



DA VULNERABILIDADE À HIPERVULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES: UMA ANÁLISE ACERCA DO ROL NÃO TAXATIVO DO INCISO IV, ARTIGO 39, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

*Tereza Rebeca Pinto Cortez*¹

RESUMO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) adota a aplicação do princípio da vulnerabilidade a todos os consumidores. No entanto, há ainda aqueles que possuem sua vulnerabilidade agravada por uma condição particular, os chamados hipervulneráveis. O presente estudo tem como objetivo analisar a ideia de hipervulnerabilidade presente no CDC. Para tanto, coube, inicialmente, fazer uma breve análise sobre as práticas abusivas presentes no CDC. Logo após, tratou-se sobre o conceito de vulnerabilidade, bem como apresentou-se uma série de espécies de hipervulnerabilidade, no intuito de mostrar que a interpretação do inciso IV, artigo 39 do CDC, comporta um rol exemplificativo.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Hipervulnerabilidade. Rol exemplificativo.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduanda do décimo período de Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).

O Direito do Consumidor brasileiro, inspirado nos princípios da Resolução 39/248², de 16 de abril de 1985, teve sua origem normativa com a Constituição Federal de 1988 (CF/88). A CF/88 instituiu, em seu artigo 5º, inciso XXXII, que o Estado possui, dentre outras, a função de promover a defesa do consumidor. Em razão disso, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) determinou ao Congresso Nacional o encargo de elaborar uma nova codificação que dispusesse dos direitos dos consumidores. Desse modo, em 11 de setembro de 1990, é promulgada Lei nº 8.078, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O CDC considerou, em seu artigo 4º, inciso I, que o consumidor – toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, conforme o artigo 2º –, é parte vulnerável perante o fornecedor de produtos e serviços. Este, em consonância com o artigo 3º do CDC, é entendido como pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira – bem como os entes despersonalizados –, que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Dessarte, ao considerar a vulnerabilidade do consumidor, o CDC assumiu as funções de reequilibrar as forças dos sujeitos da relação consumerista, assim como diminuir a vulnerabilidade do consumidor e limitar as práticas nocivas e abusivas do mercado de consumo.

Nesse diapasão, o princípio da vulnerabilidade apresenta-se como o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação da legislação consumerista. No entanto, além de tratar todo consumidor de produtos e serviços como vulnerável, o CDC tratou de englobar outra classificação à vulnerabilidade: os consumidores hipervulneráveis, aqueles que, em razão de condição própria, possuem, perante o fornecedor, a vulnerabilidade agravada e, conseqüentemente, merecem uma maior atenção por parte do Estado.

O termo hipervulnerável não se encontra expresso no CDC, mas ganhou força na doutrina e na jurisprudência. O inciso IV, do artigo 39, da citada codificação, trata de elencar os casos de consumidores que devem ser considerados hipervulneráveis nas relações de consumo.

Este ensaio pretende apresentar alguns grupos de consumidores considerados hipervulneráveis não anunciados no inciso IV, do artigo 39, do CDC. Importante ressaltar que o presente estudo não tem por objetivo exaurir todas as possibilidades de grupos de

² A Resolução da ONU que reconheceu a nível mundial os direitos básicos do consumidor e estabeleceu objetivos para que os países membros desenvolvessem políticas de proteção ao consumidor.

consumidores considerados hipervulneráveis, mas apenas citar algumas com base na doutrina e na jurisprudência, estimulando, assim, a reflexão.

2 AS PRÁTICAS ABUSIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O abuso de direito pode ser compreendido como o excesso de exercício de um determinado direito por parte do titular, capaz de causar dano a outrem. Assim, um direito somente será reconhecido quando exercido de modo que não frustre as legítimas expectativas criadas em outrem, sem desvio de finalidade. Caso contrário, será considerado ato ilícito, ainda que o titular não ofenda a norma em si, mas a sua valoração. Nas palavras de Cavalieri Filho (2008, p. 143):

O que caracteriza o abuso de direito é seu anormal exercício, assim entendido como aquele que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito. Os direitos nos são concedidos para serem exercidos de maneira justa, social e legítima e não para que façam uso deles discricionariamente. Só pelo fato de ser titular de um direito uma pessoa não pode exercitá-lo de forma absoluta, sem se preocupar com os outros.

Desta maneira, entende-se que o abuso de direito ocorre quando o titular utiliza-se de um direito real e lícito para alcançar um resultado que vai além de seus limites e que, por conseguinte, vai de encontro ao princípio da boa-fé e dos bons costumes, gerando assim, danos a outrem, sejam eles econômicos ou sociais. Em resumo, o abuso de direito ocorre quando um ato presumivelmente lícito, posto em prática de maneira irregular, visa um fim ilícito.

