

VULNERABILIDADE PATRIMONIAL E VULNERABILIDADE EXISTENCIAL: POR UM SISTEMA DIFERENCIADOR

Patrimonial vulnerability and existential vulnerability: a differentiator for system
Revista de Direito do Consumidor | vol. 99/2015 | p. 101 - 123 | Mai - Jun / 2015
DTR\2015\10674

Carlos Nelson Konder

Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor adjunto de Direito Civil da UERJ e da PUC-Rio. c.konder@gmail.com

Área do Direito: Consumidor

Resumo: O trabalho aborda o conceito de vulnerabilidade, inserindo-o dentro da lógica das intervenções jurídicas reequilibradoras de relações sociais. Sustenta que, especialmente a partir do Código de Defesa do Consumidor, o conceito dissociou-se do seu significado original e ficou associado à generalidade das situações de inferioridade contratual, o que mais recentemente levou à construção de subcategorias específicas dentro dessa situação mais ampla. Defende que essas hipóteses devem ser tratadas como vulnerabilidade existencial e que devem receber tratamento diverso, não apenas quantitativamente, mas também qualitativamente, como forma de aplicação dos princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Vulnerabilidade - Igualdade - Dignidade - Equilíbrio - Diferença.

Abstract: This paper approaches the concept of vulnerability, as part of the logic of judicial intervention against social inequalities. It sustains a change of meaning of this concept, especially after the Brazilian consumer law, dissociating from its original meaning towards a general association with contractual inferiority, which lead to the creation of special subcategories inside the broader group. Hence, it defends that these situations must be treated as cases of existential vulnerability, with a different kind of protection, founded on the incidence of constitutional principles of social solidarity and human dignity.

Keywords: Vulnerability - Equality - Dignity - Equilibrium - Difference.

*"If you prick us, do we not bleed? If you tickle us, do we not laugh?
If you poison us, do we not die?" - William Shakespeare, O mercador de Veneza.*

Sumário:

- 1.A vulnerabilidade em expansão e seus diversos significados - 2.Igualdade e intervenção reequilibradora - 3.Equilíbrio econômico e vulnerabilidade patrimonial: as posições de inferioridade contratual - 4.A necessária distinção entre as situações patrimoniais e as situações existenciais - 5.Vulnerabilidade existencial e a insuficiência da categorização - 6.Em busca da sistematização dos instrumentos de tutela da vulnerabilidade existencial - 7.A título de conclusão: o enquadramento do consumidor

Recebido em: 12.03.2014

Pareceres em: 11.04.2015 e 13.04.2015

1. A vulnerabilidade em expansão e seus diversos significados

Tem se tornado cada vez mais frequente no âmbito do direito civil a referência à categoria da vulnerabilidade. Oriunda dos debates sobre saúde pública, hoje é utilizada no direito civil em suas mais diversas vertentes, do direito de família ao direito do consumidor.¹

Trata-se de movimento salutar. É uma categoria que exprime de forma bastante direta, como se observará, os esforços de satisfação de imperativos de solidariedade social e respeito à dignidade da pessoa humana. Configura mais um instituto construído – ou reconstruído – para tentar adequar a dogmática tradicional do direito privado à ordem constitucional que privilegia a pessoa humana, no sentido da despatrimonialização do direito civil, rumo a uma sociedade mais livre, justa e solidária.

No entanto, a proliferação das referências, em contextos e com significados diversos, gera o receio de uma superutilização da categoria, que lhe venha a esvaziar o conteúdo normativo. A falta de cuidado na definição de seus contornos científicos arrisca banalizar sua invocação, transformando-a de importante instrumento jurídico de alteração da realidade em mera invocação retórica, sem força normativa efetiva, processo que já foi alertado pela doutrina no tocante a conceitos igualmente importantes e abrangentes, como a boa-fé e a dignidade da pessoa humana.²

Pretende-se, portanto, neste trabalho, contribuir para uma definição mais precisa dos conteúdos e efeitos da categoria jurídica da vulnerabilidade. Embora menos adequada ao significado original do conceito, deve-se reconhecer que se consolidou entre nós uma versão mais ampla da sua definição, até mesmo em virtude da atuação do legislador. Diante disso, sugere-se a diferenciação de uma segunda acepção de vulnerabilidade, mais estritamente vinculada à sua finalidade protetiva da dignidade da pessoa humana e realizadora do princípio constitucional da solidariedade social.

2. Igualdade e intervenção reequilibradora

A vulnerabilidade como categoria jurídica insere-se em um grupo mais amplo de mecanismos de intervenção reequilibradora do ordenamento, com o objetivo de, para além da igualdade formal, realizar efetivamente uma igualdade substancial.³

O aforisma clássico que determina tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade, é hoje reconhecido como um pressuposto da sistematicidade do ordenamento. Nesse sentido, essa versão de igualdade mais primeva não é uma escolha, uma diretriz ou um princípio: é um requisito para que o ordenamento possa chamar-se de ordenamento, para que ele se configure como um sistema, com coerência e unidade interna.⁴

A necessidade de escolha para a efetiva atuação do princípio da igualdade surge no momento de definir quem são os desiguais, isto é, quais desigualdades serão consideradas relevantes para um dado ordenamento e como ele irá intervir para remediá-las.⁵ Afinal, “o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas”.⁶ Trata-se da decisão política sobre quais desigualdades fáticas serão reputadas injustas e sobre as quais o direito intervirá para reequilibrá-las.

Essa orientação é, necessariamente, contextual, ou seja, histórica e espacialmente determinada. Sociedades distintas, vivendo em momentos diversos, fizeram escolhas diferentes sobre quais desigualdades visavam mitigar e quais deveriam permanecer intocadas. Trata-se da recorrente questão sobre onde e quando deve o Estado – e, *pari passu*, o direito – intervir nas relações privadas.

