, segundo doutrinas abordadas neste trabalho, os tipos de vulnerabilidades, que se apresentam nos aspectos técnico, jurídico e socioeconômico.

1.1 Contratos: Generalidades

O contrato é a maior expressão do negocio jurídico e das relações intersubjetivas. As pessoas por meio de acordo de vontade procuram estabelecer obrigações recíprocas para a satisfação de suas necessidades.

O contrato é um importante instrumento jurídico por possibilitar segurança à circulação de riquezas, e como tal vem se modificando conforme o desenvolvimento econômico, mantendo sua função social, garantindo a liberdade para a iniciativa econômica, assegurando o equilíbrio entre as partes e preservando o interesse da sociedade, no entendimento de Luiz Guilherme Loureiro¹

De fato, o conceito de contrato é uma construção da ciência jurídica com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir uma série de princípios e regras de direito.²

¹ LOUREIRO, Luis Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Método, 2002. p. 50.

² LOUREIRO, Luis Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 52.

Ensina Galvão Telles conforme Vera Helena de Mello Franco³, que o vocabulário *contrahere* designava o estabelecimento de relações duradouras. No *contrahere*, enfatiza, não existia uma simples aproximação das partes e sim um vínculo, uma relação que se trava e permanece e que, pode ser independente da vontade.

Os contratos são uma forma geral de negócio jurídico. É sempre a manifestação da vontade entre duas ou mais partes, pela qual surge entre elas uma determinada relação jurídica tendentes a um só objeto⁴.

No mesmo sentido, a lição de Von Thur segundo Luis Guilherme Loureiro⁵, diz que o contrato tem um raio geral de ação no comércio jurídico, apresentando-se, com as suas funções de criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, em todos os campos do direito privado.

O contrato, portanto é um conceito que exprime uma realidade econômica subjacente na vida cotidiana da sociedade, exprimem sempre uma realidade exterior a si próprio, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras uma função instrumental na visão de Enzo Roppo de acordo com Luis Guilherme Loureiro⁶

Sob este ponto de vista, o contrato, como assevera Orlando Gomes⁷, é o acordo de vontade destinado a constituir uma relação jurídica de natureza obrigacional, com eficácia patrimonial.

Em uma definição mais ampla, designa como contrato todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. Nessa perspectiva, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos duas partes. Em sentido estrito, é o acordo de vontades que produz efeitos obrigacionais na esfera patrimonial.⁸

³ TELLES, Galvão apud FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 21.

⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 36.

⁵ THUR, Von apud LOUREIRO, Luis Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 25.

⁶ ROPPO, Enzo apud LOUREIRO, Luis Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 52.

⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 10.

⁸ LOUREIRO, Luis Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 20.

Considerando a relevância do contrato no mundo jurídico, resta claro que toda e qualquer relação contratual precisa ser feita através de regras e princípios normativos de observância obrigatória.

Os princípios são normas de alto grau valorativo que orienta todo o sistema. Paulo Valério Dal Pai Moraes⁹ afirma que os princípios resultam da razão humana, sendo de natureza do homem buscar em si princípios para orientar os costumes.

A principiologia norteia os contratos, dão maior segurança aos sistemas, e quando são aplicados de forma adequada ao caso concreto, fazem surgir soluções, pois buscam permitir a prevalência do equilíbrio entre os contratantes¹⁰. Destaca-se de suma importância na principiologia contratual a dignidade humana, tipificada como preceito constitucional.

É sabido que a Constituição Federal considera a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, pois tem como objetivo a preservação da pessoa e seus direitos. Os contratos devem ser regrados por princípios os quais podem ser entendidos como verdadeiros comandos normativos.

Decorrente do princípio da dignidade se vê verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade, segundo a qual “a validade dos atos jurídicos, por força de cláusula geral de tutela da personalidade, está condicionada à sua adequação aos valores constitucionais e a sua funcionalização ao desenvolvimento e a realização da pessoa humana”, conforme assevera Gustavo Tepedino.¹¹

Desse modo, o direito do contrato repousa em alguns princípios fundamentais, sendo eles: autonomia da vontade, boa-fé e justiça contratual, podendo ser considerados a nova principiologia do Direito dos Contratos.¹²

⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 19.

¹⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese 2001. P. 30.

¹¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno De. apud TEPEDINO, Gustavo. *Função social dos contratos: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 124.

¹² SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do código civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 96.

Com as mudanças da realidade social e econômica, o novo código civil, no seu art. 421 estabelece que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”¹³.

A parte tem o poder de criar o conteúdo do contrato, a liberdade de estipular, de determinar sua conduta, aliada à vontade da contraparte. O contraente determina o conteúdo das obrigações que pretende assumir e das modificações que se pretende assumir no seu patrimônio.¹⁴

Giordano Bruno Soares Roberto e Cezar Fiúza¹⁵ afirmam que a autonomia da vontade é o princípio que garante as partes à liberdade para escolha de modo de vinculação contratual. As partes se obrigam por vontade própria, escolhendo, criando e acordando enfim numa contratação.

Ou seja, os contratantes possuem o poder de estipular livremente, como quiserem desde que atentem as normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial do contrato.

A boa-fé é considerada uma regra de conduta ou padrão que deve ser seguido pelas partes, agindo com probidade, lealdade e boa-fé por ocasião do contrato bem como na sua execução.

É previsto especialmente no artigo 422 do Código Civil “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.¹⁶ Esse princípio desdobra-se em dever de segurança, dever de lealdade, dever de informação e dever de cooperação com a pessoa que esta contratando.

Nas palavras de Silvio Rodrigues conforme obra de Antonio Rulli Neto “a boa-fé é um conceito ético, moldados nas idéias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar.”¹⁷

¹³ BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 421.

¹⁴ LOUREIRO, LUIZ Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Método, 2002. p. 44.

¹⁵ ROBERTO, Giordano; SOARES, Bruno; FIUZA, Cezar. *Contratos de adesão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 23.

¹⁶ BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 422.

¹⁷ RODRIGUES, Silvio apud NETO, Antonio Rulli. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 113.

Explica Clóvis Veríssimo do Couto e Silva na obra de Daniel Ustárroz¹⁸ que esse princípio da boa-fé cumpre a missão de integrar a relação obrigacional, prescrevendo ações e exigindo omissões dos sujeitos, com o intuito de preservar seus bens jurídicos.

A idéia de justiça social nasceu da divisão aristotélica, com a finalidade de gerar a igualdade material e o bem comum; exercendo então a função de corrigir os exageros do individualismo¹⁹, como instrumento de controle e mudanças sociais.

O princípio da justiça contratual consiste numa justa distribuição de ônus e riscos entre as partes dos contratos, exercendo além da função de controle da equivalência das prestações, bem como uma função de interpretação das normas contratuais em busca do bem comum e da igualdade material.²⁰

Esse princípio tem a intenção de proteção da parte contratualmente mais fraca, cumprindo a função de fixação dos limites do exercício de um direito. Fora desses limites, estaremos na seara dos atos abusivos, não obedecendo às regras e normas que são impostas em uma relação contratual.

A classificação dos contratos serve para posicionar corretamente o negócio jurídico no âmbito de exame de seu adimplemento e inadimplemento. A finalidade é facilitar o seu exame, quer na elaboração do contrato, quer na avaliação de suas conseqüências.²¹

São inúmeras as classificações dos contratos segundo as condições de formações, conforme se verifica:

Os contratos bilaterais são aqueles que no momento de sua feitura atribuem obrigações para ambas as partes, ou para todas as partes intervenientes.²² Os contratantes são simultânea e reciprocamente credor e devedor

¹⁸ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto apud USTÁRROZ, Daniel. *A responsabilidade contratual no novo código civil*. Rio de Janeiro: AIDE. 1. ed. 2003. p. 79.

¹⁹ AMARAL, Francisco. *apud* SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do código civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 146.

²⁰ LARENZ, Karl apud SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do código civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 147.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas. 3. ed. p. 36.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas. 3. ed. p. 37.

do outro.²³ Exemplos: Compra e venda; o seguro; a permuta; o contrato de transportes, etc.

Contratos unilaterais pesa a vontade de acordo de ambas as partes, mas somente criam obrigações para uma delas.²⁴ São contratos com prestações a cargo de uma das partes, somente. Somente uma das partes se obriga em face da outra. Nesta espécie de contrato, um dos contratantes é exclusivamente credor, enquanto o outro é apenas devedor. Exemplo: Doação, depósito, o mandato, o mútuo, etc.

Os contratos solenes são aqueles que a lei prescreve forma especial, cujos efeitos só poderão advir após a realização da solenidade prescrita. Ou seja, sem o cumprimento da formalidade exigida o contrato não se aperfeiçoa. O desrespeito à forma exigida conduz à nulidade do ato.²⁵

Contratos reais somente se aperfeiçoam com a entrega da coisa, feito por um contraente a outro. O mero consentimento das partes, o acordo de vontades, é insuficiente para se ter o contrato como cumprido.²⁶ A exigência adicional ao consentimento não é a sujeição a uma formalidade, mas a própria entrega da coisa que é objeto do contrato.

Os contratos onerosos exigem distribuição de sacrifício para ambos os contratantes. Deve haver equilíbrio da prestação e da contraprestação.²⁷ As partes se obrigam reciprocamente a dar ou fazer alguma coisa. Eles obtêm vantagem com o negócio, mas suportam um ônus.

Contratos gratuitos são aqueles no qual a vantagem obtida não tem contrapartida, não havendo se falar em obrigações correspondentes²⁸. Não existem contraprestações, não há como ocorrer à desproporção entre as vantagens que as partes recebem, por se tratar de ato de pura liberdade.

²³ LOUREIRO, Luis Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 142.

²⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 171.

²⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 175.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas. p. 53.

²⁷ SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004. p. 198.

²⁸ LOUREIRO, Luis Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004, p. 152.

Os contratos aleatórios dizem respeito a coisas ou fatos futuros, onde as partes assumem o risco pela verificação de um evento futuro e incerto, no entanto, pode se referir a coisas existentes, mas expostas a riscos. O que caracteriza este contrato é justamente o risco que cada parte suporta e que não pode, no momento do contrato, prever-se sobre o qual cairá.

Nos contratos comutativos os contraentes conhecem suas respectivas prestações, elas sabem a extensão e os limites precisos de suas obrigações. Exemplo: Compra e venda.

Pode-se verificar que o contrato e suas formas têm diversas aplicabilidades ampliadas em vários ramos, relacionadas ao desenvolvimento de consumo e a criação de novos tipos de contratos.

Outra classificação contratual pode ser feita de acordo com o tipo de relação jurídica contratual. A saber, puder os contratos serem civis, consumeristas, etc. Ressaltar-se-á a seguir, a diferenciação e demais perspectivas entre contratos civis e de consumo.

Faz mister frisar que o Código Civil de 2002 traz ao direito privado brasileiro, os mesmo princípios apresentados no Código de Defesa do Consumidor. A convergência de princípios é à base da inexistência de conflitos possíveis entre as duas leis, com igualdade visam à harmonia nas relações civis em geral e nas de consumo.²⁹

O campo de aplicação dos contratos do Código de Defesa do Consumidor regula a relação de consumo, dispondo sobre normas específicas. Pode-se dizer que a relação estabelecida se configura entre um destinatário final do serviço e um, empresário, fornecedor de um produto, tutelando o consumidor como a parte vulnerável.