A noção de atos abusivos encontra-se fundamentada no artigo 187 do Código Civil de 2002 (CC/02), o qual traz que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Defronte disso, é possível afirmar que para um ato se constitua como abusivo, são necessários alguns requisitos: a titularidade do direito por parte do sujeito que praticou o ato abusivo; o exercício propriamente irregular do direito; o rompimento dos limites impostos; a violação do direito alheio; e o nexo de causalidade, que é a ligação entre a conduta do agente e a lesão causada. Nas palavras de Tartuce e de Neves (2017, p. 233):

O abuso de direito é tratado pelo Código Civil de 2002 como um ilícito equiparado, pelo que consta do art. 927, caput, da mesma codificação. De acordo com o último comando, “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Como se percebe, a norma compara o abuso de direito ao ilícito puro, ao colocar o art. 187 ao lado do art. 186, dando tratamento equivalente a ambos para os fins de gerar o dever de reparar. Além da consequente imputação para a reparação dos prejuízos suportados, o abuso de direito tem o condão de acarretar a nulidade dos atos e negócios correspondentes. Esse, aliás, é o espírito do art. 51 do CDC, ao consagrar o rol de cláusulas nulas por abusividade. A propósito, lembre-se que, nos termos do art. 166, inc. II, do Código Civil, é nulo o negócio jurídico quando houver ilicitude do seu objeto.

Em suma, a ilicitude do ato, no abuso de direito, está na forma de sua execução, ou seja, na sua prática. Como consequência imediata, o abuso de direito gera a responsabilidade civil objetiva do abusador independente do elemento culpa.

No Código de Defesa do Consumidor (CDC), as chamadas *práticas abusivas* encontram-se regradadas pelo artigo 39, o qual apresenta uma série de condutas vedadas ao fornecedor de produtos ou serviços. Dentre tais condutas abusivas, o inciso IV traz “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”, objeto de análise do presente estudo.

3 A VULNERABILIDADE E A HIPERVULNERABILIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como é sabido, o CDC adota um viés protecionista, ao passo que se destina a proteger a parte mais vulnerável da relação consumerista, qual seja, o consumidor. Em outras palavras, é justamente a vulnerabilidade que justifica a criação do CDC. Assim, a vulnerabilidade apresenta-se como princípio estruturante e elemento basilar da Política Nacional de Relações de consumo, de modo que as normas do CDC estão sistematizadas a partir dessa ideia básica de proteção de um determinado sujeito: o consumidor, por ele ser vulnerável (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 38).

Conforme o artigo 4º, inciso I, do CDC, a Política Nacional das Relações de Consumo estabelece, dentre outros, o princípio da vulnerabilidade do consumidor, objetivando o atendimento das necessidades do consumidor, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. A vulnerabilidade do consumidor justifica-se, pois, no abismo de forças entre consumidor e fornecedor. É justamente para reequilibrar essa relação que o CDC adota o viés protecionista e o princípio da vulnerabilidade. Nas palavras de Theodoro Júnior (2017, p. 24):

Vivemos em uma sociedade de consumo, onde as relações jurídicas são travadas em massa, por meio de contratos de adesão, previamente elaborados pelos fornecedores, sem qualquer possibilidade de negociação por parte do consumidor. Cabe a este, portanto, apenas aderir ou não ao instrumento que lhe é apresentado. Essa situação o coloca numa posição de evidente vulnerabilidade, justificando a proteção especial que o Código de Defesa do Consumidor lhe confere. Eis o motivo pelo qual a conceituação de consumidor tornasse de extrema relevância.

É certo que diante do vasto cenário de opções de produtos e serviços proporcionado pelo sistema capitalista, dos diversos meios de compra (lojas online, físicas) e da sedução das publicidades e propagandas, é improvável que o consumidor tenha conhecimento de todos os produtos e serviços que estão dispostos no mercado ou que venha a adquirir. Essa situação faz com que o adquirente fique à mercê das vantagens sedutoras expostas pelos veículos de comunicação e informação. Com a mitigação do modelo liberal da autonomia da vontade e a massificação dos contratos, percebe-se uma discrepância na aplicação das regras comerciais, o que justifica a presunção de vulnerabilidade, reconhecida como uma condição jurídica, pelo tratamento legal de proteção (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 33).

Seguindo a ideia da vulnerabilidade do consumidor adquirente, a doutrina classifica, de modo geral, a vulnerabilidade em três grandes grupos: a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, a técnica e a jurídica.

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica se dá na hipótese de o fornecedor, valendo-se da fragilidade do consumidor, aproveitar-se da condição mais humilde deste para obter vantagens (GARCIA, 2016, p. 31).