Assim, de maneira simplificada, afirma-se que o direito europeu do século XIX, marcadamente individualista e liberal, optou por privilegiar a igualdade formal ou igualdade de oportunidades (significativamente referida à época como “igualdade jurídica”), até mesmo em oposição à rigidez da configuração estamental anterior, que dividia a sociedade em “ordens” ou “estados” rígidos (a nobreza, o clero e o resto).⁷ Como lecionam Claudia Lima Marques e Bruno Miragem:

“Esta orientação de matriz liberal, e assentada sobre toda a evolução histórica da modernidade, de centralidade do humano sobre os saberes e os poderes sociais, deu causa – fora dos privilégios – a que não se cogitasse, por longo tempo, sobre a possibilidade de tratamento diferenciado entre pessoas pelo direito. O sujeito de direito foi tomado como sujeito racional e livre, que dotado das condições necessárias pode, especialmente nas relações jurídicas de direito privado, autorregar a sua vida”.⁸

Com a ascensão do Estado do Bem-Estar Social no século XX, os ordenamentos passaram a ampliar as hipóteses de intervenção jurídica reequilibradora, em nome da igualdade substancial, o que é claramente ilustrado pelas normas protetivas do empregado nas relações de trabalho.⁹ O Código Civil perde seu *status* de “Constituição do direito privado” e a garantia de estabilidade e abstração das normas é relativizada para o alcance de objetivos sociais e econômicos do Estado, viabilizada especialmente por meio da legislação extravagante.¹⁰

Já ao final do século XX, haviam se generalizado normas protetivas de configuração não apenas econômica, tutelando as mais diversas minorias fragilizadas, como crianças, idosos, deficientes físicos, enfermos e, sob outra vertente, minorias étnicas.¹¹ Quanto a estas, a grande discussão reside

o chamado multiculturalismo levou Boaventura de Sousa Santos, em condizência com o seu tempo, a afirmar uma nova enunciação do princípio da igualdade e de um direito à diferença: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.¹² Esse é o contexto do desenvolvimento da categoria da vulnerabilidade:

“Todos os humanos são, por natureza, vulneráveis, visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu complexo psicofísico. Mas nem todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontrem em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que agravam o estado de suscetibilidade que lhe é inerente. Embora em princípio iguais, os humanos se revelam diferentes no que respeita à vulnerabilidade”.¹³

3. Equilíbrio econômico e vulnerabilidade patrimonial: as posições de inferioridade contratual

Mesmo nos Estados mais liberais e nos períodos de menor ingerência estatal nas relações privadas, algum tipo de intervenção reequilibradora era viabilizada pelo direito. Até o Estado mínimo, em sua concepção teórica, atuaria para garantir a segurança jurídica. O que os peculiariza são, exatamente, as raras hipóteses de intervenção e, principalmente, o fundamento dessa intervenção.

No direito civil clássico, o fundamento de qualquer intervenção nas relações privadas era, primordialmente, a proteção da autonomia da vontade. Os negócios entre particulares eram limitados pelo Estado essencialmente com o objetivo de assegurar sua liberdade para negociar: o direito subjetivo de um limitado pelo direito subjetivo do outro.¹⁴

O princípio fundamental por trás da validade e eficácia vinculante dos contratos era a liberdade de contratar. Essa liberdade, todavia, era apreendida sob uma perspectiva puramente formal: se o contratante manifestara a vontade livremente, está adstrito ao contratado (*pacta sunt servanda*), mas se essa manifestação de vontade fosse perturbada de alguma forma, o ordenamento intervinha para liberá-lo dos efeitos daquele negócio e assegurar sua autonomia. Trata-se de um direito contratual fundado sobre o dogma da autonomia da vontade.¹⁵

Assim, as intervenções visavam a eliminar o desequilíbrio nos negócios – normalmente por meio da extinção do próprio negócio, já que não era admissível, em princípio, a intervenção modificativa do seu conteúdo – apenas quando a vontade das partes não tivesse se manifestado livremente, razão pela qual era reputado um sistema voluntarista. Dessa forma, as categorias jurídicas utilizadas para a intervenção reequilibradora eram, principalmente, os vícios de vontade dos negócios jurídicos e o regime das incapacidades, compreendidos como instrumentos de proteção da liberdade de disposição do patrimônio.

A virada do século XX, com o colapso econômico do Estado liberal e a ascensão do modelo do *Welfare State*, modifica esse cenário. A igualdade substancial desponta como fundamento para a multiplicação das hipóteses de intervenção jurídica reequilibradora das relações privadas. Reconhece-se a insuficiência do paradigma voluntarista da liberdade formal, eis que contratantes em posição de inferioridade econômica, premidos por suas necessidades, eram levados a celebrar contratos desvantajosos, cabendo ao ordenamento, independente ou mesmo contra a vontade das partes, intervir para proteger a parte mais fraca da relação.¹⁶ A regulamentação do contrato de trabalho é ilustrativa dessa transformação:

“O direito privado, ao longo do século XX, foi se afastando das concepções excessivamente centradas na igualdade puramente formal e em uma autonomia da vontade tendencialmente ilimitada, para se reconstruir em consonância com novos valores que se incorporam à esfera de relevância das relações jurídicas privadas. Não mais o dogma da vontade, mas a autonomia privada desde logo balizada por normas de ordem pública e inserida em um contexto axiológico que extrapolava a liberdade negativa e formal. Do mesmo modo, não mais se limitou o direito privado à igualdade formal, passando a atribuir caráter normativo à igualdade substancial. (...) Foi nesse contexto que floresceu o direito do trabalho”.¹⁷

Esse movimento é perceptível do ponto de vista legislativo, com a proliferação da legislação esparsa, interventora, em sacrifício da centralidade que o Código Civil desempenhava até então sobre a totalidade do ordenamento, referindo-se em doutrina a uma “Era da Descodificação”.¹⁸ Como observado, em oposição à aparente neutralidade generalizadora do Código Civil, os novos estatutos operavam cortes transversos nos tradicionais ramos do direito, superando a dicotomia entre direito

público e direito privado, para, em atendimento ao comando constitucional de igualdade substancial, intervir em um problema socioeconômico específico e concreto.¹⁹

