

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Coordenador

DIREITO DAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS

Estrutura e Função na Contemporaneidade

Organização

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Fernanda Paes Leme Peyneau Rito

Colaboradores

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho Juliana da Silva Ribeiro Gomes Chediak
Chiara Antonia Spadacini de Terfi Louise Vago Marcell
Cintia Muniz de Souza Konder Pedro Freitas Teixeira
Fernanda Myrvarski Martins-Costa Rafael Sinyay
Fernanda Paes Leme Peyneau Rito Rodrigo Rabello Favares Borba
Thiago Andrade Sousa

A site possui sites na Internet
www.jurua.com.br e
www.editorialjurua.com
e-mail: editoria@jurua.com.br

ISBN: 978-85-362-4989-6

JURUA Brasil - Av. Nubeur da Rocha, 143 - Juvencê - Fone: (41) 3009-3900
FA: 41.322-1311 - CEP: 80.030-475 - Curitiba - Paraná - Brasil
ENCOPIA
Europa - Rua General Torres, 1.270 - Lojas 15 e 16 - Fone: (31) 223 710 600 -
Centro Comercial D'Ouro - 4400-096 - Vila Nova de Gaia/Porto - Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo (coord).

M-5 Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade: coordenação e organização de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. / Curitiba: Jurua, 2014. 292p.

Vários colaboradores

1. Relações patrimoniais. 2. Direito civil. 3. Direito constitucional. I. Título.

C20141

CDD 340.1 (22.ed.)
CDU 340

Curitiba
Jurua Editora
2014

metabólica e não constitui mal, que considero o ordenamento jurídico como unitário e completo, atendido e coerente por definição e admitir a aplicação do direito das normas constitucionais como forma de aplicar o princípio da instrumentalidade para avaliar o interesse do direito e promover a reparação das vítimas de danos patrimoniais da atividade empresarial. O artigo aborda o instituto do seguro de responsabilidade civil como instrumento jurídico capaz de garantir a reparação das vítimas de danos e a liberdade de dos administradores na tomada de decisões e prática dos atos de gestão que possam eventualmente gerar algum tipo de dano.

No outro giro, Chiara Antonia Spadacini de Teffe apresenta o artigo: **A restituição do lucro da intervenção nos casos de violação aos direitos da personalidade: uma questão entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil, que tem como objetivo analisar se, nas hipóteses de intervenção indevida em direito da personalidade alheia, o ônus recai o dever de restituir o lucro auferido ilicitamente a vítima. Partindo da ideia de que se faz necessária a restituição, tendo em vista que se trata de violação a categoria de direitos absolutos e essenciais à pessoa humana, a autora busca verificar qual instituto dentro do Direito Civil mostra-se mais adequada para tanto, se o enriquecimento sem causa ou a responsabilidade civil.**

Segu consentido registrar, por último, que o livro traz trabalho de minha autoria, intitulado **Usucapião Imobiliária Urbana Independente de Matragem Mínima: uma concretização da função social da propriedade de que cuida da função social na aquisição por usucapião de imóveis urbanos, enfrentando o problema das dimensões mínimas da propriedade precisas nas diretrizes normativas de cada cidade, situando-o, pois, no plano fun usual do direito de propriedade, à luz de renovada teoria da interpretação. Bente as objeções do artigo incluí-se, igualmente, a ideia de cada pela contraposição de duas correntes majoritárias, e protagonizada pelo Superior Tribunal de Justiça, em que prevalece a improcedência do pedido aquisitivo, e os Tribunais de Justiça estaduais, favoráveis, em regra a possibilidade da aquisição independente de matragem mínima – teve defendido no artigo como resultado da funcionalização das situações patrimoniais aos valores existenciais e da ponderação de interesses em jogo no caso concreto.**

Boa leitura!

Carlos Edison do Rego Monteiro Filho

SUMÁRIO

USUCAPIÃO IMOBILIÁRIA URBANA INDEPENDENTE DE MATRAGEM MÍNIMA: UMA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE..... 13

Carlos Edison do Rego Monteiro Filho.....

A RESTITUIÇÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NOS CASOS DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA QUESTÃO ENTRE O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E A RESPONSABILIDADE CIVIL..... 35

Chiara Antonia Spadacini de Teffe.....

VULNERABILIDADE, HIPERVULNERABILIDADE OU SIMPLESMENTE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA? UMA ABORDAGEM DAS QUALIFICAÇÕES A PARTIR DO EXEMPLO DO CONSUMIDOR SUPERINDIVIDUADO..... 69

Conita Montz de Souza Konder.....

A BOA-FÉ OBJETIVA NOS ACORDOS DE ACIONISTAS..... 95

Fernanda Myriamski Martins-Costa.....

APONTAMENTOS SOBRE O FÔJULBRO ECONÓMICO DAS PRESTAÇÕES..... 117

Fernanda Pires Leme Pequeno Rito.....

MERCANTILIZAÇÃO DA VIRGINDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... 153

Juliana da Silva Ribeiro Gomes Chediek.....

SITUAÇÕES JURÍDICAS REAIS VS. SITUAÇÕES JURÍDICAS OBRIGACIONAIS. A CRISE DA DICOTOMIA E A VIABILIDADE DE UM DIREITO COMUM PARA AS SITUAÇÕES PATRIMONIAIS..... 175

Louise Vago Martini / Thiago Andrade Sousa.....

O PODER DE CONTROLE À LUZ DA PERSPECTIVA FUNCIONAL: O CASO PETROQUÍMICA	
<i>Pedro Freitas Teixeira / Rodrigo Kabele Tavares Borba</i>	201
FUNCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS - A CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL E A CESSÃO DE CARTEIRA DE CLIENTES	
<i>Rafael Simay</i>	223
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE COMPANHIA ABERTA SOB A PERSPECTIVA DA METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL	
<i>Paulo Freitas Teixeira / Rodrigo Kabele Tavares Borba</i>	255
ÍNDICE ALFABÉTICO	279

USUCAPÃO IMOBILIÁRIA URBANA INDEPENDENTE DE METRAGEM MÍNIMA: UMA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE¹

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Sumário: 1. Contornos introdutórios do caso em análise e o digladiar de correntes antagônicas; 2. Funcionalização: para que servem os direitos; 3. Propriedade funcionalizada; 4. Aquisição funcionalizada: hipóteses congêneres; 5. Usucapão imobiliária urbana independente de metragem, os valores em jogo e o acesso debate na jurisprudência; 6. Considerações finais; 7. Referências.

I CONTORNOS INTRODUTÓRIOS DO CASO EM ANÁLISE E O DIGLADIAR DE CORRENTES ANTAGÔNICAS

Imagine-se que determinada pessoa exerça posse mansa e pacífica, contínua e ininterrupta, sobre uma área devidamente caracterizada de um imóvel, por período de tempo longo o suficiente a assegurar-lhe a conversão de sua posse em propriedade. Posto que preenchidos os requisitos para a aquisição da propriedade imóvel por usucapão, há na hipótese, todavia, uma circunstância peculiar consistente no seguinte fator. E que, tendo em vista que a posse se exerce sobre parte da unidade imobiliária formalmente constituída no registro, o possuidor não logra alcançar a metragem mínima do módulo proprietário urbano, estabelecida na legislação municipal competente.

Este aspecto, por assim dizer, quantitativo, suscita verdadeiro nó de interpretação na busca da melhor solução dos múltiplos casos con-

¹ O autor agradece a Rafael Simay, mostrando em direito civil no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, pela valerosa colaboração na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

de Ciccio. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RITO, Fernanda Paes Leme P. **Apartamentos sobre o equilíbrio econômico das prestações**. Artigo publicado nesta obra.

RUZYSK, Carlos Eduardo Pianowski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Org.). **Diálogo SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa: o lugar da intervenção**. São Paulo: Atlas, 2012.

TEXEIRA, Pedro Freitas; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. **A responsabilidade civil dos administradores de companhia aberta sob a perspectiva da metodologia do direito civil-constitucional**. Artigo publicado nesta obra.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3-19, I, III.

SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VULNERABILIDADE, HIPERVULNERABILIDADE OU SIMPLESMENTE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA? UMA ABORDAGEM DAS QUALIFICAÇÕES A PARTIR DO EXEMPLO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

Chiara Múriz de Souza Konder

Síntese: 1. *Introdução*; 2. *O superendividamento*; 3. *O acesso ao crédito e a sua junção no livre desenvolvimento da personalidade*; 4. *Vulnerabilidade: do significado original à presunção consumerista*; 5. *A construção de mais uma categoria: a hipervulnerabilidade*; 6. *Considerações finais*; 7. *Referências*.

1 INTRODUÇÃO

A 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJESP) foi chamada a decidir ilustrativo caso: uma consumidora idosa propôs uma ação pretendendo a anulação dos descontos, a restituição dos valores descontados e indenização por dano moral, alegando que jamais tinha realizado empréstimo algum com a instituição bancária. Em contestação, o banco comprovou que a consumidora assinou o contrato, forneceu os seus documentos pessoais e utilizou os valores para quitar seus contratos com outro banco. Ofício do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) comprovou que a autora estava acostumada a contratar empréstimos consignados. O pedido foi, então, julgado improcedente e a autora condenada por litigância de má-fé.

Na segunda instância, por unanimidade, reformou-se a sentença somente para excluir a condenação por litigância de má-fé. Tais pedidos de anulação causaram estranheza porque a senhorinha de fato havia celebrado o negócio, embora com valor diferente do apontado pela instituição financeira. Segundo ela, o empréstimo foi contratado no valor de R\$ 3.121,10, mas o mutuante afirma que a quantia emprestada foi de R\$ 7.245,96, sendo as parcelas desta última quantia as que efetivamente estavam sendo descontadas pelo banco. A consumidora argumentou que embora tivesse assinado o contrato, “em razão de seu pouco grau de conhecimento e de sua idade avançada chegou a assinar todos os documentos em que (sic) lhe foi solicitado, sem mesmo ter lido qualquer um deles”. Tanto a primeira quanto a segunda instância julgaram os pedidos improcedentes sob o fundamento de que não houve prova da inexistência da autora e nem a comprovação de defeito da vontade que ensejasse a anulação pretendida. Disseram, ainda, que o ramo dos empréstimos não era desconhecido da idosa, pois havia prova nos autos de que ela já estava acostumada com outros empréstimos consignados, o que lhe retirava a condição de ignorante ou desinformada¹.

O caso narrado é cada vez mais corriqueiro nos tribunais brasileiros. Contudo, coloca uma questão de difícil solução. Historicamente abordada como uma questão puramente de equilíbrio econômico, hoje a sua resposta envolve um problema de qualificação jurídica: esse consumidor é vulnerável? Ou hipervulnerável?

Essa qualificação tem interferido na solução da questão, razão pela qual este trabalho visa abordar o problema a partir de um debate sobre o significado e alcance das categorias envolvidas, propondo uma solução hermenêutica para a proteção da vulnerabilidade, à luz da unidade do ordenamento jurídico, a partir dos princípios do equilíbrio econômico e da dignidade da pessoa humana.

O trabalho começará pela apresentação do conceito de superendividamento e pela compreensão da relação entre o acesso ao crédito e a sua função no livre desenvolvimento da personalidade. Em seguida será abordado o conceito de vulnerabilidade, assim como o conceito de hipervulnerabilidade, para, então, na interseção entre esses dois conceitos, sugerir novos termos para a abordagem da questão inicialmente suscitada.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 3ª Câmara de Direito Privado. Empréstimo consignado. Idoso. Apelação Cível 00056691-32.2010.8.26.0038. Rel. Des. Sérgio Gomes. Voto de maioria. São Paulo: 24/06/2014. Data da publicação: 30/06/2014 no Diário Eletrônico.

O SUPERENDIVIDAMENTO

2 Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor de 2013², realizada pela Confederação Nacional do Comércio (CNC), constatou que neste ano houve um aumento de 7,5% do número médio de famílias endividadas, com o percentual de endividados alcançando a média anual de 62,5% do total das famílias brasileiras³.

No estudo sobre o “Panorama do Mercado de Crédito”, realizado pela Federação Brasileira dos Bancos – FEBRABAN⁴, pode-se verificar alguns dados importantes: a concessão de crédito⁵ para a pessoa natural experimentou um intenso crescimento: em maio de 2013 atingia a cifra de 713,6 bilhões de reais⁶. No mês de maio de 2014 chegou a 756,3 bilhões de reais, sendo que 43% desse valor foi gasto em negociações envolvendo crédito pessoal⁷.

Sem um tratamento jurídico específico definido na legislação⁸, os autores brasileiros buscam inspiração nos sistemas jurídicos estrangeiros para moldar um conceito de superendividamento.

2 Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor, conhecida como PENC Nacional, é apurada mensalmente desde janeiro de 2010 pela Confederação Nacional do Comércio. Os dados em análise representam a média dos meses de 2013. Os dados são coletados em todas as capitais dos estados e no Distrito Federal, com cerca de 18.000 consumidores. ASCOM/CNC. Disponível em: <http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/o_perfil_do_endividamento_das_familias_brasileiras_e_m_2013.pdf>. Acesso em 25/07/2014. Cf. entre outros: Pesquisa do IPEA – Índice de expectativa das famílias. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/IEE/120817_ief_24.pdf> e Relatórios de Economia da FEBRABAN. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/acervo.asp?id_pagina=193&id_paginaDe=78&id_texto=0>.

3 Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor. Ano 2013. Disponível em: <http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/o_perfil_do_endividamento_das_familias_brasileiras_em_2013.pdf>. Acesso: 25 jul. 2014.

4 SARDENBERG, Rubens. Economista-chefe. **Panorama do mercado de crédito**. FEBRABAN, junho de 2013. Disponível em: <www.febraban.org.br>. Acesso em: 17 jun. 2013.

5 O valor refere-se a créditos denominados de “recursos livres”, como os concedidos para crédito pessoal, aquisição de bens e *leasing*, financiamento imobiliário, cheque especial, cartão de crédito, dentre outros.

6 SARDENBERG, Rubens. Economista-chefe. **Panorama do mercado de crédito**. FEBRABAN, janeiro de 2013. Disponível em: <www.febraban.org.br>. Acesso em 17 fev. 2013.

7 *Idem*. FEBRABAN, junho de 2014. Acesso em: 24 jul. 2014.

8 Atualmente, está em trâmite no Senado Federal o Projeto de Lei 283, de 2012, que tem por objetivo aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento. O Projeto de Lei 283 institui mecanismos de pre-

Considerado como fenômeno social em diversos países, Karen Bertonecchio assim o contextualiza e conceitua:

*O instituto jurídico do superendividamento, identificado na França por **surendettement**, foi concebido pela doutrina pátria e estrangeira como um "fenômeno social", diante da visão conjunta a que o legislador francês viu-se obrigado a destinar para compreender determinadas situações corriqueiras na sociedade atual, onde os particulares, com acesso ao mercado de consumo, passaram a dispor do crédito, fornecido pelas instituições financeiras, seja através da obtenção de valores em espécie ou mediante a aquisição de produto/serviço na forma parcelada, em montante muito além das efetivas condições econômicas destes devedores.⁹*

Claudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi definem o superendividamento como "a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos)".¹⁰

O superendividamento é um gênero que comporta duas espécies. Clarissa Costa de Lima e Karen Bertonecchio explicam que a doutrina estrangeira classifica o superendividamento em ativo e passivo. O superendividamento ativo normalmente decorrente do descontrole na aquisição de créditos para bens de consumo e da má administração da economia doméstica, enquanto o superendividamento passivo surge de acidentes da vida, tais como doença e morte de familiares, desemprego, divórcio, redução de salário, dentre outros.¹¹

venção e tratamento judicial e extrajudicial do superendividamento o da proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana. Até a data do envio do presente artigo, o projeto ainda estava em trâmite no Senado Federal, tendo como último andamento a inclusão em pauta da sessão deliberativa de 05.08.2014. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia?>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

⁹ BERTONECCHIO, Karen Rick Danilevitz. Bancos de dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, abr. 2004, p. 42.

¹⁰ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MARQUES, Claudia Lima. *Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 14.

¹¹ BERTONECCHIO, Karen Rick Danilevitz; LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento de crédito no consumo na América Latina e superendividamento, p. 203, *op. cit.* CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MARQUES, Claudia. *Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 203.

André Perin ressaltava que ainda há uma subdivisão no caso do superendividamento ativo¹², e a boa-fé é o elemento que vai delinear a diferença entre o superendividado ativo consciente ou fraudulento e o superendividado ativo inconsciente. No primeiro caso temos o mutuário superendividado ativo que ao tomar o crédito já sabe que não cumprirá o conteúdo de má-fé, aquele que não recebe o apoio estatal para recuperar-se. Já o superendividado ativo inconsciente é aquele que agiu impulsivamente, e que de maneira imprevidente deixou de fiscalizar os seus gastos.¹³

Esse contexto, com seus diversos cenários, vincula-se a um contexto de ampliação da concessão de crédito. Por isso, é necessário um exame pormenorizado de como se dá o acesso a esse crédito e qual é a função que este desempenha na vida das pessoas e no livre desenvolvimento das suas personalidades.

3 O ACESSO AO CRÉDITO E A SUA FUNÇÃO NO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Na época moderna, homens e mulheres buscaram o controle do próprio destino e da natureza, estabelecendo uma tarefa de construção guiada pela racionalidade e pela superação da divindade como determinante do futuro, sendo esta uma das maiores diretrizes do Humanismo.¹⁴ Os homens modernos acreditavam na possibilidade da regulação da sociedade e do controle da natureza e no objetivo da conquista de um futuro satisfatório e ordeiro para todas as pessoas. A ideia de progresso e de construção da ordem embalou a humanidade numa dinâmica e desenfreada corrida pelo futuro, por meio do estabelecimento de um urgente projeto de ação. David Harvey define da seguinte maneira os sentimentos e objetivos daquela época:

A ideia era usar o acúmulo de conhecimento gerado por muitas pessoas trabalhando livre e criativamente em busca da emancipação humana e do enriquecimento da vida diária. O domínio científico da natureza prometia liberdade de escassez, da necessidade e da arbitrariedade das calamidades naturais. O desenvolvimento de formas racionais de organização e de modos racionais de pensamento prometia a

¹² SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 16, n. 26, Rio de Janeiro, 2009, p. 174.

¹³ *Idem*, p. 174.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, *passim*.

transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade. Consumo é uma característica e uma ocupação dos seres humanos.²¹

Como visto, desde épocas mais remotas, mas principalmente no contexto da sociedade atual, temos a questão do crédito como imprescindível para a aquisição de bens ou serviços, de modo que o indivíduo não só viva com dignidade²², mas também consiga se sentir inserido em um grupo, e nesse último caso pensa mais em "ter" do que "ser", ou "ter para ser". O crédito, nessas hipóteses, é representativo do poder de aquisição, da possibilidade de estar inserido em uma comunidade coletividade de consumidores de determinados bens ou serviços.

A doutrina não é unânime no que concerne à conceituação de crédito, e por vezes esta unanimidade não ocorre justamente porque os autores examinam o vocábulo por aspectos distintos, como indica Fábio Konder Comparato: se tomarmos o vocábulo crédito tendo em conta a sua acepção moral, encontraremos a palavra em sua própria etimologia — do latim *credidum* e *credere*, e, neste sentido, o *creditor* é aquele que confia, que tem fé.²³

De outra sorte, tomando-se o vocábulo por sua acepção econômica, inicialmente os economistas e pensadores conceberam o crédito de forma unilateral, como sendo o uso e gozo de uma riqueza econômica — *Nutzungstheorie*. Essa riqueza foi entendida por alguns como capital e por outros como valor econômico ou entidade imaterial — *idealen Wertgegenstand*. Posteriormente, em oposição à concepção unilateral do crédito cunhou-se a teoria da troca, para a qual o crédito, por esta corrente visto sob uma concepção bilateral, é uma troca de bens atuais por bens futuros. Os economistas contemporâneos entendem que quando o credente realiza a sua prestação, priva-se do uso da riqueza transferida ao creditado durante certo tempo, sacrificando a liquidez do seu patrimônio, o que legitima a exigência de uma prestação suplementar à restitu-

ção da riqueza transferida.²⁴ A partir daí, o caminho para os contornos do crédito estão, então, abertos. Assim, no que concerne à acepção jurídica, sob uma perspectiva puramente estrutural, crédito, na teoria geral do direito privado, designa o direito do sujeito ativo numa relação obrigacional, ou, mais precisamente, o direito à prestação do devedor.²⁵

A plena compreensão do crédito e do tratamento jurídico que lhe deve ser dispensado, todavia, pressupõe levar também em conta a função que ele pode desempenhar. É de se perguntar, portanto, não somente o que é o crédito, mas notadamente qual é a sua finalidade. Efetivamente, não estar limitado à pergunta "o que é?", mas também e principalmente direcionar a interrogação "para que" e "por que" o crédito deve ser utilizado. Buscar compreender a estrutura e a função do instituto.

A função do crédito, como não poderia deixar de ser, vincula-se ao contexto histórico-social em que ele se encontra inserido. A partir do reconhecimento da historicidade dos conceitos, a análise do crédito pressupõe, pois, a compreensão da sociedade de consumo em que ele se insere, conforme abordado.