A vulnerabilidade técnica, por seu turno, ocorre quando o consumidor não possui conhecimentos especializados sobre o produto ou serviço que venha a adquirir. Quanto ao fornecedor, por sua vez, presume-se que este tenha conhecimento aprofundado sobre o produto ou serviço que ofereça. Nessa lógica, o que determina a vulnerabilidade é a falta de conhecimentos específicos do consumidor e, por outro lado, a presunção ou exigência destes conhecimentos pelo fornecedor (GARCIA, 2016, p. 31). Como exemplo, segue o julgado do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo (TJSP), referente a um serviço de conserto de caminhão que foi prestado desnecessariamente, com claro intuito de prejudicar o consumidor, o qual não possuía conhecimentos técnicos a respeito:

Indenização. Danos materiais. Restituição da quantia paga por um serviço inadequado. Caminhão expelindo excesso de ‘fumaça preta’, motivando o autor a procurar os serviços mecânicos da ré para o conserto do defeito. Reparo efetuado pela ré, que não alcançou o objetivo esperado. Ausência de comprovação da necessidade do serviço prestado pela ré, que deve ser reputado desnecessário. Cabimento da restituição da quantia paga pela prestação de um serviço inútil. Se a ré reconhece que o serviço por ela prestado não solucionou o defeito no caminhão do autor, e nem comprovou que os reparos efetuados eram realmente necessários, impõe-se a devolução do que este pagou àquela por um serviço inútil, uma vez que é vedado ao fornecedor de serviços impingir serviços ao consumidor, prevalecendo da ignorância deste, nos termos do art. 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso provido, nessa parte.³

Por fim, a vulnerabilidade jurídica ocorre na hipótese da falta de conhecimentos do consumidor a respeito dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo que venha a estabelecer (GARCIA, 2016, p. 31).

Destarte, de um modo geral, todos os consumidores são vulneráveis, mas existem alguns grupos que necessitam de uma atenção ainda maior, quais sejam, os hipervulneráveis. A hipervulnerabilidade pode ser definida, portanto, como uma situação de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de sua especial condição. Tais consumidores ficam ainda mais expostos às práticas comerciais nocivas, e, por isso, necessitam de uma proteção estatal ainda maior. Para Miragem (2016, p. 131), a hipervulnerabilidade pode ser entendida como certas qualidades pessoais do consumidor que dão causas ao reconhecimento da vulnerabilidade agravada.

³ TJSP. Apelação n. 0020763-87.2008.8.26.0019 – Acórdão 5041276. Décima Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Luiz Sabbato. j. 02.03.2011. DJeSP 03.05.2011.

É certo que ser vulnerável, em razão de idade, doença, etc., não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer menos direitos. Nas palavras de Garcia (2016, p. 327), o fornecedor de produtos ou serviços não poderá, pois,

[...] se aproveitar das excepcionais vulnerabilidades do consumidor para impor-lhe produtos ou serviços. Vários critérios são levados em consideração pela norma, como a idade (quer se trate de criança ou idoso); condição social (já que uma pessoa mais simples terá mais dificuldade de compreender novas tecnologias, podendo ser vítima de maus fornecedores); conhecimento (os analfabetos, por exemplo, terão dificuldades na contratação, sendo alvos fáceis também dos maus fornecedores) e a saúde (muito comum a prática dos hospitais de exigirem garantias abusivas da família, cheque caução de quantia vultuosa – para que um ente querido seja internado).

Logo, o Estado deve se importar não apenas com os vulneráveis, mas sobretudo com os hipervulneráveis. Os aplicadores do Direito devem, então, observar as características, especificidades e peculiaridades dos consumidores, a fim de verificar se é válido ou não o enquadramento. De acordo com Viegas (2019, p. 85):

Trata-se, na realidade, de reconhecer a insuficiência da interpretação meramente formalista se o objetivo constitucional é de proteção. Aliás, identificar o agravamento de vulnerabilidade tem por corolário o aprofundamento de dever do fornecedor. Ora, se a origem do CDC revela o intuito de retomar o equilíbrio das relações de consumo – inerentemente desiguais –, parece que levar em consideração as peculiaridades fáticas dos consumidores juridicamente relevantes é, em verdade, avançar à etapa de manutenção da efetividade da proteção. Ainda, parece possível afirmar que o contrário, negligenciar tais especificidades, seria nocivo aos interesses manifestados expressamente na Constituição Federal e, ainda, um passo atrás na trajetória consumerista.

Sendo assim, como visto, a vulnerabilidade se estabelece na presunção de fraqueza do consumidor no mercado de consumo, de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação na relação de consumo. A hipervulnerabilidade, ao seu turno, surge com a possibilidade de variar quanto ao modo como se apresenta em relação a cada consumidor, em face de suas características pessoais e suas condições econômicas, sociais ou intelectuais.

A proteção aos consumidores hipervulneráveis é tratada no artigo 39, inciso IV, do CDC. O comando visa a afastar o aproveitamento, por parte dos fornecedores, da

condição de hipervulneráveis de determinados consumidores. Conforme o referido artigo, é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

No entanto, é de suma importância destacar que a interpretação do artigo 39, inciso IV, do CDC, deve ser feita de forma exemplificativa e não taxativa, de modo que a atenção especial seja aplicada a quaisquer pessoas que se revelem mais fracas em razão de sua especial condição física, psíquica ou social. Afinal, o aplicador do direito é que deve verificar se, no caso concreto, o consumidor se enquadra ou não como hipervulnerável.