No cenário brasileiro, é ilustrativa desse processo a revogação parcial e paulatina do Código Civil de 1916 por diplomas que vão desde a Lei da Usura (Dec. 22.626/1933) até a Lei de Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/1951) e o Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964).²⁰ Também é significativa a inserção no Código Civil vigente dos vícios da lesão e do estado de perigo, assim como a resolução do contrato por onerosidade excessiva, casos em que a intervenção se dá fundada essencialmente no desequilíbrio econômico do negócio.²¹

Essa ampliação das hipóteses de intervenção para garantir igualdade não apenas formal, mas também substancial, por meio do reequilíbrio econômico das relações, ainda está em andamento. Também foram um passos importantes, nessa linha, o reconhecimento da prerrogativa judicial de revisão do contrato desequilibrado e a afirmação de sua prevalência em abstrato sobre a drástica sanção de resolução, em atendimento ao princípio da conservação dos negócios jurídicos.²²

Já se destaca em doutrina que a previsão da lesão e da onerosidade excessiva no Código Civil não exaure as potencialidades de um princípio contratual de equilíbrio econômico, que poderia atuar de forma autônoma a justificar a intervenção reequilibradora do juiz mesmo quando não estiverem presentes os requisitos subjetivos exigidos pelo legislador para aquelas hipóteses (necessidade ou inexperience e imprevisibilidade).²³

Todavia, é necessário reconhecer que essas intervenções são estritamente patrimoniais, isto é, destinam-se, em primeira instância, a garantir a proteção do patrimônio do particular em situação de inferioridade negocial. É claro, não se pode deixar de admitir que, ao fazer isso, pode atuar indiretamente sobre a dignidade do sujeito, garantindo-lhe o patrimônio mínimo necessário à sua subsistência.²⁴ No entanto, esse efeito, embora desejado, é ainda indireto.

Esses instrumentos de intervenção jurídica reequilibradora, portanto, implicam uma fundamental superação do caráter individualista e formalista do direito civil clássico, mas só representam uma despatrimonialização do direito civil de forma indireta. Em sua maior parte, ainda se guiam pela lógica e pelos mecanismos das relações jurídicas de caráter econômico. Significativamente, os instrumentos de tutela utilizados em tais exemplos são a invalidade e a responsabilidade, tradicionalmente infensos às situações patrimoniais.

O que se pretende destacar é que, nas últimas décadas, outras formas de intervenção reequilibradora têm ocorrido, que se pautam por uma lógica um pouco diversa e que, ainda que de forma incipiente, vêm se valendo de outros instrumentos. Reduzir ambas à mesma categoria pode prejudicar as potencialidades desse segundo modelo de tutela, limitando ou mesmo esvaziando suas perspectivas transformadoras. Para fazer a distinção, todavia, é necessário abordar a tortuosa, mas fundamental, distinção entre situações patrimoniais e situações existenciais.

4. A necessária distinção entre as situações patrimoniais e as situações existenciais

Uma das premissas metodológicas da constitucionalização do direito civil consiste na preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais. Tendo em vista a superioridade normativa da Constituição e, dentro dela, a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, impõe-se a releitura de todos os institutos de direito civil, reconhecendo que nosso ordenamento fez uma escolha no sentido de privilegiar o “ser” sobre o “ter”.²⁵

Os termos e efeitos dessa preeminência são ainda bastante controversos, a começar pela dificuldade em diferenciar de forma clara as situações patrimoniais das situações existenciais. Dentre os vários perfis das situações jurídicas, o mais adequado para essa diferenciação é o perfil funcional: mais do que atentar para a estrutura da situação em jogo (como ela é), é necessário priorizar a função que ela visa a desempenhar no sistema (para que ela serve).²⁶

No entanto, mesmo a utilização do perfil funcional não resolve os desafios da distinção, uma vez que não apenas são raras as situações puras, pois mesmo as situações patrimoniais costumam produzir efeitos existenciais (e vice-versa), como são também frequentes situações dúplices, nas quais se identifica na mesma situação a conjunção de funções existenciais e patrimoniais.²⁷

Não obstante, é fundamental reconhecer que, quando se está diante de uma situação jurídica com

função existencial, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao intérprete um tratamento diferenciado. A vedação a qualquer forma de mercantilização, combinada com a satisfação do livre desenvolvimento da personalidade, demanda que, quando estiverem em jogo aspectos da personalidade como a integridade, a identidade e a privacidade, os instrumentos e procedimentos jurídicos aplicáveis sejam de uma categoria diversa.²⁸

Trata-se, como é importante observar, não apenas de uma mudança quantitativa nos mecanismos de tutela – isto é, uma proteção maior –, mas sim de uma mudança qualitativa no tratamento jurídico da questão – uma proteção por meio de instrumentos jurídicos diversos. Nesse sentido, a já clássica lição de Pietro Perlingieri:

“Não é suficiente, então, insistir sobre a importância dos ‘interesses da personalidade no direito privado’: é necessário reconstruir o direito civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa”.²⁹

Esse é o processo que já se vem identificando no tratamento da vulnerabilidade. O termo, que na sua origem remete à suscetibilidade a ser ferido – e, portanto, vincula-se mais diretamente à esfera existencial –, foi generalizado para aplicar-se a diversas das situações de inferioridade contratual apresentadas, de natureza essencialmente patrimonial.

Diante disso, doutrina e jurisprudência passaram a demandar a construção de uma outra categoria, para aplicar-se nos casos em que não haja apenas uma ameaça ao patrimônio da parte vítima da desigualdade, mas uma ameaça à sua própria existência digna. O termo que se vem difundindo para essa outra categoria é “hipervulnerabilidade”, que traz o grande mérito de destacar a alçada superior dos bens jurídicos que estão em jogo.³⁰

No entanto, aqui se opta por evitar a denominação referida apenas pelo receio de que possa levar a crer tratar-se de uma alteração puramente quantitativa da proteção oferecida.³¹ Como se buscou observar, é importante reconhecer que há uma alteração qualitativa na tutela jurídica oferecida, com recurso a instrumentos distintos daqueles adotados para as situações jurídicas patrimoniais.

