

Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade: exame crítico de uma trajetória de generalização

Carlos Nelson Konder

Doutor e mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Cíntia Muniz de Souza Konder

Doutora em Direito Civil pela UERJ. Professora da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professora do Curso de Direito do IBMEC. Professora dos cursos de Pós-graduação *lato sensu* da UERJ e da PUC-Rio.

Resumo: À luz das origens do conceito de vulnerabilidade, o artigo aborda como a sua utilização generalizada pelo direito do consumidor deu ensejo à formulação do conceito de hipervulnerabilidade e analisa a utilização dessa categoria pela jurisprudência, apontando o perigo de novo processo de expansão. Diante disso, confronta a necessidade dessa nova categoria em face de premissas como a unidade do ordenamento jurídico e a distinção entre situações existenciais e patrimoniais.

Palavras-chave: Vulnerabilidade; hipervulnerabilidade; dignidade da pessoa humana

Sumário: Introdução – 1 Raízes do conceito de vulnerabilidade – 2 A apropriação do conceito de vulnerabilidade pelo direito do consumidor 3 A construção do conceito de hipervulnerabilidade 4 A expansão do conceito de hipervulnerabilidade – 5 Por uma leitura sistemática à luz da distinção entre situações patrimoniais e existenciais – Conclusão – Referências

Introdução

A utilização do conceito jurídico de hipervulnerabilidade se insere em um movimento salutar de preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana em seus aspectos mais essenciais e de adequar a dogmática tradicional do direito privado à ordem constitucional que privilegia os imperativos de solidariedade social. No entanto, a construção da categoria da “hipervulnerabilidade” é também reflexo da proliferação das referências, em contextos e com significados diversos, do conceito de

vulnerabilidade, o que gera o receio de superutilização desta categoria, que lhe venha a esvaziar o conteúdo normativo. Esse tipo de processo de banalização de conceitos, impondo a construção de novas categorias, demanda atenção e cuidado, pois pode transformar importantes instrumentos jurídicos de alteração da realidade em meras invocações retóricas, sem força normativa efetiva.

Pretende-se, portanto, neste estudo, refletir sobre a utilidade da categoria da hipervulnerabilidade em contraposição à definição mais precisa dos conteúdos e dos efeitos da categoria jurídica da vulnerabilidade. Essa análise será realizada a partir da premissa da distinção entre as situações patrimoniais e as existenciais e da unidade do ordenamento jurídico, frente às quais se pode questionar excessiva ampliação e desvirtuação do significado original da vulnerabilidade.

1 Raízes do conceito de vulnerabilidade

A despeito da polissemia do vocábulo *vulnerabilidade* e de sua utilização em diversas áreas da ciência, costuma-se identificar suas raízes na designação de pessoas ou grupos fragilizados.¹ Mais especificamente, foi nos estudos na área da saúde que o conceito parece ter encontrado as primeiras aplicações. Em 1996, Jonathan Mann e Daniel Tarantola trabalharam o uso do termo vulnerabilidade a partir da chance de alguém se expor ao HIV e de adoecer pela AIDS.² Ayres ressaltou:

A noção de vulnerabilidade busca responder à percepção de que a chance de exposição das pessoas ao HIV e ao adoecimento pela AIDS não é resultante de um conjunto de aspectos apenas individuais, mas também coletivos, contextuais, que acarretam maior susceptibilidade à infecção e ao adoecimento, e, de modo inseparável, maior ou menor disponibilidade de recursos de todas as ordens para se proteger de ambos.³

A partir dos fatores de vulnerabilidade apresentados por Mann na análise da epidemia mundial de Aids, Ayres propôs três dimensões da vulnerabilidade – individual, social e programática (ou institucional) –, buscando estudar esses três eixos interdependentes de compreensão da vida das pessoas em comunidades.⁴

¹ BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 114-115.

² MANN, Jonathan M.; TARANTOLA, Daniel. *AIDS in the World II: Global Dimensions, Social Roots, and Responses*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 38.