A seguir serão tratadas algumas hipóteses de consumidores hipervulneráveis que não estão necessariamente inclusos no inciso IV do artigo 39 do CDC.

3.1 A hipervulnerabilidade do consumidor criança ou adolescente

De acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), considera-se criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Conforme o artigo 4º da referida legislação, é dever da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária de todas as crianças e adolescentes.

Além do ECA, a proteção à criança e ao adolescente encontra-se fundamentada também na Constituição Federal, em seu artigo 227, o qual traz que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

A legislação brasileira adota, pois, o princípio da proteção integral, proibindo qualquer espécie de discriminação ou de exploração da criança e do adolescente, o que inclui também qualquer mecanismo forjado nas relações de consumo que redunde em prejuízo ou exposição das crianças e dos adolescentes. De acordo com Miragem (2016, p. 132), se os apelos de marketing são sedutores aos consumidores em geral, são ainda mais às crianças e aos adolescentes, já que por não possuírem ainda formação intelectual completa, se deixam convencer com maior facilidade por fraudes comerciais.

Por conseguinte, em razão da pouca idade e por não possuírem ainda formação intelectual completa, as crianças e os adolescente são sujeitos considerados hipervulneráveis nas relações de consumo, como traz o inciso IV, do artigo 39, do CDC.

3.2 A hipervulnerabilidade do consumidor idoso

Conforme a Lei nº 10.741/2003, conhecida como Estatuto do Idoso, entende-se por idoso a pessoa com idade igual ou maior de 60 anos. Assim como ocorre em relação à criança e ao adolescente, a proteção ao idoso também possui amparo constitucional. O artigo 230 da CF/88 estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Aos idosos, a proteção especial decorre da idade avançada, a qual, muitas vezes, traz consigo a diminuição de determinadas aptidões físicas ou intelectuais, deixando o consumidor mais suscetível às práticas abusivas. Consoante Miragem (2016, p. 134):

A vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negociada dos fornecedores; b) a necessidade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores. Em relação ao primeiro aspecto assinalado, note-se que as mesmas regras de proteção da criança e do adolescente se projetam também para a proteção do consumidor idoso. Isto porque a publicidade que se aproveita da deficiência da compreensão do idoso, ou ainda aproveita de qualquer modo esta condição, para impingir-lhe produtos e serviços (...). Não é demais lembrar, que o artigo 10, § 2º, do Estatuto do Idoso, igualmente assegura o direito dos idosos ao respeito, protegendo sua integridade física, psíquica e moral. Em relação ao segundo aspecto distintivo da vulnerabilidade do consumidor idoso, é evidente que uma maior necessidade em relação a produtos ou serviços de parte do idoso, faz presumir que eventual inadimplemento por parte do fornecedor dê causa a danos mais graves do que seriam de se indicar aos consumidores em geral.

A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou a ideia de hipervulnerabilidade a um consumidor idoso, vítima da sistemática de funcionamento do Cartão Sênior comercializado pelos bancos:

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Irresignação submetida ao CPC/73. Ação Civil Pública. Contratação de cartão de crédito por aposentados e pensionistas. Alegação de que a sistemática contratual favorece o superendividamento. Tratamento discriminatório dispensado aos idosos. Recurso especial provido. (...) 7. A Corte de origem concluiu que a sistemática de funcionamento do Cartão Sênior causava dúvidas ao cliente e favorecia o superendividamento, porque pressupôs que os idosos, sendo uma categoria hipervulnerável de consumidores, teriam capacidade cognitiva e discernimento menores do que a população em geral. (...) Nesses termos, a pretexto de realizar os fins protetivos colimados pela Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e também pela Lei nº 8.078/1990 (CDC), acabou por dispensar tratamento discriminatório indevido a essa parcela útil e produtiva da população.⁴

Logo, em razão da idade avançada e toda fragilidade que ela traz, o idoso enquadra-se facilmente como consumidor hipervulnerável, conforme traz o inciso IV, do artigo 39, do CDC.

3.3 A hipervulnerabilidade da consumidora gestante

Outra classe de consumidores que pode ser considerada hipervulnerável é a das consumidoras gestantes. Conforme observa-se no seguinte julgado do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro (TJRJ), a hipervulnerabilidade em decorrência de gravidez já vem sendo adotada nos tribunais. A seguinte demanda, utilizada como exemplo, versa sobre uma ação migração de plano coletivo para particular, ajuizada em desfavor da Bradesco Saúde, que culminou obrigação de fazer e de reparação de danos:

Apelação cível. Direito do consumidor. Plano de saúde coletivo. Demissão. Imposição de cumprimento de prazo de carência para a realização de migração para outro plano. Autora que se encontrava gestante. Sentença de procedência dos pedidos autorais. Apelação da empresa ré. Preliminar de sentença ultra petita. Rejeição. Mero erro material. Correção que será determinada no dispositivo do presente julgado. No mérito, sem razão ao recorrente. Migração de plano coletivo para individual.

