

COORDENADORAS

Fabiana Rodrigues
BARLETTA

Vitor
ALMEIDA

VULNERABILIDADES E SUAS DIMENSÕES JURÍDICAS

Adriano Marteleto Godinho · Amanda Guedes Ferreira · Ana Carla Hermatiuk Matos · Ana Paula Barbosa-Fahrmann · Anderson Schreiber · Andréia Fernandes de Almeida Rangel · Bruno Henrique da Silva Chaves · Caitlin Mulholland · Carlos Henrique Félix Dantas · Carlos Nelson Konder · Carolina Silvino de Sá Palmeira · Cintia Muniz de Souza Konder · Claudia Lima Marques · Daniela Corrêa Jacques Brauner · Daniela Silva Fontoura de Barcellos · Deborah Pereira Pinto dos Santos · Elsa Cruz · Fabiana Rodrigues Barletta · Fabíola Albuquerque Lobo · Fernanda Nunes Barbosa · Fernando Rodrigues Martins · Flávia Albaine Farias da Costa · Flávia Zangerolame · Flávio Bellini de Oliveira Salles · Flávio Henrique Silva Ferreira · Francielle Elisabet Nogueira Lima · Gabriel Schulman · Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka · Guilherme Calmon Nogueira da Gama · Guilherme Domingos Wodtke · Guilherme Mucelin · Gustavo Cardoso Silva · Gustavo Henrique Baptista Andrade · Heloisa Helena Barboza · Henrique Rodrigues Meireles Matos · Igor Alves Pinto · Ingrid Januzzi Ferreira Gomes · Joana Dhália · João Victor Ferreira Ximenes · José Luiz de Moura Faleiros Júnior · Káren Rick Danilevitz Bertonecello · Keila Pacheco Ferreira · Kelly Cristine Balaço Sampaio · Lúcia Souza d'Aquino · Luciano Campos de Albuquerque · Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto · Marcelo Junqueira Calixto · Marcos Ehrhardt Júnior · Maria Stella Gregori · Mário Gamaliel Guazzeli de Freitas · Mathaus Prestes Tavares Duarte · Maurílio Casas Maia · Milena Donato Oliva · Nelson Rosenvald · Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo · Paulo Lôbo · Pedro Gueiros · Pedro Marcos Nunes Barbosa · Rachel Saab · Rafael Mansur · Ramon Silva Costa · Raquel Bellini de Oliveira Salles · Renata Pozzi Kretzmann · Ricardo Calderón · Roberta Mauro Medina Maia · Robson Martins · Rodrigo Versiani · Thiago Ferreira Cardoso Neves · Thiago Junqueira · Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza · Vitor Almeida · Vitor Hugo do Amaral Ferreira

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas / coordenado por Fabiana Rodrigues Barletta, Vitor Almeida. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2023.

789 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN. 978-65-3515-666-9

1. Direito. 2. Vulnerabilidades. 3. Dimensões jurídicas. I. Barletta, Fabiana Rodrigues. II. Almeida, Vitor. III. Título.

CDD 340 CDU 34

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito 340

Rafael Mansur

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Advogado.

Ramon Silva Costa

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado de Confortidade e Proteção de Dados do NIC.br e CGI.br. Gerente de Proteção de Dados Pessoais da ONG TODXS, voltada para a proteção e desenvolvimento da população LGB-TI+ no Brasil. Pesquisador do Legalite, núcleo multidisciplinar de ensino, pesquisa e inovação em Legal Informatics da PUC-Rio.

Raquel Bellini de Oliveira Salles

Professora-Associada de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino – Itália. Coordenadora do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”. Advogada. E-mail: raquel.bellini@ufjf.edu.br.

Renata Pozzi Kretzmann

Mestre em Direito com ênfase em Direito do Consumidor e Concorrencial pela UFRGS. Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil pela UNISINOS. Editora da Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Pesquisadora vinculada aos grupos de Pesquisa Direito Privado e Acesso ao Mercado (UFRGS) e Pesquisas em Direito do Consumidor (PUCRS). Advogada. E-mail: renatakretzmann@gmail.com.