³ 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. 396.

⁴ 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. 399.

O conceito de vulnerabilidade objetiva, portanto, compreender como certos grupos, em virtude de determinadas características, estão mais suscetíveis a determinados riscos. Trata-se de categoria que, dessa forma, constrói-se como uma questão de direitos humanos, “destinada a vinculá-las às suas raízes sociais mais profundas, estimulando e potencializando a mobilização das pessoas para a transformação destas condições”.⁵

Sob acepção mais ampla, a vulnerabilidade liga-se à própria condição humana, já que qualquer ser humano pode ser atingido, fragilizado, desamparado ou vulnerado em situações contingenciais.⁶ Todavia, o conceito de vulnerabilidade ganha em força quando remete justamente ao seu viés original, ou seja, à condição de certos grupos de maior suscetibilidade de serem feridos, em razões de condições individuais, sociais e institucionais. Como ressalta Barboza:

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.⁷

A vulnerabilidade entra no âmbito do direito com essa marca, referente à suscetibilidade, própria de certos grupos de pessoas, que, em razão de determinadas condições, encontram-se mais expostos a riscos, a justificar a intervenção protetiva do direito. Explicam Marques e Miragem:

Podemos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, 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, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa.⁸

Constata-se, todavia, que a acepção do termo vulnerabilidade se amplia no âmbito do direito, no qual a exposição a risco ou a suscetibilidade de ser ferido é apreendida de forma menos literal, desassociada de

⁵ ACSELRAD, Henri. Vulnerabilidade, processos e relações. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, Jose Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 96.

⁶ SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. *Revista Bioética*, n. 16 (1), 2008, p. 20.

⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107.

⁸ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 117.

sua ligação com a saúde psicofísica do titular. Nesse contexto, a vulnerabilidade é utilizada para se referir a qualquer situação de inferioridade socioeconômica que justifique a atuação reequilibradora do direito. Sob esse viés mais amplo, a proteção jurídica dos vulneráveis é associada mesmo aos juros usurários e à proteção ao trabalhador, perpassando pela defesa do consumidor e do contratante aderente, até o Código Civil de 2002.⁹ Essa ampliação do conceito de vulnerabilidade no âmbito do direito foi causada, principalmente, pelo advento do Código de Defesa do Consumidor, como se passa a expor.

2 A apropriação do conceito de vulnerabilidade pelo direito do consumidor

Em 1990, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) firmou a 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. A partir de então, no nosso ordenamento, todo consumidor é vulnerável: “vulnerabilidade é a característica de todos os consumidores, de todos aqueles que realizam a destinação final de um produto ou serviço”.¹⁰

Parte-se da premissa de que os detentores dos meios de produção controlam o mercado, isto é, “o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro”, razão pela qual, diante deles, o consumidor é “sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável”.¹¹ Nesse contexto, todo consumidor é vulnerável, ou não é consumidor,¹² razão pela qual se constata uso mais largo do termo vulnerabilidade, ligado à mera inferioridade contratual. Explica 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.

(...)

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa: IDB, ano 1, n. 10, 2012, p. 6185/6186.

¹⁰ 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.

¹¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional de relações de consumo. In: AAVV. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1993, p. 54.

¹² 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*, São Paulo, v. 76, out./2010, p. 13.

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. A presunção é o meio de prova pressuposta que dispensa a comprovação real.¹³

Ilustra-se em doutrina referindo-se a diversos tipos de vulnerabilidade: informacional, técnica, jurídica, fática, política, psíquica, ambiental,¹⁴ mas trata-se de exemplificação, eis que a verificação concreta da ocorrência de alguma delas não é necessária, pois prevalece a presunção legal. Mesmo um homem rico, jovem, saudável e devidamente informado, com enorme força econômica, vasto conhecimento técnico sobre o assunto e uma equipe de advogados a seu dispor, será reputado vulnerável – nos termos do CDC – se for destinatário final de produto ou serviço, ainda que não esteja exposto a qualquer risco especial de ser ferido.

