

4

OS NOVOS CICLOS HERMENÊUTICOS DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

(THE NEW HERMENEUTIC CYCLES
OF CONSUMER VULNERABILITY)

Henrique Alves Pinto¹

Área: Direito do Consumidor; Direito Civil.

RESUMO

A interpretação da vulnerabilidade presumida de forma absoluta pelo CDC ao consumidor pessoa física tem recebido positiva ampliação hermenêutica pelos operadores do direito.

Palavras-chave: Consumidor; Vulnerabilidade; Hipervulnerabilidade.

ABSTRACT

The interpretation of absolute vulnerability of the individual consumer presumed by the CDC has received positive hermeneutic expansion by jurists.

Keywords: Consumer; Vulnerability; Hipervulnerable.

¹ Mestrando em Direito Público e Políticas Públicas pela UNICEUB (Centro Universitário de Brasília); Advogado e Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito CNEC – Unai – MG. Ex-professor Direito do Consumidor da Universidade Federal de Uberlândia.

Sumário: Introdução; 1 O substrato fático-social gerador do conceito legal de vulnerabilidade; 2 O empoderamento da vulnerabilidade pela interpretação: as novas faces da vulnerabilidade do consumidor; 2.1 A vulnerabilidade comportamental; 2.2 A vulnerabilidade na relação com a hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada; 3 Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O imprescindível estudo a respeito dos direitos dos consumidores, não é só no Brasil, mas também em âmbito mundial, leva o seu estudioso a chegar, por meio de suas primeiras impressões, à seguinte conclusão: a de que, muito mais do que um conjunto de normas de direitos e princípios que tendem a disciplinar a proteção e a defesa dos consumidores de modo geral, está este campo do estudo jurídico vocacionado também à implementação efetiva dos direitos dos consumidores por meio não apenas dos mais variados mecanismos processuais como também por uma nova hermenêutica renovadora da interpretação dos mais diversos dispositivos previstos em leis formais e substantivas dos direitos dos consumidores.

Durante vários anos, a máxima de que a Lei nº 8.078 de 1990 é o estatuto normativo que trata os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de suas desigualdades tem recebido novos elementos agregadores à sua força normativa como forma de atualização sistêmica no combate tanto das velhas quanto das novas e frequentes formas de abusos praticados por fornecedores em face dos consumidores no mercado de consumo. Esta força atualizadora pode ser percebida pelos vários estudos a respeito da distinção de princípios e regras que, no Brasil, acabaram gerando a superação do tradicional conceito de princípios enquanto normas nucleares do sistema, sendo as regras as formas pelas quais os princípios encontram sua concretização.

Apesar de o tema central deste trabalho não ser o de efetuar a discussão a respeito da diferença entre princípios e regras nas teorias mais recentes propostas por Robert Alexy, Ronald Dworkin, José Joaquim Gomes Canotilho, dentre outros importantes filósofos do Direito, filia-se aqui à concepção proposta por Alexy, segundo a qual²

² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio

“os princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* (itálico no original), que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* (itálico no original) no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.

Assim, por ser o direito do consumidor no Brasil dotado de *status* constitucional fundamental e diante da alta carga principiológica com elevado teor interpretativo na sua compreensão, é que se examinará não apenas o reconhecimento expresso da vulnerabilidade do consumidor enquanto elemento *a priori* deste sistema de direitos, como também de que forma as novas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais contribuem para o reconhecimento das vulnerabilidades implícitas, tais como a vulnerabilidade comportamental e a hipervulnerabilidade, as quais configuram o propósito inicial e final deste indispensável microsistema jurídico.

1. O SUBSTRATO FÁTICO-SOCIAL GERADOR DO CONCEITO LEGAL DE VULNERABILIDADE

O consumo, ato básico de sobrevivência da humanidade, assim como suas atividades correlatas, sempre ofereceu uma série de elementos a partir dos quais as formas e padrões de vida podem ser moldadas por meio da ajuda da “inventividade cultural conduzida pela imaginação”.³

Diante disso, de acordo com os estudos de Zygmunt Bauman⁴, há uma diferença entre os conceitos de “consumo” (algo banal e trivial, indispensável à sobrevivência de seres humanos) e o “consumismo”

Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 91-92.

³ BAUMAN, Zygmunt. Tradução Carlos Alberto Medeiros. *Vida para Consumo – A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 38.

⁴ BAUMAN. Op. cit., p. 41.

ao considerar que este “é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios rotineiros, permanentes e, por assim dizer, ‘neutros quanto ao regime’, transformando-os na *principal força propulsora e operativa da sociedade*, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de autoidentificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais”.