Ricardo Calderón

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Diretor Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFam. Coordenador da especialização em Direito das Famílias e Sucessões da Academia Brasileira de Direito Constitucional-ABD-Const. Professor de diversos cursos de pós-graduação. Pesquisador do grupo de estudos “Virada de Copérnico”, vinculado ao PPGD-UFPR. Vice-presidente da Comissão de Direito de Família da OAB-PR. Advogado em Curitiba. Sócio do escritório Calderón Advogados. calderon@calderonadvogados.com.br.

Roberta Mauro Medina Maia

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Robson Martins

Doutorando em Direito da Cidade pela UERJ e Direito Constitucional pela ITE. Mestre em Direito pela UFRJ e Universidade Paranaense. Especialista em Direito Civil, Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera. Professor da Universidade Paranaense e ESMPU. Procurador da República. Promotor de Justiça entre 1999 e 2002. Técnico da Justiça Federal entre 1993 e 1999.

Rodrigo Versiani

Mestre em Direito na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais, Sociedade e Sustentabilidade” pela Universidade Federal de Uberlândia-UFU. Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio de Jesus. Advogado. Professor no Centro Universitário de Patos de Minas-UNIPAM.

Thiago Ferreira Cardoso Neves

Mestre e doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor dos cursos de pós-graduação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio e do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito da UERJ. Vice-Presidente Administrativo da Academia Brasileira de Direito Civil – ABDC. Advogado.

Thiago Junqueira

Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Professor da FGV Direito Rio, da FGV Conhecimento e da Escola de Negócios e Seguros. Diretor de Relações Internacionais da Academia Brasileira de Direito Civil. Advogado, Sócio de Chalfin, Goldberg & Vainboim Advogados Associados.

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

Doutora em Direito Civil pela UERJ. Professora-Associada de Direito Civil da UFRRJ– ITR.

Vitor Almeida

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professor de Direito Civil do Departamento de Direito da PUC-Rio. Pós-doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. E-mail: almeida.vitor@yahoo.com.br

Vitor Hugo do Amaral Ferreira

Doutor em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com ênfase em direito do consumidor e

SUMÁRIO

UMA BREVE INTRODUÇÃO: VULNERABILIDADES EM CAMADAS

Vitor Almeida V

SOBRE OS AUTORES IX

EIXO I

VULNERABILIDADES, CAMPO DE APLICAÇÃO E NOVAS FRONTEIRAS

A TUTELA DAS VULNERABILIDADES NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: OS DESAFIOS DA FUNÇÃO PROTETIVA EM FACE DA AUTODETERMINAÇÃO

Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida..... 3

A DISTINÇÃO ENTRE VULNERABILIDADE PATRIMONIAL E VULNERABILIDADE EXISTENCIAL

Carlos Nelson Konder..... 19

CAPACIDADE CIVIL, VULNERABILIDADE E EMPODERAMENTO: RELEITURA DAS INCAPACIDADES À LUZ DA VULNERABILIDADE

Gabriel Schulman..... 31

A VULNERABILIDADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO E INTEGRAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. DESIGUALDADE E INVISIBILIDADE. UMA PERSPECTIVA DO SISTEMA RESPONSIVO NO ÂMBITO DO MERCOSUL

Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira..... 43

VULNERABILIDADE E TRANSUMANISMO: O ACESSO À TECNOLOGIA COMO PRIVILÉGIO E A RUPTURA DO PRINCÍPIO BIOÉTICO DA JUSTIÇA

Adriano Marteleto Godinho..... 57

A DISTINÇÃO ENTRE VULNERABILIDADE PATRIMONIAL E VULNERABILIDADE EXISTENCIAL

Carlos Nelson Konder

Sumário: 1. Introdução – 2. Fundamentos do conceito de vulnerabilidade – 3. Equilíbrio econômico e vulnerabilidade patrimonial – 4. A autonomia normativa da vulnerabilidade existencial – 5. Normas aplicáveis à vulnerabilidade existencial – 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de vulnerabilidade ganhou protagonismo nos anos, inserindo-se em um nicho de grande relevância nos mais diversos debates, dentro e fora do plano do direito. Com sua ascensão meteórica, também se levantou pertinente preocupação com eventual banalização do seu uso, arriscando padecer do mesmo mal que atingiu o conceito de que se originou, a dignidade da pessoa humana. No âmbito dessa reflexão e com o objetivo de evitar esse triste fim para categoria com tamanho potencial, há quase uma década publiquei artigo defendendo um sistema diferenciador entre vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial.¹ Agora cabe revisitar o tema, que parece continuar relevante, tendo recebido novos influxos da doutrina, da jurisprudência e até mesmo do legislador.