O recurso aos instrumentos calcados para as situações patrimoniais, por inspirarem-se em uma lógica diversa, podem prejudicar a tutela adequada da dignidade da pessoa humana e permitir, ainda que de forma incipiente, a mercantilização de bens existenciais que aquele princípio veda em primeiro lugar. Daí preferir-se referir, em tais casos, a uma vulnerabilidade existencial, nos termos que se passa a expor.

5. Vulnerabilidade existencial e a insuficiência da categorização

A partir dessas premissas, a vulnerabilidade existencial seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Diferencia-se da vulnerabilidade patrimonial, que se limita a uma posição de inferioridade contratual, na qual o titular fica sob a ameaça de uma lesão basicamente ao seu patrimônio, com efeitos somente indiretos à sua personalidade. Diante disso, a intervenção reequilibradora do ordenamento no caso de vulnerabilidade patrimonial costuma ser viabilizada com recurso aos instrumentos jurídicos tradicionalmente referidos às relações patrimoniais, como a invalidade de disposições negociais e a reponsabilidade, com imposição da obrigação de indenizar.

Já no caso da vulnerabilidade existencial, a utilização desses recursos clássicos, se necessária, deve ser feita com cuidado pelo intérprete, tendo em vista que são técnicas que não foram construídas para a satisfação desses fins e podem, em grande medida, se revelar incompatíveis com os valores em jogo. O ideal, para a plena implementação da dignidade da pessoa humana, é a construção e utilização de mecanismos próprios, processo este que, embora ainda incipiente e em grande necessidade de sistematização, já se pode observar de forma fragmentária e experimental.

A tendência do legislador, até o momento, tem sido recorrer à categorização de condições, isto é, o reconhecimento expresso de exemplos recorrentes de vulnerabilidade e a normatização de cada uma dessas categorias.

Nessa linha, o principal exemplo é a criança, cuja vulnerabilidade existencial se associa à sua personalidade ainda em desenvolvimento, conforme reconhecido na Constituição Federal, no seu art. 227, junto com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990).³² Desde o seu nascimento, a criança demanda amparo material, para a sua sobrevivência, e amparo afetivo, para a construção de personalidade de forma sadia e sociável:

“O ser humano nasce muito frágil e com várias necessidades de cuidado, que comprometem sua sobrevivência. É indispensável que alguém lhe forneça e zele pelo alimento, pela higiene do corpo, pelo sono, e pelo colo. O cuidado, portanto, se constitui no condutor que o levará deste estado de vulnerabilidade absoluta ao processo de aquisição de autonomia, e, conseqüentemente, de humanização”.³³

Outro exemplo, também previsto na Constituição Federal, em seu art. 230, e objeto de regulamentação mais recente (Lei 10.741/2003), é o idoso, cuja vulnerabilidade se coloca, em um primeiro plano, associada à queda das condições de saúde decorrente do envelhecimento.³⁴ Todavia, não há como deixar de reconhecer que essa vulnerabilidade acentua-se na sociedade contemporânea, centrada na produtividade:

“Entre os riscos que apontam a necessidade de se reconhecer a vulnerabilidade do idoso, tanto nas suas relações familiares quanto com a sociedade em geral, está o da sua marginalização, porquanto, não raro, retira-se do mundo do trabalho, reduz e compromete sua renda e capacidade física”.³⁵

O portador de necessidades especiais, por sua vez, embora tenha sido categoria reconhecida pela Constituição, ainda carece de um reconhecimento legal unificado e sistematizado, existindo dispositivos legais de tutela esparsos e diplomas extravagantes com focos generalizados.³⁶ A vulnerabilidade aqui decorre não apenas da privação de um sentido ou de uma habilidade, mas dos efeitos desse fato nas interações sociais.³⁷

Diversas outras categorias poderiam ser indicadas como hipóteses de vulnerabilidade existencial.³⁸ Mas é necessário refletir se o caminho correto é a categorização, especialmente tendo em vista que podem existir graduações de vulneração, grupos dentro dos grupos.

Assim, por exemplo, as mulheres poderiam ser reputadas um grupo sob vulnerabilidade, em razão não de condições biológicas, mas por conta da opressão masculina, cultural e social, historicamente consolidada.³⁹ Nessa linha, por exemplo, se fundaria o tempo reduzido de contribuição para aposentadoria, reconhecendo a dupla jornada de trabalho que normalmente lhes é imposta. Mas entre elas, as mulheres vítimas de violência doméstica são um grupo ainda mais vulnerado em sua existência digna, pois são atingidas por agressão justamente no ambiente que seria de afeto e segurança, e sofrem em especial por conta da cultura ainda predominante machista, que lhes imputa a culpa pelo insucesso do relacionamento e vergonha pela exposição das dificuldades conjugais. Daí a constitucionalidade da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), a determinar um tratamento diferenciado a essas vítimas.⁴⁰

Da mesma forma, pode-se afirmar que todo paciente médico encontra-se em situação de vulnerabilidade. A doença, por si só, remete à fragilidade do corpo humano, vulnerabilidade que fica agravada pelo paradigma paternalista ainda dominante na relação entre médico e paciente, no qual aquele, em razão de seu saber técnico, é reputado autoridade e toma as decisões sem franquear voz e poder de decisão ao paciente, que perde a autonomia sobre o próprio corpo.⁴¹ Mas dentre o grupo dos enfermos, os pacientes terminais se encontram em situação mais agravada, uma vez que confrontados com a iminência da morte, razão pela qual seu tratamento deve ser objeto de um cuidado ainda mais especial.⁴²

Esse panorama revela que a criação de categorias, embora possa ser útil em alguns casos, é prescindível. O fundamental, dessa forma, é reconhecer que a vulnerabilidade existencial prescinde de qualquer tipificação, eis que decorrência da aplicação direta dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, devendo sempre ser avaliada em atenção às circunstâncias do caso concreto.

6. Em busca da sistematização dos instrumentos de tutela da vulnerabilidade existencial

Mais importante, portanto, do que o esforço de construir ou requalificar tipos padrão de vulnerabilidade é criar e sistematizar instrumentos jurídicos próprios e adequados à tutela das

situações existenciais, uma vez que a maior parte do instrumental existente foi moldado para as situações patrimoniais. Nesse sentido, é possível verificar algumas iniciativas esparsas do legislador e, do ponto de vista doutrinário, ainda pendentes de sistematização.