O consumismo bauminiano passa a ser o principal atributo da sociedade a partir do instante em que a sociedade de produtores, cujo elemento principal era o trabalho, cede espaço à sociedade líquida-moderna pautada por uma cultura agorista.

Na era da sociedade sólido-moderna de produtores a ideia de riqueza residia basicamente numa concepção de segurança. Apostava-se na famigerada filosofia da busca pela posse excessiva de bens, geradora de conforto enquanto o meio ideal de proteção contra as agruras do destino. Os bens adquiridos que representavam manifestação de riqueza e respeito de seus proprietários, os bens duráveis, não eram destinados ao consumo imediato e ao desfrute de prazeres mundanos. A “utilização, no todo ou em parte, do potencial dos bens de consumo para oferecer conforto e segurança precisava ser adiada, quase indefinidamente, no caso de terem deixado de realizar a principal função na mente de seu dono quando foram, de maneira laboriosa, montados, acumulados e estocados – ou seja, a função de continuar em serviço enquanto pudesse sugerir a necessidade de usá-los (praticamente ‘até que a morte nos separe’)”.⁵

O fato é que esta influente ideia prevalecente na sólida sociedade de consumo, a do desejo eterno de segurança, não dialogava com aquilo que posteriormente veio a ser identificado por Bauman como a sociedade líquida de consumo. Durante esta fase de transição, isto é, a da sociedade sólida para a sociedade líquida de consumo em que o consumismo passará a ser sua mola propulsora, além da ideia reinante sobre o corpo social, a vontade de segurança paulatinamente se transforma em seu maior risco.

⁵ BAUMAN. Op. cit., p. 43.

Na sociedade líquida de consumo, de forma até impressionante, o acúmulo de bens duráveis cede espaço à satisfação dos desejos, não apenas à satisfação que se realiza por si só pelo ato de consumo, porque esta espécie de satisfação também não atende ao consumismo bauminiano, mas, sim, a um crescente e intenso volume de desejos criados pelas supostas necessidades desenvolvidas pela nova industrialização. A atmosfera líquida-moderna só se satisfaz com o consumo imediato e, como dito antes, a cultura agorista é totalmente aversa ao planejamento de longo prazo. E é exatamente esta *nowist culture*, expressão utilizada por Stephen Bertman, autor estudado por Zygmunt Bauman, que nos revela exatamente o modelo de sociedade em que nós consumidores vivemos atualmente. Pela cultura agorista, elemento intrínseco da sociedade líquida de consumo, é que se verifica a crescente instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das supostas novas necessidades da convivência na vida moderna.

A economia consumista, por exigir novas necessidades e novidades, cria também paralelamente a este movimento, nem tão comentado assim, um largo depósito de lixo para onde as não tão antigas novidades são frequentemente encaminhadas para serem substituídas pelo último modelo, que dali a pouco, às vezes em até menos de um ano, tudo a depender da categoria daquilo que se compra neste intenso mercado de consumo, também terá o mesmo destino, pois o tempo da sociedade líquida não é nada linear.

Como forma de exemplificar isto, pode-se citar como exemplo a iterada prática efetuada por famosa marca multinacional de aparelhos de alta tecnologia, que na campanha de marketing de seus produtos, feita anualmente, costuma apontar algumas “novidades” no seu novo “modelo de telefone celular” como forma de atrair os seus fieis consumidores à sua aquisição. Seja por meio de um mais “rápido” processador ou pelo acréscimo de uma ou mais câmeras nos seus sistemas de filmagem ou de fotografias, ou principalmente, pela felicidade “pontilhista”⁶ de se adquirir o último modelo lançado. Aqui o modelo

⁶ O termo pontilhista se refere a uma metáfora utilizada por Michel Maffesoli na sua obra *L'instant éternel. Le retour du tragique dans les sociétés postmodernes*, La Table Ronde, 2000, p. 16, em que este autor, ao ser estudado por Bauman, diz que o tempo nas sociedades líquidas de consumo seria algo

antigo pode ir para o lixo ou pode ser readquirido pela operadora que o vendeu a seu cliente sob a promessa de alguma vantagem.

Todavia, o fato a ser notado, é o de que o consumidor acaba se envolvendo em um intenso e vicioso ciclo de consumo praticado pelo *modus operandi* dos detentores da tecnologia, não de criação de produtos e serviços frequentemente lançados no mercado, mas também e principalmente por aqueles que se especializam em convencer, seduzir e induzir o consumidor ao ato de consumo que nesta nova liquidez social deixa de ser algo tão banal.