2. FUNDAMENTOS DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE

A expressão vulnerabilidade foi cunhada originalmente no âmbito da saúde pública, para se referir a pessoas ou grupos fragilizados.² Vulnerável é aquele mais suscetível de ser ferido. Trata-se, portanto, de conceito intrinsecamente ligado à integridade psicofísica da pessoa humana, refletindo uma preocupação especial com sua saúde e a imposição à coletividade de um dever mais intenso de cuidado e assistência para com aquele sujeito, imposto pela exigência de solidariedade. Esse é o contexto do desenvolvimento da categoria da vulnerabilidade:

Todos os humanos são, por natureza, vulneráveis, visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu complexo psicofísico. Mas nem todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontrem em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que

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

2. BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, T. S., OLIVEIRA, G. (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 114.

agravam o estado de suscetibilidade que lhe é inerente. Embora em princípio iguais, os humanos se revelam diferentes no que respeita à vulnerabilidade.³

O termo, contudo, passou a ser utilizado nas mais diversas searas, para se referir a qualquer posição de inferioridade nas relações jurídicas, ainda que puramente contratual. Essa ampliação do conceito se deu especialmente a partir de seu uso, pelo legislador, para caracterizar todo e qualquer consumidor.⁴ Em 1990, a promulgação do CDC firmou uma presunção absoluta de vulnerabilidade de todos os consumidores, Reconhecendo a inevitável inferioridade de uma das partes nas relações de consumo, utilizou-se o termo “vulnerabilidade” para fazer referência a essa condição. Assim, a partir de então, no nosso ordenamento, todo consumidor é vulnerável.⁵ A presunção é absoluta porque não há a possibilidade, sob esse regime, de um consumidor não ser vulnerável; o que pode ocorrer em concreto é que ele não seja consumidor.⁶ Ilustra-se em doutrina referindo-se a diversos tipos de vulnerabilidade: informacional, técnica, jurídica, fática, política, psíquica, ambiental,⁷ mas trata-se de exemplificação, eis que a verificação concreta da ocorrência de alguma delas não é necessária, pois a prevalece a presunção legal.

Entretanto, acredita-se que a vulnerabilidade que acomete todo e qualquer consumidor não é necessariamente o mesmo conceito ao qual se referiam originalmente as ciências da saúde e, conseqüentemente, não atrai a incidência das mesmas normas no plano do direito. Vale, portanto, iniciar pelo modo como o conceito de vulnerabilidade vem sendo empregado nas relações contratuais para questões puramente econômicas: o que se pretende referir por vulnerabilidade patrimonial.

3. EQUILÍBRIO ECONÔMICO E VULNERABILIDADE PATRIMONIAL

No âmbito das relações contratuais – inclusive no Código de Defesa do Consumidor – se encontra a vulnerabilidade dita patrimonial, referente a uma posição negocial de inferioridade por razões essencialmente econômicas. Ela se equipara ao que por vezes se refere como assimetria, posição de inferioridade ou, ainda, situação de hipossuficiência.⁸

3. BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, T. S., OLIVEIRA, G. (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107.
4. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *RIBD – Revista do Instituto Brasileiro de Direito*, n. 10, p. 6189. Lisboa, 2012.
5. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, e DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 76, p. 13 e ss. São Paulo, out. 2010.
6. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *RIBD – Revista do Instituto Brasileiro de Direito*, n. 10, p. 6189. Lisboa, 2012. Disponível em: <http://migre.me/ll3c0>. Acesso em: 29 ago. 2014.
7. SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207-210.
8. Parte da doutrina consumerista defendeu a distinção entre os conceitos na esfera do consumo: já que a vulnerabilidade presumida para todos os consumidores, a hipossuficiência somente para aqueles que em concreto se verificarem em condições de inferioridade (MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 161).