Citando Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, Marcio Mello Casado enfatiza que "os contratos firmados com instituições financeiras, dada a atual indispensabilidade do crédito na sociedade de consumo, podem ser considerados como verdadeiros atos existenciais, absolutamente necessários à vida humana".²⁶

Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

A importância considerável que assumiu o crédito na economia contemporânea e medida não somente em valor, mas também em duração — pelos prazos sempre mais longos que vão sendo praticados — em volume — pelo número crescente de operações a crédito concluídas — e, em extensão — pela sua aplicação a todos os setores da vida econômica, da produção e do consumo.

Em 1968, o referido autor já atestava: "É conhecida a divisão da história econômica em três grandes idades: a era da troca imediata, a

²¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 41.

²² Sobre o tema, v. FACHIN, Luiz Edson. *Estado Jurídico do Patrimônio Mafioso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 26-27. Para outras acepções do vocábulo crédito, cf. BERTONCELLO, Karen Rick Danilewicz. *Superendividamento e dever de renegociação*. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. P. 7-9; BERTONCELLO, Karen Rick Danilewicz. LIMA, Clarissa Costa de. *Tratamento de crédito no consumo na Abrecha Letina e superendividamento*, p. 203, opud CAVALLAZZI, Rosângela Lunardi; MARQUES, Claudia. *Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 192.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 28-29.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Essay d'Analyse Dualiste de l'obligation en Droit Privé*. Apud Fábio Konder Comparato. *O seguro de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 29.

²⁶ CASADO, Marcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 145.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 09.

era da moeda e a era do crédito"³⁸. A evolução a partir daí foi cada vez mais rápida. Hoje, portanto, vivemos a era do crédito.

Se considerarmos, ainda mais, as situações que não são esperadas, os chamados "fatos da vida", que provocam mudanças repentinas na vida das pessoas, fazendo com que contratos antes jamais pensados necessariamente tenham que ser celebrados, o crédito passa a ser representativo não apenas de um poder de aquisição, mas de acesso aos bens e serviços necessários para a solução ou a tentativa de solução dos acidentes da vida, como doenças físicas ou psiquiátricas, morte, divórcio ou dissolução de união estável, dentre outros fatores que podem, de repente, acontecer na vida de qualquer pessoa. Nesse caso, aquele que necessita do crédito não o "terá para ser", mas para "conseguir estar ou permanecer" em condições de dignidade.

Em qualquer caso, o mutuário ou creditado precisa da tutela do ordenamento jurídico, pois, conforme afirma Pietro Perlingieri, tais contratantes são, antes de tudo, pessoas:

*A qualidade do consumidor, como já foi observado, "é apenas um aspecto da pessoa, um aspecto parcial de uma realidade completa, na qual os indivíduos não podem ser diferenciados exclusivamente entre produtores e consumidores, já que são, em primeiro lugar, homens"*³⁹.

E prossiga o autor:

*Embora frequentemente subestimada, a distinção entre consumidor, cidadão e pessoa assume um valor essencial. Estes três aspectos, não raramente confundidos, na realidade, devem ser atentamente diferenciados para uma correta abordagem metodológica, uma vez que, mesmo tendo significativos momentos de intersecção no plano normativo, eles jamais chegam a se identificar*⁴⁰.

O crédito, nesse contexto, passa a desempenhar uma função vinculada ao projeto constitucional, atuando como instrumento para o livre desenvolvimento da personalidade.

4 VULNERABILIDADE: DO SIGNIFICADO ORIGINAL À PRESUNÇÃO CONSUMERISTA

Do latim *vulnerabilis*, "que pode ser ferido; que é mais suscetível de ser danificado ou magoado; prejudicado ou destruído"⁴¹, a vulnerabilidade

sempre existiu, posto que inerente à condição humana. A vulnerabilidade jurídica brasileira, contudo, somente encontrou previsão no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 1933, conforme nos conta Paulo Luiz Lôbo, pontuando o início do tratamento jurídico da vulnerabilidade com o repúdio aos juros usurários, a proteção ao trabalhador, perpassando pela proteção e defesa do consumidor até a proteção ao contratante aderente no Código Civil de 2002⁴².

Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques ressaltam que

*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 curso - 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 atuava das condições necessárias para, especialmente nas relações jurídicas de direito privado, autorregar a sua vida*⁴³.

E os mesmos autores que explicam que durante tanto tempo a autonomia e o individualismo impediram o reconhecimento e, em consequência, o tratamento do diferente, do vulnerado, do mais suscetível, que nos ajudam na compreensão do termo vulnerabilidade:

*Poderemos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de congruência excessiva de interesses identificados no mercado, que fragiliza, enfraquece o sujeito ou provisorialmente, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a "explicação" destas regras ou da atuação do legislador, e não técnica para as aplicar bem, e a noção instrumental que guia e fundamenta a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à prova do fundamento da igualdade e da justiça equitativa*⁴⁴.

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrate vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, s. 1, n. 10. Lisboa: IDB, 2012, p. 6.185/6.186. Para um maior aprofundamento, vale dizer que o autor entende que no longo do século XX não mais passou a presumir a vulnerabilidade de certas pessoas, que devido a esse fato são merecedoras de proteção legal e, em consequência, restringiu o âmbito da vulnerabilidade quando esta é instrumento do exercício de poder do outro contratante. Os exemplos legais citados Paulo Luiz Neto João são: Dec. 22.626, de 1933. Estatuto da Terra, de 1964. Lei 9.610, de 1998. Código de Defesa do Consumidor, de 1990 e 8.245/91, Dec. Lei 58, de 1937. Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943. Estatuto do Código Civil de 2002, este último já na primeira década do século XXI.

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 22.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 117.

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 09.

³⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Revovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 541-542.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 542.

⁴¹ ALIETE, Caldas. *Idicionário online*. Disponível em: <www.onle.com.br>. Acesso em: 19 jul. 2014.

Embora o vocábulo vulnerabilidade seja polissêmico e venha sendo utilizado por todas as áreas da ciência, não é somente no mundo jurídico que encontramos uma definição mais precisa do termo e a explicação da origem da sua utilização em solo pário. É na área das ciências da saúde que os próprios juristas nos remetem para encontrar a essência do que é a vulnerabilidade.³⁵

Segundo Henri Acselrad

*Da noção de risco à noção de vulnerabilidade, buscou-se melhor articular as condições que favorecem a suscetibilidade de sujeitos a agravos. Conforme assinala Ayres: "Enquanto com a noção de risco busca-se 'calcular a probabilidade de ocorrência' de um agravo em um grupo qualquer com determinada característica, 'abstraidas outras condições intervenientes', com a noção de vulnerabilidade procura-se 'julgar a suscetibilidade' do grupo a esse agravo, dando um certo conjunto de condições intercorrentes". A disposição a tratar as condições de vulnerabilidade como uma questão de direitos humanos, por sua vez, é apresentada também como destinada a vincular-las às suas raízes sociais mais profundas, estimulando e potencializando a mobilização das pessoas para a transformação destas condições.*³⁶

Ao analisar o conceito de vulnerabilidade sob o prisma da epidemia de AIDS nos idos de 1981, José Ricardo de Carvalho Mesquita Ayres busca responder à percepção de que a chance de exposição das pessoas ao HIV e ao adoecimento pela AIDS não é a resultante de um conjunto de aspectos apenas individuais, mas também coletivos, contextuais, que acarretam maior suscetibilidade à infecção e ao adoecimento, e, de modo inseparável, maior ou menor disponibilidade de recursos de todas as ordens para se proteger de ambos. O autor propõe, então, analisar três dimensões da vulnerabilidade³⁷, buscando estudar três eixos interde-

³⁵ Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coords.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 114-115. A autora cita José Carvalho de Carvalho Mesquita Ayres, et al., na obra *O conceito de vulnerabilidade e as práticas de saúde: novas perspectivas e desafios*: "O termo tem origem na área da advocacia internacional pelos *Direitos Humanos do Homem, para designar grupos ou indivíduos fragilizados, jurídica ou politicamente, na promoção dos seus direitos de cidadania*".