2. O EMPODERAMENTO DA VULNERABILIDADE PELA INTERPRETAÇÃO: AS NOVAS FACES DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

De maneira bastante elucidativa e sem qualquer pretensão de se efetuar densa demonstração a respeito das correntes da Teoria Geral do Direito, é necessária uma breve discussão a respeito do positivismo jurídico, do pós-positivismo, da constitucionalização do direito privado e da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois todos eles estão ligados ao tema do empoderamento da vulnerabilidade do consumidor diante dos novos estudos doutrinários e da nova construção normativa realizada pelos órgãos julgadores.

Neste sentido, afirma-se que o positivismo jurídico permitiu ao jurista uma análise objetiva da ordem jurídica de um determinado país. Isto é, conforme Hans Kelsen⁷, um “fundamento de validade da norma jurídica”.

dotado de grande ruptura e descontinuidade, por intervalos que separam pontos sucessivos que rompem com vínculos entre eles e com conteúdos totalmente distintos. O tempo pontilhista nos remete a uma vida apressada e a oportunidade oferecida por cada um destes pontos não poderá ser perdida. Algo similar ao que acontece na *nowist culture*, onde o descarte e a substituição são elementos latentes. A cada nova oferta de novo produto, caso seja adquirido pelo consumidor, este experimentará, através deste ponto, uma nova sensação. Se boa ou ruim não se sabe, pois o importante é que dali a um ano ou até alguns meses este ponto voltará a eclodir, e espera-se que ele seja mais intenso, pois esta é a mola propulsora do consumismo da líquida sociedade de consumo.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 215.

Assim, na busca de maior segurança jurídica, é o positivismo jurídico baseado por uma ausência de valores, guiado pela legalidade acrítica em total abstenção dos aspectos sociais do Direito. Nele não havia discussões a respeito da razoabilidade, da justiça e do interesse de agir, pois tais assuntos se restringiam à positividade da norma, que fundamentava e legitimava a ordem jurídica estabelecida, seja ela qual fosse.

Após a Segunda Grande Guerra Mundial, com a incorporação da dignidade da pessoa e dos novos valores sociais e culturais nos mais variados textos constitucionais, o positivismo jurídico demonstrou que não mais atendia aos desejos da nova era política que surgia. Como observado por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, “curiosamente, a derrocada do positivismo correspondeu à decadência dos regimes fascista na Itália e nazista na Alemanha e, entre nós, correspondeu ao movimento de redemocratização do País”.⁸

Atualmente, o fenômeno que aos juristas se apresenta é a fase pós-positivista, o que não implica dizer que houve uma ruptura definitiva com a anterior fase positivista, que é imprescindível para a compreensão desta nova etapa das Ciências Jurídicas. O pós-positivismo proporciona a análise social do Direito, incluindo nele ideias baseadas na igualdade mínima material. Por ele se aprofunda o estudo da razoabilidade, há uma busca na construção do conceito de justiça apoiado no valor e não apenas no plano da norma hipotética fundamental. E é exatamente por este caminho aberto pelo pós-positivismo que ocorre a passagem “de um modelo de Estado fundado na lei (Estado legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição”.⁹

Através desse momento vivenciado pelo Direito, o da constitucionalização do direito infraconstitucional, em especial, o do direito civil, registra-se definitivamente a passagem da Constituição para o âmago do debate jurídico, “de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil”.¹⁰

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. vol. 1. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 37.

⁹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 41.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 407.

Para o Min. Luís Roberto Barroso, “é nesse ambiente que se dá a virada axiológica do direito civil, tanto pela vinda de normas de direito civil para a Constituição como, sobretudo, pela ida da Constituição para a interpretação do direito civil, impondo um novo conjunto de valores e princípios, que incluem: (i) a função social da propriedade e do contrato; (ii) a proteção do consumidor, com o reconhecimento de sua vulnerabilidade; (iii) a boa-fé objetiva; (iv) o efetivo equilíbrio contratual”.¹¹

Como consectário lógico da constitucionalização do direito civil e no geral do direito privado, chega-se à seguinte conclusão: a de que mesmo nas relações demasiadamente privadas existe a possibilidade de aplicação direta ou indireta, imediata ou mediata de direitos fundamentais, tudo a depender da intensidade experimentada nestas relações jurídicas. E de acordo com Daniel Sarmiento, “apesar da existência de alguns estudos precursores na doutrina brasileira antes disso, foi só nos últimos anos que surgiram as primeiras obras específicas abordando a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na ordem jurídica nacional. E o que se tem percebido entre nós é uma nítida preferência pela tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no campo privado”.¹²⁻¹³

“Isto significa, em última análise, que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais”.¹⁴

Quanto às cláusulas gerais, pode-se dizer que são elas uma espécie de texto normativo em que o seu antecedente (a hipótese fática) é dotado de termos propositalmente vagos inseridos pelo legislador

¹¹ BARROSO. Op. cit., p. 407.