⁴STJ. Recurso Especial n. 1.358.057/PR. Terceira Turma. Rel. Moura Ribeiro. j. 22.05.2018. DJe 25.06.2018.

Resolução consu nº 19/1999. Norma que se refere apenas aos planos coletivos que vierem a ser liquidados ou encerrados, e que trata tanto de empregados, quanto de ex-empregados. Inaplicabilidade ao caso em exame. Incidência tão somente do art. 30 da lei nº 9.656/98, com a redação dada pela MP 2.177-44, de 2001. Disposição legal cogente. Ausência de plano individual ou familiar. Fundamento que não é suficiente para afastar o dever legal de prestação. Consumidora grávida. Estado de hipervulnerabilidade. Contrato de seguro saúde cativo de razoável duração. Violação à boa-fé objetiva. Conduta abusiva da seguradora. Necessária efetivação da migração da autora para um plano com idêntica cobertura, isenta de carências e nas mesmas condições do plano originário. Juntada de documentos na fase recursal não qualificados como novos, uma vez que já existentes na fase instrutória. Impossibilidade. Portabilidade de plano negada ilegitimamente. Autora que teve frustrada sua expectativa, diante da atitude arbitrária da ré de não realizar a portabilidade para o plano BRADESCO SAÚDE NACIONAL FEX E CA. dano moral devidamente arbitrado em r\$8.000,00 (oito mil reais). Aplicação do método bifásico para justificar a manutenção do quantum indenizatório. Atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Por força da sucumbência recursal, fixa-se os honorários advocatícios recursais em 1% (um por cento) sobre o valor da condenação, com fundamento no artigo 85, §§ 2º e 11 do código de processo civil vigente. Desprovemento do recurso. (...) Isto posto, a Apelante/Ré não pode, por inexistência de plano individual ou familiar, deixar de cumprir o mandamento legal - que não contém exceção sobre a presença destas modalidades. Deve, sim, criar mecanismos para acatar o comando plasmado no art. 30 da Lei nº 9.656/98, não havendo se falar, sob nenhuma vertente, em impossibilidade de atendimento. A tudo se soma o fato de que a autora, ora apelada, encontrava-se grávida, inserindo-se no conceito de consumidor "hipervulnerável" - lembrando que o CDC é aplicável à espécie, pela via do diálogo de complementariedade - conceituação consagrada na moderna doutrina consumerista e aceita no âmbito do c. STJ.⁵

Como visto, no caso apresentado, o TJRJ entendeu que, por encontrar-se grávida, a autora enquadrava-se como consumidora hipervulnerável.

Desta maneira, as consumidoras gestantes, apesar de não serem expressamente tratadas no inciso IV do artigo 39 do CDC, podem ser consideradas hipervulneráveis perante o fornecedor na relação de consumo.

3.4 A hipervulnerabilidade do consumidor de saúde frágil

⁵ TJRJ. Apelação Cível n. 0000655-31.2017.8.19.0079. Vigésima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rel. Andrea Fortuna Teixeira. j. 04.07.2018. DJeRJ 05.07.2018.

Outra possibilidade de hipervulnerabilidade é o consumidor de saúde frágil, como traz expressamente o inciso IV do artigo 39 do CDC. A título de aplicação em caso concreto, segue o julgado do STJ, no qual foi aplicada a ideia de hipervulnerabilidade ao consumidor vítima de propaganda enganosa, que versava sobre a cura do câncer:

Recurso especial. Direito do consumidor. Ação indenizatória. Propaganda enganosa. Cogumelo do sol. Cura do câncer. Abuso de direito. Art. 39, inciso IV, do CDC. Hipervulnerabilidade. Responsabilidade objetiva. Danos morais. Indenização devida. Dissídio jurisprudencial comprovado. 1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções. 2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. 3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil). 4. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada hipervulnerabilidade do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes. 5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se in re ipsa em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor. 6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 7. Recurso especial provido.⁶

O caso em exame tratava-se de um consumidor que adquiriu, na esperança de cura, um medicamento para seu filho que estava acometido de câncer. O STJ entendeu que se tratava de um consumidor hipervulnerável tanto em razão da idade, por ser idoso, como também pelo estado de saúde frágil em que se encontrava seu filho.

⁶STJ. Recurso Especial n. 1329556 SP 2012/0124047-6. Terceira Turma. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. j. 25.11.2014. DJe 09.12.2014.

Assim, como traz expressamente o inciso IV, do artigo 39, do CDC, a saúde frágil é também uma condição de vulnerabilidade agravada do consumidor.

3.5 A hipervulnerabilidade do consumidor carente de recursos financeiros e destituído de alfabetização

A princípio, com relação à vulnerabilidade econômica, é importante ressaltar, primeiramente, que vulnerabilidade e hipossuficiência são conceitos distintos.