³⁶ ACSELRAD, Henri. Vulnerabilidade, processos e relações. In: FERRERA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morais; BORATTI, Larissa Verli (Orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tentativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 96.

³⁷ As três dimensões da vulnerabilidade propostas são: Dimensão individual da vulnerabilidade: parte do princípio de que todos os indivíduos são suscetíveis à infecção pelo HIV e ao adoecimento pela AIDS. Essa análise leva em consideração o grau e a qualidade da informação sobre a doença e as formas de transmissão, bem como sexualidade, uso de drogas e serviços, bem como à capacidade de elaborar essas informações

pendentes de compreensão da vida de pessoas e de comunidades³⁸. Após tais análises, surge um quadro com aspectos que devem ser considerados nas três dimensões da vulnerabilidade. Vejamos alguns exemplos. No que concerne à vulnerabilidade individual, devem ser levados em consideração os conhecimentos, os valores, a rede e suportes sociais de determinação da pessoa. No caso da vulnerabilidade social, o suporte social, o emprego, o acesso à educação, à justiça, à cultura e ao lazer, o estigma e a discriminação, bem como as relações de gênero, raça/etnia e as relações entre gerações. Já a vulnerabilidade institucional deverá analisar o compromisso político dos governos, o planejamento e a avaliação das políticas, bem como a integração entre prevenção, promoção e assistência, respeito, promoção e proteção dos direitos humanos, acesso e qualidade dos serviços e responsabilidade social e jurídica dos serviços.

Verifica-se que a vulnerabilidade na área da saúde não está distante dos parâmetros da vulnerabilidade na área jurídica. Primeiramente, porque qualquer ser humano está sujeito a agravos, e por isso a vulnerabilidade é a característica ontológica de todos os seres vivos que podem ser afetados, fragilizados, desamparados ou vulnerados em situações contingenciais³⁹. Segundo porque a própria pessoa com capacidade plena pode

e incorporá-las ao seu repertório cotidiano de preocupações e, finalmente, ao interesse e às possibilidades efetivas de transformar essas preocupações em práticas de prevenção. Dimensão social da vulnerabilidade: analisa o acesso à informação, o conteúdo e a qualidade dessa informação, mas, sobretudo, entende que a possibilidade de acesso à informação, a compreensão desta e a transformação em práticas preventivas não dependem somente do indivíduo, mas de acessos a meios de comunicação, escolarização, disponibilidade de recursos materiais, poder de influenciar decisões políticas, poder de influenciar barreiras culturais, estar livre de coerções violentas ou poder defender-se delas. Dimensão programática da vulnerabilidade: também chamado de dimensão institucional da vulnerabilidade, busca avaliar como, em circunstâncias sociais dadas, as instituições, especialmente as de saúde, educação, bem-estar social e cultura, atuam como elementos que reproduzem, quando não mesmo aprofundam, as condições socialmente dadas de vulnerabilidade. O quanto nossos serviços de saúde, educação etc., estão propiciando que estes contextos desfavoráveis sejam percebidos e superados por indivíduos e grupos sociais? O quanto eles propiciam a esses sujeitos transformar suas relações, valores, interesses para emancipar-se dessas situações de vulnerabilidade? AYRES, José Ricardo de Carvalho de Mesquita [et al.]. *Risco, vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção de saúde*. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Souza [et al.]. *Tratado de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006. p. 17.

³⁸ *Ibidem*, p. 16.

³⁹ PERAIN, Roland Schramm. Bioética, vulnerabilidade de pessoas portadoras de deficiências e políticas de proteção. *Apud* BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDJINO, Gustavo; FAACHN, Luiz Edson (Coord.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 470.

ser levada a negociar por questões que para ela, naquele momento, não são possíveis de declinar. Como ressalta Heloisa Helena Barboza:

*O flagrante desequilíbrio das relações jurídicas instrou o legislador a proteger a 'parte mais fraca' que, não obstante declaradamente livre por conseguinte autônoma, com plena capacidade jurídica, e tidas de iguais direitos, se encontra subordinada de modo irresistível à outra, por razões socioeconômicas. Em todos os ramos do direito e por todos os meios, buscou-se minorar a desigualdade.*⁴⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, a vulnerabilidade é uma característica inerente a todo e qualquer consumidor.⁴¹ No dizer de Marcelo

⁴⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, GASTÃO; PACHIN, Luiz Edson (Coords.). **O direito e o tempo**: debates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lima Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 418. É importante ressaltar que há debate doutrinário sobre se há diferença entre vulnerabilidade, hipossuficiência e desigualdade. Para os que diferenciam, a vulnerabilidade é a "característica ontológica de todos os seres vivos, que pode ser vulnerado em qualquer situação contingencial". A hipossuficiência é a "qualidade restrita aos consumidores que além de presumivelmente vulneráveis (como todos os seres humanos), vem-se agravados nessa situação por sua individual condição de carência natural, material ou, como ocorre com frequência, imaterial". MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os atributos de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Apud* BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidados: aspectos jurídicos. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coords.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 109. A desigualdade "não é um estado em si, como ocorre com a vulnerabilidade. A vulnerabilidade é corrigida de subjetividade, a desigualdade é objetiva, só pode ser medida por meio de comparação". Exemplos de autores que afirmam a vulnerabilidade e hipossuficiência: Antônio Herman Benjamin, Paulo Luiz Ferreira; Sergio Cavalieri Filho, Theresza Arruda e James Martins Fagundo Alvim; Neto Lôbo, Sérgio Cavallieri Filho, Theresza Arruda e James Martins Fagundo Alvim. Exemplos de autores que não diferenciam os institutos: Heloisa Helena Barboza, Marcelo Calixto, João Batista de Almeida.

⁴¹ Muito embora a Lei 8.078/90 traça em seu art. 2º o conceito de consumidor, e expressamente "destinatário final" trouxe muitas contradições para, na prática, ocorrer a definição de quem pode ser considerado consumidor. Diz a lei: **Art. 2º**. "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquira ou utilize produto ou serviço como destinatário final". Esse é o conceito de consumidor *standard* ou consumidor *stricto sensu*. O critério adotado para a sua criação foi o econômico. Consumidor = personalidade que no mercado de consumo adquire bens ou contrata a prestação de serviços como destinatário final (pressupondo-se que age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria). Formaram-se duas teorias principais: Teoria maximalista ou objetiva: para definir consumidor, o CDC apenas exige a realização de um ato de consumo, bastando que a pessoa jurídica se apresente como destinatário fático do produto ou serviço (que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço). É irrelevante se a satisfação do mercado em pessoal ou profissional. Teoria finalista ou subjetiva: para ser qualificada como consumidor, a destinação final do produto ou serviço deve ser econômica.

Junqueira Calixto "vulnerabilidade é a característica de todos os consumidores, de todos aqueles que realizam a destinação final de um produto ou serviço".⁴² Na lição de José Geraldo Brito Filomeno,

*No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os motivos dos meios de produção e que detém todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, vem fazer-se na fixação de suas margens de lucro.*⁴³

A lei consumerista presume que todos os consumidores são vulneráveis. Jassa é a lição de Paulo Luiz Neto Lôbo:

A vulnerabilidade, sob o ponto de vista jurídico, é o reconhecimento pelo direito de que determinadas posições contratuais, nas quais se inserem as pessoas, são merecedoras de proteção.

[...] *A vulnerabilidade contratual independe de aferição real ou de prova. A presunção legal absoluta não admite prova em contrário ou contestação valorativa, até porque a presunção é consequência que a lei deduz de certos fatos, às vezes prevalecendo sobre as provas em contrário. A presunção é o meio de prova presumosista que dispensa a comprovação real. Tem natureza de ficção jurídica. Qualifica-se como prova indireta. Tem natureza de ficção jurídica. Distingue-se como prova indireta, como instrumento operacional para resolução de conflitos, substituindo os demais meios de prova. A presunção simplifica a prova, pois a dispensa. O legislador adote a priori qual a posição contratual que deve ser merecedora de proteção ou do grau desta proteção, o que ajusta a verificação judicial caso a caso. Não pode o juiz decidir se o reclamador, o consumidor, o autor, por exemplo, são mais ou menos vulneráveis, em razão de maior*

O tipo de necessidade que levou a pessoa física ou jurídica a comprar o produto ou a contratar o serviço é relevante. Se a aquisição do bem ou a contratação do serviço se deu por necessidade pessoal, e não para satisfazer o desenvolvimento de outra atividade comercial, a pessoa será considerada consumidor. Do contrário, não o será. Contudo, em síntese, é aquela pessoa que põe fim a um processo econômico. O Superior Tribunal de Justiça oscila em suas decisões. O Tribunal já optou pela aplicação maximalista ou objetiva, mas admite a corrente finalista multiplicada por aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores e profissionais com pequenas atividades econômicas e profissionais liberais, desde que demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

⁴² CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 325.

⁴³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código de Defesa do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 54.

ou menor contação econômica, para modular a proteção legal, no mesmo exatidão. A lei leva em conta o tipo médio de vulnerabilidade, com abstração da situação real em cada caso.

E assim é para se evitar que as finalidades dos julgamentos, ante as variações individuais, ponham em risco o princípio da proteção.⁴⁴

Heloisa Helena Barboza defende que por essa razão justifica-se a tutela geral abstrata da pessoa humana ontologicamente vulnerável em todas as relações – incluindo-se aí as econômicas e que nos interessam neste trabalho – a de consumo e a tutela específica, concreta de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força das situações que potencializam a sua vulnerabilidade, ou que já os tenham vulnerado, como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, características mínimas da dignidade humana.⁴⁵

Presumindo a vulnerabilidade de todos os atores de uma relação de consumo, o estatuto consumerista não prevê solução para os casos em que, para além da fragilidade inerente à condição de consumidor, o equilíbrio social e/ou econômico⁴⁶ do negócio esteja comprometido não apenas pelas próprias condições do contrato, objetivamente, mas também pelas condições da pessoa natural, cuja vulnerabilidade pode estar agravada por alguma questão existencial que demande proteção especial. Essa é uma das razões pela qual a tutela do indivíduo e a interpretação dos contratos não devem ser feitas senão de maneira sistêmica, buscando-se o fim ou propósito do sistema jurídico a partir dos seus fundamentos e valores. E isso só é possível se o interpretarmos a partir das suas normas máximas, contidas na Constituição da República Federativa do Brasil.

Ao comentar os princípios gerais da atividade econômica, cogitando aos fundamentos e objetivos da Constituição da República, tendo como norte a finalidade do constituinte de assegurar a existência digna e a justiça social, Gustavo Tepedino assim leciona:

O constituinte, assim procedendo, não somente inseriu a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirmou que sua proteção deve ser feita do ponto de vista instrumental, ou

⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, a. 1, n. 10, Lisboa: IDJ, 2012, p. 6, 188-6, 189.

⁴⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e validade: aspectos jurídicos. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tania da Silva (Coord.). *Cidadão e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 113.

⁴⁶ Para um estudo sobre a busca pelo equilíbrio econômico na civilização medieval, ver: RITTO, Fernanda Paes Leme Peyneau. *Aparentamento sobre o equilíbrio econômico das prestações*. Artigo publicado nesta obra.

seja, com a instrumentalização dos seus interesses patrimoniais à luz da sua dignidade e aos valores existenciais. Trata-se, portanto, do ponto de vista normativo, de proteger a pessoa humana nas relações de consumo, não já o consumidor como uma categoria *per se* considerada.

A proteção jurídica do consumidor, nesta perspectiva, deve ser entendida como momento particular e essencial de uma tutela mais ampla: aquela da personalidade humana; seja do ponto de vista de seus interesses individuais indisponíveis; seja do ponto de vista dos interesses coletivos e difusos.⁴⁷

5 A CONSTRUÇÃO DE MAIS UMA CATEGORIA: A HIPERVULNERABILIDADE

No âmbito da interpretação setorializada, doutrina e jurisprudência passaram a utilizar o termo “hipervulnerável” para justificar um tratamento diferenciado para as pessoas naturais consideradas mais suscetíveis ou que estejam em situação de vulnerabilidade agravada ou potencializada em comparação com o consumidor padrão, como, por exemplo, os idosos, os pacientes médicos, os portadores de necessidades especiais, os alérgicos ou hipersensíveis a determinadas substâncias – como os celíacos – dentre outras situações de agravamento do estado de vulnerabilidade.

Christiano Hineck Schmitt define que “a hipervulnerabilidade resulta da soma da vulnerabilidade intrínseca à pessoa do consumidor com a fragilidade que atinge determinados indivíduos”⁴⁸.

Três casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça envolvendo o conceito de hipervulnerabilidade em hipóteses diferentes exemplificam a necessidade de parâmetros mais bem delineados entre consumidores vulneráveis e consumidores hipervulneráveis, justamente para que não ocorra uma banalização do tratamento daqueles que estiverem em situação especial de agravamento da suscetibilidade, sob pena de, em um futuro breve, novos termos terem que ser criados para justificar a proteção dessas pessoas, proteção esta já existente na Constituição Federal.

O primeiro caso trata da divergência sobre a competência para julgar pedido de perdas e danos decorrentes de uso da marca cujo registro

⁴⁷ TEPEIDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Temas de Direito Civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 293-294.