¹² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2º. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 246.

¹³ Para apontamento jurisprudencial a respeito da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas vale a pena conferir o julgamento do REsp 962980/SP, da relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, publicado no DJe em 15/05/2012.

¹⁴ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 343.

sendo o seu consequente (efeito jurídico) composto por elementos indeterminados. É desejo das cláusulas gerais gerar uma oxigenação constante do sistema sem que a todo instante o texto legal sofra reformas pelo legislador. A cláusula geral “confere uma nova tábua axiológica ao direito, como propicia o influxo dos microsistemas”.¹⁵

E é neste novo cenário da Teoria Geral do Direito que reside a vulnerabilidade enquanto princípio reitor das relações de consumo, considerada como umas das mais importantes cláusulas gerais positivada no texto do CDC. Na medida em que se alterarem os valores de uma dada sociedade de consumo, a vulnerabilidade gerará mutações nas interpretações do direito do consumidor. A vulnerabilidade, hoje, vai muito além da vulnerabilidade fática, técnica ou jurídica do consumidor.

E por fim, a exemplo do que ocorreu durante a transição do positivismo jurídico para o pós-positivismo, percebe-se que as tradicionais concepções da vulnerabilidade, de forma alguma foram deixadas a armo, pois só se pode falar em múltiplas faces da vulnerabilidade se se partir de toda a construção até agora feita pelos estudiosos combinada com a atividade normativa jurisdicional. A partir de agora, é isso que se passa analisar.

2.1 A vulnerabilidade comportamental

Esta moderna acepção da vulnerabilidade consumerista no Brasil tem merecido importantes estudos da professora Dra. Amanda Flávia de Oliveira. A vulnerabilidade comportamental parte do pressuposto de que o ato de consumo é um objeto do conhecimento humano que está muito além de sua amplitude jurídica ou econômica, pois apresenta também vários desdobramentos em outras ciências, tais como a biologia, a antropologia, a psicologia, a matemática, as ciências da administração, dentre outras. A vulnerabilidade comportamental quer estudar o consumo no direito não apenas pelas tradicionais órbitas do conhecimento e metodologia do direito civil e do direito econômico, pois diante da complexidade com que o consumo na atualidade se apresenta, faz-se necessário ir além.

¹⁵ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 159.

É diante deste quadro que o ato de consumo gerador da vulnerabilidade comportamental é influenciado pelas concepções da Análise Econômica do Direito, método interpretativo do direito amplamente desenvolvido pela Escola de Chicago nos Estados Unidos na década de 60 do século passado que tem por objetivo maior efetuar a análise dos papéis assumidos pelos agentes econômicos (consumidores de modo geral) quando estes comparam os benefícios e os custos das diferentes opções antes de tomar uma decisão, seja ela de cunho econômico, social ou cultural. Estas relações entre custos e benefícios são avaliadas de acordo com as preferências dos agentes mediante o conjunto de informação disponível no momento da avaliação.

Ainda no exame destas novas ferramentas para o aprofundamento do estudo do ato de consumo e da vulnerabilidade comportamental, destaca-se o papel da psicologia na análise intersubjetiva dos motivos que levam o consumidor a adquirir produtos no mercado de consumo.

A psicologia direciona as suas preocupações aos “aspectos relacionados à (ir)racionalidade do processo de escolha/decisão humana, bem como com os motivos que subjazem à escolha dos mais variados bens de consumo. Porém, ao invés de restringir o comportamento do consumidor à maximização da utilidade (o que é feito pela AED, pois para ela a escolha é pautada pela racionalidade), essa disciplina procura identificar a imensidão de fatores que influenciam na escolha e interessa-se por vários processos de decisão, desde a decisão considerada controlada, baseada em custos e benefícios, até aquelas decorrentes de comportamentos impulsivos”.¹⁶

Para uma compreensão mais apurada da nova temática do ato jurídico de consumo, podem ser apontados dois grandes estudiosos da Economia Comportamental considerados como os responsáveis pela aproximação entre Psicologia e Economia, durante a década de 70 do século XX, Daniel Kahneman e Amos Tversky.