Os contratos comerciais são os que se inserem no âmbito de atividades mercantis, ou seja, de produção e de comercialização em escala, sob organização empresarial mais complexa.³⁰

Já o Código Civil de 2002 possui uma aplicação geral regulando toda relação privada não privilegiada por lei especial. É uma relação entre dois

²⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de direito do consumidor*. Revista dos Tribunais, 2003. p. 30

³⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 82

“civis”, sem habitualidade, continuidade ou fim econômico³¹, pressupondo a igualdade entre as partes. Os contratos civis são os que desenvolvem na vida comum e em atividades de estruturação mais simples.

Dentre os diversos tipos de contratos, comparecem de alta aplicação na vida contemporânea, os contratos de consumo, sobre o qual ter-se-á análise, sob a perspectiva do contratante consumidor, no próximo item.

1.2 Relação de consumo

O direito do consumidor tem a finalidade em restabelecer o equilíbrio contratual, que deve existir entre as partes na relação de consumo e que, muitas vezes, é rompido pela superioridade fática do profissional, que no plano técnico e econômico, tem condições e conhecimentos muito mais amplos do que o consumidor³².

Os contratos advindos da relação de consumo são os previstos no Código de Defesa do Consumidor, e são pactuados em uma ligação de fornecedor que oferece produtos e serviços ao mercado com habitualidade e de outro lado, a parte mais fraca da relação, identificada como consumidora, sendo destinatária final dos produtos e serviços.

A relação de consumo é definida em quatro conceitos básicos: consumidor, fornecedor, produto e serviço.

O legislador pátrio, no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º qualifica o consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”³³

Em verdade, para se extrair a real conceituação da figura do consumidor, é impossível dissociar-se da idéia principiológica de vulnerabilidade, de fragilidade real.³⁴

³¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de direito do consumidor*. Revista dos Tribunais, 2003. p. 44

³² WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. Revista dos Tribunais: 14. ed. p. 634

³³ BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Art. 2.

³⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 14

O consumidor é considerado como destinatário final dos bens produzidos e dos serviços prestados.³⁵ Também são considerados consumidores o profissional liberal ou empresário que adquire ou utiliza produtos e serviços que sejam tipicamente bens de consumo, ou seja, fornecidos à sociedade em geral, embora utilizada simultaneamente como bem de produção.³⁶

No mesmo sentido ensina Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin conforme Nehemias Domingos de Melo³⁷ que a pessoa vista como consumidora é aquela, que para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocadas a sua disposição por comerciante ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissional.

Neste caso, tornam-se consumidores aquelas pessoas expostas às práticas comerciais, e independente de serem determináveis ou não, adquirem ou utilizam produtos e serviços para o seu próprio bem ou de outrem.

Ao cuidar da explicação aplicada ao “consumidor”, a doutrina consumerista surgida no ano de 1990 entrou em discordância e se dividiu ao ponto de instituir correntes doutrinárias divergentes para determinar o “destinatário final” que adquire ou utiliza produto ou serviço. Foi desenvolvida a teoria finalista em oposição à corrente maximalista, na disputa do âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor.³⁸

Assim, para os finalistas, não basta que o consumidor seja destinatário fático do produto; exige-se a destinação final econômica, ou seja, o bem deve ter sido adquirido não para uso profissional ou para a revenda, mas sim para uso pessoal.³⁹

Para os finalistas, o consumidor é o não profissional que adquire um produto ou serviço para uso próprio ou de sua família e, excepcionalmente, a

³⁵ ROSA, Josimar Santos. *Relações de consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores*. São Paulo: Atlas, 1995. p. 26

³⁶ TALAVERA, Glauber Moreno. *Relações de consumo no direito brasileiro*. Método: São Paulo, 2001. p. 129

³⁷ VASCONCELOS, Antonio Herman De. apud MELO, Nehemias Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16

³⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Revista de direito do consumidor*. Editora: Revista dos tribunais. Out-Dez de 2005. p. 9

³⁹ TALAVERA, Glauber Moreno. *Relações de consumo no direito brasileiro*. São Paulo: Método, 2001. p. 128

pessoa jurídica desde que, sem fins lucrativos⁴⁰. Neste caso são excluídos da cadeia consumerista as pessoas jurídicas que tenham finalidade lucrativa, como exemplo uma empresa que adquire uma máquina para utilização na fábrica de seus produtos. José Geraldo Brito Filomeno justifica esse posicionamento na obra de Nehemias Domingos de Melo dizendo que “referidos bens certamente entram na cadeia produtiva e nada têm a ver com o conceito de destinação final.”⁴¹

Já os maximalistas, defendem que o consumidor deverá ser interpretado de maneira extensiva, permitindo seja beneficiário no todo, independente de sua vulnerabilidade ou hipossuficiência, não havendo que se perquirir se pessoa física, jurídica ou profissional, nem tampouco se a aquisição do produto ou serviço terá uma utilização com fins de lucros ou tão somente será utilizado para fins de consumo próprio.⁴²

O pensamento jurídico de interpretação maximalista asila o entendimento de que o consumidor (pessoa física ou jurídica), na ocasião em que utiliza ou adquire um produto ou serviço, será apontado como destinatário final, não importando qual a finalidade do produto ou do serviço (seja profissional ou particular), propiciando a afirmativa de que, no momento em que o produto é transferido a outrem, este será chamado de destinatário final.⁴³

Desenvolveu-se ainda através da ação de jurisprudências, uma terceira corrente doutrinária para o estudo da destinação final, chamada de finalismo aprofundado. Houve uma extensão do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor⁴⁴ face ao art. 29, dispondo à possibilidade de uma pessoa jurídica ou o profissional serem considerados consumidores quando comprovada sua vulnerabilidade na relação jurídica⁴⁵.

⁴⁰ MELO, Nehemias Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16

⁴¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. apud MELO, Nehemias Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16

⁴² MELO, Nehemias Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 17

⁴³ RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 73

⁴⁴ BRASIL, Lei 8.078 de 9 de Setembro de 1990. “Art. 29. Para os fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 155

Deste a entrada em vigor do Código Civil de 2002, houve uma crescente tendência da jurisprudência, centrada na idéia de consumidor final imediato e de vulnerabilidade, denominando como o finalismo aprofundado. Esta nova linha trata-se de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade. Um exemplo é de um hotel que compra gás.⁴⁶

Essa análise defende que o agente econômico ou o profissional liberal, mesmo não sendo destinatário final fático ou econômico do produto ou serviço, pode vir a ser beneficiado pela lei especial, desde que haja a presunção de vulnerabilidade.⁴⁷

Em contrapartida, o artigo 3º⁴⁸ do Código de Defesa do Consumidor, trás na definição de fornecedor as expressões “desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”⁴⁹ O fornecedor é um partícipe do processo produtivo, tanto o sujeito que oferta diretamente ao mercado de bens e serviços, ou aquele que de alguma forma pratica atos nesta cadeia.⁵⁰

Conforme assegura Odete Novais que o artigo transcrito traz a definição daquele que figura ao lado do consumidor na relação de consumo: fornecedor. Sem a sua presença não poderá haver relação jurídica a ser protegida pelo Código.⁵¹

O Código De Defesa do Consumidor é genérico e abrange como fornecedor todos aqueles, mediante qualquer atividade habitual, ofertarem produto ou serviços no mercado de consumo, sendo pessoas físicas ou jurídicas.

Ilustrando a matéria, Cláudia Lima Marques na obra de Nehemias Domingos de Melo afirma que o conceito de fornecedor é caracterizado por

⁴⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima e; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 70-71

⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3º ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 155

⁴⁸ BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. “Art. 3. toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

⁴⁹ BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Art. 3.

⁵⁰ KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 58

⁵¹ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço: código de defesa do consumidor lei 8.078, de 11.09.1990*. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1998. p. 100

“desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos”.⁵²

Ao definir fornecedor, De Plácido e Silva assevera conforme Glauber Moreno Tavera que é “todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessários ao seu consumo.”⁵³

No artigo acima citado, a lei não faz distinção aos tipos de fornecedor, sendo o rol exemplificativo. Desta forma, todos aqueles que ofertarem produtos ou serviços no mercado de consumo, sendo pessoa física ou jurídica, estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.⁵⁴

João Batista Almeida afirma que “fornecedor é, pois, tanto aquele que fornece bens e serviços ao consumidor, como aquele que o faz para intermediário ou comerciante.”⁵⁵

Segundo José Geraldo de Brito Filomeno por Zilda Januzzi Veloso, fornecedor “é todo aquele que provê o consumidor de produtos e serviços”⁵⁶.

O Código de Defesa do Consumidor também definiu em seu § 1º, do artigo 3º, o que se entende por produto, sendo “qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial”⁵⁷.

Pode se concluir, que não se faz distinção do tipo de produto, sendo que está abarcado qualquer bem adquirido em uma relação de consumo. Os bens móveis são os que podem ser movimentados por vontade própria ou por força alheia. E os bens imóveis não podem ser removidos de um lugar para outro sem destruição.

Conforme artigo extraído do Código de Defesa do Consumidor, os bens podem ser materiais ou corpóreos e imateriais ou incorpóreos. Maria Antonieta Zanardo Donato trás a definição desses bens em sua obra, dizendo: “assim,

⁵² MARQUES, Claudia Lima apud Nehemias Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 27

⁵³ SILVA, De Plácido apud TALAVERA, Glauber Moreno. *Relações de consumo no direito brasileiro*. São Paulo: Método, 2001. p. 130

⁵⁴ TALAVERA, Glauber Moreno. *Relações de consumo no direito brasileiro*. São Paulo: Método, 2001. p. 131

⁵⁵ ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 41

⁵⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães e outros. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 478

⁵⁷ BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Art. 3, § 1.

corpóreos seriam aqueles objetos que possuem uma existência material, concreta. E os incorpóreos não possuem existência tangível (...).⁵⁸ Vale dizer, são economicamente mensuráveis. Dizem respeito, aos direitos reais, aos direitos autorais, e outros.

O conceito de produto se completa com a distinção entre produtos não duráveis e produtos duráveis. Esses dois serviços se distinguem pela durabilidade do tempo de consumo. Produto durável é aquele que não se acaba com o tempo nem se extingue pelo uso, que tende a ser utilizado mesmo depois de várias utilizações. Já o produto não durável se exaure logo após o primeiro uso ou vai se perdendo gradativamente. Estão incluídos os produtos como sabonete, alimentos, cosméticos.

A definição de serviço também foi contemplado em lei, no artigo 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor como sendo “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”⁵⁹.

O serviço prestado é fruto de uma atividade desenvolvida pelo ser humano. Verifica que serviço é a atividade do ser humano que gera benefícios ou satisfação para quem os adquira que, mediante remuneração, ofereça seus préstimos ao mercado de consumo.⁶⁰

A remuneração se vincula apenas a prestação de serviço, podendo ser direta e indireta, englobada por todo e qualquer custo, ficando excluídas conforme o texto legal, apenas as relações trabalhistas.

João Batista de Almeida assenta “se o serviço é prestado por força de contrato de trabalho, mediante vínculo de subordinação e dependência econômica, estará fora da definição de serviço definido em lei, e (...) submetido à legislação

⁵⁸ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 113

⁵⁹ BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Art. 3, § 2ª

⁶⁰ MELO, Nehemias Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28

pertinente”⁶¹ O autor discorre que em casos como este, o serviço é regido pelas normas do Código das Leis Trabalhistas.