Essa inferioridade contratual justifica a intervenção reequilibradora do ordenamento, no sentido de, para além da igualdade formal, realizar efetivamente uma igualdade substancial.⁹ Como parte de uma política legislativa – portanto histórica e geograficamente situada –, o ordenamento seleciona as desigualdades fáticas que reputa injustas e as quais visa compensar no plano jurídico, atribuindo proteção contratual à parte mais fraca.

Afirma-se que, em contraposição ao modelo do Estado liberal do século XIX, que privilegiava a igualdade formal e a abordagem individualista,¹⁰ a ascensão do Estado do Bem-Estar Social no século XX, ampliou as hipóteses de intervenção jurídica reequilibradora, em nome da igualdade substancial.¹¹ O Código Civil perde seu *status* de “Constituição do direito privado” e a garantia de estabilidade e abstração das normas é relativizada para o alcance de objetivos sociais e econômicos do Estado, viabilizada especialmente por meio da legislação extravagante.¹²

Reconheceu-se a insuficiência do paradigma voluntarista da liberdade formal, eis que contratantes em posição de inferioridade econômica, premidos por suas necessidades, eram levados a celebrar contratos desvantajosos, cabendo ao ordenamento, independente ou mesmo contra a vontade das partes, intervir para proteger a parte mais fraca da relação.¹³ A regulamentação do contrato de trabalho é ilustrativa dessa transformação.¹⁴

No cenário brasileiro, é ilustrativa desse processo a revogação parcial e paulatina do Código Civil de 1916 por diplomas que vão desde a Lei da Usura (D. 22.626/33) até a Lei de crimes contra a economia popular (Lei 1.521/51) e o Estatuto da Terra (Lei 4504/64).¹⁵ Também é significativa a inserção no Código Civil vigente dos vícios da lesão e do estado de perigo, assim como a resolução do contrato por onerosidade excessiva, casos em que a intervenção se dá fundada essencialmente no desequilíbrio econômico do negócio.¹⁶

Esta ampliação das hipóteses de intervenção para garantir igualdade não apenas formal, mas também substancial, por meio do reequilíbrio econômico das relações,

9. MARQUES Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: Sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *Revista trimestral de direito civil*, v. 8, p. 7. Rio de Janeiro: out/dez. 2001.
10. MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 22.
11. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 630 e ss.
12. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7-8.
13. MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 7.
14. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Relações privadas, dirigismo contratual e relações trabalhistas. In: TEPEDINO, G. et al (Coord.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 98-99.
15. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *RIBD – Revista do Instituto Brasileiro de Direito*, n. 10. Lisboa, 2012, p. 6184-6185. Disponível em <http://migre.me/ll3c0>. Acesso em: 29 ago. 2014.
16. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *RIBD – Revista do Instituto Brasileiro de Direito*, n. 10. p. 6199, Lisboa, 2012. Disponível em: <http://migre.me/ll3c0>. Acesso em: 29 ago. 2014.

ainda está em andamento. Também foi um passo importante, nessa linha, o reconhecimento da prerrogativa judicial de revisão do contrato desequilibrado e a afirmação do princípio da conservação dos negócios jurídicos.¹⁷

Já se destaca em doutrina que a previsão da lesão e da onerosidade excessiva no Código Civil não exaure as potencialidades de um princípio contratual de equilíbrio econômico, que poderia atuar de forma autônoma a justificar a intervenção reequilibradora do juiz mesmo quando não estiverem presentes os requisitos subjetivos exigidos pelo legislador para aquelas hipóteses (necessidade ou inexperiência e imprevisibilidade).¹⁸

Todavia, é necessário reconhecer que estas intervenções são estritamente patrimoniais, isto é, destinam-se em primeira instância, a garantir a proteção do patrimônio do particular em situação de inferioridade negocial. E claro, não se pode deixar de admitir que ao fazer isso pode atuar indiretamente sobre a dignidade do sujeito, garantindo-lhe o patrimônio mínimo necessário à sua subsistência.¹⁹ No entanto, este efeito, embora desejado, é ainda indireto.