A Economia Comportamental ao identificar e estudar uma série de padrões comportamentais dos seres humanos chegou à conclusão de que o ato de escolha das pessoas não é totalmente pautado por

¹⁶ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. *Vulnerabilidade comportamental do consumidor: porque é preciso proteger a pessoa superendividada*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 104. ano 25. p. 181-201. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2016, p. 183.

uma relação racional entre custo e benefício como entende a Escola da Análise Econômica do Direito. Para a Econômica Comportamental, pelo menos em termos econômicos, a tomada de decisão por nós seres humanos é de fato pautada pela racionalidade, contudo esta racionalidade não é tão pura assim como se imaginava, pois na verdade ela acabou se demonstrando limitada até demais. Estas limitações se relacionam a processos heurísticos, que são aqueles definidos como regras que facilitam o processo de decisão, mas que geram falhas que são repetidas de forma sistemática. A heurística¹⁷ é um pensamento

¹⁷ Para Daniel Kahneman, ao explicar de modo elucidativo os conceitos de heurística e tomada de decisões enquanto modalidades de processos cognitivos são feitas as seguintes classificações, a do Sistema 1 e a do Sistema 2. O primeiro trabalha de forma automática e rapidamente, às vezes com pouco ou até mesmo sem nenhum esforço e sem nenhum senso de controle voluntário, é propenso a acreditar e confirmar negligenciando a ambiguidade para superar a dúvida. Já o segundo coloca as suas atenções às atividades mentais mais laboriosas que o requisitam, trabalha de forma mais lenta do que o Sistema 1, é menos impulsivo, está ligado ao raciocínio, à concentração e a um processo de escolha mais adequado. E uma das principais funções do Sistema 2 é a de supervisionar e controlar os pensamentos e ações propostos pelo Sistema 1, permitindo que parte deles sejam expressos por meio do comportamento das pessoas com a supressão e modificação de outros. Para melhor compreensão da forma como operam estes dois sistemas, Kahneman oferece o exemplo deste breve silogismo (p. 60), “pelo qual deseja que o leitor tente determinar o mais rapidamente que conseguir, se o argumento que se segue pode ser considerado logicamente válido. A conclusão partirá das seguintes premissas: *Todas as rosas são flores. Algumas flores murcham rápido. Logo, algumas rosas murcham rápido.* Para ele, a grande maioria dos alunos universitários aos quais este teste foi submetido endossou este silogismo como válido. Contudo, o argumento é falho, pois é possível que as rosas não estejam entre as flores que murcham rápido. O fato é que uma resposta plausível nos ocorre imediatamente por obra do Sistema 1 e superar esta primeira resposta exige um árduo trabalho. A ideia insistente gerada pelo Sistema 1 de que ‘é verdade, é verdade!’ torna difícil verificar a lógica, e a maioria das pessoas não se dá ao trabalho de pensar sobre o problema. Esse experimento tem implicações desencorajadoras para o raciocínio na vida cotidiana. Ele sugere que quando as pessoas acreditam que uma conclusão é verdadeira, também ficam muito propensas a acreditar nos argumentos que parecem sustenta-la, mesmo que esses argumentos não sejam confiáveis. Se o Sistema 1 está envolvido, a conclusão vem primeiro e os argumentos se seguem.” (KANEHMAN, Daniel. *Rápido e Devagar – Duas formas de Pensar*: tradução Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012).

mais rápido e menos reflexivo, funciona ela como uma espécie de automatismo de nós seres humanos e possui uma lógica amplamente distinta da óptica lógico-formal dotada de maior caráter reflexivo com redução de impulsividade.

No direito do consumidor vigente no Brasil, esta racionalidade limitada do processo de escolha desenvolvida pela Economia Comportamental é um importante ingrediente na compreensão da vulnerabilidade enquanto princípio presente na Lei nº 8.078 de 1990.

“Um dos dados mais consistentes da Economia Comportamental diz respeito ao aparente conflito entre as alternativas de curto e longo prazo, e que pode resultar em escolhas dinamicamente inconsistentes. Os consumidores geralmente seguem o modelo do desconto hiperbólico, segundo o qual se descontam mais os resultados num futuro próximo do que os resultados num futuro mais distante, o que tem sido interpretado como uma manifestação de violação da racionalidade”¹⁸

Problemas desta natureza, de falta de autocontrole nas compras impulsivas, a superficial visão do consumidor a respeito de financiamentos assumidos a longo prazo quanto aos seus altos encargos e do frequente bombardeio midiático por companhias que oferecem crédito e facilidades até mesmo ao consumidor com crédito negativado combinadas com a instabilidade econômica do país experimentada num período muito recente, geraram uma grande massa de consumidores totalmente obedientes às suas dívidas com drástico comprometimento em seus orçamentos familiares.

Tais problemas, diga-se de passagem, não estão restritos apenas às classes sociais menos favorecidas da sociedade. Este é um mal que acomete as pessoas de maneira geral, pois estas acabam subestimando suas próprias perspectivas de sofrerem algum imprevisto durante todo este processo de aquisição de algo a longo ou a curto prazo. Esta preocupante noção, a de que “isto não irá acontecer comigo” tem sido muito percebida no mercado de concessão de crédito brasileiro. Cresceu muito a quantidade de consumidores endividados por gastos que vão além de suas possibilidades. Daí a importância dos dados obtidos

¹⁸ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Op. cit., p. 184.

pela Economia Comportamental no trato da proteção e defesa do consumidor superendividado.

Para a Economia Comportamental, com base nas avaliações psicológicas dos consumidores de modo geral a respeito dos seus comportamentos quanto à aquisição de produtos e serviços no mercado de consumo, a de que o ato de escolha é muito menos racional do que se imagina, não basta à legislação, que tem como escopo maior proteger e defender o consumidor, se satisfazer apenas com uma noção de vulnerabilidade pautada pelo princípio da igualdade. E ainda que a vulnerabilidade venha acompanhada do direito básico à informação, estes direitos por si só também não se mostram suficientes por conta das fragilidades do processo de escolha.

Sob a perspectiva da Economia Comportamental aliada a uma política nacional de concessão de crédito aos consumidores de forma mais responsável por parte de instituições financeiras e estabelecimentos congêneres menciona-se o PLC nº 3.515/2015, que visa alterar o CDC e o art. 96 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoamento do tema, ao dispor também sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

Com a aprovação do projeto de lei supracitado, ao CDC seria acrescentado o Capítulo VI-A que trata da Prevenção e do Tratamento do Superendividamento, que por seu art. 54-A, tem a finalidade maior de prevenir o superendividamento da pessoa natural além da disposição sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor. Além disso, o próprio art. 54-A no seu § 1º, dispõe que “entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”.

Pelo PLC nº 3.515/2015 acrescentam-se dois novos instrumentos ao poder público, previsto no *caput* do art. 5º da lei consumerista que trata da execução da Política Nacional das Relações de Consumo: os incisos VI e VII. Esses dispõem que serão instituídos mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural; além da instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento, respectivamente.

O PLC nº 3.515/2015 é um dos primeiros passos na direção do reconhecimento e fortalecimento da vulnerabilidade comportamental no plano do direito positivo.

Em conclusão, “a vulnerabilidade comportamental representa o reconhecimento das humanidades e das limitações intrínsecas do consumidor contemporâneo, que desenvolve estratégias de sobrevivência para apropriar-se a um estilo de vida ideal”.¹⁹

2.2 A vulnerabilidade na relação com a hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada

Como dito antes a vulnerabilidade é condição intrínseca e *a priori* de todo e qualquer consumidor inserido no mercado de consumo, é ele a parte mais fraca da relação de consumo, é ele também a pessoa que se coloca em situação de inferioridade perante a grande massa de fornecedores que se organizam, de modo geral, de forma mais técnica e científica, durante o ato de inserção de seus produtos assim como a prestação de seus serviços. O direito do consumidor é criado no Brasil justamente como meio de propiciar proteção mais adequada a este sujeito considerado vulnerável.

“Contudo, mostra a experiência que certa categoria de pessoas merece atenção ainda mais detida. São os chamados *hipervulneráveis*, assim compreendidos aqueles que, por ostentarem uma condição específica (i.e., crianças, idosos, analfabetos, portadores de enfermidade ou deficiência), apresentam uma *vulnerabilidade agravada*.”²⁰

A hipervulnerabilidade é um conceito implícito na legislação brasileira que se retira dos princípios constitucionais. A hipervulnerabilidade, enquanto desdobramento da vulnerabilidade, mergulha nos fluidos conceitos advindos das cláusulas gerais com o objetivo maior de efetivar direitos fundamentais de consumidores que necessitam de proteção redobrada por parte de nossa legislação consumerista. A hipervulnerabilidade toma como base nuclear a cláusula geral

¹⁹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Op. cit., p. 196.

²⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular?* Revista de Direito do Consumidor. vol. 99. ano 24. p. 285-305. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/jun. 2015, p. 286.

constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) por impor a preponderância dos interesses existenciais das pessoas em detrimento dos interesses patrimoniais contidos em negócios jurídicos consumeristas, como forma de fazer valer o respeito a esta nova igualdade que surge que é o “direito à diferença e à diversidade”.²¹ É na opinião de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, o surgimento “de uma nova igualdade com ‘alma’ e com ‘calma’”.²²

“Combinando esta visão do presente, do estado atual da sociedade brasileira no início do século XXI, com a reconstrução que parece estar acontecendo neste aqui denominado ‘novo’ direito privado brasileiro pela atuação dos direitos humanos (o *Leitmotive* destacado por Jayme em 1995), chegamos à conclusão de que o direito privado atual, pós-moderno ou contemporâneo, somente pode ser o que é por atuação do direito público no assegurar um Estado de Direito e pela iluminadora ‘Força’ da Constituição Federal de 1988, e assim revisita os ideais do direito moderno público e privado: de uma nova *igualdade*, de uma *nova liberdade* e de uma *nova fraternidade* (itálicos no original)”.²³

A vulnerabilidade já está consolidada como um princípio, enquanto a hipervulnerabilidade começa a buscar o seu importante espaço neste novo cenário jurídico da pós-modernidade. A hipervulnerabilidade se tornou expressão paradigmática no voto do Min. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, no julgamento do REsp 586.316/MG, que tratava sobre a obrigatoriedade de informação nos rótulos acerca da presença de glúten nos alimentos, haja vista a *hipervulnerabilidade* dos consumidores portadores de doença celíaca. Por ele foi destacado que “ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados,

²¹ Esta expressão é obra dos estudos de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, em obra coletiva intitulada “*O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*” publicada pela Ed. Revista dos Tribunais no ano de 2014, p. 191, na sua 2º edição, ao estudar o futuro da proteção dos vulneráveis pelo novo direito privado com base nos ensinamentos de Erik Jayme.

²² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2º. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 192.

²³ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 191.

mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna”.^{24,25}

A hipervulnerabilidade é a vulnerabilidade agravada do consumidor por suas circunstâncias fáticas e sociais. Seja por conta de sua idade reduzida, como nos casos de crianças e adolescentes, seja por conta de sua idade avançada como nas situações envolvendo o idoso como contratante de plano de saúde ou por meio de empréstimo com desconto em folha de rendimentos por ele recebido, seja por conta também da condição intelectual do consumidor como no caso dos analfabetos e por fim, em relação também aos portadores de deficiência quando colocados na condição de destinatário final de produtos ou serviços.²⁶

²⁴ REsp 586.316/MG, j. 17.04.2007, rel. Min. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin.

²⁵ De acordo ainda com o que foi decidido no REsp 586.316/MG: “São exatamente os consumidores *hipervulneráveis* os que mais demandam atenção do sistema de proteção em vigor. *Afastá-los da cobertura da lei, com o pretexto de que são estranhos à “generalidade das pessoas”, é, pela via de uma lei que na origem pretendia lhes dar especial tutela, elevar à raiz quadrada a discriminação que, em regra, esses indivíduos já sofrem na sociedade* (itálico nosso). Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador”.

²⁶ Neste sentido, veja o caso julgado pelo STJ envolvendo a proteção do direito à informação dos portadores de deficiência visual durante a celebração de contratos bancários com instituições financeiras. Aqui este Tribunal Superior reconheceu a necessidade de que a instituição financeira deve tecer o seu contrato no método braile para fazer valer o direito à adequada informação destes consumidores em virtude da situação de hipervulnerabilidade sob às quais se encontravam diante daquele fornecedor: “Recurso Especial. Ação Civil Pública. Consumidor. Pessoa Portadora de Deficiência Visual. *Hipervulnerável* (grifo nosso). Contratos Bancários. Confecção no Método Braille. Necessidade. Dever de informação plena e adequada. Efeitos da sentença. Tutela de interesses difusos e coletivos stricto sensu. Sentença que produz em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que estabeleceram ou venham a firmar relação contratual om a instituição financeira demandada em todo território nacional. Indivisibilidade do direito tutelado. Dano moral coletivo. Inocorrência. 1. Na ação coletiva ajuizada por associação em defesa de interesses difusos e coletivos stricto sensu, em que toda uma coletividade de deficientes visuais será beneficiada pelo provimento jurisdicional, inclusive com eficácia