Antônio Carlos Efig⁶² discorre dizendo que o Código de Defesa do Consumidor quando faz referência a uma remuneração, é a direta e indireta, ou seja, a direta é um pagamento efetuado diretamente pelo consumidor ao fornecedor. Já a remuneração indireta surge do favorecimento comercial indireto ocorrido das prestações de serviços que parecem serem gratuitas, como também a remuneração embutida em outros custos. O autor faz menção aos serviços oferecidos a título de demonstração ou promoção, que são os hipoteticamente gratuitos.

No mercado de consumo, nada é de graça. Os custos com os produtos ou serviços podem parecer uma atividade de cortesia, mas são remunerados. Claudia Lima Marques⁶³ ensina que “a expressão remunerado significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade.” Como no transporte gratuito de idosos.

Dessa forma, o artigo citado refere-se à remuneração dos serviços, significando um ganho direto ou indireto para o fornecedor e não a sua gratuidade. A relação de consumo envolve dois sujeitos: o fornecedor do produto ou de serviço que pratica atividade econômica e o consumidor que adquire ou utiliza o serviço para satisfação de suas necessidades particulares.

1.3A vulnerabilidade do consumidor

Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de

⁶¹ ALMEIDA, João Batista de Almeida. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 42

⁶² EFING, Carlos Antônio apud RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova do código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 79

⁶³ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima e; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 81

consumo. A vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.⁶⁴

Paulo Valério diz que “o princípio da vulnerabilidade decorre diretamente do princípio da igualdade, com vistas ao estabelecimento de liberdade, considerado, na forma que somente pode ser reconhecido igual alguém que não está subjugado por outrem.”⁶⁵

Nas palavras de João Batista de Almeida,⁶⁶ a vulnerabilidade é a espinha dorsal da proteção ao consumidor. É indubitável que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresentam sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico

Ato contínuo comenta Olga Maria do Val que também aborda o tema sobre o consumidor dizendo “(...) é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir (...)”.⁶⁷

É de fácil constatação que o consumidor é mais fraco em uma relação jurídica com o fornecedor. O privilégio na relação é do fornecedor, uma vez que o consumidor não possui conhecimento técnico do produto, da qualidade, do preço, de sua fabricação, entre outros. Se a pessoa possui características de consumidor, a vulnerabilidade já é presumida.

A doutrina conceitua a definição de consumidor com base na vulnerabilidade sendo aquele sujeito que não possui os meios de produção. É o que diz Fábio Konder Comparato na obra de João Batista de Almeida “são aqueles que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”.⁶⁸

⁶⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima e; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 71

⁶⁵ MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 2001. 2. ed. p. 97

⁶⁶ ALMEIDA, João Batista De. *apud* MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 2001. 2. ed. p. 98

⁶⁷ VAL, Olga Maria Do *apud* MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 2001. 2. ed. p. 98

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder *apud* ALMEIDA, João Batista de Almeida. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22

Sobre isso, João Batista de Almeida discorre que para satisfazer suas necessidades de consumo, é inevitável que o consumidor compareça ao mercado e, nessas ocasiões, submeta-se às condições que lhe são impostas pela outra parte, o fornecedor.⁶⁹

Em resumo, o referido princípio da vulnerabilidade tem, como base da sua função a fragilidade do consumidor frente aos critérios estabelecidos pelo fornecedor, sendo que este, por sua própria definição, detém conhecimento técnico ou científico, impondo ao consumidor uma submissão nas relações de consumo.⁷⁰

Exposto o conceito de vulnerabilidade, faz mister distingui-lo da hipossuficiência. Cabe ressaltar que estes dois termos jurídicos são conceitos distintos e não se deve confundir. A vulnerabilidade compreende instituto de natureza material, enquanto a hipossuficiência é de classificação processual⁷¹.

No entendimento do autor Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin “A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal limitada a alguns (...), mas nunca a todos os consumidores.”⁷²

A hipossuficiência não está relacionada somente com à questão monetária, sendo que o fato do consumidor ser pobre, não significa que seja declarado hipossuficiente também. Serão assim considerados, se verificar no caso concreto que pagar as despesas processuais como custas, advogado, citações, intimações, remessa dos autos, audiências, entre outros, são custos altos e que mesmo as pessoas que não são consideradas “pobres” muitas vezes não possuem condição de arcar. Então essa fragilidade apresentada, não é de ordem econômica ou financeira, porque existe a possibilidade de assistência judiciária gratuita para aquele sujeito consumidor carente de recurso.⁷³

A hipossuficiência esboça na facilitação da defesa dos interesses do consumidor em juízo e a busca ao acesso a justiça conforme direitos básicos

⁶⁹ ALMEIDA, João Batista de Almeida. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22

⁷⁰ RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 35-36

⁷¹ MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 2001. 2. ed. p. 109

⁷² BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. *apud RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. Ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 37

⁷³ MELO, Nehemias Domingo De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 57

mencionado no artigo 6^a, VII e VII do Código de Defesa do Consumidor. Estes incisos fazem referencia a dificuldade de produção de prova, possuindo como premissa a inversão do ônus da prova. A finalidade é permitir que o consumidor reconheça seu direito e não crie barreiras para provar suas alegações.⁷⁴

A dificuldade de produção de provas no mundo processual por parte do consumidor está relacionada também com a vulnerabilidade técnica, uma vez que ele não detém conhecimentos especializados sobre o produto ou serviço envolvido na relação jurídica, o que o torna tecnicamente vulnerável e será mais difícil para ele conseguir provas que sejam suficientes para comprovar tal descumprimento de uma obrigação por parte do fornecedor.⁷⁵ Observada essa condição, em hipóteses assim, o juiz pode decidir por reconhecer a hipossuficiência do sujeito mais fraco na relação de consumo e inverter o ônus probatório.

Acrescenta Paulo Valério Dal Pai Moraes⁷⁶ que: “o materialmente vulnerável no primeiro momento pode ser o mesmo hipersuficiente no segundo momento, na fase processual, bastando para tanto, aferir as suas condições sociais, econômicas, culturais(...).”

Nesse mesmo sentido, Judith Martins Costa⁷⁷ comenta que “(...) todo consumidor, seja considerado hipossuficiente ou não é, ao contrário, vulnerável no mercado de consumo.”

Zilda Januzzi Veloso⁷⁸ leciona que “todo o consumidor é vulnerável em razão da ausência de conhecimento jurídico, econômico e especialmente técnico acerca dos produtos e serviços que são ofertados a consumo.” Isso se configura porque o consumidor não participa das etapas do processo de produção, somente da etapa final que é a do consumo.

Os doutrinadores apontam os tipos de vulnerabilidades mais comuns, que seriam de três fatores básicos: técnica, jurídica e fática ou sócioeconômica.

⁷⁴ EFING, Antonio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 67

⁷⁵ RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 38.

⁷⁶ MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 2001. 2. ed. p. 110.

⁷⁷ COSTA, Judith Martins apud MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 2001, 2^a ed. p. 100.

⁷⁸ VELOSO, Zilda Januzzi apud MARTINS, Guilherme Magalhães e outros. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 483

A vulnerabilidade do ponto de vista técnico está relacionada com o fato de que o consumidor ao comprar um produto ou contratar um serviço ele não possui conhecimento técnico daquele bem adquirido em uma relação de consumo, podendo ser facilmente enganado.⁷⁹

Nas palavras de Rizatto Nunes⁸⁰ por Nehemias Domingos de Melo, diz que “o consumidor, para satisfazer as suas necessidades de consumo, comparece ao mercado e se submete às condições que lhe são impostas pelos fornecedores de produtos e serviços.”

Ensina Amaral Júnior que “o consumidor é vulnerável porque não dispõe dos conhecimentos técnicos necessários para a elaboração dos produtos ou para a prestação dos serviços no mercado.”⁸¹ É por essa razão que o consumidor, sendo o elo mais fraco da relação jurídica, não tem capacidade de avaliar de forma correta se o produto ou o serviço estão em perfeito estado.

Complementa Maria Antonieta Zanardo Donato⁸² “(...) caracterizar-se-ia, pois, pela ignorância do consumidor e pela ausência de fornecimentos de informações e esclarecimentos suficientemente límpidos por parte do produtor.”

Além disso, podem configurar-se como vulnerabilidade técnica as informações erradas que são passadas aos consumidores, aquelas em excessos e a falta de informação, ou seja, tudo que impede que o consumidor conheça do serviço prestado ou do produto comprado.

Claudia Lima Marques⁸³ trás a vulnerabilidade jurídica ou científica como a falta de conhecimentos jurídicos específicos ou científicos, como de economia ou contabilidade, submeta indubitavelmente o consumidor pessoa física ao patamar de inferioridade na relação de consumo.

A autora adverte que os profissionais e as pessoas jurídicas não se configuram nesse tipo de vulnerabilidade por possuírem orientações jurídicas e

⁷⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 147

⁸⁰ MELO, Nehemias Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 55

⁸¹ JÚNIOR, Amaral apud BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima e; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 71

⁸² DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 105

⁸³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 148-149

científicas sobre a economia para poderem exercer a sua profissão, ao contrário do consumidor não profissional e pessoa física.

Sergio Cavaliere Filho afirma segundo Nehemias Domingos de Melo que a vulnerabilidade jurídica é resultante da “falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos; à falta de assistência jurídica; a dificuldade de acesso a justiça; a impossibilidade de aguardar a demorada e longa tramitação de um processo judicial.”⁸⁴

Desse modo, esse tipo de vulnerabilidade manifesta-se, predominantemente, na avaliação das dificuldades que o consumidor possui para defender seus direitos, tanto na esfera administrativa como na judicial.⁸⁵

Na vulnerabilidade socioeconômica ou fática, o sujeito que está em foco é o fornecedor. Maria Antonieta Zanardo Donato discorre sobre a vulnerabilidade fática ou socioeconômica dizendo que “resultaria da posição em que se encontra o outro parceiro contratual, caracterizada como monopolística ou por seu acentuado poder econômico, impondo a sua superioridade aqueles que com ele contratam.”⁸⁶

Essa vulnerabilidade está ligada à capacidade econômica das partes envolvidas, onde o fornecedor detém capacidade econômica maior do que o consumidor individualmente considerado. A maior capacidade do fornecedor lhe permite, ainda, ditar as regras do mercado de consumo, vendendo ilusões, criando necessidades irreais, impondo estilo de vida.⁸⁷

Em resumo, Paulo Valério Dal Pai Moraes⁸⁸ diz que “economicamente, o consumidor é vulnerável porque está submetido às imposições econômicas e políticas dos mais fortes, sofrendo diretamente os reflexos de qualquer medida que venha a interferir na circulação da moeda e, em especial, do crédito.”

⁸⁴ FILHO, Sergio Cavaliere apud MELO, Nehemias Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010.p. 56

⁸⁵ MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 120

⁸⁶ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 106

⁸⁷ NEHEMIAS, Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 56

⁸⁸ MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 161

2. ABORDAGEM DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Esse capítulo apontará a aplicabilidade do princípio da vulnerabilidade do consumidor nas três normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, como Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e discorrerá no Estatuto da Criança e do Adolescente a noção de hipervulnerabilidade dos sujeitos que estão em desenvolvimento.

2.1 A vulnerabilidade do consumidor na Constituição Federal de 1998

A Constituição Federal foi outorgada em 05 de outubro de 1988, considerada como a lei mais democrática da história e surgiu diante da necessidade de garantir os direitos fundamentais individuais e coletivos aos cidadãos brasileiros, bem como exigir uma sociedade menos desigual e mais justa, oficializando o nome do Brasil como República Federativa do Brasil.

Com a Revolução Industrial que aconteceu no século XIX, surgiram transformações drásticas no mundo econômico que desencadeou em alterações sociais. Maria Antonieta Zanardo Donato⁸⁹ discorre dizendo que com o novo modelo social que é a sociedade de consumo, o consumidor atingido pela explosão do processo produtivo, onde cada vez mais buscava a satisfação de suas necessidades e desejos, ficou escravo do fornecedor, tornando-se vulnerável nessa relação jurídica. Viu-se então a necessidade de conferir normas para amparar a proteção do consumidor, instaurando medidas preventivas, coercitivas e punitivas.

No mesmo sentido, Maria Cecília Nunes Amarante assenta que o reconhecimento da existência da massa vulnerável foi originado da Revolução Industrial que trouxe “dependência dos homens ao mercado para as necessidades da vida, surgindo uma civilização com elos contratuais”⁹⁰. A autora ainda discorre que essa sociedade fragilizada diante do poder econômico, posiciona-se como

⁸⁹ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 17-19

⁹⁰ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça ou equidade nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 7

vitima da enorme ambição e do desequilíbrio das relações jurídicas, buscando uma proteção capaz de gerar equilíbrio nas relações de consumo.

Como assegura Carlos Ferreira de Almeida segundo Belinda Pereira da Cunha “(...)a probabilidade de se enganar é muito maior por parte de quem não é profissional no exercício do comercio; as empresas são experientes e esclarecidos; os consumidores estão mais sujeitos a expressar-se com deficiência.”⁹¹

Fica claro que foram às profundas mudanças na sociedade que exigiu um direito privado novo com inclusão de regras especiais de proteção dos consumidores, sendo os novos sujeitos econômicos prioritários deste mundo do consumo e de mercados globalizados.⁹²

Com o surgimento do consumerismo que se deu através da Revolução Industrial, onde houve uma alteração do modelo de produção, fazendo com que a relação de trabalho que tinha um caráter individual, se convertesse em uma relação massificada⁹³, de forma que os operários foram trocados por maquinas, surgiu à necessidade de criar diversas leis com o intuito da finalidade de proteger os consumidores, tendo em vista que se iniciou o fenômeno da vulnerabilidade nas relações de consumo.

Apesar da edição de inúmeras leis, faltava uma legislação sistematizada tendo em vista que os consumidores vulneráveis e hipossuficientes continuavam em desequilíbrio frente aos detentores do mercado de consumo, o fornecedor. Maria Antonieta Zanardo Donato relata que teria acontecido isso porque “a ordem jurídica não estava adequada à ordem econômica. Teria a ordem econômica se desenvolvido de forma mais rápida, a ponto de ter promovido um desequilíbrio entre ambas as partes”.⁹⁴

Maria Cecília Nunes Amarante discorre no mesmo sentido dizendo que o reconhecimento da existência da massa vulnerável foi originado da Revolução Industrial que trouxe “dependência dos homens ao mercado para as necessidades

⁹¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira De apud CUNHA, Belinda Pereira Da. *Antecipação da tutela no Código de Defesa do Consumidor*: tutela individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 76

⁹² BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima e; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 38

⁹³ MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor*: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 95

⁹⁴ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 31

da vida, surgindo uma civilização com elos contratuais.”⁹⁵ A autora ainda discorre que essa sociedade fragilizada diante do poder econômico, posiciona-se como vítima da enorme ambição e do desequilíbrio das relações jurídicas, buscando uma proteção efetiva capaz de colocar em equilíbrio nas relações de consumo.

Conforme Antonio Carlos Efiging,⁹⁶ antes do surgimento do Código de Defesa do Consumidor, a legislação brasileira já se preocupava com as relações jurídicas estabelecidas entre os cidadãos e os setores da economia.

Enfatiza Claudia Lima Marques⁹⁷ que a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história dos textos constitucionais brasileiros, dispõe expressamente sobre a proteção dos consumidores, identificando-os como o grupo a ser especialmente tutelado através da ação do Estado (Direitos Fundamentais, art. 5º, XXXII).

Quando o legislador inseriu na Constituição Federal entre os Direitos e Garantias Fundamentais a defesa do consumidor em seu art. 5º, XXXII, ele impôs uma obrigação ao Estado. Sergio Cavalieri Filho discorre que “a defesa do consumidor não é uma mera faculdade, mas sim um dever do Estado e, por outro lado, uma garantia fundamental do consumidor.”⁹⁸ José Geraldo Brito Filomeno acrescenta que “dentre os deveres impostos ao Estado brasileiro, está o de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.”⁹⁹

No mesmo sentido, novamente Claudia Lima Marques¹⁰⁰ trás a importante lição de que o direito do consumidor é direito fundamental, direito humano de nova geração, direito social e econômico positivado na Constituição brasileira. A autora assenta que o Código de Defesa do Consumidor nasceu da Constituição brasileira, onde o artigo 5º, inciso XXXII¹⁰¹, estabelece como direito

⁹⁵ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça ou equidade nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 7

⁹⁶ EFING, Antonio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 13

⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1999. p. 225

⁹⁸ FILHO, Sergio Cavalieri apud MELO, Nehemias Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 33

⁹⁹ FILOMENO, Jose Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 6

¹⁰⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima e; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 90

¹⁰¹ BRASIL, Constituição Federal de 1988. “Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

fundamental a defesa dos direitos dos cidadãos como consumidores. Claudia Lima Marques¹⁰² complementa dizendo que o artigo 170 estabelece que a ordem constitucional econômica do nosso mercado será baseado na livre iniciativa, mas limitada pelo direito dos consumidores (inciso V)¹⁰³. E por fim, o artigo 48 das Disposições Transitórias¹⁰⁴ determina a elaboração de uma lei tutelar em forma de código: todo construído, conjunto de normas sistematizado por uma idéia básica, a da proteção deste sujeito especial.

João Batista Almeida¹⁰⁵ diz que, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, reconhece claramente princípio da vulnerabilidade como a base para a proteção do consumidor, pois há o reconhecimento universal dessa proteção em virtude da fragilidade e da desigualdade apresentada pelo consumidor nas relações de consumo diante do poder econômico. E o Estado deve ser chamado para proteger a parte mais fraca, garantindo o respeito a seus interesses.

Dessa forma, pode se entender que a Constituição Federal de 1988 conferiu proteção ao consumidor, elevando ao status de direitos fundamentais, bem como instituiu a obrigação do Estado de reparar os danos causados a esses sujeitos, como também a defender os seus direitos. Acrescentando, a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil, em outras palavras, a Constituição é o ápice e guia de todo o direito privado e público, devendo ser interpretado conforme seus valores.¹⁰⁶

A situação do consumidor é a de submissão ao poder dos fornecedores, uma vez que sua escolha de bens de consumo não poderá exceder aquilo que é oferecido no mercado. Esta submissão é a responsável pela fundamentação do princípio da vulnerabilidade. O fato de ser consumidor já o torna

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. (...)”.

¹⁰² BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima e; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 90

¹⁰³ BRASIL, Constituição Federal de 1988. “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, observados os seguintes princípios: V – a defesa do consumidor. (...)”.

¹⁰⁴ BRASIL, Lei de Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

¹⁰⁵ ALMEIDA, João Batista de Almeida. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16-17

¹⁰⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima e; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28

vulnerável, independente da sua condição cultural, social e política, conforme assinala Antônio Carlos Efig¹⁰⁷.

Tal situação representa o desequilíbrio de forças que existe, refletindo a desigualdade e fragilidade. Os autores Vidal Serrano e Yolanda Alves Pinto Serrano¹⁰⁸ trazem um entendimento de vulnerabilidade: “reconhecendo a situação de debilidade do consumidor, indica que toda intervenção legislativa, administrativa e judiciária em sede de relações de consumo, deve ser aparelhada de modo a suprir tal vulnerabilidade.”

O consumidor é estimulado a usar ou consumir o produto ou serviço para satisfazer suas necessidades, não dispondo do controle dos meios de produção do bem ou da prestação de serviço. O consumidor, portanto, passa a consumir tudo aquilo que lhe for ofertado, tendo em vista as motivações que o levam ao consumerismo. Maria Cecília Amarante¹⁰⁹ acrescenta que os produtores, fabricantes e distribuidores comandam a sociedade de consumo e o convencimento da publicidade e marketing torna cada vez mais vulnerável a parte mais fraca da relação jurídica.

A vulnerabilidade está presente uma vez que posicionam-se em desequilíbrio o consumidor e fornecedor na relação de consumo, estando o consumidor nas palavras de Eros Roberto Grau¹¹⁰ “em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo.” Dessa forma, o Estado é um elemento importante para equilibrar a relação fornecedor e consumidor, quando provocado passa a atuar de maneira exemplar controlando essa relação impedindo que prevaleça a desigualdade. Ou seja, o Estado é elemento fundamental para sanear a vulnerabilidade do consumidor.

Resta claro que a legislação consumerista faz parte de uma conquista, pode se dizer que é o reconhecimento de novos valores fundados na personalidade

¹⁰⁷ EFING, Antonio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 91

¹⁰⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 29

¹⁰⁹ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça ou equidade nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 17

¹¹⁰ GRAU, Eros Roberto apud ALMEIDA, João Batista de Almeida. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 33

humana, abandonando o nítido caráter individual e patrimonialista. O homem deixa de ser objeto e passa a ser sujeito de direito.¹¹¹

2.2 A vulnerabilidade do consumidor no Código de Defesa do Consumidor - CDC

A necessidade de uma norma jurídica especial surge da vulnerabilidade do consumidor no contexto das relações contratuais, com o intuito de assegurar o justo equilíbrio entre os contratantes, por estar presente em um dos pólos da relação, um consumidor¹¹². A essência dessa norma de proteção e defesa do consumidor passa a existir a partir da situação de desigualdade que se encontra o sujeito mais fraco perante a força econômica que gozam os fornecedores. Portanto, o princípio da vulnerabilidade é elemento chave no conceito de consumidor.

As normas jurídicas codificadas podem ter como destinatários pessoas em posição de igualdade ou de desigualdade. O Código Civil pressupõe, em regra, a igualdade da posição dos seus destinatários. Já o Código de Defesa do Consumidor parte da premissa de vulnerabilidade de uma das partes. Tem tal norma por destinatários pessoas em posição de desigualdade.

Diante dessa desigualdade, Silvio Luis Ferreira da Rocha¹¹³ discorre que por essa razão, tornou-se necessário criar instrumentos jurídicos que permitissem a proteção dos interesses desses sujeitos (...). E a aprovação do Código de Defesa do Consumidor significou mudança considerável na regulação das relações de consumo.

A própria Carta proclamou a fragilidade do consumidor nas relações de consumo, e competia ao Código de Defesa do Consumidor, observando a lei maior,

¹¹¹ DUARTE JUNIOR, Ricardo Cesar Ferreira. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. In: *Ambito Jurídico*, Rio Grande, ano 8, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8756>. Acesso em: 20 Maio 2013.

¹¹² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 139.