A vulnerabilidade, como visto anteriormente, é intrínseca ao consumidor, sendo todo consumidor vulnerável. A hipossuficiência, por outro lado, se apresenta no campo processual, devendo ser observada caso a caso, já que se trata de presunção relativa. Nas palavras de Miragem (2016, p.123):

Nem todo o consumidor será hipossuficiente, devendo esta condição ser identificada pelo juiz no caso concreto. Trata-se, portanto, de um critério que depende. (...) A noção de vulnerabilidade associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades. (...) A opção do legislador brasileiro, como já referimos, foi pelo estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, de modo que todos os consumidores sejam considerados vulneráveis, uma vez que a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo, estando expostos às práticas comerciais dos fornecedores no mercado.

Ocorre que, muitas vezes, a carência de recursos financeiros restringe o acesso à informação, acarretando a deficiência educacional do consumidor. É nesse cenário que ocorrem os aproveitamentos de má-fé dos fornecedores perante os consumidores hipossuficientes.

Nas relações de consumo, a ausência de conhecimento mínimo de linguagem escrita constitui uma das causas de agravamento da vulnerabilidade do consumidor, exigindo do fornecedor reforço dos seus deveres de diligência e cuidado, especialmente no momento da contratação. Dessarte, facilmente, o consumidor analfabeto ou analfabeto funcional se enquadra como mais uma espécie de hipervulnerabilidade na interpretação do inciso IV, artigo 39, do CDC.

A título de exemplo, segue o julgado do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais envolvendo uma consumidora idosa e analfabeta que contratou em seu nome serviço de remoção em ambulância acreditando que seu cônjuge também estava coberto pelo atendimento:

Apelação cível. Ação indenização. Contrato de prestação de serviços. Consumidora idosa e analfabeta. Contratação nula. Inobservância dos requisitos do art.595 do CC. Falha na prestação dos serviços. Restituição em dobro. Dano moral. Indenização devida. I - O art.595 do Código Civil exige, para a validade do contrato de prestação de serviços firmado por pessoa que não sabe ler nem escrever, assinatura a rogo do contratante e a presença de duas testemunhas. II- Restando incontroverso que a autora era analfabeta e idosa, não tendo sido observadas as formalidades mínimas necessárias à validade do negócio, a contratação deve ser considerada nula. III - Conforme dispõe o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos". IV- Tem-se por intencional a conduta da ré de contratar com a autora, sem que ela tivesse condições de ler as cláusulas e condições, mesmo que feita a leitura por seus funcionários, pois o consentimento, no caso, inexistiu de fato, já que a consumidora pensava estar contratando uma coisa e, na verdade, era outra. Impõe-se, assim, a restituição em dobro dos valores pagos, nos termos do parágrafo único do art. 42, do CDC. V- A conduta faltosa da ré enseja reparação por danos morais, em valor que assegure indenização suficiente e adequada à compensação da ofensa suportada pela vítima, devendo ser consideradas as peculiaridades do caso e a extensão dos prejuízos sofridos, desestimulando-se a prática reiterada da conduta lesiva pelo ofensor. (...) É devido a essa hipervulnerabilidade e com o propósito de proteção que os contratos de prestação de serviço assumidos com analfabetos, devem ser revestidos de forma especial prevista no artigo 595 do Código Civil. (...) Na espécie, o contrato de prestação de serviços firmado entre as partes, embora assinado pela autora, pessoa idosa e analfabeta, não restou referendado por duas testemunhas. (...) Importante destacar que pelos documentos pessoais apresentados e mediante simples leitura da assinatura da autora, é flagrante que a ré tinha conhecimento da situação da autora (idosa e analfabeta), sendo incontroversa a sua condição de hipervulnerável.⁷

No caso em análise, o TJ-MG entendeu que por se tratar de uma consumidora idosa e analfabeta, assim, conseqüentemente, hipervulnerável, a contratação foi considerada

⁷TJMG. Apelação Cível n. 1.0000.17.086932-5/001. Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. João Cancio. j. 06.02.2018. DJeMG 07.02.2018.

nula, em razão da inobservância do artigo 595 do CC/02, o qual trata do contrato de prestação de serviço, quando qualquer uma das partes não souber ler, nem escrever.

Em vista disso, resta claro que constitui prática abusiva o fornecedor aproveitar-se da ignorância do consumidor hipervulnerável, tendo em vista sua falta de conhecimento ou condição social.

3.6 A hipervulnerabilidade do consumidor portador de deficiência

Assim como no caso das crianças, adolescentes e idosos, a proteção à pessoa com deficiência encontra-se resguardada tanto na CF/88, como em legislação específica. Conforme o artigo 2º da Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, pessoa com deficiência é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Em relação ao consumidor com deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabeleceu, em seu artigo 69, que o poder público deve assegurar a disponibilidade de informações corretas e claras sobre os diferentes produtos e serviços, por quaisquer meios de comunicação empregados, inclusive contendo a especificação correta de quantidade, qualidade, composição, preço, etc., bem como sobre os eventuais riscos à saúde e à segurança do consumidor com deficiência.