Assim, por exemplo, a *prioridade* é um dos mecanismos utilizados para a proteção da vulnerabilidade existencial. Diante da escassez de bens e serviços fundamentais, ou da demora no acesso aos demais bens e serviços, justifica-se o atendimento de vulneráveis em primeiro lugar, já que por vezes sua condição não lhes permite aguardar da mesma forma. O mecanismo, consolidado nas situações patrimoniais no tocante ao concurso de credores, é, doravante, ressignificado como técnica de proteção dos vulneráveis. Assim, à criança é garantida constitucionalmente prioridade absoluta, em especial no que diz respeito a socorro, atendimento nos serviços públicos, na formulação e na execução de políticas públicas e destinação privilegiada de recursos.⁴³ Ao idoso também é oferecida, mas pela legislação ordinária, absoluta prioridade na tutela dos direitos fundamentais, o que se reflete na utilização do critério de idade para desempate em concurso público, na prioridade no desembarque e embarque de transportes e na aquisição de imóvel para moradia própria nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos.⁴⁴

A *gratuidade* para o uso de bens e serviços relevantes é outro mecanismo a que se recorre nos casos de vulnerabilidade existencial. Dessa forma, o custo de certas atividades necessárias para o desenvolvimento da personalidade desses sujeitos é arcado pelo Poder Público e, conseqüentemente, diluído pela coletividade, com fundamento no princípio da solidariedade. É o exemplo da gratuidade assegurada a idosos no transporte coletivo público urbano e, com restrições, no interurbano.⁴⁵ Na mesma linha, diversos benefícios fiscais, em especial imunidades e isenções, são assegurados aos vulneráveis, como, por exemplo, a isenção de imposto de importação e IPI de veículos adaptados para cadeirantes⁴⁶ e a isenção de imposto de renda de proventos percebidos por deficientes mentais.⁴⁷ Pode-se aduzir, ainda, sob o mesmo fundamento, a proibição de reajuste da mensalidade de plano de saúde por faixa etária, garantindo ao idoso um benefício patrimonial que se dilui nos valores pagos pelos demais segurados.⁴⁸

Um terceiro instrumento de tutela da vulnerabilidade existencial é a *reserva de vagas*. Esse instrumento pode partilhar os fundamentos da prioridade, ou seja, na impossibilidade de o vulnerável aguardar com os demais pela abertura da vaga, como ocorre na reserva de assentos em transportes coletivos, ou pela dificuldade de locomoção, como na reserva de vagas com melhor localização em estacionamentos.⁴⁹ Mas a reserva de vagas pode servir ainda, como ocorre nas ações afirmativas por política de quotas, a satisfazer um imperativo de igualdade substancial, em que a reserva visa a compensar uma desigualdade histórica de acesso àquelas possibilidades, como no caso das cotas raciais, e funda-se ainda em uma exigência de *inclusão*, como na reserva de vagas a deficientes nos concursos públicos.⁵⁰ De fato, esse argumento merece destaque, como alerta, pois a categorização dos casos de vulnerabilidade existencial não pode degenerar na estigmatização. Os instrumentos utilizados devem sempre ser voltados à inclusão social e à eliminação de qualquer forma de discriminação ou preconceito, assegurando aos vulneráveis a participação na comunidade em igualdade de condições com os demais. Essa é a razão da ênfase especial dada pelos diplomas legais ao direito dos portadores de necessidade especial à não discriminação.⁵¹

O mecanismo mais recorrente, todavia, é a criação de *deveres de assistência*, impostos àqueles que cercam o vulnerável, contrapondo-se a eles a atribuição de direitos ao vulnerável de exigir tais condutas, pessoalmente ou por meio de representantes. Trata-se de exemplos claros de eficácia do princípio constitucional da solidariedade nas relações privadas.⁵²

É imperioso destacar que tais deveres não podem ser confundidos com os chamados deveres anexos ou laterais de colaboração e cuidado. Esses deveres, impostos pelo princípio da boa-fé, têm predominantemente caráter patrimonial, eis que são instrumentais ao adequado adimplemento das obrigações negociais.⁵³ Por outro lado, no caso dos deveres de assistência aos existencialmente vulneráveis, a aplicação do princípio da solidariedade é reforçada pela incidência direta do princípio da dignidade da pessoa humana, eis que sua funcionalidade dirige-se imediatamente à garantia do livre desenvolvimento da personalidade dos vulneráveis.

O exemplo mais recorrente desses deveres é o de assistência material, traduzido normalmente no dever de alimentos.⁵⁴ É o caso de genitores perante os filhos, assim como os filhos perante os pais idosos, mas o dever de alimentos pode se espalhar também para outros, que estejam em condições de prestar o auxílio material de que demanda o vulnerável.⁵⁵

No entanto, os deveres mais ricos e produtivos são aqueles de assistência imaterial, que garantem aos vulneráveis o direito de exigir prestações não obrigacionais, em que pese a dificuldade de definir sanções jurídicas para a sua violação. Assim, o direito à convivência é assegurado a diversos vulneráveis, em especial à criança e ao idoso, como forma de garantir a inclusão social já referida no que tange à reserva de vagas. Mais especificamente, ao idoso é garantido o direito a acompanhante no caso de internação, como convivência qualificada na situação de vulnerabilidade existencial agravada em que se encontra o idoso enfermo.⁵⁶ Na mesma linha, o dever imposto ao Poder Público, e mesmo aos particulares, de adaptação dos logradouros para garantir aos cadeirantes e demais portadores de necessidades especiais condições de *acessibilidade* também se insere nessa lógica do direito à convivência e da inclusão social, como forma de assegurar a participação dos vulneráveis na vida comunitária.⁵⁷