¹¹³ ROCHA, Silvio Luis Ferreira Da. *A oferta no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997. p. 10

garantida pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal, assentar, como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (artigo 4º, I).¹¹⁴

O Código de Defesa do Consumidor foi aprovado pelo Congresso Nacional e publicada em 11 de setembro de 1990, iniciando sua vigência em março de 1991. Trata-se de lei nº 8.078/90, marcada pela intervenção do Estado com o objetivo de proteger o consumidor, podendo dizer que é a principal lei do direito brasileiro que possui a finalidade de defender o consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor surgiu a partir da Constituição Federal de 1988 concentrando no sujeito de direitos, e tem por objetivo proteger esse sujeito identificado constitucionalmente como vulnerável e especial.¹¹⁵ Visa à proteção de um sujeito diferente da sociedade de consumo: o consumidor.

Nas palavras de João Batista de Almeida¹¹⁶ o Código de Defesa do Consumidor estabelece um microsistema na medida em que possui normas que regulam todos os aspectos de proteção do consumidor, permitindo uma visão de conjunto das relações de consumo, sem ser contaminado por outras regras do direito.

As relações de consumo estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor são, conforme Carlos Alberto Bittar descreve, as “referenciadas ao uso pessoal ou privado de bens ou de serviços, compreendendo sua aquisição, ou utilização, para a satisfação de suas necessidades.”¹¹⁷ Héctor Valverde Santana complementa dizendo a respeito do Código de Defesa do Consumidor “protege o mais fraco, revela o objetivo de equilibrar materialmente as forças dos participantes da relação de consumo e, (...) promove a efetividade do princípio constitucional da igualdade.”¹¹⁸

O Código de Defesa do Consumidor identifica o consumidor como um novo sujeito de direitos especiais, com isso constrói um sistema de normas para

¹¹⁴ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4

¹¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima e; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 92

¹¹⁶ ALMEIDA, João Batista de Almeida. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 72

¹¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 24

¹¹⁸ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 116

proteger esse sujeito e garantir seus direitos.¹¹⁹ Funciona como um sistema codificado, construído e organizado tendo como base a identificação do sujeito beneficiado.

O Código de Defesa do Consumidor é um sistema legislativo próprio das relações de consumo e deve ser aplicado pelo magistrado, que não pode mais julgar com base nos princípios individuais. Nelson Nery Jr. destaca que o Código de Defesa do Consumidor “além de assegurar direitos individuais e subjetivos, teve por objetivo precípua buscar soluções para as lides coletivas.”¹²⁰

Ainda assim, o Código de Defesa do Consumidor, está dentre as leis mais importantes do Brasil, ligado a um novo paradigma, o da diferença, da igualdade dos desiguais, aos tratamentos de grupos ou plural, pois prevê o tratamento especial dos diferentes ou vulneráveis caracterizados como consumidores (art. 2º, caput e parágrafo único, art. 29 e art. 17 do CDC).¹²¹

Como descrito anteriormente no capítulo I, item 1.3 desta pesquisa, a doutrina aponta basicamente a existência de três espécies de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a econômica ou fática.

A vulnerabilidade técnica se completa pela falta de conhecimentos técnicos acerca do bem ou do serviço adquirido, isso permite que o consumidor seja lesado da relação de consumo uma vez que não detém informações acerca daquilo que está consumindo. O consumidor não compreende a natureza do procedimento utilizado na composição do produto ou na prestação do serviço, e se torna vulnerável porque não dispõe de informações para avaliar a qualidade daquele produto ou do serviço.¹²²

Para Paulo Valério Dal Pal Morais¹²³, a vulnerabilidade técnica caracteriza-se pela falta de informações ou pela prestação incorreta. Também discorre dizendo que um dos motivos dessa espécie de vulnerabilidade pode ser o

¹¹⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães e outros. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3-5

¹²⁰ JUNIOR, Nelson Nery apud CUNHA, Belinda Pereira Da. *Antecipação da tutela no Código de Defesa do Consumidor: tutela individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 61

¹²¹ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima e; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 92

¹²² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006. p. 320

¹²³ MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 116

excesso de informações que são passadas ao consumidor, com o objetivo de que ele não se atenta para aquelas que são realmente precisas.

Ademais, Maria Antonieta Zanardo Donato¹²⁴ discorre dizendo que essa espécie de vulnerabilidade se caracteriza pela falta de conhecimentos que o consumidor possui do produto ou do serviço adquirido, podendo ser enganado pelos produtores, uma vez que é carecedor das informações técnicas.

Já a respeito da vulnerabilidade jurídica, Claudia Lima Marques¹²⁵ caracteriza como a ausência de conhecimentos sobre as questões jurídicas, contábeis e econômicas. Afirma que essa vulnerabilidade será presumida para o não profissional e pessoa física, ao passo que para o profissional e pessoa jurídica o efeito é contrário, ou seja, detém conhecimentos mínimos para desenvolver a profissão.

Paulo Roberto Roque Antonio Khouri concorda com a autora e assenta que “essa espécie de vulnerabilidade se manifesta na falta de conhecimentos jurídicos dos termos do contrato.”¹²⁶ O que se pode entender que é a própria vulnerabilidade técnica.

A vulnerabilidade econômica ou fática, por sua vez, manifesta-se na grande desproporção que há entre os consumidores e os fornecedores dos produtos e serviços, ou seja, parte do pressuposto que o fornecedor detém maior capacidade econômica do que o consumidor¹²⁷.

Aqui, o fornecedor por ser economicamente mais forte, impõe sua superioridade a todos aqueles sujeitos que com ele precisam contratar, aproveitando-se da essencialidade do bem e do serviço.¹²⁸ Em suma, a vulnerabilidade econômica é resultado da disparidade de forças entre o consumidor e o fornecedor e de suas posições no mercado.

Paulo Valério Dal Pai Moraes diz que “economicamente, o consumidor é vulnerável porque está submetido às imposições econômicas e políticas dos mais

¹²⁴ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 105

¹²⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 148

¹²⁶ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 36

¹²⁷ MELO, Nehemias Domingo De Melo. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidentes de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 55.

¹²⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 149

fortes, sofrendo diretamente os reflexos de qualquer medida que venha a interferir na circulação do crédito.”¹²⁹

Arthur Luis Mendonça Rollo¹³⁰ aduz que “no aspecto econômico o consumidor é vulnerável porque os fornecedores costumam ser grandes empresas e o patrimônio do consumidor é muito inferior.” Portanto, o consumidor na maioria das vezes apresenta grandes dificuldades financeiras, não possuindo condições de arcar com as despesas de um processo judicial, facilitando o abuso por parte dos fornecedores, que se utilizam do seu poder para ludibriar os sujeitos mais fracos da relação.

A vulnerabilidade é um estado inevitavelmente associado ao consumidor, está presente em qualquer relação de consumo e não pode ser confundida com o conceito de hipossuficiência. A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores sem distinção de suas classes sociais e a hipossuficiência é limitada apenas a alguns sujeitos.¹³¹

O critério da hipossuficiência está ligado diretamente às características individuais de cada consumidor, cabendo ao magistrado a aplicação no caso concreto, constatando que todo consumidor é vulnerável, mas nem sempre será hipossuficiente¹³². Assim, o reconhecimento da hipossuficiência é aplicado quando constatar que a carga do ônus probatório seria muito onerosa para o sujeito.

A dificuldade de produção de provas no mundo processual por parte do consumidor está relacionada também com a vulnerabilidade técnica, uma vez que ele não detém conhecimentos especializados sobre o produto ou serviço envolvido na relação jurídica, o que o torna tecnicamente vulnerável e será mais difícil para ele conseguir provas que sejam suficientes para comprovar tal descumprimento de uma obrigação por parte do fornecedor.¹³³

¹²⁹ MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p.161

¹³⁰ ROLLO, Arthur Luis Mendonça. *Responsabilidade civil e praticas abusivas nas relações de consumo: dano moral e punitive damages nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 39

¹³¹ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 35

¹³² MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 103

¹³³ RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 38

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor protege o vulnerável na relação de consumo e apresenta tratamento especial ao hipossuficiente, trazendo no artigo 6º, inciso VIII a espécie de inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor.

A inversão do ônus probatório no código consumerista tem como escopo de atuação um fator de reequilíbrio entre os sujeitos especiais que são naturalmente desiguais.¹³⁴ Esse instrumento facilita a defesa do sujeito mais fraco, uma vez que fica a critério do juiz se convencer dos fatos trazidos pelo consumidor e a evidente dificuldade de produzir determinada prova, em consequência da sua hipossuficiência.

Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes diz a respeito do Código de Defesa do Consumidor que “vigora um sistema de direito preventivo, acarretando segurança ao consumidor quando a possível reparabilidade dos danos sofridos pelo fornecedor.”¹³⁵

Antonio Carlos Efig¹³⁶ no mesmo sentido assenta que são assegurados aos consumidores a busca pelo equilíbrio na relação de consumo com intuito de satisfazer os danos acarretados pela má atuação do fornecedor em decorrência da qualidade do serviço e dos produtos que são disponibilizados para consumo.

Conforme assinala João Batista de Almeida¹³⁷, no Brasil, com a vigência do Código de Defesa do Consumidor foi outorgado amplo espectro de proteção na área contratual, coibindo costumeiros abusos e criando mecanismos poderosos de prevenção e repressão contra fraudes. E os contratos passaram a ter ampla proteção do consumidor, com isso buscando o reequilíbrio, a harmonia e a transparência das relações de consumo.

Claudia Lima Marques¹³⁸ na obra de Nehemias Domingos de Melo discorre dizendo que o Código de Defesa do Consumidor deve partir de início para

¹³⁴ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *A inversão do ônus probatório nas ações de consumo*. São Paulo: Revista de processo – v.33 n. 157 mar./2008. p. 82

¹³⁵ RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova do código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 101

¹³⁶ EFING, Antonio Carlos apud RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova do código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 101

¹³⁷ ALMEIDA, João Batista de Almeida. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 137

¹³⁸ MARQUES, Claudia Lima apud NEHEMIAS, Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 38

interpretação da vulnerabilidade do consumidor, pois esse princípio tem o condão de garantir a isonomia dos sujeitos, fazendo com que os mais fracos possuam instrumentos que lhe permitam litigar em condições de igualdade pelos seus direitos. A autora diz que “a democracia nas relações de consumo significa tratar desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades, com o único fito de se atingir a tão almejada justiça social.”¹³⁹

Nesse mesmo sentido, a autora Belinda Pereira da Cunha¹⁴⁰ assenta que o princípio da isonomia, assegurado constitucionalmente no art. 5º da Constituição Federal de 1988, prevê que os consumidores devem ser tratados desigualmente em relação ao fornecedor, na proporção de sua desigualdade, tendo em vista que é reconhecido como parte mais fraca, por força do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, com sua vulnerabilidade e hipossuficiência.

O Código de Defesa do Consumidor está repleto de normas de condutas e de normas de organização.¹⁴¹ No art. 4º¹⁴², após dizer que a finalidade da Política Nacional das Relações de Consumo é o atendimento das necessidades dos consumidores, dentro dos moldes de respeito à dignidade, saúde e segurança, bem como interesses econômicos e harmonia na relação de consumo, afirma que deverá ser atendido alguns princípios, sendo como princípios maiores, o que está elencado no inciso I, o do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Nesse contexto, significa dizer que de um lado há uma pessoa forte e potente na relação de consumo, e de outro, uma pessoa que se encontra em condição de inferioridade, fragilidade ou vulnerabilidade.