No mesmo seguimento, o artigo 6º, parágrafo único, do CDC, incluído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, dispõe que: "A informação de que trata o inciso IV do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento".

No seguinte julgado do STJ, é possível observar a aplicação da ideia de hipervulnerabilidade a um consumidor que possui deficiência visual:

Recurso especial. Ação civil pública. Consumidor. Pessoa portadora de deficiência visual. Hipervulnerável. 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 efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que estabeleceram ou venham a firmar relação contratual com a instituição financeira demandada em todo o território nacional. Indivisibilidade do direito tutelado. Dano moral coletivo. Inocorrência. (...) 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. (...) 8. No presente caso, vislumbram-se consumidores em situação de especial agravamento de sua vulnerabilidade - os hipervulneráveis -, em razão de sua fragilidade e característica pessoal de pessoa com deficiência, assim como ocorre com idosos, crianças e adolescentes, devendo os deveres de boa-fé também ser qualificados em face desse grupo, sob pena de violação de suas expectativas.⁸

Assim, resta claro que, apesar de não constar no rol de possibilidades tratadas no inciso IV do artigo 39, os deficientes também se enquadram no conceito de consumidores hipervulneráveis.

3.7 A hipervulnerabilidade do consumidor com restrição alimentícia

Mais uma classe de consumidores que merece atenção especial do Estado é aquela formada por consumidores que possuem algum tipo de restrição alimentícia, como por exemplo intolerância à lactose, restrição à glúten e assim por diante. Nesses casos, mais uma vez, os fornecedores devem assegurar a disponibilidade de informações corretas e claras sobre os diferentes produtos e serviços ofertados, incluindo suas características e composição.

Em aplicação de caso concreto, segue o julgado do STJ que versa sobre a necessidade de informações nos alimentos relativas ao glúten:

Direito do consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança. Direito à informação. Dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. Distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência. Rotulagem. Proteção de consumidores hipervulneráveis. Campo de aplicação da lei do glúten (lei 8.543/1992, ab-rogada pela lei 10.674/2003) e eventual antinomia com o art. 31 do código de defesa do consumidor. Mandado de segurança preventivo. Justo receio da impetrante de ofensa à sua livre iniciativa e à comercialização de seus produtos. Sanções administrativas por deixar de advertir sobre os riscos do glúten aos doentes celíacos.

⁸STJ. Recurso Especial n. 1.349.188/RJ. Quarta Turma. Rel. Luis Felipe Salomão. j. 10.05.2016. DJe 22.06.2016.

Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da segurança. (...) 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, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. 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. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos.⁹

No caso, o STJ, além de enquadrar os consumidores portadores de restrição alimentícia como hipervulneráveis, entendeu que os fornecedores têm o dever de informar que o produto ou serviço pode causar algum tipo de malefício a tais pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população. Isso porque o ordenamento pretende resguardar não somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos.

Desse modo, apesar de não constar no rol de possibilidades tratadas no inciso IV, do artigo 39, os consumidores portadores de algum tipo de restrição alimentícia também podem se enquadrar na ideia de consumidores hipervulneráveis.

3.8 A hipervulnerabilidade do consumidor estrangeiro ou turista

Dentro do universo de consumidores hipervulneráveis, outro exemplo não expresso no inciso IV, do artigo 39, do CDC, é o do consumidor estrangeiro ou turista. O consumidor estrangeiro ou turista, ao viajar, por se encontrar fora das imediações onde normalmente vive, fica ainda mais exposto às práticas comerciais abusivas, à mercê apenas da boa-fé dos comerciantes.

No entanto, apesar de não estar expresso no rol do inciso IV, os tribunais já vêm aplicando a ideia de vulnerabilidade agravada ao consumidor estrangeiro ou turista. Como exemplo, segue o julgado do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, que versa sobre a prática abusiva de uma imobiliária que atingiu consumidores turistas:

⁹STJ. Recurso Especial n. 586.316/MG. Segunda Turma. Rel. Ministro Herman Benjamin. j. 17.04.2007. DJe 19.03.2009.