⁴⁸ SCHMITT, Cristiano Hineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do isolo no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219.

pretende-se anulação. Ao analisar o caso da marca "Cheese.ki.los" comercializada no mesmo mercado que a marca "Chee.los", ambas assumindo salgadinhos "snacks", entendeu-se que a coexistência das marcas tinha o condão gerar confusão ou associação ao consumidor.⁴⁹

Na ementa, a parte concernente ao consumidor assim ficou dispensada:

5. A possibilidade de confusão ou associação entre as marcas fletida no caso, pois, como é notório e as próprias embalagens dos produtos da marca "CHEE.TOS" e "CHEESE.KI.TOS" reproduzidas no corpo do acórdão recorrido demonstram, o público consumidor não do produto assinalado pelas marcas titularizadas pelas sociedades empresárias em litígio são as crianças, que têm inequívoco maior vulnerabilidade, por isso denominadas pela doutrina – o que encontra sucedâneo na inteligência do 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor – como consumidores hipervulneráveis.

No caso da tutela das crianças consumidoras, temos que hipervulnerabilidade foi utilizada em sua essência, a saber: *hyper – do grego hyper – "acima do normal ou do regular, muito ou muitíssimo, extremamente"*⁵⁰ + vulnerável. Logo, extremamente vulnerável, o que é o caso da criança que pode facilmente ser sugestionada a confundir uma marca de "snacks" diante de homografia e homofonia.

O segundo caso trata de Recurso Especial decorrente de Mandado de Segurança Preventivo impetrado pela Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação (ABIA) para ver garantido o seu direito líquido e certo das pessoas jurídicas que industrializam produtos que contêm glúten em sua composição não fossem obrigadas a inserir a advertência "a existência do glúten é prejudicial à saúde dos doentes celíacos" ao invés de "contém glúten", sob pena de receberem sanções administrativas, podendo ocorrer inclusive o impedimento da comercialização.

O Superior Tribunal de Justiça reformou em parte o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para não conceder a segurança, baseando o seu julgamento ora na vulnerabilidade, ora na hipervulnerabilidade do consumidor. Vejamos os trechos que tratam desses termos:

⁴⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1188105-RJ. 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Decisão por maioria. Publicado no DJe de 12.04.2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26jul. 2014. (grifamos)

⁵⁰ ALLETTI, Caldas. *Dicionário*. Disponível em: <www.caldasalleite.com.br>. Acesso em: 20 jul. 2014.

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-contido e informação-advertência. Proteção de consumidores hipervulneráveis. Campo Rotulagem. Proteção da Lei do glúten (Lei 8.543/92 alterada pela Lei de aplicação da Lei do glúten com o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor). Mandado de segurança preventivo. Justo recibo 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. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da segurança.

[...]
4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa o garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer comparar com exaustivos que, sem utilidade real, observem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.

[...]
18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas, sobretudo, os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amidade discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.

19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer de direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. [...]⁵¹

No caso do glúten, a hipervulnerabilidade surge na ementa por um esforço do julgador para que o hipervulnerável não seja considerado uma pessoa portadora de direitos "de segunda classe", vale dizer, há uma preocupação para que os fins da legislação (aparentemente, a consumerista) sejam alcançados de forma mais efetiva. Para garantir que o hipervulnerável tenha a efetiva tutela, o princípio da vulnerabilidade é invocado durante todo o julgamento.

⁵¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 586316-MG. 2ª Turma. Ministro Relator Herman Benjamin. Julgamento por unanimidade. Publicado no DJe de 18.03.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 jul. 2014. (grifamos)

No terceiro caso temos a situação de uma consumidora de sabão em pó que o utilizou não para lavar roupa, mas para a limpeza da casa, e veio a apresentar alergia em razão disso. Vejamos o contexto do emprego da hipervulnerabilidade no acórdão:

Direito do consumidor. Violação do dever de informação pelo fornecedor.

No caso em que consumidor tenha apresentado reação alérgica ocasionada pela utilização de sabão em pó, não apenas para a lavagem de roupas, mas também para a limpeza doméstica, o fornecedor do produto responderá pelos danos causados ao consumidor na hipótese em que conste, na embalagem do produto, apenas pequena e discreta anotação de que deve ser evitado o "contato prolongado com a pele" e que, "depois de utilizar" o produto, o usuário deve lavar e secar as mãos. Isto porque, embora não se possa falar na ocorrência de defeito intrínseco do produto — haja vista que a hipersensibilidade ao produto é condição inerente e individual do consumidor —, tem-se por configurado defeito extrínseco do produto, qual seja, a inadequada informação na embalagem do produto, o que implica configuração de fato do produto (CDC, art. 12) e, por efeito, responsabilização civil do fornecedor. Esse entendimento deve prevalecer, porquanto a informação deve ser prestada de forma inequívoca, ostensiva e de fácil compreensão, principalmente no tocante às situações de perigo, haja vista que se trata de direito básico do consumidor (art. 6º, III, do CDC) que se baseia no princípio da boa-fé objetiva. Nesse contexto, além do dever de informar, por meio de instruções, a forma correta de utilização do produto, todo fornecedor deve, também, advertir os usuários acerca de cuidados e precauções a serem adotados, alertando sobre os riscos correspondentes, principalmente na hipótese em que se trate de um grupo de hipervulneráveis (como aqueles que têm hipersensibilidade ou problemas imunológicos ao produto). [...]⁵²

Nesse caso, o direito à informação serve de base à contextualização de hipervulnerabilidade. Os julgadores entenderam que "a hipersensibilidade ao produto é condição inerente e individual do consumidor".

Feitas as considerações teóricas sobre os conceitos de vulnerabilidade e hipervulnerabilidade, bem como a apresentação dos três casos para entender como o Superior Tribunal de Justiça tem empregado esses termos em seus julgamentos, nos resta responder a pergunta colocada no início deste trabalho: o consumidor superendividado é somente vulnerável ou é um hipervulnerável?

⁵² BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.358.615-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Decisão por unanimidade. Publicado no DJe de 01.07.2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 Jul. 2014. (grifamos)

O consumidor superendividado é presumidamente vulnerável, como qualquer destinatário final em uma relação de consumo. Poderá, ainda, ser enquadrado como hipervulnerável, quando o julgador entender que ele se encontra em uma situação de especial suscetibilidade, merecedora de uma proteção diferenciada, em analogia com as decisões acima. Assim, o idoso superendividado poderia, para um determinado magistrador, fazer jus a essa qualificação privilegiada. Se, no entanto, o idoso fosse também deficiente visual: seria necessária a construção de mais uma categoria, um *íber* vulnerável?

Reconhecendo que o acesso ao crédito configura instrumento para o livre desenvolvimento da personalidade e que o consumidor superendividado encontra-se em uma posição de inferioridade, parece que a intensidade e a forma de sua proteção deve independer do enquadramento em qualquer categoria definida *a priori*. Sua tutela deve ser solucionada a partir do exame, no caso concreto, do seu referencial existencial, vale dizer, o intérprete deve perquirir se aquele consumidor, em determinado caso, estava em situação especial de suscetibilidade ou em suscetibilidade agravada, de modo que as normas constitucionais de proteção à pessoa, da sua dignidade e do mínimo existencial possam repercutir em sua tutela, efetivando o comando constitucional de redução das desigualdades e justiça social.