Podem ser mencionados ainda, entre diversos outros exemplos, o direito da criança ao conhecimento de suas origens genéticas, como meio de lhe assegurar a construção da identidade, tendo em vista sua personalidade em formação;⁵⁸ o direito do idoso ao atendimento domiciliar em caso de impossibilidade de deslocamento;⁵⁹ e as classificações indicativas de exposições e espetáculos, assim como a disciplina própria da publicidade voltada para o público infantil.⁶⁰ Mas é importante destacar que o tratamento diferenciado da vulnerabilidade existencial não depende apenas de iniciativas pontuais do legislador, pois a disciplina processual dos mecanismos de execução específica permite ao intérprete a sua adaptação às peculiaridades do caso concreto.⁶¹

7. A título de conclusão: o enquadramento do consumidor

Este debate se inicia e culmina nas relações de consumo. Em 1990, a promulgação da Lei 8.078/1990 firmou uma presunção absoluta de vulnerabilidade de todos os consumidores. Reconhecendo a inevitável inferioridade de uma das partes nas relações de consumo, utilizou-se o termo “vulnerabilidade” para fazer referência a essa condição. Assim, a partir de então, no nosso ordenamento, todo consumidor é vulnerável.⁶² A presunção é absoluta porque não há a possibilidade, sob esse regime, de um consumidor não vulnerável; o que pode ocorrer em concreto é que ele não seja consumidor. Trata-se de uma presunção de vulnerabilidade contratual, que não é exclusiva do consumidor, embora a ele tenha ficado associada:

“A vulnerabilidade contratual independe de aferição real ou de prova. A presunção legal absoluta não admite prova em contrário ou considerações valorativas, até porque a presunção é consequência que a lei deduz de certos fatos, às vezes prevalecendo sobre as provas em contrário. (...) O legislador define *a priori* qual a posição contratual que deve ser merecedora de proteção ou do grau desta proteção, o que afasta a verificação judicial caso a caso. Não pode o juiz decidir se o trabalhador, o consumidor, o aderente, por exemplo, são mais ou menos vulneráveis, em razão de maior ou menor condição econômica, para modular a proteção legal, ou mesmo excluí-la. A lei leva em conta o tipo médio de vulnerabilidade, com abstração da situação real em cada caso”.⁶³

Dessa forma, no tocante às pessoas jurídicas consumidoras, contrapuseram-se correntes finalistas e maximalistas, debate que culminou jurisprudencialmente no chamado “finalismo mitigado”, pelo qual a pessoa jurídica poderá ser reputada consumidora – e conseqüentemente vulnerável – se verificar-se sua inferioridade negocial em concreto perante a outra parte.⁶⁴ Com relação à pessoa natural, o debate sequer se coloca: se for destinatário final de produto ou serviço, será consumidor e, conseqüentemente, vulnerável. Ainda que se prove que aquele consumidor específico possuía enorme força econômica, vasto conhecimento técnico sobre o assunto e uma equipe de advogados a seu dispor, ele será reputado juridicamente vulnerável.

Ilustra-se em doutrina referindo-se a diversos tipos de vulnerabilidade: informacional, técnica, jurídica, fática, política, psíquica, ambiental,⁶⁵ mas trata-se de exemplificação, eis que a verificação concreta da ocorrência de alguma delas não é necessária, pois prevalece a presunção legal.

Não se discute, aqui, a enorme conquista social que foi a consagração generalizada desse tipo de proteção. Sem dúvida, em qualquer relação de consumo há uma inferioridade contratual de uma das partes diante da outra. Isso justifica a intervenção reequilibradora do legislador. O que se deve ter atenção é à terminologia. Ao utilizar a expressão “vulnerabilidade” para referir-se à condição de todo consumidor, mesmo as pessoas jurídicas, esta foi dissociada de seu significado original, vinculado ao aspecto existencial da pessoa humana.

Hoje, como observado, a expressão está consolidada e sua ressignificação parece irreversível nessa seara: a vulnerabilidade tornou-se a inferioridade de que sofre qualquer sujeito consumidor na relação que estabelece com o fornecedor.⁶⁶ No entanto, essa generalização impôs a busca por outros mecanismos de diferenciação de sujeitos que, no vasto e heterogêneo universo das relações de consumo, estão ameaçados de forma diferenciada e, por isso, são merecedores de uma proteção qualificada.

Já de plano isso foi reconhecido no âmbito do debate sobre hipossuficiência. O próprio Código reconhece que nem todo consumidor é hipossuficiente, uma vez que essa condição é pressuposto específico para a inversão do ônus da prova, e não para ser consumidor. Por conta disso, parte da doutrina consumerista defendeu a distinção entre os conceitos na esfera do consumo: a vulnerabilidade presumida para todos os consumidores, a hipossuficiência somente para aqueles que em concreto se verificarem em condições de inferioridade.⁶⁷

Nesse cenário, portanto, verifica-se que a generalização da vulnerabilidade em abstrato a todos os consumidores, de forma homogênea, teve que ser acompanhada de algumas indicações da necessidade de diferenciação, como no que tange às pessoas jurídicas, para sua qualificação como consumidor, no que tange à hipossuficiência, para a inversão do ônus da prova, e ainda em outros pontos em que o próprio Código sinaliza a peculiaridade do consumidor em questão, como quando se refere à publicidade abusiva por se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança.⁶⁸

Nessa esteira, a doutrina consumerista foi paulatinamente fazendo referência a esses casos especiais, referindo-se a “vulnerabilidade potencializada”.⁶⁹ Em jurisprudência, afirmou-se que “o idoso é um consumidor duplamente vulnerável”⁷⁰ e, como observado, mais recentemente a “hipervulnerabilidade”.⁷¹

O que se buscou defender, neste trabalho, é que a modificação da tutela, nesses casos, se funda no caráter existencial da vulnerabilidade, enquanto nos demais casos de consumidor a inferioridade que funda o regime protetivo pode ser apenas patrimonial.⁷² Defende-se, ainda, que a modificação de tutela não é apenas um aumento quantitativo, mas de uma forma qualitativamente diversa, com instrumentos próprios e adequados. Enfim, acredita-se que uma interpretação nessa linha evita qualquer risco de encastelar o regime de proteção ao consumidor, reinserindo-o na lógica do sistema jurídico como um todo, que, fundado no texto constitucional, centraliza-se na satisfação dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

1 BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 114.

2 Respectivamente, SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 114 e ss., e BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, *passim*.