Agravo de instrumento. Direito privado não especificado. Ação coletiva de consumo. Modus operandi da empresa. Prática abusiva. Manutenção da decisão agravada, pelos seus próprios fundamentos. Deve ser mantida a decisão agravada, pois, na hipótese, configurada a prática abusiva da recorrente nas vendas, diante da documentação colacionada à demanda, devendo, esta, desde já, ser regulada em proteção dos consumidores. (...) Com efeito, os inúmeros relatos de consumidores, alguns deles levados inclusive ao conhecimento das autoridades públicas, demonstram que a complexidades do contrato de comercialização de imóveis para uso compartilhado, conhecido como *multipropriedade* ou *time sharing*, aliada à pouca compressão dos consumidores, turistas de um modo geral, sobre os seus reais direitos os colocam em situação de sensível vulnerabilidade, mormente em razão do modus operandi da empresa ré. Há que se que, segundo se observa da prova documental, a ação da empresa ré é pautada no que a doutrinadora Cláudia Lima Marques denomina “vendas agressivas ou emocionais”, que começam já na fase pré-contratual, com publicidade e abordagem pessoal ostensiva voltada exclusivamente aos turistas, público-alvo, em vários pontos da cidade de Gramado, com a oferta vantagens irresistíveis a ponto de induzir o consumidor a erro, seja porque, como dito, desconhece, de fato, os direitos que está adquirindo, seja porque a própria condição de turista o coloca em estado ilusório – de despreocupação e relaxamento, o que facilita a adesão açodada ao produto ofertado ante as expectativas criadas.¹⁰

Destarte, não há dúvidas de que a vulnerabilidade do consumidor turista ou estrangeiro é agravada quando este se encontra em um ambiente alheio de onde vive. Por isso, o consumidor turista ou estrangeiro pode, facilmente, ser enquadrado no rol exemplificativo do inciso IV, do artigo 39, do CDC.

3.9 A hipervulnerabilidade do consumidor indígena

Por fim, outra possibilidade de aplicação do conceito de hipervulnerabilidade não trazida pelo inciso IV, do artigo 39, do CDC, é a dos consumidores indígenas.

Seja por motivo de invasões de terras, problemas ambientais ou busca por melhores oportunidades e condições de vida, muitos indígenas acabam deixando suas áreas ancestrais e migrando para os centros urbanos. No entanto, ao chegar nas cidades, parte dos indígenas acaba vivendo em situação de pobreza, com dificuldade de conseguir emprego e conviver

¹⁰TJRS. Agravo de Instrumento n. 70079777025. Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Guinther Spode. j. 12.12.2018. DJeRS 17.12.2018.

com as práticas urbanas habituais. Não diferente disso ocorre nas relações de consumo. Muitas vezes, por não possuir conhecimentos específicos, o consumidor indígena acaba sofrendo práticas abusivas por parte dos fornecedores de produtos e serviços. É como ocorre com os consumidores estrangeiros ou turistas, isto é, por estar em um local diferente do habitual, o consumidor fica ainda mais exposto às práticas nocivas e abusivas de mercado.

Assim, apesar de não apresentar-se expressamente no rol de consumidores hipervulneráveis, trazido pelo inciso IV, do artigo 39, do CDC, os consumidores indígenas, a depender da situação, podem, sim, enquadrar-se na categoria de consumidores de vulnerabilidade agravada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela pesquisa realizada, constatou-se que além dos vulneráveis, é possível reconhecer pela interpretação às normas consumeristas, outra classe de consumidores que possuem sua vulnerabilidade agravada por uma condição particular: os hipervulneráveis, termo não expresso no CDC, mas que ganhou força na doutrina.

À guisa de remate, diante da gama de possibilidades de aplicação de conceito de vulnerabilidade agravada, expressas ou não na legislação consumerista, é possível afirmar que a interpretação do inciso IV, do artigo 39, do CDC, deve ser feita de forma exemplificativa. Além de limitações quanto a idade, saúde, conhecimento ou condição social, o presente estudo trouxe a hipervulnerabilidade em razão de gravidez, deficiência, restrição alimentícia, consumidor turista, estrangeiro e até mesmo indígena, tudo no propósito de atestar que as possibilidades trazidas no rol do inciso IV não se exaurem. Afinal, o aplicador do direito é que deve verificar se, no caso concreto, o consumidor se enquadra ou não como hipervulnerável.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência**. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

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

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 6. ed. São Paulo: Método, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIEGAS, João Ricardo Bet. A hipervulnerabilidade como critério para a aplicação do código de defesa do consumidor. **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, jun. 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/resseveraverumgaudium/article/view/83710/0>. Acesso em: 4 fev. 2020.

FROM VULNERABILITY TO CONSUMER HYPERVULNERABILITY: AN ANALYSIS OF THE NON-TAXING LIST ITEM IV, ARTICLE 39, OF THE CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

ABSTRACT

The Código de Defesa do Consumidor (CDC) adopts the application of the principle of vulnerability to all consumers. However, there are still those who have their vulnerability aggravated by a particular condition, so-called hypervulnerable. The present study aims to analyze the idea of hypervulnerability present in the CDC. Initially, a brief analysis was made on the abusive practices present in the CDC. Soon after, the concept of vulnerability was treated, as well as a number of species of hypervulnerability, in order to show that the interpretation of item IV, article 39 of the CDC, includes an exemplifying list.

Keywords: Código de Defesa do Consumidor. Hypervulnerability. Exemplifying Rol.