Diante desta constatação pode-se afirmar que a hipervulnerabilidade configura na pós-modernidade um importante avanço hermenêutico dentro da árdua tarefa da atividade jurisdicional de se criar a norma jurídica por meio da interpretação dos textos legais. A hiper-

prospectiva, revela-se a natureza transindividual da discussão e a atuação da entidade no campo da substituição processual, o que afasta a necessidade de identificação dos seus associados. 2. O Código de Defesa do Consumidor estabelece entre os direitos básicos do consumidor, o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e, na oferta, que as informações sejam corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa (art. 31), devendo as cláusulas contratuais ser redigidas de maneira clara e compreensível (arts. 46 e 54, § 3º). 3. A efetividade do conteúdo da informação deve ser analisada a partir da situação em concreto, examinando-se qual será substancialmente o conhecimento imprescindível e como se poderá atingir o destinatário específico daquele produto ou serviço, demodo que a transmissão da informação seja adequada e eficiente, atendendo aos deveres anexos da boa-fé objetiva, do dever de colaboração e de respeito à contraparte. 4. O método Braille é oficial e obrigatório no território nacional para uso na escrita e leitura dos deficientes visuais e a sua não utilização, durante todo o ajuste bancário, impede o referido consumidor hipervulnerável de exercer, em igualdade de condições, os direitos básicos, consubstanciando, além de intolerável discriminação e evidente violação aos deveres de informação adequada, vulneração à dignidade humana da pessoa deficiente. 5. É cabível, em tese, por violação a direitos transindividuais, a condenação por dano moral coletivo, como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico). 6. Na hipótese, apesar de a forma de linguagem, por meio da leitura do contrato, não ser apta a exaurir a informação clara e adequada, não decorreram outras consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que se sentiu pessoalmente constrangido ou discriminado, haja vista que a instituição financeira seguiu as diretrizes emanadas pelo próprio Estado, conforme Resolução n. 2.878/2001 do Bacen. 7. Os efeitos e a eficácia da sentença, na ação coletiva, não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo. Precedentes. 8. A sentença prolatada na presente ação civil pública, destinada a tutelar direitos difusos e coletivos stricto sensu, deve produzir efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litiguem ou venham a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional. 9. Recursos especiais parcialmente providos”. (REsp 1.349.188/RJ, 4º, T., j. 10/05/2016, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 22/06/2016).

vulnerabilidade é a nova vizinha da vulnerabilidade e ambas residem no bairro do princípio da igualdade que acabou de sofrer novas e necessárias reformas para facilitar o trânsito de indispensáveis direitos à boa convivência que caminham por suas ruas.

Em conclusão, aponta-se que “esta nova igualdade ‘com calma e com alma’ permite superar o formalismo e a visão ‘mecânica’ (*l’art mécanique*) do direito de igualdade no direito privado. Igualdade não é mais um tema de hierarquia ou incapacidade permanente, mas de papéis fluídos e momentâneos, de estilos de vida e de ser, de fragilidades e idades, de igualdades de chances e de armas, como hoje afirmam os autores franceses (itálico no original)”.²⁷

3. CONCLUSÃO

Com base nesse relato a respeito da vulnerabilidade enquanto princípio e importante conceito jurídico de onde se extrai a nova norma jurídica da hipervulnerabilidade, vocacionada a *priori* à proteção dos direitos dos consumidores no mercado econômico, percebe-se de que maneira os aplicadores do direito através da interpretação informam e deformam este importante conceito estudado.

Diante do novo cenário proposto pelo pós-positivismo nota-se que as técnicas de subsunção do fato à norma passam a coexistir com a técnica da ponderação principiológica e este fenômeno não passou despercebido pela Lei nº 8.078/90.

As novas vulnerabilidades dentro da evolução do ciclo hermenêutico que se inaugura tomam como ponto de partida as indispensáveis noções da vulnerabilidade fática, técnica e jurídica do consumidor para desenvolver e incrementar novas acepções da vulnerabilidade como a comportamental e a hipervulnerabilidade.

Neste ponto é importante destacar que a vulnerabilidade prevista no CDC está em plena consonância com a evolução dos estudos da Economia Comportamental, fato este que pode ser constatado pelo teor jurídico das novas propostas de modificação e atualização da lei em comento.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 208.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Rober. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BAUMAN, Zygmund. *Vida para Consumo – A transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e Hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular? *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, ano 2, p. 285-305. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/jun. 2015.
- DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, vol. 1*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, vol. 1*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.
- KANEHMAN, Daniel. *Rápido e Devagar – Duas formas de Pensar*: tradução Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- MAFFESOLI, Michel. *L'instant eternal. Le retour du tragique dans les sociétés postmodernes. Collection La petite Vermillon*. La Table Ronde, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Artigo por Artigo. Doutrina. Jurisprudência. Conexões rápidas para citação ou reflexão. Diálogos entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade comportamental do consumidor: porque é preciso proteger a pessoa superendividada. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 104, ano 25, p. 181-201. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2016.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

Recebido em 10/1/17

Aprovado em 6/6/17