A interpretação sistemática também possibilita que o intérprete não se deixe cobrir pelo manto da hipervulnerabilidade a qualquer preço e em qualquer caso, pois ao interpretar o sistema como uno, relembra ao intérprete da capacidade, autonomia e responsabilidade que o consumidor superendividado também possui, daí a necessidade de um exame casuístico, justamente para tutelar o consumidor superendividado de boa-fé, mas não aquele que age com reserva mental de não cumprir o que contratou, agindo em flagrante má-fé. O caso que inaugurou o presente artigo é demonstrativo de um hipervulnerável idoso que não concorreu com boa-fé e por isso não recebeu a tutela judicial a seu favor. Os tribunais já vêm entendendo nesse sentido. Esse foi o entendimento do acórdão da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que decidiu pela concorrência de condutas em caso de consumidora idosa aposentada:

Contrato bancário. Empréstimo. Superendividamento. Concorrência de condutas. Dano moral apelação. Contratos bancários. Prova peritória não produzida. Culpa exclusiva do banco. Dano moral configurado. Mitigação do quantum indenizatório. Concorrência de condutas. I. A autora, que recebe um salário mínimo do INSS como

apresentada, celebrou com o réu cinco contratos de empréstimo pessoal (tão consignados), três deles em apenas um mês. Tendo perdido o controle de sua vida financeira, agilizou em face do Banco ação indenizatória, por danos material e moral.

[...] 4. O dano moral restou configurado. Conquanto a autora não tenha provado que foi "induzida pela gerência" a celebrar os contratos, é certo que o réu, ao facilitar ao máximo o crédito a quem não tinha capacidade financeira para quitá-lo no tempo ajustado (já que nem sempre a apelante dispunha de numerário suficiente na conta quando do vencimento das parcelas), acabou por estimular o superendividamento da aposentada, situação que é hábil a ferir o somo de qualquer pessoa minimamente responsável, causando-lhe angústia, desassossego, humilhação que transcendam do mero dissabor que pode decorrer da relação negocial que um correntista mantém com seu banco. Todavia, considerando que a autora também concorreu com sua desorganização financeira para a situação narrada nos autos, tenho que o quantum compensatório deve ser arbitrado em R\$ 3.000,00 (cinco mil reais).⁴⁵

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legislador federal, ao cumprir o comando constitucional de promover a defesa do consumidor, presumiu a vulnerabilidade de todas as pessoas que integram ou venham a integrar uma relação de consumo. Esta qualificação, todavia, não afiasa nem reduz a importância da proteção mais ampla do sujeito como pessoa humana, imposta pela normativa constitucional. Assim, mais importante do que a criação de novas categorias de tutela, é reconhecer a necessidade de *in concreto*, verificar a forma mais adequada e ponderada de realização do preceito constitucional.

Nesse sentido, não é possível tomar por base somente a lei consumerista para a tutela dos consumidores superendividados, sob pena daqueles agravados em sua vulnerabilidade não encontrarem fundamento para uma proteção ainda mais cuidadosa da condição existencial de suscetibilidade. Independente de categorização, o intérprete deve voltar o olhar para uma o sistema jurídico em que aquele consumidor sobrecarregado

está inserido, de forma a interpretar o contrato com base no equilíbrio econômico, mas, sobretudo, com base na dignidade da pessoa humana.

Feita essa primeira consideração, chegamos ao segundo objetivo do trabalho, que é a preocupação com fundamentos melhor delineados entre vulneráveis e hipervulneráveis, justamente para que não se perca o fio condutor do sistema de proteção à vulnerabilidade e seja necessário criar novas teorias de proteção.

O ordenamento jurídico brasileiro já possui solução para os dois casos, solução esta que está presente na tábua axiológica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que tem como fundamento, destinada a pessoa humana e promover a igualdade substancial, destinada a tutela especial aos grupos mais suscetíveis ao agravamento da vulnerabilidade.

8 REFERÊNCIAS

- ACSELRAD, Henri. Vulnerabilidade, processos e relações. *In*: FERREIRA, Helne Sivini; LEITE, Jose Rubens Morato; BOKATIT, Larissa Verri (Orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- AULETE, Caldas. *IDicionário*. Disponível em: <www.caldasauferc.com.br?>. Acesso em: 20 jul. 2014.
- AYRES, José Ricardo de Carvalho de Mesquita [et al.]. Risco, vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção de saúde. *In*: CAMPOS, Gastão Wagner de Souza [et al.]. *Tratado de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. *In*: TEPE-DINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. *In*: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coords.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BARRETO FILHO, Oscar. O crédito no direito. *Revista dos Tribunais*, v. 315. São Paulo: 1962, p. 431.
- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Elips, 1995.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, *passim*.
- Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BERTONCELI O, Karen Rick Danilievicz. Bancos de dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, abr. 2004.
- 45 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível n. 0004519-91.2007.8.19.0026. 15ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Jaqueline Montenegro. Decisão por unanimidade. Publicado em 05.06.2014. Transcrito em julgado. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 26 jul. 2014. (grifamos)

Superendividamento e dever de renegociação. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento de crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. p. 203, *apud* CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MARQUES, Cláudia. **Direitos do consumidor endividado:** Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CALIXTO, Marcelo Janqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. *In*: MORAES, Maria Célia Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASADO, Márcio Melo. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MARQUES, Cláudia Lima. **Direitos do consumidor endividado:** Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Essay d'Analyse Dualiste de l'Obligation au Droit Privé *apud* COMPARATO, Fábio Konder. **O seguro de crédito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

O seguro de crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERMIN, Roland Schramm. Bioética, vulnerabilidade de pessoas portadoras de deficiências e políticas de proteção *apud* BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas.** Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FLOMENO, José Geraldo Brito. **Código de Defesa do Consumidor pelos autores do Anteprojeto.** 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1993.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Unesp, 1991.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna:** uma pesquisa sobre as origens da mudança social. São Paulo: Loyola, 2000.

LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento de crédito ao consumo na América Latina e superendividamento, p. 203 *apud* CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MARQUES, Cláudia. **Direitos do consumidor endividado:** Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratante vulnerável e autonomia privada. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, a. 1, n. 10, Lisboa: IDB, 2012, p. 6, 185/6, 186.

MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor *apud* BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidador: aspectos jurídicos. *In*: OLIVEI-

RA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coords.). **Cuidado e vulnerabilidade.** São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

RIO DE JANEIRO PAES LEAL PEYNEAU. **Apontamento sobre o equilíbrio econômico das prestações.** Artigo publicado nesta obra.

SARDENBERG, Rubens. Economista-chefe. **Panorama do mercado de crédito.** FEBRABAN, junho de 2013. Disponível em: <www.febraban.org.br>. Acesso em: 17 jan. 2013.

SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 16, n. 26, Rio de Janeiro, 2009, p. 174.

SCHMIDT, Cristiano Heinicke. **Consumidores hipervulneráveis:** a proteção do

isolado no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter:** consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. **Temas de Direito Civil** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.