Embora a consagração generalizada desse tipo de proteção seja enorme conquista social, pois em qualquer relação de consumo há inferioridade contratual que justifica a intervenção reequilibradora do legislador, deve-se ter atenção à terminologia: ao utilizar a expressão “vulnerabilidade” para referir-se à condição de todo consumidor, ela foi dissociada de seu significado original, vinculado ao aspecto existencial da pessoa humana.¹⁵ Presumindo a vulnerabilidade de todos os atores de uma relação de consumo, o estatuto consumerista não aborda os casos em que, para além da inferioridade inerente ao desequilíbrio socioeconômico, também as condições da pessoa natural exijam tratamento jurídico especial.¹⁶

Trata-se de situações em que o consumidor se vê afligido não apenas por ser consumidor, mas por alguma daquelas características pessoais que o tornam mais exposto a risco, mais suscetível de ser ferido, na acepção original do conceito de vulnerabilidade. Diante da situação desses sujeitos, em confronto com a generalização do conceito de vulnerabilidade para todos os consumidores, foi construída a categoria da hipervulnerabilidade.

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa: IDB, ano 1, n. 10, 2012, p. 6188/6189.

¹⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207-210.

¹⁵ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de direito do consumidor*, v. 99, 2015, p. 122.

¹⁶ KONDER, Cintia Muniz de Souza. Vulnerabilidade, hipervulnerabilidade ou simplesmente dignidade da pessoa humana? Uma abordagem a partir do exemplo do consumidor superendividado. In: MONTEIRO FILHO, C. E. R. (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 84.

3 A construção do conceito de hipervulnerabilidade

No âmbito da interpretação setorizada, 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. Trata-se, por exemplo, dos idosos, dos pacientes médicos, das pessoas com deficiência, dos alérgicos ou hipersensíveis a determinadas substâncias – como os celíacos –, dentre outras situações de agravamento do estado de vulnerabilidade. Schmitt explica que “a hipervulnerabilidade resulta da soma da vulnerabilidade intrínseca à pessoa do consumidor com a fragilidade que atinge determinados indivíduos”.¹⁷

Alguns casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça envolvendo o conceito de hipervulnerabilidade em cenários diferentes ilustram o desenvolvimento dessa categoria.

É possível encontrar, de plano, julgados em que o termo foi invocado para se referir à vulnerabilidade existencial, no seu sentido original, isto é, a grupos que se encontram em situação de maior risco de serem feridos. Por exemplo, a hipervulnerabilidade foi utilizada para justificar a medida protetiva de alimentos em favor da mulher vítima de violência doméstica, já que “compreensão diversa tornaria inócuo o propósito de se conferir efetiva proteção à mulher, em situação de hipervulnerabilidade, indiscutivelmente”.¹⁸ Pode-se aduzir ainda, usando o vocábulo na mesma acepção, julgado visando coibir programas televisivos que ridicularizavam crianças, cuja privacidade era exposta em quadro de investigação de paternidade apresentado de forma jocosa.¹⁹

No âmbito das questões de saúde, também é comum encontrar a referência à hipervulnerabilidade nesse sentido mais próximo do significado original de vulnerabilidade. É o caso da discussão sobre a legitimidade do Ministério Público para exigir o fornecimento de prótese auditiva para pessoas com esse tipo de deficiência, ao argumento de que “a tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis é de inafastável e evidente conteúdo social, mesmo quando a ação civil pública, no seu resultado imediato, aparenta tutelar apenas uma única pessoa”.²⁰ Outro exemplo pode

¹⁷ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *RHC 100446*. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 27 nov. 2018, publ. 05/12/2018.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *REsp 1517973*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 16 nov. 2017, publ. 01 fev. 2018.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 931513*. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias. Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, julg. 25 nov. 2009, publ. 27 set. 2010.