Dessa forma, fica caracterizado que é o fornecedor que detém o poder de ditar a oportunidade de colocação do produto ou serviço no mercado, de estipular o preço do bem, fixar a margem de lucro, sempre protegendo os seus interesses econômicos, independente da participação do consumidor.¹⁴³ Não restando

¹³⁹ MARQUES, Cláudia Lima apud NEHEMIAS, Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 38

¹⁴⁰ CUNHA, Belinda Pereira Da. *Antecipação da tutela no Código de Defesa do Consumidor: tutela individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 62-64

¹⁴¹ MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 60

¹⁴² BRASIL, Lei 8.070 de 11 de setembro de 1990. Art. 4º, I.

¹⁴³ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 117

alternativa para o consumidor, a não ser a de escolher qual produto consumir entre a variedade existente no mercado.

Discorrendo a respeito do assunto, Paulo Valério Dal Pai Moraes¹⁴⁴ diz que “a complexidade do mundo é ilimitada, sendo impossível ao consumidor o conhecimento específico das propriedades, dos malefícios e das conseqüências em geral da utilização ou contato com os modernos produtos e serviços.” Concretizando a vulnerabilidade.

O próprio aparecimento do imperativo da defesa e da proteção do consumidor, no cenário mundial, é fruto da constatação dessa vulnerabilidade, e da potência do fornecedor, resultado de todas as transformações sociais e econômicas ocorridas nos dois últimos séculos.¹⁴⁵

Assim, a vulnerabilidade seria o marco central para que se aplicassem as regras especiais do Código de Defesa do Consumidor, que visariam, principalmente, fortalecer a parte que se encontra em inferioridade, restabelecendo o equilíbrio contratual.¹⁴⁶

Desta forma, conclui-se que o princípio da vulnerabilidade é indispensável para a proteção e defesa do consumidor, além de ser pressuposto para o correto conhecimento do Direito do Consumidor e para a aplicação das normas, que se propõe a amparar a parte mais fraca da relação jurídica.

2.3 A vulnerabilidade do consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi inspirado pela Constituição Federal, pois assegurou e regulamentou os direitos estabelecidos por ela, foi instituído pela lei federal 8.069 de 13 de julho, e surgiu em 1990 com intuito de melhorar e defender os direitos garantidos pela CF.

¹⁴⁴ MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 116

¹⁴⁵ ROCHA, Silvio Luis Ferreira Da. *Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 9-13.

¹⁴⁶ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. Niterói: Impetus, 2011. p. 19

Para efeitos de definição de criança e adolescente, o ECA torna como base o conceito jurídico estampado em seu artigo 2º, como sendo “criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”¹⁴⁷ Com o surgimento do ECA, as crianças e os adolescentes passaram a ter seus direitos como cidadãos brasileiros, sem nenhuma discriminação.

A Constituição Federal consagrou em seu artigo 227¹⁴⁸ a prioridade absoluta à criança, assegurando-lhe direitos fundamentais, expondo que a criança e o adolescente merecem uma atenção especial por serem pessoas que ainda estão em processo de formação e prevê o papel da família, do estado e da sociedade para proteger a criança e o adolescente.

Dessa forma, “A criança e o adolescente devido a sua condição peculiar de ser humano que está em desenvolvimento devem ser protegidas pelos princípios constitucionais que trazem instrumentos que garantirão sua proteção.”¹⁴⁹

Maria de Fátima Carrada Firmo¹⁵⁰ discorre que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceram que os três sujeitos, Estado, família e sociedade adotassem um novo posicionamento com relação à criança e o adolescente, reconhecendo seus direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, garantindo-lhes assim, a proteção integral.

O surgimento dessa idéia de proteção integral da Criança e do Adolescente iniciou a partir da necessidade de protegê-los frente à família, sociedade e estado. A proteção integral é no sentido de totalidade de suas relações interpessoais, sem qualquer tipo de exclusão.¹⁵¹

¹⁴⁷ BRASIL, Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990. Art. 2.

¹⁴⁸ BRASIL, Constituição Federal de 1988. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)”.

¹⁴⁹ MAGALHÃES, Edineia Nascimento De. *O consumidor infante juvenil*. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/edineia-nascimento-de-magalhaes-de-oliveira.pdf>>. Acesso em: 17 Maio 2013.

¹⁵⁰ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 32

¹⁵¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 24

Antonio Cezar Lima da Fonseca diz que “o legislador, reconhecendo crianças e adolescentes como pessoas hipossuficientes, assegurou-lhes não apenas a proteção integral, mas os direitos fundamentais da pessoa humana, os quais devem ser levados com prioridade absoluta(...)”¹⁵²

O direito e a necessidade de uma proteção ampla e efetiva da criança tornaram-se indispensável tendo em vista o reconhecimento de sua fragilidade e vulnerabilidade por estar em condição de pessoa em formação, com reduzida capacidade psíquica.¹⁵³

Tem-se que a Constituição de 1988 criou um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais da criança e dos jovens. Martha de Toledo Machado¹⁵⁴ assenta que o texto constitucional trás a compreensão de que crianças e adolescentes é o elo mais frágil por estarem na condição de pessoas em desenvolvimento e por isso possui uma maior vulnerabilidade, recebendo uma especial proteção da lei, permitindo-lhe construir suas potencialidades humanas.

A autora ainda diz que as crianças e os adolescentes receberam do ordenamento jurídico brasileiro tratamento mais abrangente e eficaz, porque às suas condições de seres diversos dos adultos, somam-se a maior vulnerabilidade.

Nesse sentido, discorre “se a personalidade daqueles ainda está incompleta, se as potencialidades ainda não amadureceram, são elas mais fracas; porque não podem exercitar completamente suas potencialidades e direitos (...)”¹⁵⁵

Veja-se que Goffredo Telles Junior segundo Martha de Toledo Machado discorre que “a personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam (...) é o primeiro bem da pessoa, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.”¹⁵⁶

¹⁵² FONSECA, Antonio Cezar Lima Da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 22

¹⁵³ MARTINS, Guilherme Magalhães e outros. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 161

¹⁵⁴ MACHADO, Martha. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 108-109

¹⁵⁵ MACHADO, Martha. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 119

¹⁵⁶ JUNIOR, Goffredo Telles apud MACHADO, Martha. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 109

É notório que em toda relação de consumo existe o reconhecimento da vulnerabilidade que se refere ao desequilíbrio nessa relação, estando o consumidor em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo.¹⁵⁷

Se um indivíduo, só por ser consumidor, já possui vulnerabilidades, os que possuem características especiais saem mais prejudicados no mercado de consumo, se tornando hipervulneráveis¹⁵⁸, ou apresentando vulnerabilidade agravada. Disto resultado o dever de dar maior proteção a criança, que é duplamente vulnerável.¹⁵⁹

Alguns doutrinadores estão trazendo um conceito ainda pouco explorado de vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade, sendo um instituto bastante novo e, portanto pode ser interpretado em uma situação que o consumidor se torna mais vulnerável do que o que é de costume. É o caso dos idosos, crianças, adolescentes e portadores de necessidades especiais. O que leva em consideração essa classificação é o fato de serem alvos fáceis dos fornecedores de produtos e serviços, uma vez que tem sua vulnerabilidade potencializada.¹⁶⁰

Segundo Claudia Marques e Bruno Miragem 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, como sua idade reduzida, ou idade alentada ou sua situação de doente.”¹⁶¹ Resta claro que certos grupos de pessoas que se encontram nessa situação de vulnerabilidade agravada merecem um cuidado diferenciado.

¹⁵⁷ ALMEIDA, João Batista de. *Manual do direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40- 41

¹⁵⁸ DENSA, Maria Roberta. *Vulnerabilidade e Hipervulnerabilidade do consumidor*. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/constitutional-law/2213964-vulnerabilidade-hipervulnerabilidade-consumidor/#ixzz2Tx6cuH00>>. Acesso em: 17 maio 2013.

¹⁵⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães e outros. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173

¹⁶⁰ JOSÉ, Thaelly Silva; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. *A proteção do consumidor idoso: contextos e conceitos da vulnerabilidade agravada*. Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/5289.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2013.

¹⁶¹ 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*. Disponível em: <<http://imagensdajustica.ufpel.edu.br/anais/trabalhos/GT%207/GT%207%20-%20AZEVEDO,%20Fernando%20Costa%20de.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2013.

A hipervulnerabilidade da criança possui bases constitucionais.¹⁶² Sobre o assunto, Adolfo Mamoro Nishiyama e Roberta Densa na obra de Bruno Giancoli explicam que “certas pessoas podem ser consideradas hipervulneráveis, necessitando de proteção maior do que os consumidores em geral. O prefixo hiper, quer significar que alguns consumidores possuem vulnerabilidade maior (...) em razão de certas características pessoais.”¹⁶³

A criança e o adolescente são consumidores e especialmente vulneráveis em razão de estarem em processo de desenvolvimento, por isso são classificados como hipervulneráveis. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin diz que esse conceito apresenta-se no mesmo sentido de hipossuficiência e ainda discorre que “é em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exarcebada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados”.¹⁶⁴

A Declaração Dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1956 e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos trás que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quando após seu nascimento.”¹⁶⁵

No caso da criança, a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, que pode ser “ferido” ou é vítima facilmente.¹⁶⁶

Os autores Bruno Miragem¹⁶⁷ e Bruno Giancole¹⁶⁸ abordam no mesmo sentido de que esta vulnerabilidade diferenciada às crianças e aos adolescentes é reconhecida no âmbito das praticas comerciais, no que diz respeito às publicidades

¹⁶² GIANCOLI, Bruno. *Difusos e coletivos: direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 53

¹⁶³ NISHIYAMA, Adolfo Mamor; DENSA, Roberta apud GIANCOLI, Bruno. *Difusos e coletivos: direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 52

¹⁶⁴ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentados pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 343-344

¹⁶⁵ BRASIL, Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 20 maio 2013.

¹⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 117

¹⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 118

¹⁶⁸ GIANCOLI, Bruno. *Difusos e coletivos: direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 53

e marketing, e o próprio Código de Defesa do Consumidor reconhece em ser artigo 37, § 2º o caráter abusivo que se aproveita da deficiência de julgamento da criança.

Com o fenômeno da globalização juntamente com o processo tecnológico, surgiu uma geração de crianças intimamente ligadas à televisão, o mais famoso eletrodoméstico do mundo, financiada por anúncios publicitários inseridos nos programas televisivos.

As artimanhas da publicidade provocam imensos desejos e ansiedades inexplicáveis que levam as crianças e adolescentes a insistirem seus genitores a satisfazerem suas vontades, adquirindo bens e serviços. Isabella Vieira Machado Henriques diz que “a publicidade insinua que a brincadeira, a felicidade e os amigos serão encontrados por meio de consumo de algum produto ou serviço (...)”.¹⁶⁹

Por conta do cuidado que se deve ter com a publicidade dirigida a certas categorias especiais, sendo crianças, que fez surgir o código do CONAR (Código de Autorregulamentação Publicitária). Surgiu para assegurar maior atenção com os anúncios aos jovens, impondo normas éticas, evitando conteúdos abusivos e enganosos.¹⁷⁰

O CONAR trás em seu artigo 8º¹⁷¹ como principal objetivo a regulação de normas éticas aplicáveis à publicidade e propaganda. O artigo 37º, b¹⁷² também discorre sobre anúncios dirigidos a crianças e adolescentes, determinando que estes devam respeitar a ingenuidade, a credulidade, a inexperiência que toda criança possui.