3 MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 8, Rio de Janeiro, p. 7, out.-dez. 2001.

4 CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 18-19.

5 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 93.

6 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 137.

7 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 346.

- 8 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 22.
- 9 WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 630 e ss.
- 10 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 7-8.
- 11 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 183.
- 12 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997. Disponível em: [<http://migre.me/lbq83>]. Acesso em: 24.08.2014.
- 13 BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 107.
- 14 HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998. p. 154 e ss.
- 15 NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.
- 16 MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 7.
- 17 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Relações privadas, dirigismo contratual e relações trabalhistas. In: TEPEDINO, G. et al. (coord.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 98-99. Sobre a relação entre vulnerabilidade e direito do trabalho, v. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Vulnerabilidade e direitos: lei e jurisprudência sobre consumo e trabalho na sociedade contemporânea. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 86, p. 13 e ss., São Paulo, mar. 2013.
- 18 IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol. 3, n. 10, p. 15-33, São Paulo, out.-dez. 1979.
- 19 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 10.
- 20 NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito – RIBD*, n. 10, p. 6.184-6.185, Lisboa, 2012. Disponível em: [<http://migre.me/l13c0>]. Acesso em: 29.08.2014.
- 21 Idem, p. 6.199.
- 22 CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 427; POTTER, Nelly. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 198.
- 23 É o que enfatiza SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 120: "Ora, ou o princípio do equilíbrio das prestações tem aplicações que ultrapassam esses institutos regulados pelo legislador ou não é efetivamente um princípio e deve, nesse caso, deixar de ser apresentado como tal".
- 24 Sobre o tema, v. FACHIN, Luiz Edson. *O estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2001, passim.
- 25 FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 35, p. 101-119, Rio de Janeiro, jul.-set.

2008.

26 PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: ESI, 1972. p. 338.

27 Sobre o tema, seja consentido remeter a TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. t. III, p. 3-24.

28 MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 124.

29 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 122.

30 A difusão do termo tem origem na decisão: STJ, REsp 1.064.009/SC, 2.^a T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 04.08.2009, DJe 27.04.2011.

31 Nessa linha, NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 76, p. 13 e ss., São Paulo, out. 2010, explicam: “O prefixo hiper (do grego *hypér*), designativo de alto grau ou aquilo que excede a medida normal, acrescido da palavra vulnerável, quer significar que alguns consumidores possuem vulnerabilidade maior do que a medida normal, em razão de certas características pessoais”.

32 “Como ensina von Hippel, a criança é um exemplo de vulnerável, desde o seu nascimento até mesmo durante o seu desenvolvimento necessita de ajuda e cuidados para sobreviver. 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, uma ferida (*vulnus*), aquele que pode ser ‘ferido’ (*vulnerare*) ou é vítima facilmente” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 129). Sobre o tema, v. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. *Revista de Informação Legislativa*, n. 180, p. 293-304, Brasília, out.-dez. 2008; e GIRARDI, Viviane. O direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, o cuidado como valor jurídico e a adoção por homossexuais. *Revista do Advogado*, p. 116-123, São Paulo, dez. 2008.

33 IENCARELLI, Ana Maria. Quem cuida ama – sobre a importância do cuidado e do afeto no desenvolvimento e na saúde da criança. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 163.

34 Sobre o tema, entre tantos, v. BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014; BARBOZA, Heloísa Helena. O melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008; e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Lei. Procurador para cuidados de saúde do idoso. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 2.

35 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 145.

36 Nesse sentido, podem ser mencionadas as Leis 10.098/2013, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e 10.216/2013, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial.

37 Sobre o tema, v. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. A proteção jurídica do deficiente físico e mental. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 48, p. 23-33, São Paulo, abr.-jun. 1989; DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos.

Deficiência, direitos humanos e justiça. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 11, p. 65-77, São Paulo, dez. 2009. Especificamente sobre o portador de Síndrome de Down, v. SÁ, Maria de Fátima Freire de; BARBOSA, Rogério Monteiro. Autonomia e vulnerabilidade: uma análise biojurídica sobre o discernimento dos portadores de Síndrome de Down. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 278-291.

38 Indica-se também como vulneráveis os indígenas, como destaca XAUD, Geysa Maria Brasil. Indígenas: dificuldades de aplicação do ECA a curumins e cunhatãs no tocante aos costumes (infanticídio, acasalamento precoce – ela diferencia de abuso sexual; banimento de adolescente infrator). In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (coords.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 119-137.

39 Sobre o tema, v. LIMA, Fausto R.; SANTOS, Claudiene (coords.). *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e BARTLETT, Katharine. Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, n. 108, p. 829-888, Boston, feb. 1990.

40 Sobre o tema, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. Vulnerabilidades nas relações de família: o problema da desigualdade de gênero. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4.ª Região*, n. 3, Porto Alegre, 2010. Disponível em: [http://migre.me/lgzrl]. Acesso em: 27.08.2014.

41 MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, C. L. S. et al. (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 347-377. Sobre autonomia corporal e direito à saúde, v. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

42 BURLÁ, Claudia; AZEVEDO, Daniel Lima; PY, Ligia. Cuidados paliativos. In: TEIXEIRA, A. C. B.; DADALTO, L. (coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 297-312; MENEZES, Rachel Aisengart. Autonomia e decisões ao final da vida: notas sobre o debate internacional contemporâneo. In: PEREIRA, T. S. et al. (coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 9-30; MAIA, Maurilio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 86, p. 203, São Paulo, mar. 2013, referindo-se à jurisprudência, indica ainda a hipótese dos enfermos em vulnerabilidade por outro fator, como: "(a) grupo indígena carente de assistência médico-odontológica (REsp 1.064.009/SC); (b) os deficientes físicos, sensoriais ou mentais (REsp 931.513/RS); (c) os portadores de doença celíaca, sensíveis ao glúten (REsp 586.316/MG)".