ser aduzido no julgado relativo à obrigação bancária de fornecer informações em Braille para deficientes visuais, afirmando-se que a “não utilização [do Braille], durante todo o ajuste bancário, impede o referido consumidor hipervulnerável de exercer, em igualdade de condições, os direitos básicos, consubstanciando, além de intolerável discriminação e evidente violação aos deveres de informação adequada, vulneração à dignidade humana”.²¹

Em todos esses casos, observa-se a clara vulnerabilidade do sujeito quanto a aspectos de sua dignidade e o julgado versa justamente sobre como a pretensão visa protegê-lo de graves riscos a que se encontra especialmente exposto. A jurisprudência superior, todavia, vem utilizando o conceito de hipervulnerabilidade também com abrangência maior, de forma a ampliar o seu alcance para situações e objetivos diversos daqueles ligados à acepção original do conceito de vulnerabilidade, como se passa a analisar.

4 A expansão do conceito de hipervulnerabilidade

Ainda na área da saúde, já é possível identificar julgados em que o conceito de hipervulnerabilidade é invocado não para a proteção do sujeito em condição de risco, mas, por exemplo, para atingir terceiros. É o caso de um dos primeiros julgados do STJ invocando o tema, referente a consumidores celíacos, isto é, com intolerância a glúten. O tribunal entendeu não ser suficiente a advertência “contém glúten”, que já seria suficiente para os consumidores que saibam terem intolerância, mas ser cabível ainda exigir do fornecedor que indique que “a existência do glúten é prejudicial à saúde dos doentes celíacos”, para atingir também os consumidores que desconhecem o que seja a doença celíaca.²² O tema voltou ao STJ mais recentemente em sede de embargos de divergência para confirmar que o “fornecedor de alimentos deve complementar a informação-conteúdo ‘contém glúten’ com a informação-advertência de que o glúten é prejudicial à saúde dos consumidores com doença celíaca”.²³ Ou seja, a advertência não se volta exclusivamente aos celíacos, mas a conscientizar a população como um todo da existência dessa condição.

O conceito foi utilizado de forma expansiva, igualmente, para abranger não somente a pessoa vitimada em sua saúde, mas também seus parentes, aproximando-se de situações que se assemelham mais ao

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *REsp 1349188*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 10 maio 2016, publ. 22 jun. 2016.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *REsp n. 586316*. Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 17 abr. 2007, publ. 18 mar. 2009.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *EREsp 1515895/MS*. Rel. Min. Humberto Martins, julg. 20 set. 2017, publ. 27 set. 2017.

aproveitamento de situação de necessidade, discutido nos negócios viciados por lesão. Foi o caso do julgado relativo à venda do produto “cogumelo do sol” alardeando possibilidades curativas para pai de paciente com câncer: “aquisição do produto decorreu da inadequada veiculação de falsas expectativas quanto à possibilidade de cura de câncer agressivo e da exploração da hipervulnerabilidade do recorrente, naturalmente fragilizado pelo mal sofrido por seu filho”.²⁴

Indo além dos julgados vinculados diretamente a questões de saúde, observa-se que a hipervulnerabilidade é associada com frequência a decisões em que, de qualquer forma, são envolvidas determinadas categorias de sujeitos, como idosos, crianças e indígenas. No âmbito dessas categorias é que se observa com ainda maior nitidez processo de expansão de seu significado. Em diversos desses julgados, a questão em jogo não diz respeito à maior suscetibilidade de serem feridos, mas é tomada como premissa, em abstrato.

Mesmo que a saúde seja tomada como uma premissa em abstrato, praticamente um caso-paradigma, nem todo julgado do Superior Tribunal de Justiça relacionado a esse tema teve como resultado a fixação do critério da hipervulnerabilidade. A ação civil pública envolvendo a Souza Cruz S/A no tema dos cartões *insert* e *onsert* nos maços de cigarro não teve julgamento unânime. Para o voto vencido, tais cartões caracterizavam publicidade, e por isso violavam as advertências obrigatórias sobre os males que o tabaco causa à saúde e que têm por objetivo desestimular o consumidor viciado nesses produtos. Um dos principais fundamentos é descrito no voto vencido:

O consumidor de produtos fumígenos merece uma proteção adicional, mais intransigente, em virtude de sua fragilidade frente ao estímulo de permanecer consumindo um produto nocivo à sua saúde. A doutrina destaca que o consumidor regular de produtos fumígenos tem seu livre arbítrio reduzido, porquanto “a própria OMS já constatou que os riscos do tabagismo são percebidos como muito distantes, facilmente compensados pelos benefícios psicológicos imediatos” e também porque “depois de viciado (e o vício se instala rapidamente), não é nada fácil deixar de fumar”.²⁵ Esse consumidor qualifica-se, de fato, como hipervulnerável, de vulnerabilidade agravada ou potencializada, conforme previsto no art. 39, IV, do CDC, em razão do manifesto desequilíbrio entre ele e o fornecedor na livre escolha pela adoção de um comportamento de consumo”.²⁶

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *REsp 1329556/SP*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 25 nov. 2014, publ. 09/12/2014.

²⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. A relatividade do livre-arbítrio e a responsabilização da indústria do fumo. A desconstrução de um mito. *Revista de Derecho Privado*, ISSN-e 0123-4366, n. 31, 2016.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *REsp 1703077*. Rel. Min. Nancy Andrighi. Rel. p/ acórdão Min. Moura Ribeiro, julg. 11/12/2018, publ. 15 fev. 2019.

A maioria dos julgadores da Terceira Turma, no entanto, assim não entendeu. Duas das principais partes da ementa assim ficaram estipuladas:

1.1. Os cartões inserts ou onserts não caracterizam publicidade, uma vez que se encontram no interior das embalagens de cigarro, ou seja, não têm o condão de transmitir nenhum elemento de persuasão ao consumidor, por impossibilidade física do objeto.

(...)

3.2. O fumante que se utiliza dos cartões inserts ou onserts quer tampar a visão do aviso dos malefícios que ele sabe que o cigarro causa à saúde. (BRASIL, 2019a).

No tocante aos idosos, é o caso da validade de “cartão de crédito sênior”, com débito automático no provento recebido pelo INSS, tendo em vista pressuposição de “capacidade cognitiva e discernimento menores do que a população em geral”.²⁷ No tocante às crianças, aduz-se julgado sobre direito marcário, em que se discute se seriam atingidas pela confusão entre a marca “cheese.ki.tos” e a marca “chee.tos”, ambas comercializadas no mercado de salgadinhos,²⁸ ou ainda julgado sobre seguro DPVAT, em que se limita a aplicar a regra relativa à suspensão da prescrição diante de credor absolutamente incapaz.²⁹

Diversos exemplos podem ser encontrados nos debates sobre a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para defender os interesses dessas categorias. Assim, por exemplo, na discussão sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em favor de interesse indígena, relativo à oferta de serviço odontológico pelo SUS;³⁰ ou da Defensoria Pública para atuar em favor de idosos, em caso referente à gratuidade em transporte intermunicipal.³¹

Em linha ainda mais abrangente, pode-se aduzir o julgado em que se debateu a legitimidade da Defensoria Pública para impugnar edital de vestibular que previa regras para os candidatos poderem concorrer às vagas reservadas para cotas³² ou para atuar em nome dos beneficiários de planos de saúde, com base no dispositivo constitucional que prevê “a

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *REsp 1358057*. Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 22 maio 2018, publ. 25 jun. 2018.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp n. 390560*. Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 29 ago. 2013, publ. 11 set. 2013.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *REsp 1349599*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 13 jun. 2017, publ. 01 ago. 2017.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *REsp 1064009*. Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 04 ago. 2009, publ. 27 abr. 2011.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *AgInt no AREsp 1220572*. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 18 mar. 2019, publ. 26 mar. 2019.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª turma). *AgInt no REsp 1573481*. Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 26 abr. 2016, publ. 27 maio 2016.

defesa dos necessitados” e no qual todos os consumidores de planos de saúde foram reputados hipervulneráveis, que seriam:

os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras, enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, “necessitam” da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção.³³

Por fim, não se pode deixar de aduzir julgado em que o conceito de hipervulnerabilidade foi utilizado para se referir a consumidora que desenvolveu alergia a sabão em pó porque, em lugar de utilizá-lo para lavar roupa, usou o produto para a limpeza da casa inteira:

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. Isso 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).³⁴

A trajetória do conceito de hipervulnerabilidade na jurisprudência corrobora a premissa inicial: como o conceito de vulnerabilidade foi associado de forma generalizada a todas as hipóteses de inferioridade econômica comuns aos consumidores, foi necessário novo conceito para tratar daquelas situações de suscetibilidade de natureza existencial (condições de saúde e de idade). Corrobora, ainda, o receio quanto ao ciclo vicioso, decorrente da nova expansão e generalização, partindo para sua atribuição em abstrato para determinadas categorias, ainda que o tema discutido em concreto não guarde relação com a fragilidade referida. Para além do

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *REsp* 1192577. Rel. Min. Laurita Vaz, julg. 21 out. 2015, publ. 13 nov. 2015.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *REsp* n. 1358615. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julg. 02 maio 2013, publ. 01 jul. 2013.

paternalismo possivelmente injustificado, as decisões refletem a possibilidade de tendência expansiva da própria hipervulnerabilidade.

Com efeito, independente do cuidado, a construção de novos conceitos para identificar a necessidade de proteção especial aos infundáveis aspectos existenciais da pessoa humana pode levar a uma espiral que, ao categorizar, pode acabar por limitar a proteção à dignidade da pessoa humana. Por exemplo, se agora todo consumidor é vulnerável, e o consumidor criança e o consumidor idoso são hipervulneráveis, quando estivermos diante de uma criança com sensibilidades alimentares, um idoso com deficiência visual ou um paciente médico em estado terminal, seria necessária a construção de mais uma categoria, um *übevulnerável*?³⁵ Parece mais adequado, em lugar da hierarquização de categorias, buscar a interpretação sistemática do problema, que, já de início, se paute pela distinção entre aspectos patrimoniais e aspectos existenciais.

5 Por uma leitura sistemática à luz da distinção entre situações patrimoniais e existenciais

Os problemas decorrentes da construção do conceito de hipervulnerabilidade como forma de compensar a banalização do conceito de vulnerabilidade parecem decorrer da inobservância de duas premissas metodológicas centrais ao estudo contemporâneo do direito civil.

A primeira é a distinção entre as situações jurídicas patrimoniais e as situações jurídicas existenciais e a instrumentalidade daquelas a estas. A superioridade normativa da Constituição e a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe 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”.³⁶ Em que pese a dificuldade de distinção, eis que mesmo sob o perfil funcional identificam-se situações dúplices,³⁷ 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. Como explica Perlingieri:

³⁵ KONDER, Cintia Muniz de Souza. Vulnerabilidade, hipervulnerabilidade ou simplesmente dignidade da pessoa humana? Uma abordagem a partir do exemplo do consumidor superendividado. In: MONTEIRO FILHO, C. E. R. (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 89.

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: ESI, 1972, p. 338.

³⁷ Sobre o tema, v. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e 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*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24; e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, *passim*.

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.³⁸

Esse viés fundamental foi perdido com o desvirtuamento do conceito de vulnerabilidade: o termo remetia à suscetibilidade a ser ferido – e, portanto, vinculava-se mais diretamente à esfera existencial –, mas foi generalizado para aplicar-se a diversas situações de inferioridade contratual, de natureza essencialmente patrimonial. Cunhou-se então a hipervulnerabilidade que, a despeito das melhores intenções, além de não exprimir seu cerne não-patrimonial, leva a crer que se trata de uma mudança puramente quantitativa (“hiper”), em lugar de qualitativa.³⁹ Parece mais adequado, nesse sentido, referir-se simplesmente a “vulnerabilidade existencial”, retomando o sentido original do termo, entendida como “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”.⁴⁰

Mais do que isso, parece que a generalização do conceito de vulnerabilidade e a construção do conceito de hipervulnerabilidade poderiam ser evitados se observada com mais rigor outra premissa metodológica fundamental, qual seja, a unidade do ordenamento jurídico. O Código de Defesa do Consumidor não deve ser concebido como um microsistema alheio ao restante do sistema jurídico: o ordenamento ou bem é uno, ou não é ordenamento.⁴¹ A unidade é característica essencial a qualquer sistema e, portanto, em que pese existirem relações jurídicas que, por suas peculiaridades, demandam regras e princípios próprios, não há como conceber tal conjunto normativo como sistema autônomo, mas sim como expressão dos princípios gerais do ordenamento sobre aquela situação específica. Em que pese sua enorme complexidade, o ordenamento jurídico encontra unidade no texto constitucional, que lhe provê os princípios e valores fundamentais a serem perseguidos em qualquer âmbito.

Dessa forma, o legislador federal, ao cumprir o comando constitucional de promover a defesa do consumidor, partiu da posição contratual

³⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 122.

³⁹ A difusão do termo tem origem na decisão: STJ, 2ª T., REsp 1064009/SC. Rel. Ministro Herman Benjamin, julg. 04 ago. 2009, publ. *DJe* 27 abr. 2011.

⁴⁰ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de direito do consumidor*, v. 99, 2015, p. 111.

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 200-201.

de inferioridade das pessoas que integram ou venham a integrar uma relação de consumo na condição de destinatários finais. Esta qualificação, todavia, não afasta nem reduz a importância da proteção mais ampla do sujeito como pessoa humana, imposta pela normativa constitucional, em especial pelo princípio da dignidade da pessoa humana. 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.⁴²

Independentemente de categorização, o intérprete deve voltar o olhar para o sistema jurídico em que aquele consumidor está inserido, de forma a interpretar o contrato com base no equilíbrio econômico, mas, sobretudo, com base na dignidade da pessoa humana. Em lugar da construção de novas categorias, que podem acabar por encarcerar o olhar do intérprete a exemplos predefinidos, é prioritário manter em vista a necessidade constante de aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana quando houver ameaça ou risco aos seus aspectos existenciais. Gustavo Tepedino assim leciona:

O constituinte, assim procedendo, não somente inseriu a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirma que sua proteção deve ser feita do ponto de vista instrumental, ou seja, com a instrumentalização dos seus interesses patrimoniais à tutela de 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 estudada 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.⁴³

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, lembra ao intérprete da capacidade, autonomia e responsabilidade que o consumidor também possui, evitando-se paternalismos injustificados à luz da legalidade constitucional.

Conclusão

O conceito de vulnerabilidade refere-se, em sua essência, à condição de certos sujeitos serem mais suscetíveis a serem feridos e encontrarem-se

⁴² KONDER, Cintia Muniz de Souza. Vulnerabilidade, hipervulnerabilidade ou simplesmente dignidade da pessoa humana? Uma abordagem a partir do exemplo do consumidor superendividado. In: MONTEIRO FILHO, C. E. R. (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 90.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 293-294.

mais expostos a certos riscos, em razão de condições individuais, sociais e institucionais. Entretanto, a utilização do termo no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, generalizado para todos os destinatários finais de produtos e serviços na cadeia de consumo, acarretou significativa ampliação – ou mesmo banalização – do seu significado. A associação a qualquer forma de inferioridade contratual, ainda que de impacto exclusivamente econômico, levou à construção de outro termo, idôneo a retomar o significado original da vulnerabilidade, referente à ameaça de lesão a aspectos existenciais da pessoa humana, e capaz de abarcar situações como consumidores idosos, crianças e com deficiência.

Entretanto, observou-se que a criação sucessiva de novas categorias pode gerar círculo vicioso, ensejando outro processo de banalização do termo, bem como o encarceramento da tutela da pessoa humana em modelos típicos ou categorias predeterminadas. Nessa linha, foi indicada a necessidade de ter em vista, prioritariamente, duas premissas metodológicas centrais. A primeira referente à distinção das situações patrimoniais frente às existenciais, sendo as primeiras instrumentais às segundas. A segunda referente à unidade do ordenamento jurídico, afastando a análise puramente setorial em favor de uma abordagem sistemática, centrada no texto constitucional. Sob essas premissas, a incidência direta e imediata do princípio da dignidade da pessoa humana às relações privadas, em especial diante da ameaça de lesão a aspectos existenciais, prescinde de categorizações e deve ser feita à luz do sistema jurídico como um todo.

From vulnerability to hypervulnerability: critical examination of a generalization trajectory

Abstract: In light of the origins of the concept of vulnerability, the article discusses how its widespread use by consumer law gave rise to the formulation of the concept of hypervulnerability and analyzes the use of this category in jurisprudence, pointing out the danger of a new expansion process. The article then confronts the need for this new category with premises such as the unity of the legal system and the distinction between existential and patrimonial situations.

Keywords: Vulnerability; hypervulnerability; human dignity

Referências

ACSELRAD, Henri. Vulnerabilidade, processos e relações. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, Jose Rubens Morato; BORAITTI, Larissa Verri (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

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. 375-417.

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106-118.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 931513*. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias. Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, julg. 25 nov. 2009, publ. 27 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *AgInt no AREsp 1220572*. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 18 mar. 2019, publ. 26 mar. 2019. [2019b]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *AgInt no REsp 1573481*. Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 26 abr. 2016, publ. 27 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *REsp 1064009*. Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 04 ago. 2009, publ. 27 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *REsp 586316*. Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 17 abr. 2007, publ. 18 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *REsp 1329556/SP*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 25 nov. 2014, publ. 09/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *REsp 1358057*. Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 22 maio 2018, publ. 25 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *REsp 1703077*. Rel. Min. Nancy Andrighi. Rel. p/ acórdão Min. Moura Ribeiro, julg. 11/12/2018, publ. 15 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *RHC 100446*. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 27 nov. 2018, publ. 05/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *REsp 1349188*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 10 maio 2016, publ. 22 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *REsp 1349599*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 13 jun. 2017, publ. 01 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *REsp n. 1358615*. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julg. 02 maio 2013, publ. 01 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *REsp 1517973*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 16 nov. 2017, publ. 01 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp n. 390560*. Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 29 ago. 2013, publ. 11 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *EREsp 1192577*. Rel. Min. Laurita Vaz, julg. 21 out. 2015, publ. 13 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *EREsp 1515895*. Rel. Min. Humberto Martins, julg. 20 set. 2017, publ. 27 set. 2017.

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. 315-356.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional de relações de consumo. In: AAVV. *Código de Defesa do Consumidor pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1993. p. 52-115.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de direito do consumidor*, v. 99, p. 101-123, 2015.

KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Vulnerabilidade, hipervulnerabilidade ou simplesmente dignidade da pessoa humana? Uma abordagem a partir do exemplo do consumidor superendividado. In: MONTEIRO FILHO, C. E. R. (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 69-93.

MANN, Jonathan M.; TARANTOLA, Daniel. *AIDS in the World II: Global Dimensions, Social Roots, and Responses*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

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

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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*, São Paulo, v. 76, p. 13-45, out. 2010.

LÓBO, Paulo Luiz Neto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa: IDB, ano 1, n. 10, p. 6184-6185, 2012.

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

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

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

SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. *Revista Bioética*, n. 16 (1), p. 11-23, 2008.

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*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 3-24.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Recebido em: 06.06.20
Aprovado em: 21.05.21

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade: exame crítico de uma trajetória de generalização. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 23, n. 127, p. 53-68, maio/jun. 2021.