Ainda a respeito da publicidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente trás no artigo 71¹⁷³ normas que pautam a atuação das programações

¹⁶⁹ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado apud MARTINS, Guilherme Magalhães e outros. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 163

¹⁷⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães e outros. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 175

¹⁷¹ BRASIL, Lei do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. “Art. 8. O principal objetivo desse Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”.

¹⁷² BRASIL, Lei do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. “Art. 37. No anúncio dirigido à criança e ao jovem: b) respeitar-se-á especialmente a ingenuidade e a credulidade, a inexperiência e o sentimento de lealdade dos menores”.

¹⁷³ BRASIL, Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990. “Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

nos rádios e televisões, a fim de que dêem preferências as finalidades educativas, culturais, informativas, respeitando o valor ético e social da família.¹⁷⁴

Por fim, normas são criadas para regular a vida das crianças e dos jovens que são tidos como cidadãos hipervulneráveis, regendo as relações consumeristas entre os fornecedores e estes indivíduos.¹⁷⁵ Tem-se como exemplo de normas, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o CONAR.

¹⁷⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães e outros. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 176

¹⁷⁵ DENSA, Maria Roberta. *Vulnerabilidade e Hipervulnerabilidade do consumidor*. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/constitutional-law/2213964-vulnerabilidade-hipervulnerabilidade-consumidor/#ixzz2Tx6cuH00>>. Acesso em: 24 maio 2013.

3. ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL DA TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR

Neste capítulo fará uma abordagem jurisprudencial, sobre a tutela judicial da vulnerabilidade do consumidor, inclusive, trazendo a colação de julgados desfavoráveis a essa tutela, a fim de que se possa observar em quais ocasiões essa tutela da vulnerabilidade é permitida ser protegida, e casos que não se devam dar essa proteção.

3.1 Julgado favorável á tutela da vulnerabilidade do consumidor

3.1.1 STJ - REsp: 1080719 MG 2008/0179393-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/02/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/08/2009, undefined.

Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório. - Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. - Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica. - Nesta hipótese esta justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício

processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido.¹⁷⁶

A jurisprudência em comento cuida-se de uma ação ajuizada pelo recorrente (pessoa física) em face da Volkswagen Do Brasil Ltda. (pessoa jurídica), com o escopo de rescindir contrato de compra e venda de um caminhão, reembolsar os valores pagos à recorrida, recompor as parcelas pagas terceiro arrendador do veículo e obter compensação por danos morais.

Na inicial, narrou o recorrente que adquiriu veículo novo que apresentou defeitos no motor, sendo submetido a conserto duas vezes pela concessionária, fato que lhe causou prejuízos econômicos decorrentes do período de imobilização do bem, ensejando, ainda, a rescisão do contrato de prestação de serviços que deveria honrar com a efetiva utilização do caminhão. Informou, ainda, que, por não ter cumprido o contrato, sofreu ofensa moral consistente no desprestígio de seu nome no meio profissional e diminuição de sua auto-estima.

Pediu, com base na hipossuficiência, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, no tocante à produção de prova da existência do defeito do caminhão.

Conforme argumentação da jurisprudência em análise verifica o conflito existente entre um consumidor que adquire um caminhão para fazer fretes em prol de sua sobrevivência, o que fica evidenciado a sua vulnerabilidade, dada a incapacidade de apontar ou de precisar qual o defeito técnico do caminhão. Assenta ainda, que o motorista não é qualificação capaz para decifrar qual o defeito mecânico. Se para o fabricante não foi possível detectar e consertar o defeito, muito mais difícil se revela esta tarefa para o comprador.

Diante desse quadro, o julgado entende que fica evidenciada a vulnerabilidade do consumidor, bem como a hipossuficiência técnica e econômica que justifica a aplicação das regras de proteção ao consumidor, especialmente a concessão do benefício da inversão do ônus probatório, tendo em vista que o

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp 1080719/MG*. Terceira turma. Recorrente Rafael Costa de Toni e Recorrido Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. 10 de fevereiro de 2009, Brasília.

comprador não tem a mínima condição de conhecer as especialidades do bem ou do serviço prestado, o desenvolvimento e a tecnologia utilizada na fabricação.

Fica caracterizado que a pessoa física presta serviço de transporte e adquiriu um produto com vício, impossibilitando seu uso, formando, portanto uma relação de consumo com o fabricante. O reconhecimento do princípio da vulnerabilidade, insculpido no inciso I, do artigo 4º do Código de defesa do consumidor, é o alicerce para a existência da proteção ao consumidor.

O posicionamento apresentado trás a mesma premissa do doutrinador Paulo Valério Dal Pai Morais¹⁷⁷, dizendo que vulnerabilidade implica em fragilidade, aquela relação que reconhece a qualidade daquele sujeito mais fraco na relação de consumo, possibilitando que venha a ser ofendido ou ferido por parte do sujeito mais potente da mesma relação.

Paulo Roque R. A. Khouri¹⁷⁸ alerta para a distinção entre vulnerabilidade, que compreende instituto de natureza de direito material, uma vez que hipossuficiência está no âmbito do direito processual. Essa afirmativa encontra respaldo no entendimento de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹⁷⁹ dizendo que a vulnerabilidade é condição intrínseca a qualquer consumidor, seja ele rico ou pobre, indefere sua classe social ou outras condições pessoais. Revela-se pela presunção de superioridade do fornecedor, perante o consumidor.

Caso o estudo do direito do consumidor partisse do fato que o consumidor é sabedor de seus direitos, bem informado e consciente, não haveria motivo para seu amparo¹⁸⁰, tendo em vista que não haveria uma relação vertical, de desequilíbrio entre os dois sujeitos da relação de consumo.

A hipossuficiência, por seu turno, está intimamente ligada à facilitação do acesso à justiça e a defesa dos interesses do consumidor em juízo, possuindo como consequência a inversão do ônus da prova¹⁸¹ no processo, caso o juiz, a seu

¹⁷⁷ MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2011. p. 97

¹⁷⁸ KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e responsabilidade civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 34

¹⁷⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 325

¹⁸⁰ ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26

¹⁸¹ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 67

critério, constatare ser verossímil a alegação do consumidor ou sua hipossuficiência, conforme o CDC, em seus incisos VII e VIII do art. 6º. O intuito é permitir que o consumidor não deixe de perceber o seu direito, por um obstáculo em provar suas alegações.

Conforme abarcado em doutrina, a hipossuficiência técnica deve ser interpretada no sentido de carência de conhecimento por parte do consumidor, ele não possui condições de angariar provas suficientes do caso, além de não ter ampla bagagem de conhecimentos sobre tudo e todos¹⁸². É o que diz o relato do julgado, que o comprador não tem condições de conhecer o desenvolvimento da fabricação do produto, e exigir que ele apresente o defeito, estaria se criando um desequilíbrio inaceitável para o devido processo legal.

A nobre Ministra Nancy Andrighi¹⁸³ relatora da causa, discorre em seu voto acerca da produção da prova pericial, sendo o instrumento adequado para eliminar a referida desigualdade, na qual o perito detectará o defeito e a sua autoria. Contudo, quando além da hipossuficiência técnica, adiciona-se a econômica, pelo inegável alto custo da prova pericial.

Ada Pellegrini Grinover converge com o voto da Ministra, discorrendo que “o conceito de hipossuficiência está no art. 2º, parág. Único da lei nº 1.060/50, pois (...) a suposição do legislador é a de que o consumidor hipossuficiente não terá condições de suportar os gastos com as provas”.¹⁸⁴

Ou seja, este conceito é inerente à parte sócio-economicamente insuficiente de se defender no processo para patrocinar os atos judiciais que forem necessários.

Contudo, há doutrinadores que divergem deste posicionamento, assentando que não seria possível vincular o conceito de hipossuficiência a critérios relativos a busca de uma justiça gratuita (situação que não permite o sujeito pagar

¹⁸² RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 38

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp 1080719/MG*. Terceira turma. Ministra Nancy Andrighi. Recorrente Rafael Costa de Toni e Recorrido Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. 10 de fevereiro de 2009, Brasília.

¹⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini apud MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2011. p.101

as custas de um processo e honorários advocatícios), sendo mais prudente vinculá-lo a noção de insuficiência econômica.¹⁸⁵

O julgado vai ao encontro da hipótese desse trabalho sobre a produção de efeitos da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, tanto que o consumidor caminhoneiro (pessoa física) teve reconhecido o seu direito, aplicando ao caso, a tutela especial de proteção ao consumidor.

Em suma, conclui que o posicionamento do julgado está amparado pela legislação especial, art. 4º, inciso I e art. 6º, incisos VII e VIII do Código de Defesa do Consumidor e por doutrinadores consumeristas apresentados neste trabalho.

3.2 Julgado desfavorável à tutela da vulnerabilidade do consumidor

3.2.1 STJ - REsp: 932557 SP 2007/0052266-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/02/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2012.

DIREITO DO CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. UTILIZAÇÃO DOS PRODUTOS E SERVIÇOS ADQUIRIDOS COMO INSUMOS. AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DAS NORMAS CONSUMERISTAS. 1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte se os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 2. O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as

¹⁸⁵ MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2011. p.103

pessoas jurídicas figurarem como consumidores, sendo relevante saber se a pessoa - física ou jurídica – é "destinatária final" do produto ou serviço. Nesse passo, somente se desnatura a relação consumerista se o bem ou serviço passa a integrar a cadeia produtiva do adquirente, ou seja, torna-se objeto de revenda ou de transformação por meio de beneficiamento ou montagem, ou, ainda, quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte. 3. No caso em julgamento, trata-se de sociedade empresária do ramo de indústria, comércio, importação e exportação de cordas para instrumentos musicais e afins, acessórios para veículos, ferragens e ferramentas, serralheria em geral e trefilação de arames, sendo certo que não utiliza os produtos e serviços prestados pela recorrente como destinatária final, mas como insumos dos produtos que manufatura, não se verificando, outrossim, situação de vulnerabilidade a ensejar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 4. Recurso especial provido.¹⁸⁶

Trata-se de recurso especial interposto pela fornecedora de gás, IBGE Indústria Brasileira de Gases Ltda. em face de Indústria e Comércio Rouxinol Ltda., alegando em suma, que a relação jurídica entre as partes não poderia ser considerada como consumerista, uma vez que a recorrida não utiliza o material por ela fornecido na condição de destinatário final, e sim como insumo necessário ao regular desenvolvimento de suas atividades.

Outrossim, não é caso de ensejar uma situação de vulnerabilidade, pois a empresa recorrida é detentora de conhecimentos técnicos, além de possuir fins lucrativos.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp* 932557/SP. Quarta turma. Recorrente IBG Indústria Brasileira de Gases Ltda. e Recorrido Indústria e Comércio Rouxinol Ltda. 07 de fevereiro de 2012, Brasília.

A questão principal diz respeito à possibilidade de uma pessoa jurídica figurar com consumidor, para fins de aplicação das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

A relação de consumo é aquela em que há a existência de um vínculo jurídico entre o consumidor não-profissional e o fornecedor, tendo como objeto um produto ou serviço¹⁸⁷. Admite-se ainda, uma relação de consumo existente entre o fornecedor e o profissional, desde que comprovada a sua vulnerabilidade em concreto.¹⁸⁸

Nessa linha, o legislador afasta-se o critério pessoal e possibilita às pessoas jurídicas a assunção desta qualidade, desde que adquiram ou utilizem o produto ou o serviço como destinatário final ou haja a presunção de vulnerabilidade.

Carlos Alberto Bittar¹⁸⁹ anota que as relações adotadas pelo Código, abrangem aquelas referentes à produção e à colocação no mercado de bens e de serviços, e sua consumação posterior, ou seja, os adquirentes e os usuários finais.

Consoante doutrina sobre o tema, esse é o entendimento de Paulo R. Roque A. Khouri¹⁹⁰ que o destinatário final de um produto ou serviço só pode ser aquele que o adquire para um fim não profissional, pois a destinação final não pressupõe somente a destinação fática, que retira o bem da cadeia de produção, mas também a destinação econômica do bem, o qual não tem intenção de lucro, não adquirindo para revenda, nem para o uso profissional, sendo que o consumo coloca um fim na circulação do produto ou do serviço no mercado.

O legislador brasileiro proferiu uma definição mais objetiva do consumidor no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Na definição legal a única característica seria a utilização do bem como destinatário final¹⁹¹. Verifica-se

¹⁸⁷ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 53

¹⁸⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006. p. 339

¹⁸⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor: código de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 28-29

¹⁹⁰ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 43

¹⁹¹ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima e; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 68

na doutrina, duas correntes principais para entender o estudo do alcance das normas protetivas, o finalismo e o maximalismo.

A teoria finalista considera consumidor, apenas o sujeito não profissional. Não basta que o consumidor seja destinatário fático do produto, exige-se também a destinação final econômica, ou seja, o bem deve ser adquirido para uso pessoal e não para revenda¹⁹².

De acordo com a interpretação da corrente finalista, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor deve ser restrita àquelas pessoas que adquirem o produto ou o serviço para o uso próprio ou de sua família, exclui-se desta corrente doutrinária, o consumidor profissional e a pessoa jurídica¹⁹³.

A teoria maximalista, não estabelece distinção entre o destinatário final fático e o destinatário final econômico, basta simplesmente que a aquisição ou a utilização seja realizada na qualidade de destinatário final. Consiste para essa corrente doutrinária, que o consumidor abrange tanto o não profissional, como também o profissional, independentemente se visam lucro na hora de utilizar ou adquirir o produto ou serviço.¹⁹⁴

Claudia Lima Marques discorre que para os maximalistas, o Código de Defesa do Consumidor seria um código geral para a sociedade de consumo, instituindo normas e princípios para todos os agentes do mercado, podendo os mesmos assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores¹⁹⁵. Dessa forma, a interpretação do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor se dá de forma extensiva, permitindo que todo e qualquer adquirente de produto e serviço seja beneficiário da lei.

Para essa corrente, a aquisição de todo e qualquer produto e serviço seria o suficiente para enquadrar o adquirente como destinatário final, não havendo

¹⁹² TALAVERA, Glauber Moreno. *Relações de consumo no direito brasileiro*. São Paulo: Método, 2001. p. 128

¹⁹³ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 91.

¹⁹⁴ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 92

¹⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 142-143

a necessidade de buscar a finalidade da aquisição, se terá uma utilização com fins de lucro ou não e se é pra uso pessoal ou profissional¹⁹⁶.

Sob esse enfoque, o julgado discorre que o destinatário final é aquele que retira o produto da cadeia produtiva, mas não para revendê-lo ou utilizá-lo como insumo na sua atividade profissional.

Nesse mesmo sentido, segue o seguinte precedente da nobre Ministra Nancy Andrighi:

Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC.

- O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços.

- Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC.

Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido.¹⁹⁷
(REsp 733.560/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ 02/05/2006, p. 315)

Verifica-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça limita o conceito de consumidor consagrando o critério finalista, destacando que o consumidor é aquele que retira o produto do mercado e não o utiliza para auferir lucro. Assim

¹⁹⁶ NEHEMIAS, Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16-17

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp 733560/RJ*. Terceira turma. 11 de abril de 2006, Brasília.

como majoritariamente a doutrina também se posiciona, em favor da teoria finalista (subjativa).

Ademais, essa corrente sustenta que a lei especial existe porque o consumidor encontra-se em situação de desequilíbrio, é a parte vulnerável nas relações contratuais, logo se delimita quem são os sujeitos que merecem essa tutela, e quem não a necessita. Propondo assim, que se interpreta o artigo 2º do CDC, de uma forma mais restritiva.¹⁹⁸

Há uma terceira corrente, já relatada no primeiro capítulo deste trabalho, chamada de finalismo aprofundado, que independe do critério de destinação final fática ou econômica, pois desde que seja configurada a vulnerabilidade, tanto a pessoa jurídica ou o profissional podem vir a ser beneficiados pelas normas tutelares do Código de Defesa do Consumidor.

Mas, no caso apresentado, a Egrégia Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça manifestou pela não incidência das regras consumeristas, verificando que a empresa recorrida não se apresenta como sujeito mais fraco da relação jurídica, mas sim como uma sociedade empresária, sendo certo que não utiliza os produtos e serviços prestados pela recorrente como sua destinatária final, mas como insumos dos produtos que manufatura.

Em resumo, a jurisprudência não dá ensejo à aplicação das teorias discorridas nesse tópico, uma vez que estão excluídos do âmbito de proteção do Código de Defesa do Consumidor, os bens que são exclusivamente utilizados como matéria-prima pelos fabricantes, para se transformarem em bens de consumo.¹⁹⁹ Tampouco se apresenta em situação de vulnerabilidade a ensejar a aplicação da tutela especial.

¹⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 140

¹⁹⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzato Nunes apud MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 129

CONCLUSÃO

Pelo exposto, percebe-se que os contratos advindos da relação de consumo, comparecem de alta aplicação na vida contemporânea, e para configurar a existência deste, é necessário que seja indispensável à reunião de quatro elementos: consumidor, fornecedor, produto e serviço.

A relação de consumo é regida por uma tutela especial, o Código de Defesa do Consumidor, presumindo a existência de uma situação de fragilidade e vulnerabilidade do consumidor em contrapartida com o fornecedor, dada a existência de um tratamento diferenciado entre esses dois indivíduos, justificável pelo desequilíbrio dessa relação jurídica, uma vez que o fornecedor (sujeito mais forte) é quem detém os meios de produção e oferta os produtos e serviços no mercado de consumo com habitualidade, tendo técnica e conhecimentos suficientes para estar em posição de superioridade perante o consumidor (sujeito mais fraco) que os adquire para uso pessoal ou de outrem.

Neste sentido, observa-se a vulnerabilidade como traço característico do sujeito consumidor por serem fragilizados, independente de sua classe social e condições econômicas, razão pela qual lhe é atribuído uma tutela especial no ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo demonstrou-se que o conceito de consumidor essencialmente advém do sentido que se atribui o termo destinatário final, dando surgimento a duas principais teorias para o alcance das normas protetivas, a corrente finalista e a maximalista.

Mas a doutrina e jurisprudência criaram um conceito mais amplo e justo de consumidor, dando ensejo à teoria do finalismo aprofundado, permitindo a incidência do Código de Direito do Consumidor quando houver constata a vulnerabilidade do sujeito, independentemente se ele é ou não destinatário final da relação de consumo.

Ademais, ressalta-se que vulnerabilidade não se confunde com o instituto da hipossuficiência, posto que a primeira torna-se qualidade essencial a

todos os consumidores por estarem fragilizados frente a uma relação vertical. Já a hipossuficiência, deve-se analisar no caso concreto, pois é condição de uma das partes para defesa processual. E vale lembrar, que reconhecida a hipossuficiência, será invertido o ônus da prova. Todavia, a doutrina trás os tipos de vulnerabilidade do consumidor que o torna incapaz de contratar com o fornecedor na mesma igualdade de condições, sendo as mais comuns, a técnica, jurídica e socioeconômica.

O segundo capítulo aborda três normas vigentes do ordenamento jurídico brasileiro que reconhecem a vulnerabilidade de uma das partes. Com o surgimento da sociedade consumerista, o legislador viu-se obrigado a estabelecer uma proteção ao consumidor, reconhecendo assim, o princípio da vulnerabilidade, capitulado no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal. Posteriormente, para uma maior proteção ao sujeito que estava em desequilíbrio nas relações de consumo, a lei maior deu surgimento ao Código de Defesa do Consumidor que teve como objetivo regular todos os aspectos de proteção ao consumidor.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente é direcionado a dar uma maior proteção ao público que ainda está em desenvolvimento, ou seja, situações em que o consumidor se torna mais vulnerável do que é de costume, podendo chamar de hipervulnerabilidade. Este é o caso de crianças, idosos, analfabetos.

No terceiro capítulo foi abordada a efetiva produção dos efeitos da vulnerabilidade nas relações de consumo no âmbito dos tribunais. Com isso, foi analisado como os interpretes utilizam as diretrizes da lei especial, o Código de Defesa do Consumidor, para julgar casos concretos. É fato que o princípio da vulnerabilidade é abordado nos julgados apresentados, o que corrobora com o entendimento demonstrado no estudo monográfico.

Neste diapasão, a investigação da pesquisa, permite concluir ser essencial a vulnerabilidade para que seja a pessoa física ou jurídica enquadrada no conceito de consumidor. Dessa forma, a hipótese levantada no inicio da pesquisa, restou verificada validamente conforme os argumentos jurídicos apresentados neste trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALMEIDA, João Batista de. *Manual do direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça ou equidade nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima e; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- CUNHA, Belinda Pereira Da. *Antecipação da tutela no Código de Defesa do Consumidor: tutela individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- EFING, Antonio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2003.
- FILOMENO, Jose Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FIRMO, Maria de Fátima Carrada. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. Niterói: Impetus, 2011.

GIANCOLI, Bruno. *Difusos e coletivos: direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LOUREIRO, Luis Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004

LOUREIRO, Luis Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Método, 2002.

MACHADO, Martha. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de direito do consumidor*. Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

MARTINS, Guilherme Magalhães e outros. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELO, Nehemias Domingos De. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o principio da vulnerabilidade*. 2. ed, Porto Alegre: Síntese 2001.

NETTO, Antonio Rulli. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Orlando Gomes. *Contratos*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PAULA, Paulo Afonso Guarrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço: código de defesa do consumidor lei 8.078, de 11.09.1990*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.
- ROCHA, Silvio Luis Ferreira Da. *A oferta no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.
- ROBERTO, Giordano; SOARES Bruno; FIÚZA César. *Contratos de adesão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- ROLLO, Arthur Luis Mendonça. *Responsabilidade civil e praticas abusivas nas relações de consumo: dano moral e punitive damages nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ROSA, Josimar Santos. *Relações de consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores*. São Paulo: Atlas, 1995.
- RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004.
- SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004.
- SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do código civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- TALAVERA, Glauber Moreno. *Relações de consumo no direito brasileiro*. São Paulo: Método, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *Função social dos contratos: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Revista de direito do consumidor*. Revista dos tribunais. Out-Dez de 2005.
- USTÁRROZ, Daniel. *A responsabilidade contratual no novo código civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- VENOSA, Sílvio De Salvo. *Teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Obrigações e contratos*. 14. ed. Revista dos Tribunais, 2000.