43 CF, art. 227, reforçado pelo art. 4.º da Lei 8.069/1990.

44 Lei 10.741/2003, arts. 3.º, 27, parágrafo único, e 38.

45 Lei 10.741/2003, arts. 39 e 40.

46 Leis 4.613/1965 e 8.989/1995.

47 Lei 8.687/1993.

48 A vedação de discriminação por idade nos planos de saúde está expressamente prevista no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003, art. 15, § 3.º), mas é necessário reconhecer tratar-se também de uma conquista da jurisprudência. É paradigmática a decisão inicial do STJ sobre o tema: "Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto do Idoso. Vedada a discriminação em razão da idade. – O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3.º). – Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária. – A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos."

Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido. – Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei 9.656/1998 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. – E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei 9.656/1998, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei 9.656/1998). – Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (01.01.2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230. – A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o tribunal de origem dispuser. – Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regimento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 809.329/RJ, 3.^a T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.03.2008, *DJe* 11.04.2008). Nessa linha, ainda, foi firmado o entendimento de que a vedação é anterior à sua previsão expressa no Estatuto do Idoso (STJ, AgRg no AREsp 257.898/PR, 3.^a T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07.11.2013, *DJe* 25.11.2013) e aplica-se eventualmente também à renovação de seguro de vida (STJ, AgRg no AREsp 218.712/RS, 3.^a T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03.10.2013, *DJe* 10.10.2013).

49 Lei 10.741/2003, arts. 39 e 41. Explica GRAEFF, Bibiana. Direitos do consumidor idoso no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 86, p. 65, São Paulo, mar. 2013: “Não se trata apenas da regulamentação de certos serviços especificamente destinados a idosos, mas sim da adoção de disposições específicas para o consumidor idoso em serviços prestados à população em geral”.

50 Lei 8.112/1990, art. 5.^o, § 2.^o. Sobre a questão racial, v. HOFBAUER, Andreas. O conceito de “raça” e o ideário do branqueamento no século XIX – bases ideológicas do racismo brasileiro. *Teoria e Pesquisa*, n. 42 e 43, jan.-jul. 2003. Disponível em: [<http://migre.me/IIY4m>]. Acesso em: 29.08.2014; e JACCOUD, Luciana de Barros. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: Ipea, 2002. Disponível em: [<http://migre.me/IIY7s>]. Acesso em: 29.08.2014; GOMES, Joaquim B. Barbosa. Considerações sobre o instituto da ação afirmativa. *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. 3, p. 43-82, Rio de Janeiro, 2001 e ALENCASTRO, Luiz Felipe de. O pecado original da sociedade e da ordem jurídica brasileira. *Novos Estudos Cebrap*, n. 87, p. 5-11, São Paulo, jul. 2010.

51 Nesse sentido, o disposto no art. 227, § 1.^o, II, da CF e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque em 30.03.2007, aprovados pelo Decreto Legislativo 186/2008.

52 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 249 e ss.

53 Entre os diversos tipos de deveres anexos, afirma-se uma distinção entre os deveres de colaboração e de informação, mais vinculados à função do contrato, e o dever de cuidado e proteção, que estaria ligado à tutela da pessoa e do patrimônio do outro contratante (FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 81), mas destaque-se que, mesmo que o dever de cuidado possa se destinar à tutela da personalidade do contratante, sua lateralidade da relação contratual e seu fundamento na confiança negocial o distingue, qualitativa e quantitativamente, dos deveres de assistência perante a vulnerabilidade existencial.

54 Sobre o tema, v. FACHIN, Rosana Amar Girardi. *Dever alimentar para um novo direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, *passim*.

55 CC, art. 1.694 e ss.; Lei 10.741/2003, art. 11.

56 Lei 10.741/2003, art. 16.

57 CF, art. 227, § 2.º.

58 No caso de adoção, o art. 48 do ECA é categórico no sentido de garantir o direito à informação, mas no tocante à reprodução assistida heteróloga, as normas médicas que disciplinam o temam resguardam o anonimato do doador de sêmen (Res. CFM 1.957/2010, IV-2).

59 Lei 10.741/2003, art. 15, § 5.º.

60 ECA, arts. 74 e 81. Como destaca GONÇALVES, Tamara Amoroso. A proteção à vulnerabilidade infantil frente à comunicação mercadológica. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (coords.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23, a proteção refere-se não apenas a produtos infantis, mas a produtos adultos escolhidos pelas crianças.

61 Nessa linha, destaque-se o disposto no art. 461, § 5.º, do CPC, com a redação dada pela Lei 10.444/2002, que dispõe: “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

62 NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 76, p. 13 e ss., São Paulo, out. 2010.

63 NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito – RIBD*, n. 10, p. 6.189, Lisboa, 2012. Disponível em: [<http://migre.me/II3c0>]. Acesso em: 29.08.2014.

64 Nessa linha, STJ, AgRg no REsp 1.413.889/SC, 3.ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27.03.2014, *DJe* 02.05.2014; STJ, REsp 1.297.857/SP, 2.ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 20.03.2014, *DJe* 26.03.2014. Destaque-se, ainda, no âmbito da criação de Câmaras Cíveis especializadas em direito do consumidor do TJRJ, as Súmulas 311 (“Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas que envolvam fornecimento de serviços bancários como relação de consumo intermediário, salvo no caso de microempresa ou empresa individual”) e 310 (“Incluem-se na competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas em que litigarem microempresa ou empresa individual contra concessionária de serviços públicos, em razão da vulnerabilidade”).

65 SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 207-210.

66 Indicando que, no âmbito do direito, o termo acabou associado às relações de consumo, BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 109.

67 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 161.

68 CDC, art. 37, § 2.º.

69 MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 8, p. 13, Rio de Janeiro, out.-dez. 2001: “Tratando-se do



consumidor 'idoso' (...) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de 'planos' de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária".

70 STF, RE 630.852 RG, rel. Min. Ellen Gracie, j. 07.04.2011, *DJe*-103 31.05.2011.

71 STJ, REsp 1.064.009/SC, 2.^a T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 04.08.2009, *DJe* 27.04.2011.

72 Sobre a necessidade de um exame mais atento para não reduzir a proteção do consumidor apenas ao aspecto econômico, v. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 49, p. 40 e ss., São Paulo, jan. 2004.