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

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

4. A AUTONOMIA NORMATIVA DA VULNERABILIDADE EXISTENCIAL

Em contraposição – ou em complementação – à vulnerabilidade patrimonial, encontramos a categoria da vulnerabilidade existencial, que pode ser entendida como

17. CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 427; POTTER, Nelly. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 198.

18. É o que enfatiza SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. *Revista de Direito e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 120. Ou, no princípio do equilíbrio das prestações, em apêndice que ultrapassam esses institutos regulados pelo legislador ou não é efetivamente um princípio e deve, nesse caso, deixar de ser apreendido como tal.

19. Sobre o tema, v. FACHIN, Luiz Edson. *O estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, passim.

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.²⁰

Costumam ser aduzidos, como exemplos, a situação de crianças, idosos e pessoa com deficiência. No caso da criança, a vulnerabilidade existencial se associa à sua personalidade ainda em desenvolvimento, conforme reconhecido na Constituição Federal, no seu artigo 227, junto com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).²¹ Desde o seu nascimento, a criança demanda amparo material, para a sua sobrevivência, e amparo afetivo, para a construção de personalidade de forma sadia e sociável.²²

No caso do idoso, a vulnerabilidade – também prevista na Constituição Federal, no art. 230, e objeto do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) – se coloca, em um primeiro plano, associada à queda das condições de saúde decorrente do envelhecimento.²³ Todavia, não há como deixar de reconhecer que essa vulnerabilidade se acentua na sociedade contemporânea, centrada na produtividade.²⁴

No tocante às pessoas com deficiência, a previsão constitucional somada à internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo Decreto 6.949/09, foi enfim regulamentada pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015). O EPD trouxe numerosos instrumentos voltados a compatibilizar proteção e autonomia das pessoas com deficiência, mas sua maior conquista parece ter sido consolidar o modelo social, segundo o qual a deficiência decorre na realidade das barreiras sociais e ambientais, e não das pessoas em si consideradas.²⁵

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

21. "Como ensina von Hippel, a criança é um exemplo de vulnerável, desde o seu nascimento até mesmo durante o seu desenvolvimento necessita de ajuda e cuidados para sobreviver. No caso da criança, a vulnerabilidade é um estado *a priori*, considerando que 'vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, estado *a priori*, aquele que pode ser 'ferido' (vulnerar) ou é vítima facilmente" (MIRAGUES, Clauda Lima e MIRAGEM, Bruno. *Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 129). Sobre o tema, v. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e PENALVA, Luciana Daddato. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. *Revista de Informação Legislativa*, n. 180, p. 293-304, Brasília: out./dez. 2008; e GIRARDI, Viviane. O direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar: o cuidado como valor jurídico e a adoção por homossexuais. *Revista do Advogado*, p. 116-123, São Paulo: dez. 2008.

22. IENCARELLI, Ana Maria. Quem cuida ama – sobre a importância do cuidado e do afeto no desenvolvimento e na saúde da criança. In: PEREIRA, T. S., OLIVEIRA, G. (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 153.

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

24. MARQUES, Clauda Lima e MIRAGEM, Bruno. *Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 145.

25. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento incluído e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, H. H.; MENDONÇA, B. L.; ALMEIDA JR., V. A. (Coord.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processos, 2017, p. 14-15.

pois a categorização dos casos de vulnerabilidade existencial não pode degenerar na estigmatização. Os instrumentos utilizados devem sempre ser voltados à inclusão social e à eliminação de qualquer forma de discriminação ou preconceito, assegurando aos vulneráveis a participação na comunidade em igualdade de condições com os demais. Esta é a razão da ênfase especial dada pelos diplomas legais ao direito das pessoas com deficiência à não discriminação.⁴⁷

O mecanismo mais recorrente, todavia, é a criação de *deveres de assistência*, impostos àqueles que cercam o vulnerável, contrapondo-se a eles a atribuição de direitos ao vulnerável de exigir tais condutas, pessoalmente ou por meio de representantes. Trata-se de exemplos claros de eficácia do princípio constitucional da solidariedade nas relações privadas.⁴⁸ Esses deveres de assistência aos existencialmente vulneráveis, a aplicação do princípio da solidariedade é reforçada pela incidência direta do princípio da dignidade da pessoa humana, eis que sua funcionalidade se dirige imediatamente à garantia do livre desenvolvimento da personalidade dos vulneráveis.

O exemplo mais recorrente desses deveres é o de assistência material, traduzido normalmente no dever de alimentos.⁴⁹ É o caso de genitores perante os filhos, assim como os filhos perante os pais idosos, mas o dever de alimentos pode se espalhar também para outros, que estejam em condições de prestar o auxílio material de que demanda o vulnerável.⁵⁰ No entanto, os deveres mais ricos e produtivos são aqueles de assistência imaterial, que garantem aos vulneráveis o direito de exigir prestações não obrigacionais, em que pese a dificuldade de definir sanções jurídicas para a sua violação. Assim, o direito à convivência é assegurado a diversos vulneráveis, em especial à criança e ao idoso, como forma de garantir a inclusão social já referida no que tange à reserva de vagas. Mais especificamente, ao idoso é garantido o direito a acompanhante no caso de internação, como convivência qualificada na situação de vulnerabilidade existencial agravada em que se encontra o idoso enfermo.⁵¹ Na mesma linha, o dever imposto ao Poder Público, e mesmo aos particulares, de adaptação dos logradouros para garantir aos cadeirantes e demais portadores de necessidades especiais condições de *acessibilidade* também se insere nessa lógica do direito à convivência e da inclusão social, como forma de assegurar a participação dos vulneráveis na vida comunitária.⁵²

Podem ser mencionados ainda, entre diversos outros exemplos, o direito da criança ao conhecimento de suas origens genéticas, como meio de lhe assegurar a construção da identidade, tendo em vista sua personalidade em formação;⁵³ o direito do idoso ao atendimento domiciliar em caso de impossibilidade de deslocamento;⁵⁴ e as classificações indicativas de exibições e espetáculos, assim como a disciplina própria da publicidade voltada para o público infantil.⁵⁵ Mas é importante destacar que o tratamento diferenciado da vulnerabilidade existencial não depende apenas de iniciativas pontuais do legislador, pois a disciplina processual dos mecanismos de execução específica permite ao intérprete a sua adaptação às peculiaridades do caso concreto.⁵⁶

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O panorama traçado, em doutrina e jurisprudência, no tocante à invocação do conceito de vulnerabilidade revela persistir oportuno o cuidado com a sua banalização. Nesse sentido, parece adequado insistir na preocupação em distinguir entre a situação de inferioridade puramente econômica (vulnerabilidade patrimonial), com as hipóteses em que a própria dignidade da pessoa, em sua esfera existencial, está em risco (vulnerabilidade existencial). A distinção implica a incidência de normativa também diferenciada, observando-se que a modificação de tutela não é apenas um aumento quantitativo no que tange à vulnerabilidade existencial, mas de uma forma qualitativamente diversa, com instrumentos próprios e adequados.

<http://migre.me/UY7s>. Acesso em: 29 ago. 2014; GOMES, Joaquim B. Barbosa. Considerações sobre o instituto da ação afirmativa. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: 2001, v. 3, p. 43-82 e ALENCASTRO, Luiz Felipe de. O pecado original da sociedade e da ordem jurídica brasileira. *Novos estudos Cebrap*, n. 87, p. 5-11. São Paulo, jul. de 2010.

47. Lei 13.146/2015, arts. 4º e ss.

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

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

50. CC, arts. 1694 e ss., Lei 10.741/2003, art. 11.

51. Lei 10.741/2003, art. 16.

52. CF, art. 227, § 2º; Lei 13.146/2015, art. 8º.

53. No caso de adoção, o art. 48 do ECA é categórico no sentido de garantir o direito à informação, mas no tocante à reprodução assistida heteróloga, as normas médicas que disciplinam o temam resguardam o anonimato do doador de sêmen (Resolução CFM 2294/21, IV-2).

54. Lei 10.741/2003, art. 15, § 5º.

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

56. Nesta linha, destaque-se o disposto no art. art. 536 do CPC: "No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial".